



PRIMERA EDICIÓN OFICIAL



Ministerio de Justicia  
y Derechos Humanos

# Compendio de Doctrina Legal y Jurisprudencia Vinculante

---

Emitida por la Corte Suprema de  
Justicia de la República del Perú

---

Segunda Parte.

**Materia Civil:** Plenos Casatorios y  
Plenos Jurisdiccionales

Tercera Parte.

**Materia Contencioso Administrativo:**  
Precedentes Vinculantes y  
Plenos Jurisdiccionales

4

Colección Jurídica  
Se incluye Versión Digital



Primera Edición Oficial: marzo 2015

OLLANTA HUMALA TASSO  
Presidente Constitucional de la República

FREDY ROLANDO OTÁROLA PEÑARANDA  
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

GUSTAVO LINO ADRIANZÉN OLAYA  
Viceministro de Justicia

ERNESTO LECHUGA PINO  
Viceministro de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia

TOMMY RICKER DEZA SANDOVAL  
Director General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico

ANA MARÍA VALENCIA CATUNTA  
Directora de Desarrollo Jurídico y Proyectos Normativos

ALFIERI BRUNO LUCCHETTI RODRÍGUEZ  
Director de Sistematización Jurídica y Difusión (e)

OSCAR ADOLFO SANDOVAL ROJAS  
Supervisor de Gestión

MARTHA MARÍA SOLIS VÁSQUEZ  
Abogada Responsable de Ediciones de Textos Legales Oficiales

KAREN LENA SUMALAVE CHOQUE  
YANELL MARÍA ANGÉLICA MARCELO CANALES  
Abogadas de la Dirección de Sistematización Jurídica y Difusión

JULISSA EVELYN COSSIO CÁRDENAS  
LESLY SOMOZA BUITRÓN  
MELINA MILAGROS MOGROVEJO ROMÁN  
PIER HAROLL CARMONA FUENTES  
Colaboradores de la Revisión y Actualización

AMPARO ISABEL SAUÑE TORRES  
ORESTE GHERSON ROCA MENDOZA  
Colaboradores en la selección del material jurisprudencial

**DERECHOS RESERVADOS**  
**DECRETO LEGISLATIVO N° 822**



## **DISTRIBUCIÓN GRATUITA**

### **Derechos de Edición**

2015 - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos  
Calle Scipión Llona N° 350 - Miraflores, Lima 18  
Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2015-02745  
ISBN: 978-612-4225-13-0

Razón Social : Litho & Arte S.A.C.  
Domicilio : Jr. Iquique N° 046 - Breña



# Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

*“Tú también tienes derechos y deberes”*



# [ Prólogo ]

Es grato prologar una publicación que reviste particular importancia para la justicia civil en el Perú. Este compendio de doctrina legal y jurisprudencia vinculante, emitida por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en convenio con el Banco de Crédito del Perú, coadyuva a lograr uno de los objetivos de todo sistema judicial que propugne la predictibilidad de las decisiones judiciales, sustrato de la defensa del principio de igualdad ante la ley.

Ya son varios los Plenos Casatorios que la Corte Suprema ha convocado a lo largo de los últimos años, habiendo fijado su posición en una variedad de materias, todas ellas vinculadas a la interpretación adecuada que debe darse a diversos dispositivos legales, a efectos de resolver el caso concreto en justicia.

Hay quienes sostienen que la jurisprudencia no debe ser vinculante, pues se afecta la independencia de los jueces inferiores. Tal posición es indefendible a estas alturas del avance de la ciencia procesal, menos aún en el Perú, en el que el Tribunal Constitucional tiene la potestad de establecer precedentes normativos, según lo autoriza el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Es contradictorio que un órgano de justicia de control constitucional concentrado, que no forma parte del Poder Judicial, tenga ese poder, y que la Corte Suprema del país no pueda hacerlo en los casos de su competencia.

La unificación de la jurisprudencia es un caro anhelo. A tal efecto, en el Perú tenemos normas legales que así lo exigen, como es el caso de los Plenos Casatorios en los procesos civiles. ¿Para qué se realiza tanto esfuerzo unificador si los acuerdos no terminan siendo vinculantes? La labor interpretativa de los jueces puede generar varias “normas” de un solo dispositivo, atendiendo a una serie de factores. Eso es crear derecho, y hay que llamar a las cosas por su nombre. Por ende, la jurisprudencia que contiene ese “derecho nuevo” debe tener una virtualidad jurídica sobre los órganos inferiores, sin que se le pueda negar esa eficacia bajo el argumento de que los jueces no son legisladores y, por ende, no pueden generar normas de alcance general.

Por otro lado, un sistema de precedentes obliga a los jueces a pensar en el impacto del caso presente respecto de los casos futuros sustancialmente iguales. Al resolver se obliga a hacer una abstracción de las partes litigantes,

acentuando con ello el sentido de imparcialidad. En tal sentido, la seguridad jurídica no debe ser vista solo como sujeción al dispositivo legal, pues debe comprender también al precedente, más aún cuando se trata de decisiones de órganos colegiados de rango superior, cuyos integrantes deben tener, por regla universal, más experiencia, lo que le da mayor valor a sus decisiones. En todo caso, se trata de que el juez no se aparte del precedente sin ninguna racionalidad, ignorando su existencia. El precedente genera cuando menos la carga de una argumentación específica y más elaborada, esto es, una argumentación puntual que explique los motivos por el que el juez considera necesario apartarse del precedente.

¿Se viola la independencia judicial imponiendo efecto normativo a la jurisprudencia? Creemos que no. Basta observar que el juez sigue siendo director del proceso, y lo es con mayor énfasis en el análisis y valoración de la prueba, eje central de su decisión. A partir de ello, el juez puede considerar que existen elementos que diferencian el caso del precedente que se le exige aplicar y por tanto, considerar que está ante un caso distinguible.

*Ferreres y Xiol<sup>1</sup> expresan un elemento de juicio realmente incontestable: “¿Hasta qué punto es coherente la conexión que se traza habitualmente en nuestra cultura entre el principio de independencia judicial, por un lado, y la negación de la fuerza vinculante de la jurisprudencia, por el otro? Tengamos en cuenta que, en la práctica, nadie cuestiona la legitimidad de que las sentencias judiciales sean recurridas ante los tribunales supremos, y que éstos hagan prevalecer sus opiniones frente a las de los jueces que las han dictado. Tampoco se duda de la legitimidad de que, en algunos supuestos, los tribunales supremos retrotraigan las actuaciones para que los jueces de instancia dicten nueva sentencia, ajustada al criterio que se les impone desde arriba. No se estima que haya aquí lesión alguna de la independencia judicial. Si ello es así, ¿no resulta sorprendente que se rechace la fuerza vinculante de la jurisprudencia, en nombre de la independencia judicial? ¿Por qué se considera que no hay lesión de la independencia cuando el tribunal superior obliga al inferior a dictar nueva sentencia en un caso concreto, y se estima que sí la hay cuando esa obligación reviste carácter más general? A fin de cuentas, en ambos supuestos el juez se ve obligado a dejar de lado su opinión jurídica, ajustándose a la ordenada por el tribunal superior”.*

Evidentemente, no hay justificación a este enfoque dispar. La independencia judicial no debe significar libertad para apartarse de pronunciamientos que

1 Víctor Ferreres-Juan Antonio Xiol, *El carácter vinculante de la Jurisprudencia*, 2ª edición, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010.

puedan contener argumentos de autoridad, o razonables interpretaciones, o que sencillamente han resuelto de manera justa el caso similar al que el juez tiene entre manos. Hay una cuota de respeto en todo ello, que los jueces inferiores no pueden desconocer bajo el argumento de su independencia.

Cabría hacerse una pregunta respecto del valor de los precedentes en el sistema del *Common Law*. No podría sostenerse seriamente que los jueces de ese sistema carecen de independencia en la medida que no puede dejar de aplicar los precedentes de la Suprema Corte. ¿El *stare decisis* los convierte en jueces menos independientes que en los del sistema continental del *Civil Law*?

Es evidente que el valor de la jurisprudencia debe ser respetado. En tal sentido, no cabe sino felicitar que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos se preocupe de difundirla a través de publicaciones como la presente. Hay en ello un compromiso a favor del respeto de los derechos fundamentales.

**Nelson Ramírez Jiménez**  
Socio Emérito del Estudio Muñiz





# [ Presentación ]

El sistema jurídico nacional construye su credibilidad sobre el correcto ejercicio que los operadores jurídicos hacen de los criterios interpretativos de aplicación de las normas a situaciones concretas. El Derecho, siendo una estructura teórica y conceptual, se materializa para el ciudadano en la aplicación efectiva y correcta que se logre de las normas, que son las que finalmente regulan sus singulares conflictos y sus relaciones en una sociedad democrática.

La orientación preceptiva, para la correcta aplicación del Derecho, que contienen los precedentes jurisprudenciales que se publican en esta recopilación de la Colección Jurídica, es una decidida contribución del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Banco de Crédito del Perú, a la consolidación del sistema jurídico nacional y a su necesario fortalecimiento institucional. La credibilidad crece y se fortalece cuando los ciudadanos tienen un razonable conocimiento del criterio interpretativo de las normas que usarán los operadores de la administración de justicia, jueces y funcionarios públicos, en la definición de las situaciones concretas que los vinculen.

Adicionalmente, la posibilidad de poder estimar el resultado de un conflicto jurídico sin discurrir por los años que normalmente demora un proceso, y sobre la base de dicha información, minimizar los costos que el propio conflicto conlleva, es también una contribución del precedente jurisprudencial a la dinámica de las relaciones personales, a la rapidez de la administración de justicia, y un fuerte incentivo a la conciliación.

Es también un momento oportuno para reconocer el esfuerzo de la Corte Suprema de la República, que desde hace unos años viene utilizando el mecanismo del Pleno Casatorio para transmitir información a la sociedad jurídica sobre la correcta interpretación de las normas en distintas materias.

En esta oportunidad, los Plenos Casatorios que se publican se ocupan de las importantes materias Civil y Contencioso Administrativo. En el caso Civil, su contribución es decisiva para la solución de conflictos entre privados, mientras que en el caso Contencioso Administrativo, los criterios desarrollados abarcan el control del poder público en sus relaciones con los ciudadanos.

Estamos seguros de que esta información recopilada contribuirá al objetivo propuesto de mejora el desempeño de la administración de justicia en el Perú.





# Resolución Ministerial

N°0261-2014-JUS

Lima, 16 DIC 2014

## CONSIDERANDO:

Que, es función del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, sistematizar la legislación de carácter general y promover su estudio y difusión, así como disponer su edición oficial;

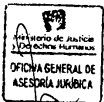
Que, en cumplimiento de dicha función, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Banco de Crédito del Perú suscribieron el 1 de octubre de 2013, el Convenio de Cooperación Interinstitucional entre ambas entidades, con el objeto de publicar una Colección Jurídica que comprende dieciséis (16) tomos en versión escrita y digital, correspondiente a las materias de mayor trascendencia y relevancia jurídica, en un tiraje de seis mil (6000) ejemplares por cada título;

Que, con fecha 12 de marzo de 2014, las partes suscribieron la Adenda N° 01 al referido Convenio, mediante la cual se modifica la cláusula cuarta del documento, estableciendo un tiraje por cada edición oficial de la Colección Jurídica de seis mil quinientos (6500) ejemplares;

Que, los ejemplares serán distribuidos gratuitamente a nivel nacional a los Jueces del Poder Judicial, Fiscales del Ministerio Público, Defensores de Oficio, Conciliadores Extrajudiciales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Procuradores Públicos, Sistema Nacional de Bibliotecas, entre otros, a fin que apliquen la legislación nacional fidedigna y actualizada en el ejercicio de sus funciones, cargos y profesiones;

Que, de acuerdo a lo expuesto en el Informe N° 013-2014-DGDOJ-DSJD-KLSCH y en el Oficio N° 935-2014-JUS/DGDOJ, la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico ha concluido el proceso de elaboración de la Primera Edición Oficial del "Compendio de Doctrina Legal y Jurisprudencia Vinculante emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Segunda y Tercera Parte. Materia Civil: Plenos Casatorios. Materia Contencioso Administrativo: Precedentes Vinculantes";

De conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 29809, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; y el Decreto Supremo N°



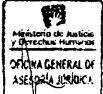
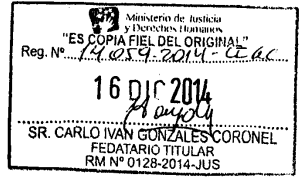
R. Jiménez M.



T. Dora B.



J. Pando V.



R. Jiménez M.

011-2012-JUS, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos;

**SE RESUELVE:**



T. Dora S.

**Artículo 1°.- APROBAR** la publicación en versión impresa y digital de la Primera Edición Oficial del "Compendio de Doctrina Legal y Jurisprudencia Vinculante emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Segunda y Tercera Parte. Materia Civil: Plenos Casatorios. Materia Contencioso Administrativo: Precedentes Vinculantes", en un tiraje de seis mil quinientos (6500) ejemplares, debidamente numerados, de acuerdo al convenio suscrito con el Banco de Crédito del Perú.



J. Pando V.

**Artículo 2°.- AUTORIZAR** al Director General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico a consignar el número correlativo en cada ejemplar, así como colocar el sello de la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico.

**Regístrese y comuníquese.**

.....  
**DANIEL FIGALLO RIVADENEIRA**  
 Ministro de Justicia y Derechos Humanos



# [ Guía del lector ]

Para el correcto uso de la presente edición, el lector deberá tener en cuenta lo siguiente:

1. La presente edición contiene el Compendio de Doctrina Legal y Jurisprudencia Vinculante emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Segunda Parte. Materia Civil: Plenos Casatorios y Plenos Jurisdiccionales y Tercera Parte. Materia Contencioso Administrativo: Precedentes Vinculantes y Plenos Jurisdiccionales.
2. El texto del presente compendio es copia fiel del diario oficial El Peruano, en lo que respecta a los plenos casatorios nacionales civiles y las casaciones en materia contencioso administrativo. En relación con los plenos jurisdiccionales, la fuente es el portal web oficial del Poder Judicial. En ambos casos se han respetado los signos de puntuación y la ortografía en general de los documentos originales.
3. Las notas de pie de página identificadas con números hacen referencia a las indicaciones que fueron insertadas en cada uno de los plenos casatorios y plenos jurisdiccionales al momento de su redacción.
4. Las notas en el texto identificadas con el término [*sic*] y las notas de pie de página identificadas con asteriscos (\*) hacen referencia a los errores de origen en los plenos casatorios y plenos jurisdiccionales.
5. Respecto de las casaciones en materia contencioso administrativo, solo se han consignado los considerandos que constituyen precedente judicial vinculante.
6. En el caso de los plenos casatorios nacionales en materia civil y las casaciones en materia contencioso administrativo, al inicio de cada texto se ha consignado entre paréntesis la fecha de su publicación en el diario oficial El Peruano. En el caso de los plenos jurisdiccionales, las fechas consignadas corresponden a sus respectivas fechas de emisión.
7. La presente edición se encuentra actualizada hasta el 31 de marzo de 2015.



El servidor público actúa de acuerdo al siguiente principio:

### **Respeto**

*“Adecúa su conducta hacia el respeto de la Constitución y las Leyes, garantizando que en todas las fases del proceso de toma de decisiones o en el cumplimiento de los procedimientos administrativos, se respeten los derechos a la defensa y al debido procedimiento”.*

**Ley del Código de Ética de la Función Pública  
Ley N° 27815, Artículo 6º, inciso 1**





# [ Abreviaturas y siglas ]

Art.	: Artículo
C.C.	: Código Civil
CICOTOX	: Centro de Información, Control Toxicológico y Apoyo a la Gestión Ambiental
CNA	: Código de los Niños y Adolescentes
C.P.C.	: Código Procesal Civil
COFIDE	: Corporación Financiera de Desarrollo
COFOPRI	: Organismo de Formalización de Propiedad Informal
CSJ	: Corte Suprema de Justicia
D. Leg.	: Decreto Legislativo
FJ	: Fundamento Jurídico
LOPJ	: Ley Orgánica del Poder Judicial
MINDES	: Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, actualmente Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables - MIMP
ONP	: Oficina de Normalización Previsional
PETT	: Proyecto Especial Titulación de Tierras y Catastro Rural
R.A.	: Resolución Administrativa
S.A.	: Sociedad Anónima
SBS	: Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones
SNP	: Sistema Nacional de Pensiones
S.R.L.	: Sociedad de Responsabilidad Limitada
STC	: Sentencia del Tribunal Constitucional
TUO	: Texto Único Ordenado



# Compendio de Doctrina Legal y Jurisprudencia Vinculante

Emitida por la Corte Suprema de  
Justicia de la República del Perú





## SEGUNDA PARTE

# **Materia Civil:** Plenos Casatorios y Plenos Jurisdiccionales

## **I. PLENOS CASATORIOS**





**Corte Suprema de Justicia de la República  
Pleno Casatorio Civil**

(Publicado en el diario oficial El Peruano el 21 de abril de 2008)

**SENTENCIA DEL PLENO CASATORIO****Casación N° 1465-2007-Cajamarca**

**Demandantes:** Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por derecho propio y en representación de sus menores hijos; Walker Steve Cuenca Quiroz; Euler Jonathan Mendoza Quiroz y José Ronny Mendoza Quiroz.

**Demandados:** Empresa Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S.A. y Arturo Blanco Bar.

**Materia:** Indemnización por daños y perjuicios derivados de responsabilidad extracontractual.

**Vía procedimental:** Proceso de Conocimiento.

**Sumario:**

- I.- Introducción.
- II.- Materia del recurso.
- III.- Fundamentos del recurso.
- IV.- De la convocatoria al Pleno Casatorio.
- V.- Consideraciones.
  - A. Antecedentes resolutivos de las salas civiles supremas.
  - B. De las transacciones celebradas.
  - C. Sobre la transacción.

- c.1. De su regulación en nuestro ordenamiento nacional.
  - c.2. Antecedentes y formalidades.
  - c.3. Naturaleza jurídica.
  - c.4. Efectos de la transacción.
  - c.5. La Transacción extrajudicial: ¿Defensa de forma o de fondo?
    - c.5.1. Transacción vs. Cosa juzgada.
    - c.5.2. De la transacción extrajudicial como excepción procesal.
  - D. Formalismo, interpretación normativa, justicia y conflicto social.
  - E. Regla de Derecho: *venire contra factum* (teoría de los actos propios).
  - F. Transacción y lesión.
  - G. Pronunciamiento de la Defensoría del Pueblo.
  - H. Sobre los intereses difusos y su defensa.
  - I. Sobre la inaplicación de normas de derecho material.
    - i.1. Validez de las transacciones.
      - i.1.1. Sobre el daño a la salud.
      - i.1.2. De la transacción sobre derechos de menores de edad.
- VI.-** Efectos de la sentencia.
- VII.-** Constitucionalidad del Pleno Casatorio.
- VIII.-** Conclusiones.
- IX.-** Fallo.



**SENTENCIA DICTADA POR EL PRIMER PLENO CASATORIO CIVIL  
REALIZADO POR LA SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ**

**Casación Nº 1465-2007-Cajamarca**

En la ciudad de Lima, Perú, a los veintidós días del mes de enero de dos mil ocho, los señores vocales supremos, reunidos en sesión de Pleno Casatorio, por mayoría en un extremo y por unanimidad en otro, han expedido la siguiente sentencia, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 400º del Código Procesal Civil.

Vista que fue la causa en audiencia pública del Pleno Casatorio de fecha dieciocho de diciembre de dos mil siete, oídos los informes orales de los abogados de las demandadas; de conformidad con lo opinado por el Ministerio Público, discutida y deliberada que fue la causa, **SE RESUELVE:**

**I.- INTRODUCCIÓN**

- 1.- A fojas 190 del tomo I del cuaderno de excepciones (que forma parte de estos autos) corre en copia el escrito de demanda presentado por Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por su propio derecho y en representación de sus hijos Euler Jonathan y José Ronny Mendoza Quiroz, y Walker Steve Cuenca Quiroz, a través de la cual emplaza a la Empresa Minera Yanacocha S.R.L., solicitando el pago de una indemnización por daños y perjuicios proveniente de responsabilidad civil extracontractual.

El petitorio de indemnización por responsabilidad extracontractual comprende el “... *daño material (daño bio-ambiental y daño a la salud personal), daño moral...*”

**Como pretensión principal** solicita el pago de una suma de dinero ascendente a US \$ 1'800,000.00 (un millón ochocientos mil y 00/100 dólares americanos) por daño material (daño bio-ambiental y daño a la salud personal) y daño moral, monto que sería distribuido: US \$ 400,000.00 dólares americanos a favor de la accionante; US \$ 500,000.00 dólares americanos a favor de su hijo Walker Steve Cuenca Quiroz; US \$ 500,000.00 dólares americanos a favor de su hijo Euler Mendoza Quiroz y US \$ 400,000.00 dólares americanos a favor de su otro hijo José Mendoza Quiroz.

**Como pretensiones acumuladas objetivas accesorias** solicita las siguientes: **a)** El pago de un seguro médico y seguro de vida a favor de la demandante y sus hijos por una suma no menor a US \$ 100,000.00 (cien mil y 00/100 dólares americanos), por el lapso de quince años, con cobertura a todo riesgo, incluyendo enfermedades oncológicas; **b)** Que, la demandada cumpla con descontaminar completamente y de modo óptimo sus viviendas, de los materiales químicos cuya presencia ha generado los daños cuya reparación se demanda, y **c)** El pago de los intereses legales devengados, así como la condena en costos y costas procesales y multas en caso de oposición.

- 2.- Manifiesta que el 2 de junio del año 2000, en circunstancias que el chofer Arturo Blanco Bar, que conducía el camión con placa de rodaje N° YG-9621, marca Volvo, de propiedad de la empresa Ransa Comercial S.A., transportaba mercurio, de propiedad de Minera Yanacocha S.R.L., con destino a la ciudad de Lima, se produjo un primer derrame de dicho metal en el centro poblado de San Juan, dando lugar a que un aproximado de cuarenta pobladores del lugar recogieran el mercurio sin saber los efectos dañinos del mismo. Posteriormente, entre las 5:30 y 5:40 p.m. del mismo día, se produjo un segundo derrame de aproximadamente 152 Kg. de mercurio, en las localidades de Chotén, San Juan, La Calera, el Tingo, San Sebastián y Magdalena, esto en una longitud aproximada de 27 Km de la carretera.
- 3.- Acota la accionante que por su brillo y forma, e ignorando que se trataba de una sustancia tóxica, los pobladores comenzaron a recoger el mercurio hasta altas horas de la madrugada, empleando para dicha recolección sus manos e incluso su boca como medio de aspiración. Al guardar el mercurio en sus hogares, sus familiares que recogieron el mercurio también se intoxicaron debido a los gases que emanaba éste.

La demandante refiere que Yanacocha no hizo caso a sus peticiones de ayuda médica, quien no contaba con un plan maestro de contingencias, lo que propició un mayor nivel de intoxicación al pretender comprar el mercurio derramado a quien lo hubiera recogido y que existió un nivel deficiente de embalaje, transporte y tratamiento del mercurio por parte de la minera, conforme ha declarado el chofer del camión.

- 4.- Al contestar la demanda, que corre en copia a fojas 765, Minera Yanacocha S.R.L. sostiene que no fue informada oportunamente por el chofer de la empresa Ransa Comercial S.A. (encargada del transporte) respecto del derrame y que al tomar conocimiento del mismo, adoptó las medidas necesarias para evitar perjuicios, informando sobre la

toxicidad del producto, lo cual resultó poco exitoso debido a la negativa de los pobladores a devolver el mercurio que recogieron y guardaron en sus hogares. Sostiene que la causa determinante de la exposición y elevación del nivel del mercurio en el organismo de los pobladores afectados fue su propia imprudencia. Asimismo, manifiesta que el hecho de que la demandante y sus menores hijos hayan presentado niveles de mercurio mayores a los normales en su organismo, como consecuencia del derrame producido, no necesariamente implica que éstos hayan sido intoxicados por dicho elemento; de todos modos celebraron transacciones extrajudiciales a favor de ella y sus hijos, teniendo dichos actos jurídicos calidad de cosa juzgada en mérito a lo dispuesto por el artículo 1302º del Código Civil.

Por otro lado, la empresa minera, a fojas 687, formula denuncia civil contra Ransa Comercial S.A., por ser la empresa encargada del transporte del mercurio el día en que ocurrieron los hechos.

Por resolución copiada a fojas 1123, el Juez de la causa incorpora de oficio a Esteban Arturo Blanco Bar como litisconsorte necesario pasivo, por ser el chofer que conducía la unidad móvil que transportaba el mercurio.

- 5.- Tanto Ransa Comercial S.A. y Esteban Arturo Blanco Bar, sostienen que se limitaron a transportar los balones conteniendo mercurio y que fue Minera Yanacocha S.R.L. quien no cumplió con entregar la mercadería al transportista en condiciones adecuadas para un traslado seguro. Además sostienen que se ha presentado el supuesto de fractura causal por el hecho propio de la víctima, pues no fue el derrame de mercurio lo que ocasionó daños a la demandante, sino su negligencia al manipularlo, llevarlo a su hogar y exponer a su familia a los gases tóxicos.
- 6.- Las partes demandadas deducen las siguientes excepciones:

**A. De las excepciones deducidas por la empresa Minera Yanacocha S.R.L. (fojas 248 del tomo I)**

- a. **Excepción de prescripción extintiva:** Alega que el derrame de mercurio tuvo lugar el 2 de junio de 2000, por lo que al constituir un supuesto de responsabilidad extracontractual, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 2001º, inciso 4, del Código Civil, la acción ha prescrito el 2 de junio de 2002, teniendo en cuenta lo normado por el artículo 1993º del citado Código, según el cual el plazo de dos

años empieza computarse a partir de la fecha en que ocurrieron los hechos, no habiéndose interrumpido el plazo prescriptorio, siendo que se la ha emplazado con la demanda con posterioridad a dicha fecha.

- b. Excepción de conclusión del proceso por transacción:** Para poner fin a cualquier conflicto que surja con respecto al derecho indemnizatorio, el 2 de setiembre de 2000 Minera Yanacocha S.R.L. celebró tres transacciones extrajudiciales: 1) la primera con la demandante Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por su propio derecho, a quien se la indemnizó con la suma de S/. 5,250.00 Nuevos Soles; 2) la segunda con la demandante y con José Gilmer Mendoza Saldaña, en representación de sus menores hijos Euler Jonathan y José Ronny Mendoza Quiroz, a quienes se les indemnizó con la suma de S/. 15,750,00 Nuevos Soles por los dos menores; 3) la tercera con la demandante, en representación de su hijo Walker Steve Cuenca Quiroz, a quien se le indemnizó con la suma de S/. 11,250.00 Nuevos Soles.

En los tres casos, se suscribieron las respectivas *addenda*, con fecha 4 de noviembre del mismo año, en las cuales acordaron duplicar el monto indemnizatorio a cada uno de los afectados con el derrame. Conforme lo dispone el artículo 1302<sup>o</sup> del Código Civil, las transacciones antes mencionadas tiene el valor de cosa juzgada, por lo que la pretensión de indemnización de los demandantes no puede ser revisada en sede judicial.

- c. Excepción de falta de legitimidad para obrar de Minera Yanacocha S.R.L.:** Sostiene que como el derrame de mercurio se produjo mientras era transportado por un camión de propiedad de Comercial Ransa S.A., ella no es responsable de los daños causados; que, como la demandante alega, la responsabilidad surge de una actividad riesgosa o peligrosa, la misma que no fue realizada por la empresa.

En cuanto a lo señalado por la actora que no se les brindó la atención debida, la minera no tuvo participación alguna en el diagnóstico y tratamiento de los afectados, sino que el mismo fue dispuesto por los médicos del puesto de salud de Choropampa y el Hospital Regional de Cajamarca en coordinación con CICOTOX.

- d. Excepción de falta de legitimidad para obrar de los demandantes con relación a la pretensión de indemnización por daño**

**ambiental:** Tratándose de intereses difusos, sólo pueden demandar el Ministerio Público, las asociaciones o instituciones sin fines de lucro, los gobiernos locales, etc., conforme lo establece el artículo 82º del Código Procesal Civil, por lo que los demandantes por sí solos no pueden promover el presente proceso.

**B. De las excepciones de Ransa Comercial S.A. (fojas 752 del tomo II)**

- a. **Excepción de falta de legitimidad para obrar de Ransa Comercial S.A.:** Cuando ocurrieron los hechos se desempeñaba como Agente de Transporte de Minera Yanacocha S.R.L., y los balones que contenían mercurio eran de propiedad exclusiva de dicha minera, fue ella quien no los envasó adecuadamente, lo que trajo consigo el derrame; que en todo momento el mercurio fue manipulado en su estiba y aseguramiento en la plataforma del vehículo por personal de la citada minera. Solicita se tenga en cuenta el Dictamen Pericial del Examen Físico Químico emitido por la Dirección Nacional de Criminalística de la Policía Nacional, de fecha 18 de junio de 2000, en el que se concluyó que la responsabilidad por el derrame de mercurio se debió a la imprudencia y negligencia en su envasado.
- b. **Excepción de prescripción extintiva:** Alega los mismos fundamentos de Minera Yanacocha S.R.L.
- c. **Excepción de conclusión del proceso por transacción:** Menciona como sustento de sus [sic] defensas de forma las transacciones celebradas entre la demandante (por derecho propio y en representación de sus hijos) con la Minera Yanacocha S.R.L.

**C. Del litisconsorte necesario pasivo Esteban Arturo Blanco Bar (fojas 1173 del tomo III)**

- a. **Excepción de Prescripción extintiva:** Sostiene los mismos fundamentos de la demandada Minera Yanacocha S.R.L.
- b. **Excepción de conclusión del proceso por transacción:** Igualmente, sirven de sustento de su excepción las transacciones celebradas entre la parte accionante con la empresa minera emplazada.
- c. **Excepción de falta de legitimidad para obrar de los demandantes con relación a la pretensión de indemnización**

**por daño ambiental:** Consigna la misma motivación que sus codemandadas.

- 7.- Mediante Resolución número tres, dictada en la Audiencia de Saneamiento Procesal, del 8 de enero de 2004, según acta de fojas 303 a 312, se declara: Infundada la excepción de conclusión del proceso por transacción referidos a la demandante Giovanna Angélica Quiroz Villaty que deducen Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S.A. y Esteban Arturo Blanco Bar; Fundada la excepción de conclusión del proceso por transacción referido a los menores Euler Jonathan y José Ronny Mendoza Quiroz y Walker Steve Cuenca Quiroz que deducen los tres demandados; infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar de los demandados deducida por la Minera Yanacocha S.R.L. y Ransa Comercial S.A.; Infundada la excepción de prescripción deducida por todos los demandados, y Fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar activa respecto a la pretensión de indemnización por daño ambiental.
- 8.- Apelada que fuera la citada resolución, la Sala Civil de Cajamarca, mediante auto de vista del 25 de julio de 2005, confirma la alzada (por unanimidad) en cuanto declara infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar de la demandada Ransa Comercial S.A. y fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar por daño ambiental; confirma (por mayoría) en los extremos que declara infundada la excepción de prescripción extintiva de la acción; infundada la excepción de conclusión del proceso por transacción referido a la accionante Giovanna Quiroz; fundada la excepción de conclusión del proceso respecto a los hijos menores de edad de la actora, deducida por la empresa minera; la Revocaron en el extremo que declara fundada la excepción de conclusión del proceso por transacción referido a los menores de edad, deducida por los demandados Ransa Comercial S.A. y Arturo Blanco Bar; infundada la excepción de conclusión del proceso por transacción respecto a la actora, deducida por la empresa minera e infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva deducida por la misma empresa minera; Reformándola: declararon infundada la excepción de conclusión del proceso por transacción referida a los menores de edad, deducida por Ransa y Arturo Blanco Bar; fundada la excepción de conclusión del proceso por transacción respecto a la actora, deducida por la minera demandada, y fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva deducida por la misma empresa minera, en consecuencia nulo todo lo actuado y por concluido el proceso.

Dicha resolución fue materia de Recurso de Casación por los demandados Ransa Comercial S.A. y Arturo Blanco Bar, así como por la accionante Giovanna Quiroz siendo declarados nulos los concesorios por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, respecto a los dos codemandados, en tanto que declaró procedente el recurso de la accionante, el mismo que es declarado fundado mediante sentencia de fecha 7 de abril de 2006 (Casación Nº 2383-2005-Cajamarca, corriente de fojas 1428 a 1433 del tomo II que conforma estos autos), por lo que casaron la de vista por no haberse fundamentado debidamente, así como por no haberse fijado fecha para la vista de la causa de acuerdo a ley, devolviendo los actuados a la instancia de origen.

- 9.- Devueltos los autos a la Sala Civil de Cajamarca, ésta se avoca nuevamente al conocimiento de la causa emitiendo, en esta oportunidad por unanimidad, con fecha 27 de diciembre de 2006, el auto de vista (corriente de fojas 1473 a 1480 del tomo III), por medio de la cual Revoca la impugnada en el extremo que declara infundada la excepción de conclusión del proceso por transacción respecto a la demandante Giovanna Quiroz Villaty y Reformándola la declara Fundada, confirmándola en los demás extremos.

Esta resolución de vista es la que viene en Recurso de Casación conforme se procede a describir a continuación respecto a los fundamentos esgrimidos por la parte demandante.

## **II.- MATERIA DEL RECURSO**

Se trata del recurso de casación interpuesto por doña Giovanna Angélica Quiroz Villaty (por derecho propio y en representación de sus tres menores hijos), contra la resolución de vista de fojas 1473 a 1480, expedida el 27 de diciembre de 2006, por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, en los extremos que:

- a) Confirma la resolución apelada que declara fundada la excepción de conclusión del proceso por transacción respecto a los demandantes menores de edad: Walker Cuenca Quiroz; Euler Mendoza Quiroz y José Mendoza Quiroz, propuesta por las demandadas Minera Yanacocha S.R.L. y Ransa Comercial S.A.
- b) Confirma el auto apelado en cuanto declara fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar de la demandante respecto a la pretensión por daño ambiental formulada por el demandado Esteban Arturo Blanco Bar.

- c) Revoca el auto apelado en el extremo que declara infundada la excepción de conclusión del proceso por transacción y reformándolo declara fundada la citada excepción en cuanto concierne a la accionante Giovanna Angélica Quiroz Villaty, propuesta por Minera Yanacocha S.R.L. y Esteban Arturo Blanco Bar.

### III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Por resolución del 3 de mayo de 2007 se declaró procedente el recurso de casación por las causales previstas en los incisos 2 y 3 del artículo 386º del Código Procesal Civil, al haberse satisfecho los requisitos de fondo regulados por los incisos 2.2 y 2.3 del artículo 388º del mismo cuerpo legal, por los fundamentos siguientes:

- 1.- **La inaplicación de normas de derecho material:** Manifiesta la recurrente que se han inaplicado los artículos 5º y 1305º del Código Civil al haberse transigido sobre daños a la salud de los afectados, derechos que son personalísimos y extrapatrimoniales y por ende no son transables, sin considerarse que dichas transacciones son inválidas por no ajustarse al ordenamiento legal, siendo nulas de pleno derecho.
- 2.- **Contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso:**
  - a) Señala la impugnante que conforme al inciso 10 del artículo 446º del Código Procesal Civil, sólo se puede proponer la excepción de conclusión del proceso por transacción si se llega a establecer que la misma ha puesto fin a un proceso judicial, es decir previamente ha debido existir un proceso judicial que haya terminado con transacción. Del mismo modo el artículo 453º inciso 4 del citado cuerpo procesal, requiere la existencia de procesos idénticos para poder amparar la excepción de transacción, situación que no se presenta en el caso de autos, al tratarse de una transacción que no puso fin a ningún proceso judicial y tampoco fue homologada por juez alguno; habiéndose, además, contravenido principios jurisprudenciales establecidos por la Corte Suprema en casaciones anteriores, como por ejemplo la Casación Nº 730-2005.
  - b) Como segunda causal de contravención al debido proceso alega la recurrente que la excepción de falta de legitimidad para obrar Activa de la accionante respecto al daño al medio ambiente, no se ha interpretado correctamente los alcances del artículo 82º del Código Procesal Civil, toda vez que el mismo prevé la legitimación



extraordinaria para las instituciones que allí se mencionan, en tanto que la legitimación ordinaria le corresponde a las personas naturales afectadas, incluso para las que no lo son directamente. Además de no haber aplicado el precedente vinculante trazado en la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 221-97-AA/TC.

#### **IV.- DE LA CONVOCATORIA AL PLENO CASATORIO**

- 1.- Mediante Razón de fojas 123-A del cuaderno de casación, la señora relatora de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República, da cuenta al Presidente de dicha Sala de la existencia de pronunciamientos contradictorios sobre la misma materia entre las dos Salas Civiles de esta máxima instancia judicial.
- 2.- Mediante resolución del 29 de noviembre de 2007, la Sala Civil Permanente, estando a la Razón emitida, solicita al señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República citar a Pleno Casatorio a fin de que se constituya doctrina jurisprudencial sobre el caso materia de autos.
- 3.- Por Resolución N° 01-2007-I-Pleno Casatorio-P-CS-PJ, del 4 de diciembre de 2007, la Presidencia del Poder Judicial, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 400º del Código Procesal Civil, convoca a Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República a sesión para llevar a cabo la vista de la causa del presente proceso, la misma que se realizó el 18 de diciembre de 2007, habiendo sido designados como vocales ponentes de las opiniones divergentes de las Salas Supremas Civiles los señores Walter Vásquez Vejarano y Víctor Lucas Ticona Postigo en sus condiciones de presidentes de dichos órganos jurisdiccionales supremos.

#### **V.- CONSIDERACIONES**

- 1.- Habiéndose invocado vicios *in iudicando* e *in procedendo* como fundamentación de los agravios y atendiendo a sus efectos, es menester realizar primero el estudio de la segunda causal (referida a infracciones procesales), dados los alcances de la decisión, pues en caso de ampararse [*sic*] la misma, esto es si se declara fundada la casación por dicha causal, deben reenviarse los actuados a la instancia de origen para que proceda de acuerdo a lo resuelto, no teniendo objeto pronunciarse en lo que concierne a la causal de inaplicación de normas materiales.

Sin perjuicio de ello, cabe dejar constancia que si bien es cierto que en el auto que declara procedente el recurso de casación se ha hecho expresa referencia solamente a las causales de inaplicación de normas materiales y contravención al debido proceso en cuanto a la excepción de transacción, mas no así en cuanto a la excepción de falta de legitimación para obrar de la demandante para accionar por daño ambiental; tal omisión ha sido subsanada al haberse dispuesto en la parte resolutive de manera genérica que se declaraba procedente el recurso por las causales denunciadas (por los tres motivos reseñados), tanto más si es que el Ministerio Público ha emitido dictamen pronunciándose sobre todos los extremos denunciados y la parte demandada no ha alegado nulidad alguna, por lo que cualquier posible vicio de orden procesal ha quedado subsanado, más aún si es que el mismo no resulta trascendente para impedir que se resuelva el caso de autos.

- 2.- El asunto a dilucidarse en este proceso, y que es materia de divergencia entre las decisiones de las salas civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, se centra en los alcances de la transacción extrajudicial celebrada bajo el amparo normativo del artículo 1302º del Código Civil, esto es si la transacción extrajudicial puede hacerse valer como excepción procesal.

El otro punto materia de debate se refiere a la legitimación activa que pueda tener una persona natural para promover proceso judicial en la defensa de intereses difusos de acuerdo a lo previsto en el artículo 82º del Código Procesal Civil.

Por tal razón, para un mejor entendimiento del caso *sub judice*, se ha considerado oportuno abordar determinados tópicos que tienen estrecha relación con los hechos debatidos y las denuncias expuestas en el recurso de casación. En mérito a ello, se expondrá, en primer lugar, los criterios y posiciones manifestadas por ambas salas civiles supremas; a continuación se seguirá un orden de exposición que abarque la institución de la transacción tanto en su vertiente sustancial como procesal, además de otras instituciones afines que conviene traer a colación para un mejor esclarecimiento y resolución del caso *sub litis*.

#### **A. ANTECEDENTES RESOLUTIVOS DE LAS SALAS CIVILES SUPREMAS**

- 3.- Conforme se puede corroborar de las resoluciones dictadas en las casaciones obrantes en copias en autos, la Sala Civil Permanente

de la Corte Suprema de Justicia de la República, en los expedientes **Nº 2383-2005-Cajamarca** (sentencia dictada anteriormente en este mismo proceso, donde a manera de *obiter dictum* se refiere a la validez de la transacción extrajudicial); **Nº 2163-2006-Cajamarca**, **Nº 705-2007-Cajamarca**, **Nº 733-2007-Cajamarca**, **Nº 737-2007-Cajamarca** y **Nº 1801-2007-Cajamarca**, ha considerado que la transacción extrajudicial tiene calidad de cosa juzgada de acuerdo a lo previsto por el artículo 1302º del Código Civil, al poner fin a algún asunto dudoso o litigioso evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado, por lo tanto no se contraviene los artículos 446º, inciso 10, y 453º, inciso 4, del Código Procesal Civil, así como tampoco se vulneran los artículos 5º y 1305º del Código Civil, al estar transándose la indemnización sobre el daño que sufrió la parte afectada por el derrame de mercurio, por lo que si bien el daño puede ser extrapatrimonial, toda indemnización por sí misma se configura como un derecho patrimonial, respecto al cual sí se puede transigir; por lo tanto dicha Sala Suprema admite que la transacción puede ser deducida como excepción en un proceso judicial y ser amparada como tal, precisamente por haber evitado una controversia judicial.

- 4.- Por su parte la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en las casaciones **Nº 730-2005-Cajamarca**, **Nº 2158-2006-Cajamarca**; **Nº 2160-2006-Cajamarca**; **Nº 2162-2006-Cajamarca**; **Nº 2882-2006-Cajamarca** y **2942-2006-Cajamarca**, considera que solamente se puede oponer la transacción cuando ha estado en curso otro proceso, es decir previamente ha tenido que existir un proceso judicial que haya concluido con la suscripción de una transacción homologada por el juez de la causa para que pueda hacerse valer como excepción ante la interposición de una nueva demanda sobre los mismos hechos, al configurarse la identidad requerida por el artículo 453º, inciso 4, del Código Procesal Civil, razón por la cual la transacción extrajudicial celebrada bajo los términos del Código Civil sin que haya existido un proceso judicial anterior, no cumple el requisito del artículo 453º.4 del Código Procesal Civil, ergo deviene en inamparable como medio de defensa de forma, es decir, no se puede deducir como excepción de forma.

## B. DE LAS TRANSACCIONES CELEBRADAS

- 5.- Como se corrobora de lo descrito seguidamente, entre la parte demandante y la empresa Minera Yanacocha S.R.L. se celebraron tres transacciones extrajudiciales, la primera con la accionante, por derecho propio y en representación de sus menores hijos las dos siguientes, así

como se adicionaron sendas *addenda* a cada una de ellas, todas con firmas debidamente legalizadas por Notario.

**I. Transacción celebrada por doña Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por derecho propio, con Minera Yanacocha S.R.L.**

- a) En este negocio jurídico intervino en calidad de cónyuge de la indemnizada el señor José Gilmer Mendoza Saldaña.

Se estipuló como monto total de la indemnización la suma de S/. 2,625.00 Nuevos Soles, el cual, según la cuarta cláusula, cubría el daño emergente, lucro cesante, daño físico o moral y cualquier otro daño producido por el derrame de mercurio ocurrido el 2 de junio de 2000.

Asimismo, se acordó que la empresa minera proveería de un seguro de salud a favor de la parte afectada, sin costo para ésta, que cubra por el plazo de 5 años los gastos médicos asociados con las enfermedades derivadas de la contaminación por mercurio, seguro que podía ser renovado en caso la parte indemnizada haya requerido atención médica cubierta por el seguro y además presente alguna enfermedad derivada del derrame de mercurio que requiera atención médica por un período adicional a la vigencia del seguro.

Fecha de suscripción: 2 de septiembre de 2000.

- b) Con fecha 4 de noviembre de 2000 se redacta un nuevo documento denominado *addendum*, donde se acuerda duplicar el monto de la indemnización que haría un total de S/. 5,250.00 Nuevos Soles. El pago se realiza con firmas legalizadas ante Notario.

**II. Transacción celebrada por doña Giovanna Angélica Quiroz Villaty en representación de su menor hijo de 15 años de edad, Walker Steve Cuenca Quiroz<sup>2</sup>, con Minera Yanacocha S.R.L.**

- a) En este negocio jurídico sólo intervino la madre del menor.

Se estipuló como monto total de la indemnización la suma de S/. 5,625.00 Nuevos Soles, el cual, según la cuarta cláusula, cubría el

2 A la fecha el citado demandante Walker Cuenca Quiroz cuenta con 22 años de edad, por lo que tiene capacidad de goce y de ejercicio al ser mayor de edad de acuerdo a ley.

daño emergente, lucro cesante, daño físico o moral y cualquier otro daño producido por el derrame de mercurio ocurrido el 2 de junio de 2000.

Asimismo, se acordó que la empresa minera proveería de un seguro de salud a favor del menor, sin costo para éste, que cubra por el plazo de 5 años los gastos médicos asociados con las enfermedades derivadas de la contaminación por mercurio, seguro que podía ser renovado en caso la parte indemnizada haya requerido atención médica cubierta por el seguro y además presente alguna enfermedad derivada del derrame de mercurio que requiera atención médica por un período adicional a la vigencia del seguro.

- En la segunda cláusula se condicionaba el pago final del monto acordado cuando se contara con la autorización judicial para celebrar la transacción.

Fecha de suscripción: 2 de septiembre de 2000.

**b)** Con fecha 4 de noviembre de 2000 se redacta un nuevo documento denominado *addendum*, donde se acuerda duplicar el monto de la indemnización que haría un total de S/. 11,250.00 Nuevos Soles.

- En este documento también se estipula en la segunda cláusula que el pago final se hará una vez se cuente con la autorización judicial respectiva.

**c)** Mediante sentencia del 5 de junio de 2001, el Segundo Juzgado de Familia de Cajamarca, teniendo a la vista los dos documentos transaccionales, autoriza la celebración de la transacción.

- En mérito a dicha sentencia, con fecha 10 de enero de 2002 la empresa minera cumple con pagar a la madre del menor el saldo pendiente de S/. 5,625.00 Nuevos Soles. El pago se realiza con firmas legalizadas ante Notario.

**III. Transacción celebrada por doña Giovanna Angélica Quiroz Villaty y José Gilmer Mendoza Saldaña en nombre de los menores Euler Jonathan Mendoza Quiroz (12 años) y José Ronny Mendoza Quiroz (5 años), con Minera Yanacocha S.R.L.**

**a)** En este negocio jurídico intervinieron ambos padres de los menores de edad.

- Se estipuló como monto total de la indemnización la suma de S/. 7,875.00 Nuevos Soles (S/. 2,250.00 N.S. para Euler Mendoza y S/. 5,625.00 N.S. para José Mendoza), el cual, según la cuarta cláusula, cubría el daño emergente, lucro cesante, daño físico o moral y cualquier otro daño producido por el derrame de mercurio ocurrido el 2 de junio de 2000.

Asimismo, se acordó que la empresa minera proveería de un seguro de salud a favor de los menores afectados, sin costo para ellos, que cubra por el plazo de 5 años los gastos médicos asociados con las enfermedades derivadas de la contaminación por mercurio, seguro que podía ser renovado en caso la parte indemnizada haya requerido atención médica cubierta por el seguro y además presente alguna enfermedad derivada del derrame de mercurio que requiera atención médica por un período adicional a la vigencia del seguro.

- En la segunda cláusula se condicionaba el pago final del monto acordado cuando se contara con la autorización judicial para celebrar la transacción.

Fecha de suscripción: 2 de septiembre de 2000.

- b)** Con fecha 4 de noviembre de 2000 se realiza un nuevo documento denominado *addendum*, donde se acuerda duplicar el monto de la indemnización que haría un total de S/. 15,750.00 Nuevos Soles.
- En este documento también se estipula en la segunda cláusula que el pago final se hará una vez se cuente con la autorización judicial respectiva.
- c)** Mediante sentencia del 6 de febrero de 2001, el Tercer Juzgado de Familia de Cajamarca, teniendo a la vista los dos documentos transaccionales, autoriza la celebración de la transacción y *addendum*, y a la entrega del dinero señalado en ambos documentos.
- En mérito a dicha sentencia, con fecha 1 de marzo de 2001 la empresa minera cumple con pagar a la madre de los menores el saldo pendiente de S/. 7,875.00 Nuevos Soles. El pago se realiza con firmas legalizadas ante Notario.

## C. SOBRE LA TRANSACCIÓN

### c.1. De su regulación en nuestro ordenamiento nacional

- 6.- Ante todo, cabe analizar la regulación jurídica de la transacción de acuerdo a nuestro actual ordenamiento legal.

En lo que concierne a su regulación legislativa sustantiva, el artículo 1302º del Código Civil vigente indica:

**“Artículo 1302º:** Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre un 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 controversia entre las partes.

La transacción tiene el valor de cosa juzgada”. (Los subrayados son nuestros).

### c.2. Antecedentes y formalidades

- 7.- Así lo entendía también el Código Civil de 1852 al estipular en su artículo 1702º que:

**“Artículo 1702º:** Transacción es un contrato, por el que dos o más personas, decidiendo de común acuerdo sobre algún punto dudoso o litigioso, evitan el pleito que podía promoverse, o finalizan el que está principiado.

Puede transigirse entre presentes o ausentes, por los mismos interesados, o por apoderados con poder especial”.

Seguidamente, agregaba en sus artículos 1703º y 1705º, que la transacción se debía redactar por escrito, sea en instrumento público o privado o a través de una petición dirigida al juez y firmada por los interesados, con fe de las firmas de los que la hacían.

La transacción celebrada por escritura pública producía sus efectos desde que era otorgada legalmente, en tanto que la hecha por escritura privada lo hacía desde que se traducía en instrumento público y se

protocolizaba y la que se hacía ante el juez cuando se legalizaran las firmas.

En lo que se refería a la transacción sobre bienes de menores o personas sujetas a interdicción se indicaba, según el artículo 1716<sup>º</sup> del citado código, que la misma no sería válida mientras no se contara con la aprobación del juez, quien para concederla debía oír al consejo de familia y pedir el dictamen de tres letrados y del ministerio fiscal<sup>3</sup>.

Por su parte el Código Civil de 1936, en su artículo 1307<sup>º</sup> disponía que:

**“Artículo 1307º:** Por la transacción dos o más personas deciden sobre algún punto dudoso ó litigioso, evitando el pleito que podría promoverse, o finalizando el que está promovido”.

En lo que concernía a la protección de los derechos de menores de edad, igual disposición tenía el artículo 1312<sup>º</sup> del citado Código, al estipular que los representantes de menores, ausentes o incapaces, podrían transigir con aprobación del juez, quien para concederla oiría al consejo de familia cuando lo hubiera, y pediría el dictamen de dos letrados y del ministerio fiscal.

Nuestro actual Código Civil trae la misma regulación en su artículo 1307<sup>º</sup> al indicar que:

**“Artículo 1307º:** Los representantes de ausentes o incapaces pueden transigir con aprobación del juez, quien para este efecto oirá al Ministerio Público y al consejo de familia cuando lo haya y lo estime conveniente”.

Sobre este particular regresaremos más adelante cuando acometamos el estudio de las transacciones celebradas entre la empresa minera demandada y los menores de edad hijos de la actora.

### c.3. Naturaleza jurídica

- 8.- Como se nota, la transacción en el Código Civil de 1852 era considerada dentro de la Sección de los contratos denominados consensuales a diferencia de los aleatorios que contemplaba otras figuras jurídicas.

3 Cf. Código Civil, anotado y concordado, más un apéndice a cargo de Miguel Antonio de la Lama, 4ª ed., concordada con el Código de Procedimientos Civiles de 1912 por Pedro Goitizolo, Lima, Librería e imprenta Gil, 1914.



Esta calificación jurídica luego variaría con el Código Civil de 1936, el que consideró a la transacción como un medio de extinguir obligaciones. La Comisión Revisora del Código Civil de 1852 (que elaboró el corpus legal de 1936), manifestó que si era un acto jurídico en virtud del cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones dudosas o litigiosas, era forzoso convenir en que la transacción no era propiamente hablando un contrato sino un verdadero modo de extinción de los actos jurídicos en general, porque por ella se podían extinguir derechos reales y derechos hereditarios.

La transacción, continuaba diciendo la Comisión, es un contrato en cuanto representa el resultado de la concordancia de las voluntades, pero como es una convención que tiene por fin jurídico principal liquidar relaciones obligatorios preexistentes, es real y verdaderamente un medio de extinción de obligaciones y está mejor ubicada en el plan del anteproyecto (que la incluía dentro de los efectos de las obligaciones) que en la sección del Código Civil de 1852<sup>4</sup>.

- 9.- En la doctrina se discute arduamente si la transacción es una convención, un contrato<sup>5</sup> o un acto jurídico, inclinándose la mayoría por concebirla como un contrato, conforme lo exponen –entre otros, para el ámbito argentino– los tratadistas Jorge Llambías y Rubén Compagnucci de Caso<sup>6</sup>.

4 Nos basamos en la cita que hacen Mario Castillo Freyre y Felipe Osterling Parodi en su *Tratado de las obligaciones*, tercera parte, T. IX, Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Lima, PUCP, 2005, p. 443.

5 Ya Joaquín Escriche nos decía que la transacción era un contrato voluntario en que se convenían y ajustaban los litigantes acerca de algún punto dudoso o litigioso, decidiéndolo mutuamente a su voluntad. Debía recaer sobre cosa dudosa, de modo que sería nula si cualquiera de los contrayentes supiera que no tenía ningún derecho, como igualmente si haciéndose sobre cosa puesta en litigio, se había ya dado y pasado en autoridad de cosa juzgada la sentencia. Acotaba que la transacción tenía fuerza de cosa juzgada y producía excepción de pleito acabado. Cf. Escriche, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, París, Librería de Rosa, Bouret y Cía., 1851, p. 1507.

6 Cf. Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, T. III, 3ª ed. actualizada, Buenos Aires, Perrot, 1987, pp. 77-78; Compagnucci de Caso, Rubén, *Manual de obligaciones*, Buenos Aires, Astrea, 1997, pp. 523-524. Para este último la transacción es un contrato o negocio jurídico declarativo, ya que los derechos se fijan por obra y facultad de las mismas partes, quienes tienen soberanía absoluta en sus propios intereses. De ese modo, se afirma y aclara la situación jurídica incierta, que aflora con nitidez mediante la transacción. En torno a la duda que suscita la naturaleza jurídica de la transacción conviene revisar también la obra de Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal y Roberto López Cabana, *Curso de Obligaciones*, 4ª ed. Actualizada, 1ª reimpresión, T. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, pp. 339-340.

En sede nacional, la Comisión Revisora del Código Civil de 1936, ubicó a la transacción como un medio de extinguir obligaciones (al igual que el aludido código, materia de reforma), primero consideró que la figura de la transacción presenta un doble aspecto: de un lado, es efectivamente un contrato destinado a poner fin a obligaciones dudosas o litigiosas, mediante concesiones recíprocas; desprendiéndose su naturaleza contractual de la definición contenida en el artículo 1351<sup>o</sup> del Código Civil que define el contrato. Este carácter se ve acentuado al haberse introducido el segundo párrafo del artículo 1302<sup>o</sup> del citado código, según el cual se admite que la transacción puede crear, regular o modificar relaciones diversas de las que son objeto de la controversia.

En otra parte se comentaba por la anotada Comisión, que el legislador ubica a la transacción como uno de los medios de extinguir obligaciones por razones de tradición jurídica y porque en múltiples casos prevalece el efecto extintivo de la misma. Acotaba que había sido motivo de especial preocupación de la Comisión revisora, que dio origen al Código Civil vigente de 1984, introducir mecanismo ágiles para que los particulares solucionen sus diferencias sin la intervención de los tribunales de justicia, **teniendo en cuenta el explicable deseo de las partes de evitar los costos de un proceso, la pérdida de tiempo que éste conlleva y la voluntad común de lograr tranquilidad**, aspecto que prevalecía para que ellas “se dicten su propia sentencia”<sup>7</sup>.

- 10.-** Es por ello que los profesores Castillo Freyre y Osterling Parodi señalan que la transacción es un acto jurídico, puesto que constituye una manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, pero, asimismo, puede ser un contrato al versar sobre relaciones jurídicas patrimoniales (puesto que los derechos extrapatrimoniales son intransigibles), por lo que ambos conceptos no resultan ser excluyentes sino complementarios.

Por lo tanto, se concluye que para nuestro ordenamiento jurídico nacional la transacción es un acto jurídico de naturaleza patrimonial (contrato) por el que las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso. A nivel formal, al ser un contrato, apunta a zanjar cuestiones ya existentes entre las partes, es decir a extinguir relaciones jurídicas existentes que se encuentran en controversia. Por

7 Cf. Exposición de motivos oficiales del Código Civil. La transacción, elaborada por la Comisión Revisora del Código Civil de acuerdo a las Leyes 24039 y 24136. Separata Especial del diario oficial El Peruano, publicada el 23 de marzo de 1988, p. 7.

ello su ubicación es más clara dentro de los medios extintivos de las obligaciones. En cuanto al nivel de fondo, lo que subyace en el corazón de esta figura se centra en la búsqueda de la paz y la armonía<sup>8</sup>.

La causa o función de la transacción es la composición de la controversia jurídica que existe entre las partes, cuya solución o liquidación asumen los propios interesados, evitando provocar un pleito o acabando el ya iniciado, y se realiza mediante recíprocas concesiones. Sobre esta causa, que en sus múltiples aspectos revela la virtualidad operativa del contrato, y sobre la situación o relación jurídica controvertida debe recaer, impelido por el *animus transigendi*, el consentimiento de los contratantes<sup>9</sup>.

Seguidamente haremos referencia tanto a la doctrina nacional como a la argentina, por haber servido el Código Civil de este último país como fuente para la redacción de nuestro actual artículo 1302<sup>9</sup>, especialmente en cuanto a la validez de cosa juzgada que se le otorga a la transacción<sup>10</sup>; extremo sobre el cual nos ocuparemos más adelante<sup>11</sup>.

8 Cf. Castillo Freyre, Mario, et ál, ob.cit., pp. 444, 446 y 451. Refiriéndose a las concesiones recíprocas, la Comisión revisora siguiendo la doctrina argentina, señalaba que ellas no requieren ser de valor equivalente, sino que pueden ser enteramente desiguales y desproporcionadas en su valor patrimonial, tampoco es necesario que sean de naturaleza económica, pudiendo ser de otra naturaleza. Cf. Exposición de motivos oficiales..., p. 8.

9 Cf. Luna Serrano, Agustín, en: Lacruz Berdejo, José Luis, et ál, *Derecho de obligaciones. Vol. Segundo, contratos y cuasicontratos, delito y cuasidelito*, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 1995, p. 377.

10 Lo dicho nos lleva a recordar que el Código Civil francés también le otorga tal calidad a la transacción, además de considerar que no procede alegar la lesión en su celebración, conforme a continuación de [sic] menciona:

“Article 2044<sup>o</sup>: La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naitre.

Ce contrat doit être rédigé par écrit.

Article 2052<sup>o</sup>: Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort.

Elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion”.

Comentando tales normas, los hermanos Mazeaud estipulaban que la transacción es un contrato en el sentido preciso de la palabra, ya que crea una obligación de no hacer, la de no acudir a la justicia o la de no continuar un procedimiento en curso. Acotaban que las concesiones no necesariamente debían ser equivalentes, pero era necesario que existiera alguna concesión, al menos de orden moral, de lo contrario la transacción sería nula. Cf. Mazeaud, Henri, León y Jean, *Lecciones de Derecho civil, parte tercera*, Vol. IV, trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, bajo la dirección de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJE, 1974, pp. 619 y 627. También ver: Trigo Represas, Félix A.: “Las concesiones recíprocas en la transacción”, en: La Ley 1989-B, nota a fallo, p. 563.

11 Conforme es de aceptación general en el sistema jurídico, los elementos esenciales de la transacción son los siguientes: a) Una relación jurídica litigiosa o controvertida; b) La intención de los contratantes de componer el litigio, esto es eliminar la controversia; y, c) Las recíprocas concesiones de las partes (*aliquid Batum, aliquid retentum*). Estos elementos serán mencionados durante el desarrollo del análisis del caso a resolverse por lo que no se les dedicará consideraciones específicas al tener que ser aludidos en toda la sentencia.

11.- Al decir de Llambías, la transacción se basa en un intercambio de sacrificios; si una sola de las partes sacrificara algún derecho suyo, ello sería una renuncia y no una transacción que requiere que medien concesiones recíprocas. Mientras exista una reciprocidad, no importa la cuantía de ellos ni su equivalencia o desigualdad, puesto que la ley no exige paridad de concesiones, ni ello podría imponerse porque la importancia del sacrificio que cada cual realiza es de apreciación eminentemente subjetiva, no habiendo pauta válida para su medición<sup>12</sup>.

#### c.4. Efectos de la transacción

12.- Se sostiene que la transacción, como es opinión mayoritaria en doctrina, produce diversos efectos, siendo los principales: a) es obligatoria o vinculante; b) es extintiva; c) tiene efecto declarativo; d) tiene valor de cosa juzgada<sup>13</sup>:

a) **Es obligatoria o vinculante:** Por su razón de carácter contractual, la transacción crea para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, en mérito al adagio que: “*el contrato es ley entre las partes*”.

b) **Es extintiva:** Precisamente por el efecto extintivo que posee la transacción, las partes no pueden hacer valer luego los derechos renunciados por ese acto, si lo hicieran, serían rechazados por una

12 Llambías nos dice que la materia de la transacción son las obligaciones litigiosas o dudosas. Un acuerdo extintivo que recayese sobre obligaciones que no fuesen litigiosas o dudosas, no sería una transacción porque la *res dubia* es la esencia de esa figura. En efecto, la transacción es un negocio o acto jurídico de fijación, que tiende a hacer cierta o a poner fuera de discusión una situación determinada, eliminando la incerteza de la relación. Esa incertidumbre puede ser objetiva o subjetiva, la primera corresponde a las obligaciones litigiosas que son las que están sometidas a un pronunciamiento judicial; la segunda origina las obligaciones dudosas, es decir, las que las partes sinceramente han estimado como tales, aunque en verdad no lo fueran para un jurista especializado. Cf. Llambías, ob.cit., pp. 75 y 76. En el mismo sentido se pronuncia Fornaciari, al estimar que las obligaciones dudosas serán aquellas que las partes seriamente estiman como tales. Por lo que los requisitos esenciales de la transacción serán la existencia de cuestiones dudosas o litigiosas, pero entendiendo que la *res dubia* precede y enlaza siempre ambas situaciones; sea que el acuerdo se concrete como forma de autocomposición extrajudicial, sea que se realice en el ámbito del proceso. Asimismo, el carácter de dudosa de determinada cuestión debe ser apreciado de manera subjetiva, es decir, en el sentido que sería y razonablemente le atribuyen los otorgantes con abstracción de la interpretación que le daría un jurisconsulto o el propio juez de la causa. Cf. Fornaciari, Mario Alberto, *Modos anormales de terminación del proceso*, T. II, Buenos Aires, Depalma, 1988, pp. 27 y 28. También sobre la *res dubia* resulta oportuno ver a Compagnucci de Caso, Rubén: “La ‘*res dubia*’ como motivación totalizadora de la transacción”, en: *El Derecho. Jurisprudencia general*, Buenos Aires, T. 85, 1980, pp. 859-863.

13 Por todo lo que diremos se ha seguido la obra de Llambías, ob.cit., pp. 114-124.

excepción de transacción, que impide renovar una pretensión ya anquilada por la virtualidad del convenio celebrado.

**c) Tiene efecto declarativo:** La transacción no tiene efectos traslativos de derechos sino declarativos. Esto significa que cuando uno de los contratantes reconoce el derecho del otro, no es que esté considerando que se lo está transmitiendo, sino que ese derecho ha existido desde antes y directamente en cabeza de quien lo tiene luego de la transacción.

**d) Tiene valor de cosa juzgada:** La parte final del artículo 1302º de nuestro actual Código Civil le otorga tal condición a la transacción, aspecto sobre el que regresaremos más adelante cuando tratemos específicamente sobre la vinculación de la transacción con la cosa juzgada y su posibilidad de proponerse como excepción en ese sentido.

**13.-** Concordante con lo dicho, el artículo 1303º del Código Civil es expreso al consignar que: *“La transacción debe contener la renuncia de las partes a cualquier acción que tenga una contra otra sobre el objeto de dicha transacción”*, dejando en claro la relevancia del elemento reciprocidad en esta figura extintiva. El sentido del artículo es evidente, tomando en cuenta la finalidad de la transacción, cual es la de no reabrir el asunto que dejó de ser controvertido, dudoso o litigioso; por lo tanto la eficiencia y practicidad, que constituyen las ventajas de la transacción, giran alrededor de esta economía en términos de tiempo, recursos e incertidumbre. Estos beneficios se tornarían estériles si la transacción no tuviera la calidad de definitiva, es decir, si pudiera iniciarse, reiniciarse o proseguir un proceso judicial sobre el mismo tema, al cual las propias partes encontraron solución y convinieron en ella<sup>14</sup>.

**14.-** Ahora bien, nuestro Código Procesal Civil también regula sobre la transacción judicial, la misma que debe ser homologada por el juez de la causa conforme se estipula en el artículo 337º, el mismo que a la letra dice:

**“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.

14 Cf. Castillo Freyre, Mario, et ál., ob.cit., p. 530.

Queda sin efecto toda decisión sobre el fondo que no se encuentre firme.

La transacción que pone fin al proceso tiene la autoridad de la cosa juzgada. El incumplimiento de la transacción no autoriza al perjudicado a solicitar la resolución de 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 intervención de terceros.

Con la transacción judicial no se puede crear, regular, modificar o extinguir relaciones materiales ajenas al proceso”.

Seguidamente se regula:

**“Artículo 338º.- Normatividad supletoria.-** En todo lo no previsto en este Capítulo, se aplican las normas pertinentes del Código Civil”.

- 15.-** Como nota adicional deviene en ilustrativo consignar que de las sesenta y dos modificaciones que se realizaron a diversos artículos del Código Civil, mediante la Primera Disposición Modificatoria del Código Procesal Civil, ninguna se refiere a las normas de la transacción, es más existe el artículo 338º antes citado que es remisivo a las reglas contenidas en el Código sustantivo, lo que demuestra que el legislador procesal no tuvo intención alguna de restarle eficacia a la transacción extrajudicial, de lo contrario hubiera modificado o derogado toda la normativa citada.

### **c.5. La transacción extrajudicial: ¿defensa de forma o de fondo?**

- 16.-** La cuestión surge en saberse si es que solamente la transacción judicial puede hacerse valer como defensa de forma (excepción procesal) y la extrajudicial como defensa de fondo.

Si bien es cierto que el artículo 453º del Código Procesal Civil precisa que:

**“Artículo 453º.- Amparo de las excepciones de litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión o conclusión del proceso por conciliación o transacción.-** Son fundadas las excepciones de litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión o conclusión del proceso por conciliación o transacción, respectivamente, cuando se inicia un proceso idéntico a otro:

1. Que se encuentra en curso;
2. Que ya fue resuelto y cuenta con sentencia o laudo firme;
3. En que el demandante se desistió de la pretensión; ó
4. En que las partes conciliaron o transigieron”.

No resulta menos cierto que se puede optar por uno de dos caminos, o el de la aplicación literal de dichos supuestos o el de interpretar sistemáticamente los mismos dentro del marco constitucional de la tutela jurisdiccional efectiva, así como de los fines del proceso, además del principio de autonomía de la voluntad; esto es de buscar la solución a un caso concreto de manera cierta sin dar pie a sucesivos litigios.

**17.-** Si nos inclinamos por la primera opción, es decir por la aplicación literal de la norma jurídica procesal, se consideraría que la transacción extrajudicial no puede ser alegada como Excepción procesal, por el contrario deberá alegarse como defensa de fondo, es decir, como parte de la contestación de la demanda. En cambio si ponderamos la segunda alternativa, esto es, de la interpretación sistemática de la norma procesal, arribaremos a la conclusión que se puede alegar la transacción extrajudicial como defensa de forma y por ende estaría considerada dentro del supuesto previsto por el artículo 446<sup>o</sup> inciso 10 del Código Procesal Civil.

**18.-** Comentando sobre la legislación argentina, Compagnucci de Caso precisa que la defensa o excepción de transacción, denominada *exceptio litis per transactionem finitae*, es de tipo perentorio que decide el pleito y tiene carácter sustantivo, por lo que aquel que pretenda oponer esta defensa debe demostrar, al igual que para la cosa juzgada, que se den los requisitos de las tres identidades: objeto, sujetos y causa. En cuanto al objeto, debe entenderse que sólo se ha transado sobre los derechos que obran en el acuerdo, y no es posible extender el entendimiento a situaciones análogas o similares. Los sujetos también deben coincidir y juega el principio del efecto relativo de los contratos. Por último la causa debe ser idéntica, es decir, estar fundada en los mismos hechos que fueron fuente de las pretensiones reclamadas<sup>15</sup>.

**19.-** Nuestra anterior legislación procesal, aunque no de manera expresa, contemplaba la distinción entre excepciones perentorias y dilatorias, por el momento en que podían ser deducidas –claro está que el Capítulo II del Título I, de la Sección Segunda del Código de Procedimientos

15 Cf. Compagnucci de Caso, ob.cit., pp. 532-533.

Civiles de 1912, llevaba solamente por título “Excepciones dilatorias”<sup>16</sup>-, clasificación que hoy en día ha dejado de ser usada, tanto es así que la actual Ley de Enjuiciamiento Civil española del año 2000 no las contempla, teniendo eso sí una estación procesal de saneamiento.

No obstante lo dicho, resulta ilustrativo hacer algunas referencias a ello, fundamentalmente por sus efectos prácticos.

- 20.-** En doctrina existen tantas clasificaciones de excepciones como autores hay<sup>17</sup>, por lo que optamos por seguir lo dicho por Peláez<sup>18</sup>, quien mencionando los diferentes criterios de clasificación de estas, alude, entre otras, a las: a) procesales y materiales; b) propias e impropias; c) de previo o especial pronunciamiento; d) perentorias, dilatorias y mixtas.

Es esta última clasificación la más difundida, concibiéndose a las excepciones dilatorias o temporales como aquellas que no impiden una reproducción del ataque del actor en otro proceso una vez hayan variado las circunstancias; en tanto que las perentorias o perpetuas, eran aquellas que de ser estimadas impedían que el ataque se reproduzca en otro proceso, porque se dirigían a conseguir la absolución del demandado o la terminación del litigio, desvirtuando o destruyendo para siempre el derecho del demandante<sup>19</sup>.

Se admitía una *tertius genus* que se denominaba excepciones mixtas, porque, se sostenía, tenían doble naturaleza, de perentorias y de dilatorias, por lo que se podían hacer valer tanto antes de contestar la demanda como al presentarse ésta, siendo considerada dentro de este tipo de excepciones la de transacción.

- 
- 16 Sobre esto resulta ilustrativo revisar lo dicho por Eugenia Ariano: “Prescripción, cuestiones declarables de oficio y cosa juzgada”, artículo contenido en: *Problemas del proceso civil*, Lima, Jurista editores, 2003, pp. 102-105, especialmente las notas a pie.
- 17 Nos remitimos a lo comentado por Eugenia Ariano, ob.cit., pp. 103, n. 4 y 145, n. 21.
- 18 Cf. Peláez, Francisco J., *La transacción. Su eficacia procesal*, Barcelona, Bosch, 1987, pp. 191 y ss.
- 19 El procesalista brasileño Moacyr Amaral conceptúa a las excepciones dilatorias como “... são aquelas que apenas distendem o curso da demanda...” mientras que las perentorias “... são aquelas que trancam, encerram o processo...” Cf. Amaral Santos, Moacyr, *Primeiras linhas de direito processual civil*, 2º volumen, 14ª ed., Sao Paulo, Saraiva, 1989-1991, p. 195.



### c.5.1. Transacción vs. Cosa juzgada

- 21.- Otro ámbito de debate es el referido a que si la transacción al tener, según nuestro Código Civil, el valor cosa juzgada podría haber hecho valer en este proceso como defensa de forma bajo el amparo del inciso 8 del artículo 446º del Código Procesal Civil, que regula la excepción de Cosa Juzgada, y no bajo la égida del inciso 10 del mismo artículo.

Si nos remitimos al ordenamiento procesal, observamos que el desistimiento de la pretensión se puede hacer valer como excepción con nombre propio (artículo 446º inciso 9: Desistimiento de la pretensión) o como excepción de cosa juzga [sic] en mérito a lo dispuesto por el artículo 344º del Código Procesal Civil, por lo que en uno u otro sentido tendría paso, también, para ser amparada la transacción judicial o extrajudicial.

Como dato histórico mencionamos que el artículo 1728º del Código Civil de 1852 decía que: “*La transacción produce entre las partes la excepción de cosa juzgada; y puede interponerse en cualquier estado de la causa*”. Coligiéndose de ello, que se le otorgaba la condición de excepción mixta, al poderse oponer como dilatoria o perentoria de acuerdo a lo antes mencionado.

- 22.- Empero, es sujeto de debate el considerar si es que la transacción extrajudicial tiene o no la calidad de cosa juzgada, siendo de opinión en contra la mayoría de la doctrina, por ejemplo en Argentina Llambías, Borda y Compagnucci sostienen que la transacción como contrato que es, no tiene capacidad de producir efectos de cosa juzgada, sólo tendrá aquella fuerza la que ha sido homologada por el juez<sup>20</sup>.

De la misma postura son los autores nacionales Castillo Freyre y Osterling Parodi, al señalar que la transacción sólo tiene similitudes con la sentencia o con el laudo cuando nos encontramos dentro de un proceso judicial o arbitral<sup>21</sup>.

De distinto parecer es el maestro uruguayo Eduardo Couture, que al considerar como excepciones mixtas a la cosa juzgada y a la transacción,

20 Cf. Llambías, ob.cit., p. 120, Compagnucci de Caso, ob.cit., p. 530 y Borda, Guillermo, *Manual de obligaciones*, 10ª ed. Actualizada, Buenos Aires, Perrot, 1994, p. 360.

21 Cf. Castillo, et ál., ob.cit., p. 512, y Morello, Augusto M., “La transacción desde la perspectiva procesal”, en: *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, año VI, Nº 11, T. VI, julio-diciembre, 1953, pp. 375-390, artículo contenido también en su libro: *La eficacia del proceso*, 2ª ed. ampliada, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, pp. 393-409.

decía que: *“Las excepciones de cosa juzgada y transacción evitan, en todo caso, el debate sobre el derecho expuesto en la demanda. Quien aduce la cosa juzgada no discute el derecho mismo, sino que se ampara en un pronunciamiento anterior a su respecto, que le resulta favorable y que le ahorra una nueva discusión. El que invoca la transacción tampoco quiere dilucidar el derecho tal cual era, sino que se ampara en un estado de cosas que ha surgido luego del contrato de transacción y que hace innecesario todo debate sobre el estado anterior; la transacción que es el equivalente contractual de la sentencia, actúa en el juicio como una verdadera excepción de cosa juzgada”*<sup>22</sup>.

- 23.-** La doctrina española también se ocupa de tal efecto, considerando que la norma respectiva (artículo 1.816º del Código Civil español), cuando habla del valor de cosa juzgada, se trata más de una metáfora secular y que ha cumplido históricamente la misión de subrayar el carácter meramente declarativo del contrato, no debiendo entenderse en su sentido literal; por tal motivo el autor español Francisco Peláez comenta que:

“Partiendo de que la transacción es una especie de sentencia que dictan las partes para resolver su situación controvertida, pienso que la interpretación que buscamos es la de Fenech. El Art. 1816º, dice, ‘no refleja una identidad conceptual con la cosa juzgada de la sentencia. La cosa juzgada de la transacción que no puede hacerse valer, por ejemplo, por medio de la excepción de cosa juzgada en el proceso civil, ni tratarse por el procedimiento incidental, quiere decir que el juez viene obligado a tener en cuenta la decisión de las partes y a no contradecirla, aunque la crea injusta; pero esta cosa juzgada no impide que el Juez valore la validez del propio contrato de transacción, y que estime su falta de causa, que ha sido otorgado con dolo, etc., o sea, que el juez no puede revisar el proceso que ha culminado en una sentencia, de modo que la cosa juzgada se desprende de la sentencia y cubre la actividad anterior a ella. Sólo en ese sentido puede hablarse propiamente de cosa juzgada, en cuanto la solución se independiza de la actividad anterior y tiene valor por sí misma.’ Es como una sentencia que se han dado las partes”<sup>23</sup>.

Continúa citando Francisco Peláez, esta vez a Carreras Llansana quien opina que: “Para que exista cosa juzgada en sentido material, es indispensable, por definición, que se haya juzgado, es decir, que

22 Cf. Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 12ª reimpresión de la 3ª ed. de 1958, Buenos Aires, Depalma, 1985, pp. 118-119.

23 Cf. Peláez, ob.cit., pp. 161 y 163.

exista verdadero y propio juicio sobre una cuestión entre partes. Si no existe una verdadera norma o regla sobre relaciones jurídicas, si falta como hemos visto esta imperatividad que es sólo propia de la sentencia dictada en el proceso contencioso, no cabe afirmar que exista propiamente un juicio ni cosa juzgada”<sup>24</sup>.

- 24.- En la misma línea doctrinal Agustín Luna Serrano opina que, tampoco habría de tener la transacción el valor de cosa juzgada en el sentido positivo de ser vinculante para el juez, puesto que al no haber juicio no se da el presupuesto de la regla tradicional *res iudicata pro veritate habetur*, por lo que sostiene que si alguna de las partes “... intentase repristinar la discusión ante los órganos jurisdiccionales, la otra podría oponerle útilmente, con la misma fuerza que la *exceptio rei iudicate*, la *exceptio litis per transactionem finitae*”<sup>25</sup>.
- 25.- En consecuencia, parecería dificultoso decantarse por una u otra opción; empero, siguiendo a la mayoría de la doctrina, cuyos argumentos nos parecen más plausibles con relación a si en base a la transacción extrajudicial –no homologada<sup>26</sup>– se puede deducir la excepción de cosa juzgada, opinamos que no resulta viable su proposición como defensa de forma bajo esa denominación, sino más bien creemos que se puede plantear como excepción de transacción propiamente dicha, toda vez que si bien es cierto existen ciertas similitudes entre ambas instituciones –transacción y cosa juzgada– se nota la ausencia de identidad entre las mismas y más bien una mayor presencia de diferencias.

### c.5.2. De la transacción extrajudicial como excepción procesal

- 26.- En lo que respecta a nuestro ordenamiento procesal, comentando el anterior Código de Procedimientos Civiles de 1912, Augusto Ferrero decía que:

“En cuanto a la transacción, nuestra ley procesal no ha hecho sino conceder al demandado el derecho de interponer con el carácter previo de defensa, una institución contemplada en el Código Civil (artículos 1307<sup>9</sup>-1316<sup>9</sup>). La transacción como la cosa juzgada, entraña una función positiva y una negativa. Una función positiva

24 Cf. Peláez, ob.cit., p. 164.

25 Cf. Lacruz, ob.cit., pp. 382 y ss.

26 Sobre la mala habitualidad de requerir la homologación de la transacción es bueno remitirnos a lo dicho por: Carbone, Carlos Alberto, “Excepciones de transacción, conciliación y desistimiento del derecho”, en: *Excepciones procesales. Doctrina y jurisprudencia* (coord. Jorge Peyrano), Santa Fe, Editorial Panamericana, 1993, p. 181.

por cuanto se puede exigir su cumplimiento. Una función negativa por cuanto se puede oponer lo pactado. Es en el sentido de la función negativa que opera la excepción. Como la transacción puede hacerse por escritura pública o por petición al juez que conoce el litigio (artículo 1308º del Código Civil), entendemos que en ambos casos procede como excepción. Tiene el mismo valor que una resolución judicial. Por ello, como anota Couture, por medio de la transacción las partes deciden por contrato lo que el juez habría de pronunciar por sentencia”. Seguidamente agrega “... El fundamento de la excepción de cosa juzgada, como el de la transacción, desistimiento y litispendencia, es la seguridad jurídica. No olvidemos que no solamente es importante actuar el derecho con el mínimo posible de actividad jurisdiccional, sino también con la mayor seguridad jurídica. Porque el derecho no es un valor en sí mismo, ni la justicia su contenido necesario. La prescripción no procura la justicia, sino el orden; la transacción no asegura la justicia, sino la paz; la cosa juzgada no es un instrumento de justicia, sino de autoridad”<sup>27</sup>.

**27.-** Según Raymundo Salvat, para que la excepción de transacción pueda prosperar, es necesario el concurso de dos condiciones, análogas a las que se exige para la cosa juzgada: a) Que la nueva cuestión sea la misma que había sido transigida (identidad de objeto) y b) que la cuestión se plantee entre las mismas personas, actuando en la misma

---

27 Cf. Ferrero, Augusto, Derecho procesal civil. Excepciones, 2ª ed. corregida y aumentada, Lima, s/e, 1974, pp. 142-144. Sobre esto también nos remitimos a lo ya dicho por Couture en su obra citada, pp. 118-119. Otro autor nacional, comentando el artículo 317º del Código de Procedimientos Civiles, decía que esta excepción se justificaba puesto que al tener ésta como fin el evitar un litigio y si, a pesar de ello, una de las partes planteara uno nuevo, tenía que otorgarse al demandado un recurso que le permitiera “... hacer efectivo el efecto de la transacción...” Cf. Perla Velaochaga, Ernesto, *Juicio ordinario*, 6ª ed., Lima, EDDILI, 1986, p. 228. De posición distinta es Pino Carpio, para quien la única transacción que podía dar pie a proponerse como excepción, de acuerdo al artículo 317º del C. de P. C., era la que había “... incidido en juicio, porque si éste no ha existido, no se podría hablar de las identidades de objeto y de causa (cosa y acción según el Código), por más que el del juicio iniciado después de la transacción se deduzca que tales identidades existen en el convenio transaccional. Por consiguiente, si la transacción se ha llevado a cabo sin que antes hubiera existido juicio, no puede deducirse la excepción; pues lo que cabe en este caso es que el demandado oponga la transacción como un medio de defensa substancial, lo que debe hacer al contestar la demanda”. Cf. Pino Carpio, Remigio, *Nociones de derecho procesal y comentario del código de procedimientos civiles*, T. II, Lima, Tipografía Peruana, 1963, pp. 72-73. Respecto a la inviabilidad de proponer la transacción extrajudicial como excepción bajo las normas de nuestro actual Código Procesal Civil es ilustrativo ver la obra de: Ariano Deho, Eugenia, *El proceso de ejecución. La tutela ejecutiva en el código procesal civil peruano*, Lima, Rodhas, 1996, pp. 216-217.

calidad (identidad de personas)<sup>28</sup>; por ello se dice que la transacción es un instituto con una doble resonancia normativa, fonal y ritual, por cuanto sus efectos extinguen o modifican relaciones jurídicas y son idóneos para terminar anormalmente el proceso, puede argumentarse como pretensión para exigir su cumplimiento (ya que genera un título ejecutivo) o como excepción cuando se pretende demandar por el mismo derecho primigenio que fue objeto de la transacción<sup>29</sup>.

**28.-** Abundando en argumentos a favor de la viabilidad de proponer la transacción extrajudicial como excepción, Fornaciari considera que la transacción afecta directamente la pretensión, afecta el derecho que se autoatribuye el actor en el proceso: “Cuando se trate de convenio extrajudicial, estaremos en el campo de los derechos simplemente dudosos. Frente a este supuesto, se ha sostenido que, cuando el acuerdo se celebre sin que exista litigio, la transacción no puede oponerse como excepción previa, sólo sería viable como ‘defensa de fondo’ ya que es un medio extintivo de obligaciones que guarda similitud con el pago que no está enumerado entre las defensas previas. Los argumentos no nos parecen definitivos; pensamos que para arribar a una solución a este problema, es necesario recurrir al procedimiento de identificación de pretensiones (...). Por su valor gráficamente esclarecedor, conviene reproducir la fórmula suministrada por Calamandrei. Según este autor, la identificación subjetiva tiende a establecer quiénes son los litigantes; la objetiva apunta a determinar sobre qué litigan; la atinente al tercer elemento, o sea al título o *causa petendi*, se dirige a responder por qué litigan”.

Líneas más adelante el autor aludido concluye que constatada la triple identidad no advierte impedimento alguno para que la transacción pueda prosperar como defensa previa, por lo que “... determinada por el procedimiento de confrontación la identidad de la pretensión deducida con la cuestión que ha sido materia de convenio transaccional, la excepción previa que analizamos es perfectamente viable”<sup>30</sup>.

**29.-** Concluimos que no existe basamento lógico que sirva de obstáculo para que la transacción extrajudicial se oponga como defensa de forma, de lo contrario se estaría desconociendo sus efectos extintivos así como su utilidad como medio eficaz para solucionar futuros litigios, además de instrumento para alcanzar la paz y armonía entre las partes.

28 Citado por Castillo Freyre, et ál., ob.cit., p. 491.

29 Cf. Carbone, Carlos Alberto, ob.cit., pp. 179-180.

30 Cf. Fornaciari, ob.cit., pp. 96-97.

## D. FORMALISMO, INTERPRETACIÓN NORMATIVA, JUSTICIA Y CONFLICTO SOCIAL

- 30.- De lo dicho surge el siguiente interrogante: ¿cuál sería la razón para no poder alegar la transacción extrajudicial como defensa de forma (Excepción) y solamente limitarla a oponerla como defensa de fondo?

No se halla motivo razonable para exigir a las partes a litigar por un alongado tiempo, sabiendo que se concluirá finalmente por el amparo de la defensa propuesta, cuando bien puede acogerse la misma como excepción procesal, con ello no sólo se estaría actuando en aplicación del principio de economía procesal sino también se estaría descartando la aplicación literal, y por tanto perjudicial, de las normas procesales contenidas en los artículos 446<sup>o</sup> inciso 10 y 453<sup>o</sup> del Código Procesal Civil, tanto más si es que se está ante un claro supuesto de ausencia de interés para obrar en el proceso.

Reiterando, pensamos que los citados dispositivos legales no deben ser aplicados *ad pedem literae* sino más bien deben ser interpretados a la luz del ordenamiento constitucional y en concordancia con el resto el ordenamiento legal, obedeciendo a una interpretación sistemática.

- 31.- Resulta muy oportuno traer a colación lo dicho por el jurista brasileño Carlos Álvaro de Oliveira, a propósito del formalismo en el proceso civil, quien comenta que: "... la clave del problema consiste en la posibilidad de que el poder organizador, ordenador y disciplinario del formalismo –en vez de servir a la realización del derecho– contribuya al aniquilamiento del propio derecho o a un retraso irrazonable de la solución del litigio. En este caso, el formalismo se transforma en su contrario: deja de constituir una herramienta útil para la realización de la justicia material y pasa a ser su verdugo; en vez de propiciar una solución rápida y eficaz del proceso, contribuye a la extinción de éste sin juzgamiento del mérito, impidiendo que el instrumento alcance su finalidad esencial.

Se coloca, por tanto, en primer plano de la discusión hasta qué punto es posible aceptar, o no, una visión rígida y rigurosa del formalismo procesal y, al mismo tiempo, la problemática de la investigación y búsqueda de soluciones para el antagonismo entre tales valores en conflicto"<sup>31</sup>.

31 Cf. Álvaro de Oliveira, Carlos Alberto, *Del formalismo en el proceso civil (Propuesta de un formalismo-valorativo)*, trad. de Juan José Monroy Palacios, Lima, Palestra, 2007, pp. 368-369.

- 32.- Justamente por ello es necesario tener en cuenta que constituye un margen de libertad del juez cuando realiza la conexión de la norma que interpreta con los valores en los que descansa todo el ordenamiento.

Los principios de un sistema jurídico moldean el entendimiento de la totalidad de sus normas porque en todo caso el intérprete deberá optar, entre las varias posibles, por la solución hermenéutica que mejor se adapte a ellos.

En esta labor tendrá a su favor los criterios de la razonabilidad, puesto que ante la pluralidad de exigencias provenientes de diversas fuentes, su única solución será la de acudir a lo que la doctrina y la jurisprudencia han venido denominando “juicio de razonabilidad”, que no es otra cosa que un juicio sensato y lógico desde un punto de vista constitucional<sup>32</sup>.

- 33.- Otro autor español, Ricardo Ruiz Serramalera, también se ocupa de la aplicación e interpretación de las normas jurídicas, por lo que aún siendo extenso lo transcrito, es necesario plasmar su punto de vista sobre ello. Dicho autor nos dice que:

“Para fijar el ámbito de la interpretación jurídica se debe atender a tres puntos importantes, que muchas veces se suelen marginar, entendiendo que sólo se hace necesaria una labor de esclarecimiento de la norma cuando sea manifiestamente dudosa (por su abstracción, por su complejidad o por su apariencia), o creyendo que únicamente corresponde investigar el alcance de la ley (por reducir a ella el contenido de la interpretación), o suponiendo que es suficiente con averiguar el sentido particular de cada norma según su propio contenido (aislándola del resto de las que componen el ordenamiento jurídico).

El primer aspecto que conviene resaltar es que toda norma de Derecho, por muy claros que parezcan los signos con los que se manifiesta, necesita de la interpretación del jurista, pues una cosa es que la letra (en el caso de la ley) o el uso (en el caso de la costumbre) se muestren como perfectamente definidores de un contenido concreto que aparentemente no ofrezca dudas y otra muy distinta que ello sea efectivamente así, pues hasta haber analizado aquellos signos no se estará en condiciones de determinar su claridad o su complejidad. No hay que confundir la facilidad o dificultad que brinde cada norma para captar su significado

32 Seguimos lo dicho por Fernández-Viagas Bartolomé, Plácido, *El juez imparcial*, Granada, Comares, 1997, pp. 73-74.

con la existencia o inexistencia de una tarea interpretativa, que en todo caso es necesario poder traducir y comprender los signos a través de los cuales se presenta.

Aunque siga teniendo vigencia el antiguo principio '*in claris non fit interpretatio*' (constantemente recordado por la jurisprudencia), hay que entenderlo en el sentido de que, si después de haberse comprobado el contenido de una norma no parece descubrirse ninguna consecuencia distinta de las que reflejan sus signos, no puede el interprete atribuirse facultad alguna para modificar su alcance, pero no en el que no sea precisa ninguna labor investigadora cuando a simple vista no exista duda en su significado, ya que, como antes se ha advertido, para averiguar esto se hace siempre preciso analizar la forma material con la que se presenta revestida la norma"<sup>33</sup>.

**34.-** De lo transcrito, nos encontramos ante el hecho que no siempre se puede decir que una norma es lo suficientemente clara, eliminando cualquier resquicio de duda o de interpretación; es más, para arribar a la conclusión de que la misma es concluyente en un determinado sentido se ha debido realizar un análisis de ella, considerando sus alcances dentro de un determinado ordenamiento jurídico.

**35.-** Existen varios criterios normativos de interpretación, pero tradicionalmente se han destacado cinco que son: a) Criterio gramatical; b) Criterio contextual o sistemático; c) Criterio histórico; d) Criterio sociológico; y, e) Criterio intencional o teleológico.

Para lo que interesa al caso de autos se desarrollarán los criterios gramatical y contextual respectivamente, sin que ello signifique que los demás no tengan igual relevancia<sup>34</sup>.

**a) Criterio gramatical:** este criterio exige que la interpretación de las normas se haga atendiendo al sentido propio de las palabras. Se llama un criterio promovido por el llamado literalismo, que es

33 Cf. Ruiz Serramallera, Ricardo, *Derecho civil. Parte general. Las fuentes del Derecho y la eficacia de las normas jurídicas*, Madrid, Universidad Complutense, 1980, pp. 304-305.

34 Para esta clasificación nos remitimos al trabajo de: De Asís Roig, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 186-208. En dicha obra se podrán apreciar, ampliamente desarrollados, los diferentes criterios de interpretación.



precisamente una corriente de interpretación que estima que el lenguaje es lo único que hay que entender a la hora de interpretar<sup>35</sup>.

Aunque este criterio ha sido presentado por algunos como suficiente, no parece que sirva como único criterio a la hora de determinar un significado. Más bien se constituye en un presupuesto de toda interpretación, por lo que su utilización debe ser desde la perspectiva sistemática. En este sentido parece que se está en presencia de un metacriterio general, necesario en cualquier interpretación, pero insuficiente. También puede ser contemplado como criterio dentro del sistemático, que sirve para dotar de significado a la idea de coherencia, en el sentido de que exige interpretar de forma semánticamente coherente con el ordenamiento.

- b) Criterio sistemático:** Según este criterio las normas cobran sentido en relación con el texto legal que las contiene o con el ordenamiento. El criterio sistemático puede operar bien desde la perspectiva de la adecuación lógica de la norma con las restantes (donde se conecta con el literal), bien desde la de la adecuación teleológica y valorativa de la norma respecto a las demás.

Todos los criterios sistemáticos están presididos por la idea de la coherencia. Los enunciados normativos deben ser interpretados de forma coherente con el ordenamiento. Este es precisamente el significado general del criterio sistemático, siendo los restantes proyecciones, presupuestos o limitaciones del mismo.

35 Es interesante el comentario que hace al respecto Karl Larenz, cuando dice que: “Toda interpretación de un texto ha de comenzar con el sentido literal. Por tal entendemos el significado de un término o de una unión de palabras en el uso general del lenguaje o, en caso sea constatable un tal uso, en el uso especial del lenguaje de quien habla, aquí en el de la ley respectiva. El enlace con el uso del lenguaje es el más evidente, porque se puede aceptar que aquél, que quiere decir algo, usa las palabras en el sentido en que comúnmente son entendidas. El legislador se sirve del lenguaje general porque y en tanto se dirige a los ciudadanos y desea ser entendido por ellos. Además de ello, se sirve ampliamente de un especial lenguaje técnico-jurídico, en el que se puede expresar más precisamente, cuyo uso le ahorra múltiples aclaraciones circunstanciales. También este lenguaje técnico se apoya, sin embargo, todavía en el lenguaje general, ya que el Derecho, que se dirige a todos y a todos atañe, no puede renunciar a un mínimo de comprensibilidad general.” Cf. Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2ª ed. de la 4ª alemana, Barcelona, Ariel, 2001, p. 316. Conviene consultar también a: Espinoza Espinoza, Juan, *Los principios contenidos en el título preliminar del código civil peruano de 1984 (Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial)*, Lima, PUCP, 2003, pp. 310 y ss.

En efecto, algunos no son otra cosa que concreciones al sentido general de este criterio, es decir, hacen alusión a qué partes del ordenamiento deben ser tenidas en cuenta. Dentro de éstos pueden incluirse el criterio estructural, el del lugar material, el de conformidad con la Constitución, el analógico, el de equidad, el del precedente, el de autoridad.

**36.-** Ergo, considerando que, cuando no se acoge como excepción la transacción extrajudicial, no homologada judicialmente, se está haciendo una aplicación o interpretación literal del citado artículo 453<sup>o</sup>, inciso 4, del Código Procesal Civil, mas no así una interpretación sistemática, habida cuenta que las normas que integran el ordenamiento jurídico son partes conectadas que se apoyan mutuamente, de tal modo que las [sic] unas se explican por medio de las otras. Creada una norma jurídica, ésta viene a integrar la totalidad del ordenamiento jurídico y este impone a la norma una configuración, un valor y un sentido que deben acomodarse a la unidad del mismo ordenamiento. De esta manera, la institución de la transacción no sólo está regulada por el Código Procesal Civil sino también, y sustancialmente, por el Código Civil, por lo que extraer conclusiones distintas es atentar contra la unidad de este ordenamiento jurídico, visto como un entramado de dispositivos legales.

**37.-** Por tal razón, el artículo 1302<sup>o</sup> del Código Civil es meridianamente claro (y por ende preciso), puesto que prescribe que la transacción tiene por cometido el poner fin a una controversia evitando así un pleito que podría promoverse o finalizando el ya iniciado, resultando excesivo y formalista que se exija litigar a las partes en un fatigoso proceso judicial, para arribar finalmente a la conclusión que el fondo de la controversia ya ha sido resuelto por ellas mismas, cuando bien se pudo poner fin al proceso amparando la excepción propuesta<sup>36</sup>.

Una interpretación distinta contribuye a alimentar la litigiosidad, cuando a las partes –pese a que decidieron libremente de manera extrajudicial poner fin a un asunto dudoso– se les deba exigir transitar por todo el

36 Carnelutti, refiriéndose a la confirmación del ordenamiento jurídico decía: “El conocimiento, ahora ya bien establecido, de la confirmación *judicial* o *procesal* ha permitido hoy extender esa figura fuera del campo del proceso. Se ha demostrado, en efecto, que las incertidumbres que comprometen la eficacia de la disposición abstracta quedan eliminadas también con medios distintos al proceso declarativo; en especial, de un lado, mediante la llamada *interpretación auténtica* de las leyes, y por otro lado, mediante algunas formas contractuales, entre las que descuella la transacción...” Cf. Carnelutti, Francesco, *Teoría general del derecho*, trad. de Francisco Javier Osset, Madrid, editorial Revista de derecho Privado, 1955, p. 125.

*iter* procesal para concluir finalmente que no había motivo a incoar la demanda. Con ello se estaría imponiendo a las personas (sean naturales o jurídicas) a que nunca celebren transacciones extrajudiciales sino que esperen ineluctablemente a que se principie un proceso judicial, con todo el costo temporal y económico que ello significa, para luego recién puedan transar; de lo contrario estaría latente el peligro que de hacerlo antes del proceso, bajo el otro criterio que no se comparte, dicha transacción no tenga eficacia ni valor alguno por estar posiblemente viciada de alguna causal de nulidad o anulabilidad.

- 38.-** Por ello, resulta equivocado, sostener *a priori*, que no se puede dar cabida a la transacción extrajudicial como medio de defensa de forma porque ésta “puede adolecer de nulidad o anulabilidad” conforme sostiene un autor nacional<sup>37</sup>. Mantener tal presunción, sería cuestionar la validez de cuanto acto jurídico se celebre en nuestro medio y por ende, bajo esas premisas, se tendría que considerar, por ejemplo, que tampoco resultaría amparable la excepción de convenio arbitral porque ésta podría estar viciada de nulidad o anulabilidad, dándose incluso cabida a otras posibilidades invalidantes sobre todos los negocios jurídicos celebrados, creando un ambiente de total incertidumbre e inseguridad jurídica.

Por todo ello, si bien el texto legal sigue siendo un elemento fundamental en el momento de interpretación y aplicación de la norma, esa aplicación es un proceso de integración recíproca de lo individual y de lo universal, por lo que, ni el texto de la norma es suficiente ni la aplicación de ella al caso concreto deja de influir en el momento de la interpretación. La sumisión del juez a la ley no equivale a la sujeción a un texto literal, admite un margen que, dentro de esa vinculación, permite soluciones más abiertas<sup>38</sup>.

- 39.-** Situación diferente se manifestaría si es que al momento de resolver la excepción el juzgador considere –en el ejercicio del control judicial que prevé el artículo 220<sup>o</sup> del Código Civil– que las transacciones extrajudiciales presentadas son inválidas o ineficaces; supuesto éste que no se ha considerado en ninguna de las instancias de mérito, no siendo alegada tampoco por la demandante, aspecto que desde nuestro punto

37 Cf. Hinojosa Mínguez, Alberto, *Comentarios al código procesal civil*, T. II, Lima, Gaceta Jurídica, 2003, pp. 896-897, quien sostiene que no se puede considerar a la transacción extrajudicial como medio de defensa de forma (es decir como excepción) porque puede adolecer de nulidad o anulabilidad.

38 Cf. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel, “Constitución, legalidad y seguridad jurídica”. En: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, N<sup>o</sup> 1, 1997, p. 169.

de vista también resultaría discutible, toda vez que bien podría haberse demandado la nulidad o anulabilidad de la transacción mencionada; tanto más si es que en otros pronunciamientos casatorios, de criterio distinto al de esta sentencia, no se ha desestimado la procedencia de las excepciones de transacción extrajudicial por tales causales sino porque las mismas no se ajustaban a lo prescrito por el [sic] 453º del Código Procesal Civil.

De igual guisa, tampoco podría actuarse de manera oficiosa puesto que (aún existiendo pareceres en sentido diferente<sup>39</sup>) en sede casatoria nacional no es admisible la aplicación del principio jurídico del *iura novit curia*, al ser la Casación un recurso extraordinario que sólo permite a la Corte de Casación la revisión de los casos denunciados específicamente bajo los supuestos del artículo 386º del Código Procesal Civil, especificidad que impide el ejercicio de la facultad general del juez de aplicar el citado principio<sup>40</sup>.

#### **E. REGLA DE DERECHO: *venire contra factum proprium nulli conceditur***

**40.-** El brocardo jurídico de origen romano arriba citado no es otra cosa que la actualmente denominada teoría de los actos propios, la misma que, según Mario Castillo Freyre, está conceptuada como una limitación al ejercicio de los derechos subjetivos, impuesta por el deber de un comportamiento coherente con la conducta anterior del sujeto que suscita en otro una fundada confianza<sup>41</sup>.

39 Es necesario mencionar que en otros países se admite la aplicación del *iura novit curia* en sede casatoria, como por ejemplo en Alemania y Francia; en tanto que de manera un tanto restrictiva en España, apostándose por un mayor protagonismo de este principio que en tales lugares sólo se aplica cuando se atenta contra normas de orden público. Sobre las posiciones favorables a la aplicación del citado principio, bajo el punto de vista mencionado, se puede consultar a: Guzmán Flujá, Vicente, *El recurso de casación civil (Control de hecho y de derecho)*, Valencia, Tirant lo blanch, 1996, pp. 97-134; Morello, Augusto M., *La casación. Un modelo intermedio eficiente*, Buenos Aires, Librería editora Platense-Abeledo-Perrot, 1993, pp. 279-284; Rúa, Fernando de la, *El recurso de casación en el derecho positivo argentino*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1968, pp. 223-224; 436; 438 y 441.

40 Resulta interesante revisar la misma la posición manifestada por el Tribunal Constitucional en cuanto no resulta aplicable el principio citado en sede casatoria, ver al respecto Exp. N° 8327-2005-AA/TC y Exp. N° 7022-2007-AA/TC. De igual modo son ilustrativos los artículos de: Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo, "*La nulidad manifiesta. Su declaración judicial de oficio*", en: *Ius et veritas*, N° 24, 2002, pp. 56 y ss.; y Ariano Deho, Eugenia: "Sobre el poder del juez de 'declarar' de oficio la nulidad ex art. 220 C.C.," en su obra recopilatoria citada en la N° 15, pp. 135-150.

41 Cf. Castillo Freyre, Mario y Rita Sabroso Minaya, *La teoría de los actos propios*, Lima, Palestra, 2006, p. 63.

Luis Díez-Picazo precisa que la regla de “nadie puede venir contra sus propios actos” ha de interpretarse en el sentido de que toda pretensión, formulada dentro de una situación litigiosa, por una persona que anteriormente ha realizado una conducta incompatible con esta pretensión, debe ser desestimada, acotando que desde el punto de vista del Derecho sustantivo, la inadmisibilidad de venir contra los propios actos constituye técnicamente un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, derivado del principio de buena fe y particularmente de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente<sup>42</sup>.

Rubén Compagnucci de Caso afirma que la doctrina de los actos propios importa una barrera opuesta a la pretensión judicial, impidiéndose con ello el obrar incoherente que lesiona la confianza suscitada en la otra parte de la relación e impone a los sujetos un comportamiento probado en las relaciones jurídicas, no siendo posible permitir que asuman pautas de conducta que susciten expectativas o confianza en un desarrollo ulterior y luego se contradiga al efectuar un reclamo judicial<sup>43</sup>.

- 41.-** Por su parte Alejandro Borda señala, aludiendo a la jurisprudencia de su país, que los tribunales han sostenido que las partes no pueden contradecir en juicio sus propios actos anteriores, deliberados, jurídicamente relevantes y plenamente eficaces, como asimismo devienen inadmisibles las pretensiones que ponen a la parte en contradicción con sus comportamientos anteriores jurídicamente relevantes<sup>44</sup>.

Por lo tanto, la teoría de los actos propios constituye una regla de Derecho derivada del principio general de la buena fe, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto<sup>45</sup>.

- 42.-** Resulta esclarecedor lo dicho por Luis Moisset de Espanés, quien, comentando la regla de que no es admisible que uno venga a actuar en contra de sus propios actos, menciona que: “Es necesario reconocer que la doctrina ha estado siempre presente en numerosos fallos [se refiere

42 Cf. Díez-Picazo Ponce de León, Luis María, *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del tribunal supremo*, Barcelona, Bosch, 1963, p. 193.

43 Citado por Mario Castillo Freyre, et ál., ob.cit., p. 62.

44 Cf. Borda Alejandro, *La teoría de los actos propios*, 4ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, LexisNexis, Abeledo-Perrot, 2005, p. 55.

45 Cf. Borda, Alejandro, ob.cit., p. 56.

a los tribunales argentinos], pues repugna al más elemental sentido de justicia el que un litigante pretenda maliciosamente negar lo que antes ha afirmado...<sup>46</sup>. Seguidamente da una serie de ejemplos de conductas que atentan contra la buena fe, donde encuentra aplicación la doctrina de los actos propios, como en el caso donde una parte ejercita derechos anteriormente renunciados, siendo este el supuesto que se presenta precisamente en la controversia materia de la presente casación, donde la accionante pretende reclamar derechos anteriormente renunciados.

**43.-** Según la doctrina, la teoría de los actos propios tiene como presupuestos: **a) Una conducta vinculante; b) Una pretensión contradictoria; y, c) Identidad de sujetos**<sup>47</sup>:

**a) Una conducta vinculante:** Esta consiste en un acto o serie de actos que revelen una determinada actitud o decisión de una persona respecto de intereses vitales que se expresan, o más concretamente, es un acto volitivo, exteriorizado de las personas sobre un interés trascendente.

De acuerdo a lo expresado por Mario Castillo Freyre, tenemos que la conducta vinculante tiene cuatro elementos: 1) Debe ser **RELEVANTE PARA EL DERECHO** lo cual excluye no sólo las conductas jurídicamente intrascendentes (meras opiniones, expresiones de deseos o proyectos, manifestaciones incidentales, etc.) sino también aquellas que requieren imperativamente una forma determinada que, por hipótesis, esté ausente: 2) Debe ser **VALIDA Y EFICAZ**, es decir la primera conducta no debe estar atacada de causales de invalidez o ineficacia. Esta validez y eficacia de la conducta no se refiere a la juridicidad o antijuridicidad del propio acto (pues al fin y al cabo, de lo que se trata es de dilucidar con esta teoría el aspecto antijurídico del mismo) sino de subrayar

46 Cf. Moisset de Espanés, Luis, “*La doctrina de los actos propios*”, en: Rev. Comercio y Justicia, Nº 13.607, diciembre, 1978. Este artículo se puede leer en la siguiente página Web: <http://www.acader.unc.edu.ar>

47 Por todo nos remitimos a las siguientes obras: Castillo Freyre, et ál, ob.cit., pp. 81 y ss., Díez-Picazo, Luis, ob.cit., pp. 194 y ss; Borda, Alejandro, ob.cit., p. 72; Ekdahl Escobar, María Fernanda, *La doctrina de los actos propios. El deber jurídico de no contrariar conductas propias pasadas*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1989, pp. 106 y ss., y López Mesa, Marcelo J. y Carlos Rogel Vide, *La doctrina de los actos propios. Doctrina y jurisprudencia*, Madrid-Montevideo, Reus-IB de F, 2005, p. 110. Se encuentra un artículo en línea, sin fecha, del mismo Marcelo López Mesa titulado: De nuevo sobre el principio general de la buena fe y la doctrina de los actos propios, que se puede consultar en: [http://www.eft.com.ar/doctrina/articulos/lopez\\_mesa\\_actos\\_propios2.htm](http://www.eft.com.ar/doctrina/articulos/lopez_mesa_actos_propios2.htm).

que aquella conducta reúne todos los requisitos de validez y de eficacia como conducta en sí misma, más allá del juicio valorativo que se haga de ella; 3) Tiene que presentarse en una MISMA SITUACIÓN JURÍDICA, puesto que se refiere al comportamiento tenido dentro de una situación jurídica que afecta a una esfera de intereses.

- b) **Una pretensión contradictoria:** Es una nueva actuación, con un contenido jurídico preciso y determinado que importa ejercer una pretensión jurídica por parte del mismo sujeto, que resultaría lícita en otro contexto, pero que en el caso es ilícita e inadmisibles por la contradicción con la primera conducta, llamada vinculante, y afectándose valores o conceptos indeterminados entre los cuales destaca el principio de la buena fe. Por otra parte, la segunda conducta debe dar lugar a una pretensión, la misma que puede ser judicial o extrajudicial.
- c) **Identidad de sujetos:** Debe haber una estricta identidad entre el sujeto agente de la conducta vinculante y el sujeto de la pretensión.

44.- Para el caso de autos, se verifica que la accionante, Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por derecho propio y en representación de sus menores hijos Walker Cuenca Quiroz, Euler Mendoza Quiroz y José Mendoza Quiroz, celebró transacciones extrajudiciales con la demandada Minera Yanacocha S.R.L., con fecha 2 de septiembre de 2000, siendo autorizadas las transacciones referidas a los menores edad por resoluciones judiciales del 6 de febrero y 5 de junio de 2001, luego de lo cual se realiza el último pago que se había acordado, puesto que la cancelación total se condicionó a las citadas aprobaciones judiciales.

En tales actos jurídicos, las partes acordaron que Minera Yanacocha S.R.L. indemnizaba a los afectados por el derrame de mercurio que ocurrió en su localidad, en tanto que la ahora accionante renunciaba a iniciar cualquier proceso judicial o reclamo al respecto, puesto que se daba por indemnizada completamente por los daños irrogados a su persona y a sus menores hijos como producto de la manipulación del mercurio que se derramó del camión de la empresa Ransa S.A.

45.- Conforme se observa, las transacciones fueron celebradas entre las partes de común acuerdo; es más, en el caso de los menores se contó con las correspondientes autorizaciones judiciales para dar legalidad a dichos negocios jurídicos, por lo que se entiende que las mismas tienen plena validez y eficacia; ergo, resulta contradictorio que la accionante,

pretendiendo desconocer actuaciones anteriores, interponga demanda por indemnización alegando haberse producido un daño mayor al que fue materia de transacción.

Asimismo, los negocios jurídicos transaccionales aludidos no fueron tachados de falsos o nulos por la actora cuando absolvió las excepciones que le opusieran los demandados, hecho del que nos volveremos a ocupar con más detalle considerandos adelante.

- 46.-** Sobre esta conducta desplegada por la actora, resulta necesario referirse a lo dispuesto por el Código Civil vigente, en lo que concierne al régimen general de los contratos. Tal es así que, en sus artículos 1361<sup>o</sup> y 1362<sup>o</sup> se consagran los principios de obligatoriedad de los contratos y de la buena fe, principio este último que debe existir en sus etapas de negociación, celebración y ejecución de los mismos, por ello establecen que:

**“Artículo 1361<sup>o</sup>.- Obligatoriedad de los contratos:** Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.

Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

**Artículo 1362<sup>o</sup>.- Buena Fe y común intención:** Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.

De la regulación aludida, se demuestra que al ser la transacción un contrato, resulta por sí mismo obligatorio entre las partes que lo celebraron, porque responde a la voluntad de ellas. Esa obligatoriedad, sin duda, nace de la ley, porque les otorga a los particulares la posibilidad de regular sus propios intereses, dentro de los límites que les señala el ordenamiento jurídico<sup>48</sup>.

Ahora bien, esta afirmación resulta ser una presunción *iuris tantum* puesto que el mismo artículo 1361<sup>o</sup> admite la posibilidad de probar en contrario, esto es que alguna de las partes llegue a sustentar que lo

48 Cf. De la Puente y Lavalle, Manuel, *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del código civil*, T. I, 2<sup>a</sup> reimpresión de la 2<sup>a</sup> edición actualizada de la de 2001, Lima, Palestra, 2007, pp. 311-325 y Pérez Gallardo, Leonardo, *Obligatoriedad contractual. Presunción de voluntad común*, en: *Código Civil comentado, T. VII, contratos en general*, 2<sup>a</sup> ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2007, pp. 90-99.



expresado en el contrato no es fiel reflejo de su real voluntad, extremo éste que deber analizado a luz del principio de la Buena Fe, de lo contrario la simple alegación en ese sentido -sobre la discordancia- daría pie a cuestionar la validez de los contratos por la sola decisión unilateral de las partes.

- 47.- Es por ello que el artículo 1362<sup>º</sup> contempla que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes. Ello significa que se entiende que el contrato debe ser celebrado bajo un principio ético, donde los celebrantes confíen entre sí, razón por la cual el Derecho ha optado por consagrar la buenafe objetiva.

Respecto a la común intención de las partes el autor nacional Manuel de la Puente decía que:

«Entre los comentaristas de este Código [se refiere al de 1936], el que trata mejor el tema de la común intención es Cornejo, quien dice que: “la intención representa la dirección teleológica de la voluntad, es la voluntad dirigida a un fin”, agregando que la intención común “consiste en la unificación del querer de ambas partes en el propósito de crear una obligación jurídica, en lo que los alemanes llaman la ‘voluntad del negocio’, atingente al contenido jurídico del contrato y no a los fines prácticos”.

Resulta así que la “común intención” de que habla el artículo 1362<sup>º</sup> del Código Civil de 1984 debe ser entendida como la “voluntad común” mencionada en el artículo 1361<sup>º</sup> del mismo Código, o sea la absoluta coincidencia de las voluntades de las partes en relación al objeto del contrato, que es la creación (regulación, modificación o extinción) de la relación jurídica patrimonial»<sup>49</sup>.

- 48.- De ello emerge que, cuando se celebra un contrato, las partes se vinculan a los términos del mismo, puesto que ellos han sido fijados como expresión de la autonomía de la voluntad de estas; en todo caso, si alguna de ellas pretendiera alegar la existencia de algún vicio en su celebración, así lo debe hacer saber, procediendo a tomar las acciones que correspondieren, pero de modo alguno resulta aceptable que de manera unilateral desconozca los efectos del contrato porque así le parece.

49 Cf. De la Puente y Lavalle, Manuel, ob.cit., p. 349.

En el caso materia de autos, la accionante no sólo pretende desconocer de manera unilateral los efectos de las transacciones celebradas con la empresa minera demandada sino que, lo que resulta más grave desde nuestra perspectiva, no hace mención a tales hechos en su demanda, ocultando haber celebrado sendos negocios jurídicos transaccionales con la empresa minera, tanto más si luego de deducidas las excepciones de conclusión del proceso por transacción no formuló tachas contra los citados acuerdos transaccionales, lo cual demuestra que no estaba actuando coherentemente con relación a su conducta anterior de poner fin a un asunto controvertido como fue la reparación de los daños causados por el derrame de mercurio.

- 49.-** Esta conducta contradictoria no sólo se evidencia con lo antes anotado sino también que al absolver las excepciones, únicamente alegó la supuesta nulidad de pleno derecho de las transacciones, con relación a la defensa formal propuesta por la empresa minera [escrito de absolución de fecha 17 de septiembre de 2002, obrante a fojas 261 del tomo I], argumento que no volvió a esgrimir ante idéntica excepción propuesta por el codemandado Arturo Blanco Bar [escrito del 7 de octubre de 2003, corriente a fojas 1225 del tomo III], donde se limitó a decir que las transacciones extrajudiciales, al no haber sido homologadas por el juez ni tampoco habían puesto fin a un proceso anterior, no se ajustaban a lo regulado por el artículo 453º, inciso 4, del Código Procesal Civil, por ende no se podían alegar como excepciones procesales.

Tal falta de coherencia en los argumentos contenidos en el escrito de la demanda y en el de defensa de la accionante nos llevan a colegir que la misma ha tenido una conducta contradictoria frente a su contraparte, la empresa minera demandada, por lo que consideramos que se da la regla del *venire contra factum*, al pretender desconocer injustificadamente un acto anterior válidamente realizado, puesto que no se verifica que haya interpuesto demanda poniendo en cuestión la validez de dichas transacciones [como proceso autónomo o como pretensión acumulativa]; conducta que no puede pasar desapercibida.

- 50.-** Lo argumentado en la demanda, no puede servir de motivo para desconocer los alcances y efectos de una transacción celebrada voluntariamente por la accionante. En todo caso, si es que consideró que tanto la transacción celebrada por derecho propio como la referida a sus menores hijos adolecían de algún vicio de invalidez, debió optar primero, o acumulativamente si fuere el caso, por solicitar la nulidad de las mismas, pero de modo alguno puede actuar de manera contraria a una conducta anterior como fue la de renunciar a iniciar cualquier proceso

judicial sobre el asunto materia de indemnización; en consecuencia, en este caso concreto se evidencia una clara actuación contradictoria en el comportamiento de la accionante, hecho que también debe ser tomado en cuenta para realizar un análisis en conjunto del caso materia de resolución en este Pleno Casatorio<sup>50</sup>.

## **F. TRANSACCIÓN Y LESIÓN**

- 51.-** La demandante, al momento de absolver el traslado de las excepciones deducidas por la minera demandada (fojas 261 del tomo I), indica que las transacciones extrajudiciales resultan lesivas [haciendo lo mismo en su recurso de apelación donde consigna que la empresa minera se aprovechó de la “necesidad apremiante de los afectados”], no exponiendo mayores argumentos al respecto.
- 52.-** El artículo 1447<sup>o</sup> del Código Civil señala que: “La acción rescisoria por lesión sólo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro”; en tanto que en el artículo 1455<sup>o</sup> es taxativo al prescribir que no procede la acción de rescisión por lesión en la transacción ni en las ventas hechas por remate público.
- 53.-** La Comisión Revisora del Código Civil de 1936 que dio a luz el vigente de 1984, decía que:

“El propósito del legislador de robustecer la transacción se manifiesta principalmente en los siguientes aspectos: (...) En caso que hubiera desproporción entre las concesiones recíprocas que se hicieran las partes, no se permite la lesión en la transacción,

<sup>50</sup> Hay posiciones en contrario que consideran que cuando las partes quedan ligadas o vinculadas por su propio negocio jurídico no hay lugar a aplicar la doctrina de los actos propios, sino la doctrina general de los efectos del negocio jurídico. Se discrepa de tal parecer, dado que para el caso de autos no podría exigírsele a la parte emplazada a que plantee una demanda pidiendo que la ahora accionante se abstenga de incumplir el contrato, no sólo sería un contrasentido sino acrecentar aún más el conflicto jurídico, dado que no se estaría resolviendo la cuestión principal del debate referido a la viabilidad de deducir la transacción extrajudicial como excepción procesal así como, este órgano jurisdiccional se estaría sustrayendo en su función de evaluar la conducta de la actora a la luz del principio de la Buena Fe y su comportamiento contrario a los acuerdos que aceptó asumir con la transacción. Sobre los pareceres distintos a los que se hace alusión Vid.: Díez-Picazo, ob.cit., p. 161 y Borda, Alejandro, ob.cit., pp. 114-115.

en razón que el artículo 1302º del Código Civil no exige que las mutuas concesiones sean equivalentes. El legislador confiere un tratamiento excepcional a la transacción. Quiere impedir que lo que se persigue con la transacción (que es evitar que un juicio se promueva o continúe) se pierda por la vía de la lesión, que importa reabrir un debate judicial sobre la cuantía de las concesiones mutuas que se hicieran las partes para arribar a la transacción”.<sup>51</sup>

- 54.- Al respecto Max Arias-Schreiber, comentando dicha norma legal, indicaba que la razón por la cual no cabe la lesión en la transacción estriba en que las partes se hacen concesiones recíprocas y la operación tiene valor de cosa juzgada en mérito a lo dispuesto por el artículo 1302º del Código Civil<sup>52</sup>.

Posición algo distinta expresa Manuel de la Puente quien, justamente aludiendo al anterior autor, dice que no comparte tales “... argumentos por cuanto, si bien son válidos si se toma en consideración exclusivamente el elemento objetivo de la lesión, o sea la desproporción entre las prestaciones, carecen de justificación cuando se tiene en cuenta los elementos subjetivos, que son el aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro”.

Seguidamente añade:

“En efecto, siendo la transacción un contrato, es dable que las condiciones de la transacción sean impuestas por una de las partes abusando del estado de necesidad en que se encuentra la otra, que lleva a ésta a aceptar tales condiciones por ser la única manera cómo puede satisfacer su necesidad. No creo que deba ampararse una transacción celebrada en estas condiciones. Convengo, sin embargo, en la razón dada por Arias Schreiber de que el artículo 1302º del Código Civil establece que la transacción tiene el valor de

51 Cf. Exposición de motivos oficiales..., ob.cit., p. 8.

52 Cf. Arias Schreiber Pezet, Max, et álii, *Exégesis del código civil peruano de 1984. Colección completa*, T. I, Lima, Gaceta Jurídica, 2006, p. 226.

cosa juzgada, por lo cual no se podría interponer una acción judicial para rescindirla”<sup>53</sup>.

- 55.- Nuestra legislación nacional proscribiera expresamente la posibilidad de cuestionar la transacción alegando que ha existido lesión al momento de su celebración. Es más, la parte accionante sólo hace mención, de manera tangencial, en su escrito de absolución de la excepción propuesta por Yanacocha<sup>54</sup>, que la transacción extrajudicial “resulta lesiva”, pero no menciona si es que intentó ejercer alguna acción en ese sentido ni tampoco alegó la nulidad negocial en este proceso como parte de sus pretensiones acumuladas, por lo que queda claro que este instituto jurídico bajo análisis queda descartado como argumento para cuestionar la validez de la transacción celebrada entre las partes.

De otra parte, se verifica que tanto la demandante como su cónyuge, tienen la condición de profesores, ergo, al no estar incapacitados cultural o legalmente, no se halla elemento impediendo alguno para [sic] no hayan podido apreciar los hechos con claridad. Y no es que se les esté exigiendo, en este caso, el haber tenido o desplegado una capacidad de análisis de juristas o peritos, sino tan solo nos remitimos al sentido común que todo profesional tiene y que le permite formarse un juicio sobre la realidad que lo rodea y de ese modo saber qué actos le son más o menos ventajosos a sus intereses personales<sup>55</sup>.

- 53 Cf. De la Puente y Lavalle, Manuel, ob.cit., T. III, pp. 108-109. Comparte la misma posición Luis Moisset de Espanés, acotando que no encuentra razón para no dar lugar a la rescisión de la transacción por lesión, pero de cualquier modo como el texto del artículo 1455º del Código Civil es claro, se cierra la puerta a la posibilidad de intentar la acción de lesión en las transacciones. Cf. Moisset de Espanés, Luis, en: *Código Civil comentado*, T. VII, contratos en general, 2ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2007, p. 517. Opinan por que sí procedería la rescisión por lesión Mario Castillo y Felipe Osterling, *Tratado de las obligaciones...*, p. 506. Sobre posiciones encontradas devienen en interesantes sobre dar cabida o no a la lesión en la transacción, los artículos de: Moisset de Espanés, Luis, “*La lesión subjetiva y sus elementos*”, nota a fallo en: La Ley 1984-B, p. 308; Xanthos, “*Nulidad de una transacción que versó sobre el monto del resarcimiento, por configurar lesión subjetiva*”, nota a fallo en: La Ley 1998-E, pp. 292-294, y Compagnucci de Caso, Rubén, “*Transacción y lesión subjetiva*”, en: La Ley, año LXXI, Nº 239, 12 de diciembre de 2007, pp. 1-4.
- 54 De la revisión de los actuados se tiene que la accionante solamente absolvió las excepciones deducidas por los demandados Yanacocha S.R.L.: (fojas 261-264 del tomo I) y Arturo Blanco Bar (fs. 1225 a 1228 del tomo III), mas no se advierte que lo haya hecho respecto a las deducidas por la otra demandada Ransa S.A.
- 55 Estos datos, concernientes a la formación profesional de la accionante y su cónyuge, emergen de los que se consignan en la resolución de autorización judicial para celebrar transacción dictada por el Tercer Juzgado de Familia de Cajamarca, obrante en copia de fojas 234 a 236 del TOMO I de los cuadernos que forman este proceso.

Otro hecho que se corrobora es que la actora recibió el último pago indemnizatorio acordado en las transacciones después de expedidas las resoluciones judiciales que las aprobaban, tal como se puede observar de las documentales aparejadas en autos, conducta que denota que para ella, en ese momento, las citadas transacciones no carecían de validez, por el contrario estuvo de acuerdo con los términos pactados en ellas.

## G. PRONUNCIAMIENTO DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

- 56.- Dada la trascendencia del hecho que da origen a esta y otras demandas similares que se encuentran en curso, la Defensoría del Pueblo se pronunció con relación al derrame de mercurio que afectó a las localidades de San Sebastián de Choropampa, Magdalena y San Juan en la provincia de Cajamarca, emitiendo el Informe Defensorial N° 62, de diciembre de 2001.

En el citado Informe se hizo un pormenorizado análisis de lo acontecido, precisando en sus conclusiones, entre otros puntos, que a la Minera Yanacocha se la había sancionado administrativamente, no habiendo impugnado dicha sanción (conclusión número 22). También cuestionó la actividad procesal de la magistrada provisional encargada del Juzgado Mixto de Santa Apolonia, Olga Castañeda Ayulo, así como del Fiscal *Ad Hoc*, Miguel Villalobos, nombrado para el caso.

Se procesó penalmente al chofer del camión, Esteban Arturo Blanco Bar por el delito contra la vida el cuerpo y la salud, como único responsable, y contra los directivos de Yanacocha y de Ransa por el delito contra la seguridad pública y delito de peligro común, en sus figuras de formas culposas en agravio de la sociedad, reservándose el fiscal el derecho de denunciarlos por delito ecológico. No habiéndose constituido en parte civil ninguno de los agraviados.

Finalmente, sólo se sentenció al chofer del camión a dos años [*sic*] pena privativa de la libertad con ejecución suspendida, no habiendo sido apelada la sentencia.

Sobre este particular, la defensoría del Pueblo en sus conclusiones y recomendaciones (números 23 y 11, respectivamente) solicitó se investigue la actitud tanto de la magistrada como del fiscal por no haber procesado debidamente la cuestión del delito ecológico, por lo que recomendó que los órganos de control del Ministerio Público y del Poder Judicial procedan de acuerdo a sus atribuciones.

- 57.- Finalmente, en lo atinente a las transacciones extrajudiciales (conclusión número 26), opina que las mismas “... vulneran los derechos al debido proceso y a una tutela jurisdiccional efectiva de los afectados, derechos de la persona humana reconocidos constitucionalmente, inherentes a la misma e irrenunciables”.

Según la Defensoría del Pueblo (p. 75 del Informe), tales transacciones sería nulas de pleno derecho ya que se estaría transigiendo sobre el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva. Opinión que no es compartida por este Pleno Casatorio por las razones ya expuestas.

- 58.- La Defensoría del Pueblo no se pronunció en sus conclusiones ni en sus recomendaciones sobre la viabilidad o no de demandar indemnización por daño ecológico a los responsables del hecho denunciado, esto a efectos de dar lugar a que se reparen esos perjuicios ocasionados con el derrame de mercurio. En suma, no instó a ninguna de las entidades o instituciones señaladas en el artículo 82º del Código Procesal Civil para que inicien las acciones que el caso ameritaba.

## H. SOBRE LOS INTERESES DIFUSOS Y SU DEFENSA

- 59.- En primer lugar es necesario tener en cuenta que a la fecha en que se suscitaron los hechos (2 de junio de 2000) y de la admisión de la presente demanda (presentada el 27 de mayo de 2002 y admitida del 4 de junio de 2002, como se verifica de fojas 1101 a 1120 del tomo III) aún estaba vigente el texto original del artículo 82º del Código Procesal Civil el mismo que era el siguiente:

### **“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 y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la ley o el criterio del Juez, ésta última por resolución debidamente motivada, estén legitimados para ello.

En estos casos, una síntesis de la demanda será publicada en el diario oficial El Peruano y en otro de mayor circulación del distrito

judicial. Son aplicables a los procesos sobre intereses difusos, las normas sobre acumulación subjetiva de pretensiones en lo que sea pertinente.

La sentencia, de no ser recurrida, 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”.

Posteriormente, mediante Ley N° 27752, del 8 de junio de 2002, se modifica el texto de dicho artículo en los siguientes términos:

**“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 el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico 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 la Ley y criterio del Juez, este último por resolución debidamente motivada, estén legitimadas 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 litisconsortes necesarios, 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 o en otro que publique 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 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 circunscripción”.

- 60.-** Tal modificación versó sobre quiénes tienen legitimación para obrar en la defensa de tales intereses, dándose el caso que a la fecha de la interposición de la demanda, la norma procesal le otorgaba tales facultades al Ministerio Público y a las asociaciones o instituciones sin fines de lucro; en tanto que la norma modificada amplía el espectro de instituciones legitimadas para tal fin. El caso es que ni en el texto anterior ni en el actual se contempla la posibilidad de que la acción pueda ser ejercida por una persona natural sino tan solo por entes que cuenten con personería jurídica.
- 61.-** Al respecto, Juan Montero Aroca nos dice que frente a los intereses colectivos, los intereses difusos se caracterizan porque corresponden a una serie de personas que están absolutamente indeterminadas, no existiendo entre ellas vínculo jurídico alguno, de modo que la afectación de todas ellas deriva sólo de razones de hecho contingentes, como ser consumidores de un producto, vivir en una misma ciudad o ser destinatarios de una misma campaña publicitaria. Acotando que por ello se está, sin duda, ante un caso de legitimación extraordinaria. La asociación representativa no es, desde luego, titular del interés difuso, pero tiene por ley la legitimación para defenderlo en juicio<sup>56</sup>.
- 62.-** En sede nacional Giovanni Priori comenta que en el caso de los intereses difusos nos encontramos frente a un problema de acceso a la jurisdicción; por ello, en la medida que es imposible o sumamente difícil precisar la titularidad del derecho -y por ende la legitimación para obrar activa- la ley habilita a determinadas personas o instituciones para que actuando en nombre propio inicien los procesos tendientes a la tutela de estos derechos que, en principio, no les corresponden, debido a que la titularidad se encuentra atribuida a un conjunto indeterminado de

56 Cf. Montero Aroca, Juan, *De la legitimación en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 2007, pp. 413 y 432.

personas y no a éstas individualmente consideradas. En ese sentido, esta habilitación legal tiene por finalidad superar el problema que el carácter difuso de la titularidad trae a la determinación de quién se encuentra habilitado para iniciar válidamente un proceso, problema que no se supera otorgando representación, ya que en este caso la dispersión de la legitimación se mantiene<sup>57</sup>.

- 63.-** Por tanto, en lo que concierne a la denuncia referida al amparo de la excepción de falta de legitimidad para obrar de la demandante respecto al daño ambiental, no vislumbramos, en primer lugar, contradicción alguna en las decisiones de ambas salas civiles, puesto que concuerdan, como lo hace este Pleno, que la legitimación únicamente les corresponde de manera exclusiva y excluyente a las entidades que se mencionan en el artículo 82º del Código Procesal Civil; por ende no puede ser ejercida por una persona natural, salvo que represente a una de las entidades señaladas en el mencionado artículo, tanto en su versión original como en su versión modificada.
- 64.-** En cuanto a la alusión que hace la accionante respecto a la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0221-1997-AA/TC, donde se hace mención que la legitimación en la defensa de los intereses difusos alcanza también a las personas naturales, cabe precisarse que tanto el artículo 26º de la Ley N° 23506, como el artículo 40º del Código Procesal Constitucional vigente le otorgan legitimación a cualquier persona para interponer demanda de Amparo, lo cual debe entenderse que es para efectos de solicitar esa garantía constitucional en defensa de los intereses difusos, pero ello no nos puede llevar a colegir que así como en el Amparo también en la vía ordinaria la legitimación es irrestricta para la defensa de los intereses difusos; por lo que se debe diferenciar el ejercicio de una acción de Amparo frente a una acción ordinaria, puesto que en uno y otro caso se persiguen fines totalmente diferentes; en consecuencia, lo alegado por la recurrente carece de sustento jurídico, siendo correcta la decisión de la Sala Civil de Cajamarca al confirmar el auto apelado que declara fundada la excepción propuesta sobre esta materia de legitimación activa en la defensa de intereses difusos.

57 Cf. Priori Posada, Giovanni, La tutela jurisdiccional de los procesos difusos: una aproximación desde el derecho procesal constitucional, en: *Apuntes de derecho procesal* (Giovanni Priori Posada y Reynaldo Bustamante Alarcón), Lima, Ara editores, 1997, p. 38.

### i.1. Validez de las transacciones

#### i.1.1. Sobre el daño a la salud

- 65.- De la demanda que en copia corre de fojas 1101 a 1118 del tomo II de la presente causa, se advierte que en ninguna parte del citado documento se hace mención a la celebración de transacciones extrajudiciales entre la accionante (así como sus menores hijos) con la empresa demandada, tampoco se hace alusión a invalidez alguna de dichos negocios jurídicos que pueda sustentar la interposición de la demanda.
- 66.- De ello emergen dos hechos evidentes, el primero referido a que la actora *expresamente* guardó silencio respecto a la celebración de las transacciones extrajudiciales; el segundo relacionado con que no ha cuestionado la validez de las mismas para poder incoar la demanda de indemnización; es más, tampoco es sustento de la demanda el mayor valor de los montos indemnizatorios que los fijados en las respectivas transacciones extrajudiciales.
- 67.- Al momento de absolver la [sic] excepciones deducidas por la empresa minera demandada (ver fojas 261 a 264 del tomo I), recién la accionante procede a cuestionar la validez de dichas transacciones; en primer lugar señala que las mismas no son oponibles por no ajustarse a los supuestos previstos por el Código Procesal Civil, al no haber dado fin a un proceso judicial anterior y tampoco han sido homologadas por ningún juez; además que serían nulas de pleno derecho al haberse transigido sobre derechos extrapatrimoniales y, finalmente, en el fondo éstas resultan lesivas si es que se tiene en cuenta la enorme diferencia entre las partes y el grado apremiante de necesidad en que se encontraban los afectados. No obstante, la demandante no presentó cuestiones probatorias contra las transacciones ofrecidas por la empresa excepcionante como sustento de su defensa de formas<sup>58</sup>.

58 El artículo 300º del Código Procesal Civil, prescribe que se pueden presentar tachas contra testigos y documentos, en tanto que el artículo 243º del mismo Código regula que si un documento es nulo carecerá de eficacia, cuya declaración podrá ser de oficio o como resultado de una tacha fundada. En este caso las instancias de mérito que tuvieron competencia para fijar los hechos no consideraron que debían de enjuiciar oficiosamente la invalidez o ineficacia de dichos contratos transaccionales, con lo cual se colige que los reputaron plenamente válidos y eficaces.

- 68.-** Respecto a la oponibilidad de la transacción extrajudicial como defensa de forma (esto es como Excepción procesal), los fundamentos de su procedencia corren en los considerandos precedentes.

Lo mismo ocurre en lo atinente a lo alegado a la supuesta lesividad de la transacción celebrada, supuesto que también ya ha merecido pronunciamiento en los considerandos pertinentes.

Corresponde analizar si es que las transacciones celebradas son inválidas por haber versado supuestamente sobre derechos extrapatrimoniales. Del mismo modo, se estudiará el extremo concerniente a las autorizaciones judiciales y su temporalidad con relación a la celebración de las transacciones extrajudiciales de los menores de edad.

- 69.-** El cuestionamiento que se hace de tales negocios jurídicos es que se ha transado sobre derechos extrapatrimoniales como, por ejemplo, el derecho a la salud.

De acuerdo a lo dispuesto por el Código Civil vigente, lo que en realidad se transó en el caso *sub judice*, no es sobre la salud sino sobre los daños que se ocasionaron a la salud como consecuencia de la exposición y manipulación del mercurio que sufrieron la accionante y sus menores hijos, al igual como ocurrió con otros pobladores del lugar.

- 70.-** Los daños extracontractuales pueden ser de orden patrimonial o extrapatrimonial, por ello se habla, respecto a los primeros, del daño emergente y del lucro cesante, en tanto que con relación al daño extrapatrimonial nos estamos refiriendo a los daños a la persona y el daño moral. Inclusive, de acuerdo al artículo 1306º del Código Civil, se puede transar sobre responsabilidad civil proveniente de delito, es decir, se puede pactar sobre la reparación de un daño causado por un hecho doloso; ergo, con mayor razón se puede transar sobre daños provenientes de actos culposos.

De la [sic] prescrito por el artículo 1985º de nuestro Código Civil, se colige que estos dos tipos de daños, patrimoniales y extrapatrimoniales, se pueden reparar patrimonialmente, es decir son indemnizables ya sea con una suma de dinero o con cualquier otra obligación que conlleve a resarcir el daño causado, de otro modo no habría manera de indemnizar.

En suma, cuando se menciona que se indemniza un daño, lo que se está haciendo es patrimonializar el mismo, sean de naturaleza personal, material o moral.

- 71.-** A lo que se refiere el artículo 1305º del Código Civil, al indicar que no se puede transar sobre derechos extrapatrimoniales, es a todos aquellos derechos que no pueden ser apreciados o valorizados en dinero, por ello se dice que no se puede transar sobre derechos familiares, esto es, por ejemplo, nadie puede ser hijo o pariente de otro por transacción, tampoco se puede instituir heredero forzoso vía transacción, así como no se puede convalidar un matrimonio nulo por transacción, o tampoco se puede transar con alguien para que se deje inocular el virus del VIH.

En este último ejemplo sí se estaría atentando contra la salud, la misma que es entendida como una condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo, siendo su protección de interés público, razón por la cual toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establece la ley, siendo irrenunciable el derecho a su protección, conforme lo expresan los artículos I a II del Título Preliminar de la Ley General de Salud, Ley N° 26842.

- 72.-** En el caso de autos no se ha transado sobre la salud en sí misma, porque las partes no han acordado que la [sic] una tenga el derecho de dañar a la otra, sino que se ha acordado en reparar ese daño causado a través de un monto dinerario, tal cual ocurre cuando, por ejemplo, a raíz de una [sic] accidente de tránsito, la parte culpable indemniza a la parte afectada o a sus herederos y no es que estén autorizándola a herirla o matarla, sino que se está tratando de reparar las consecuencias de ese daño causado.

De lo expuesto, queda descartada toda vulneración a los artículos 5º y 1305º del Código Civil, por ende las transacciones celebradas tienen plena validez.

- 73.-** Estando a las consideraciones precedentes, con las cuales se han desestimado las denuncias de infracciones de orden procesal, puesto que se ha concluído que sí resulta procedente la interposición de la excepción por transacción extrajudicial, dichos argumentos se hacen extensivos al presente análisis, toda vez que en las transacciones celebradas entre las partes no se advierte que la accionante o sus menores hijos hayan renunciado a alguno de sus derechos fundamentales referidos a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana.

- 74.- En efecto, si bien es cierto que con el derrame de mercurio se creó una situación de riesgo para los lugareños, quienes se expusieron a daños físicos al manipular el metal, no es menos cierto que para efectos indemnizatorios, ese daño debe ser cuantificable, de lo contrario no habría manera de poder resarcirse el mismo.
- 75.- En su escrito que contiene el recurso de casación, admite la actora que los derechos “personalísimos y extrapatrimoniales” sí pueden ser cuantificados patrimonialmente y por ende materia de transacción, como en efecto ocurrió así y se consignó en la respectivas transacciones que se estaba indemnizando por el daño causado, el cual comprendía el daño emergente, lucro cesante, daño físico o moral y cualquier otro daño sufrido. En consecuencia, no se puede argüir que se han afectado los derechos señalados por el artículo 5º del Código Civil o que se ha infringido lo dispuesto por el artículo 1305º del mismo cuerpo legal.
- 76.- Los jueces que autorizaron la celebración de las transacciones a favor de los hijos menores de edad de la accionante, tuvieron a la vista las documentales [sic] que las contenían, así como sus respectivas *addenda*, conforme se verifica de las pruebas anejadas en autos; resoluciones judiciales que no pueden cuestionarse en este estado procesal.
- 77.- Concluyendo, no se debe confundir el derecho afectado, que puede ser de orden patrimonial o extrapatrimonial, con el resultado indemnizatorio del mismo; al final de cuentas todos los derechos, cuando se trata de indemnizarlos, deben ser cuantificados patrimonialmente; en consecuencia no se advierte que se haya inaplicado, al caso *sub judice*, ni el artículo 5º ni el artículo 1305º del Código Civil, por lo que esta denuncia también deviene en infundada.

### **i.1.2. De la transacción sobre derechos de menores de edad**

- 78.- Finalmente, corresponde analizar sobre la validez de las transacciones celebradas por la accionante en nombre de sus menores hijos, esto es si las autorizaciones judiciales realmente tuvieron efectos autoritativos para que las transacciones sean válidas.

Se ha constatado que la señora Giovanna Quiroz Villaty nunca cuestionó, en su demanda de indemnización, la validez y eficacia de las transacciones celebradas a favor de sus menores hijos antes de contar con la autorización judicial, así como tampoco lo ha hecho cuando absolvió las excepciones propuestas y menos en el recurso de casación interpuesto, salvo en el recurso de apelación que interpusiera contra la

resolución de primera instancia que amparó la excepción de conclusión del proceso por transacción referente a los menores de edad.

- 79.- En la citada apelación se dice que no se ha contado con autorización judicial previa para celebrar las transacciones a favor de sus menores hijos de acuerdo a lo normado por el artículo 448º, inciso 3, del Código Civil y por lo tanto dichos actos jurídicos no tienen “... *validez, son nulos, inexistentes y por ende no surten efectos...*” (el citado recurso de apelación corre de fojas 1244 a 1254 del tomo III).
- 80.- En realidad es el artículo anterior, 447º del Código Civil, el que prescribe que para enajenar, gravar o contraer obligaciones a nombre de los hijos por sus padres se requiere de previa autorización judicial; seguidamente el artículo 448º mencionado, prevé una serie de supuestos que también requieren de autorización judicial, porque son actos jurídicos o procesales que van a repercutir en la esfera jurídica del menor de edad.

No obstante ello, el artículo 1307º del mismo cuerpo civil señala que:

**“Artículo 1307º.- Transacción del ausente o incapaz:** Los representantes de ausentes o incapaces pueden transigir con aprobación del juez, quien para este efecto oírá al Ministerio Público y al consejo de familia cuando lo haya y lo estime conveniente”. (El subrayado y cursiva son nuestras).

Conforme a lo prescrito por dichos dispositivos legales, en uno y otro caso se usan términos diferentes, si bien en el artículo 447º se dice que se requiere contar con **previa autorización judicial**, por su parte el artículo 1307º preceptúa que se debe contar con la **aprobación del juez**, no indicando si ésta debe ser anterior o posterior a la celebración transacción [*sic*]. Es más, el artículo 447º no sanciona con nulidad cuando se ha realizado alguno de los actos jurídicos que señala sin contar con la autorización previa, por tanto bien se puede tener dicha autorización posteriormente.

Caso distinto es el de la transacción, donde no se menciona que la aprobación del juez debe ser necesariamente anterior a su celebración, con lo cual se concluye que ella puede ser posterior a su realización. El hecho concreto es que debe de contarse con tal aprobación, como en efecto aconteció en el caso de autos.

- 81.- Para concluir, es menester tener en cuenta que los jueces de familia que otorgaron las respectivas aprobaciones para la celebración de

las transacciones judiciales, respecto a los hijos menores de edad de la demandante, tuvieron a la vista los documentos pertinentes, incluyendo las *addenda*, por lo que al verificar la legalidad de las mismas procedieron a su aprobación, de lo contrario no hubieran dictado las respectivas resoluciones en sentido positivo.

## **VI.- EFECTOS DE LA SENTENCIA**

**82.-** Resta hacer una precisión final, y es respecto a los efectos de la presente decisión.

Como la misma no tiene efectos *ex tunc*, sino por el contrario tiene efectos *ex nunc*, los procesos resueltos con anterioridad a esta decisión bajo criterios diferentes mantienen plena vigencia al estar protegidas dentro del marco de la autoridad de la cosa juzgada, en tanto que el caso presente así como los demás que están pendientes de resolverse por ambas Salas Supremas Civiles, donde se esté discutiendo iguales hechos e iguales razones, deberán ajustarse al precedente vinculante trazado en la presente sentencia, en mérito a lo dispuesto por el artículo 400º del Código Procesal Civil.

En la Razón emitida por la señora Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia de la República, se hace alusión que se han remitido juntamente con este proceso las casaciones N° 1463-2007, seguido por Bartolomé Pérez Lozano y otros contra la Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S.A. y Arturo Blanco Bar; N° 1811-2007, seguido por José Azañero Chuquiruna y otros contra los mismos demandados, y N° 1813-2007, seguido por Margarita Cabanillas Miranda y otros, también contra las mismas partes, expedientes que deben devolverse a su Sala de origen para que procedan de acuerdo al precedente fijado en este Pleno Casatorio.

## **VII.- CONSTITUCIONALIDAD DEL PLENO CASATORIO**

**1.-** La Constitución Política del Estado, dispone en su artículo 141º que: “Corresponde a la Corte Suprema fallar en casación, o en última instancia, cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema conforme a ley...”

Por su parte, la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) señala en su artículo 26º, inciso 1, que son órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, entre otros: La Corte Suprema de Justicia de la República; acotando en su artículo 30º que el trabajo jurisdiccional de la Corte Suprema



se distribuye en Salas Especializadas Permanentes y Transitorias; en tanto que en el artículo 32º indica que la Corte Suprema conoce de los procesos en vía de casación con arreglo a lo establecido en la ley procesal respectiva.

- 2.- De igual manera, la Vigésima Tercera Disposición Final y Transitoria de la misma Ley Orgánica, precisa que las disposiciones de carácter procesal contenidas en esta Ley son de aplicación supletoria a las normas procesales específicas, dispositivo que debe ser concordado con la Décima Disposición Final del Código Procesal Civil, la cual prescribe que: “De conformidad con la Vigésimo Quinta Disposición Final de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Decreto Legislativo N° 767), las normas del Código Procesal Civil se aplican preferentemente respecto de las de aquélla”.

La 25ª Disposición Final a que se hace referencia es al orden original que tenía el D. Leg. N° 767, que luego pasó a ser la 23ª Disposición Final y Transitoria del TUO de la LOPJ, aprobado por D.S. N° 017-93-JUS del 28 de mayo de 1993.

- 3.- Es más el artículo 51º de la Constitución Política dice que: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”.

Por lo tanto, en primer lugar, nuestro ordenamiento constitucional no sostiene que una Ley Orgánica tenga mayor jerarquía que una ley ordinaria; en segundo lugar, aún siendo así, no existe prohibición alguna para que una Ley Orgánica precise que la competencia para resolver los recursos de casación no puedan ser regulados por una ley ordinaria de orden procesal como es el Código Procesal Civil aprobado por Decreto Legislativo (esto es por delegación de funciones del Poder Legislativo al Ejecutivo); tanto más si el mismo artículo 32º de la LOPJ es meridianamente claro al precisar que los procesos que se encuentren en vía de casación se resuelven de acuerdo a la norma procesal respectiva, y esa norma no es otra que el artículo 400º del Código Procesal Civil.

- 4.- En consecuencia, no existe vulneración constitucional alguna, tampoco conflicto normativo por jerarquía de leyes y menos avocación indebida de esta Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, al no existir desviación de la jurisdicción predeterminada por ley, puesto que antes de que se iniciaran este y los otros procesos judiciales, ya existían las normas legales citadas, cuya constitucionalidad ha sido referida líneas arriba.

- 5.- Finalmente, este Pleno Casatorio considera que el recurso de casación no está solamente al servicio del *ius litigatoris*, puesto que la casación deviene en un particular juicio de legitimidad, donde el acento debe ponerse en la existencia de una violación o aplicación incorrecta de la norma jurídica y por tal razón, más que centrarse en la motivación misma de la resolución de origen y el razonamiento que lleva a ella, debe hacerlo en el alcance que se da en dicha resolución a la norma legal que se ha aplicado al supuesto fáctico de origen. En consecuencia, la sentencia de casación debe tratar de la justicia o legalidad de la solución del caso, pero no debe prescindir de su tarea mediata uniformadora de la jurisprudencia, pues sólo así el tribunal de casación podrá cumplir la función que le es propia como órgano supremo de justicia, con lo cual estará favoreciendo la seguridad jurídica.
- 6.- Al establecerse precedentes vinculantes por medio de esta sentencia casatoria, no se está, en modo alguno, vulnerado la independencia judicial, puesto que el precedente es, en esencia, el que realiza los valores de igualdad, de coherencia y de continuidad del ordenamiento, permitiendo la inserción de las decisiones individuales en contextos más amplios.

Como bien se sostiene, la casación constituye, en definitiva, un límite fáctico de la libertad del juez en tanto y en cuanto atribuye un significado general a una norma aplicable para casos futuros similares. Significado que es necesario para proporcionar la certeza, previsibilidad e igualdad en la aplicación del Derecho que reclama todo Estado de Derecho<sup>59</sup>. Por lo tanto, se está ante un límite legítimo del principio de independencia judicial que, de otro modo, permitiría interpretaciones diferentes de las normas por parte de los diversos órganos jurisdiccionales, no obstante la existencia de igualdad o similitud de los supuestos de hecho tenidos en cuenta en procesos judiciales semejantes.

Siendo así, no se está infringiendo lo dispuesto por el artículo 16º de nuestra LOPJ, porque el valor normativo de la jurisprudencia no es más que el presupuesto que da sentido a la casación misma y no el contenido de una actividad extrajudicial del Tribunal Supremo<sup>60</sup>.

59 Un Estado de Derecho, es aquel en el que los ciudadanos pueden calcular anticipadamente qué ocurrirá en el futuro en un sentido específico, es decir, cómo se comportarán otros individuos y cómo lo hará también el Estado mismo, sobre todo como garante de la eficacia del Derecho. Cf. Bacigalupo Zapater, Enrique, *Jurisprudencia y Seguridad Jurídica*. En: *Estudios de Derecho Judicial*, N° 31, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 129-130.

60 Cf. Martínez Alarcón, María Luz, *La independencia judicial*, Madrid, CEPC, 2004, pp.194-195.

- 7.- Del mismo modo, por medio del precedente se realiza la armonización entre las exigencias de la flexibilidad del Derecho y de apertura y adaptabilidad al cambio, que caracterizan la dinámica de los sistemas jurídicos actuales<sup>61</sup> de lo contrario, bajo el supuesto respeto a la independencia del juez, sería imposible que se sienten criterios rectores para la solución uniforme de casos idénticos o similares, conllevando a que se emitan decisiones contradictorias en perjuicio de los litigantes y dejando de lado la predictibilidad que se espera en las decisiones de los jueces, evidenciando con ello una clara afectación a sus deberes de velar por la seguridad jurídica y el respeto al principio de igualdad, que como integrantes de un poder del Estado de Derecho están obligados a respetar.

## VIII.- CONCLUSIONES

Estando a las consideraciones expuestas, estimamos que el recurso de casación es infundado al haberse dictado el auto de vista de acuerdo a Derecho, por lo que:

- 1.- No hay contravención a las normas que garantizan el debido proceso conforme ha alegado la recurrente, consiguientemente, la resolución impugnada se ajusta a Derecho, dado que al ampararse las excepciones de conclusión del proceso por transacción, propuestas por los demandados, no se ha hecho otra cosa que reconocer los plenos efectos de actos jurídicos que pusieron fin a las discrepancias que se suscitaron entre las partes como consecuencia de los daños causados por el derrame de mercurio, las que se finiquitaron celebrando transacciones extrajudiciales.
- 2.- No ha existido inaplicación de los artículos 5º y 1305º del Código Civil, puesto que bajo esta última argumentación, a juicio de este Pleno Casatorio, sería imposible que se indemnice un daño causado, pues para que pueda repararse cualquier perjuicio es menester que se patrimonialice el mismo, conforme se ha demostrado en los considerandos correspondientes. Asimismo, no pueden alegarse supuestas nulidades o ineficacias de actos jurídicos sin haberse solicitado su declaración expresa, previa o concurrentemente a la pretensión indemnizatoria, así como tampoco se formularon cuestiones probatorias en ningún estado del

61 Cf. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel, ob.cit., pp. 176-177, también: Taruffo, Michele, *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, trad. de Beatriz Quintero, Temis, Bogotá, 2006, p. 192.

presente proceso contra las citadas transacciones, lo que abona a favor de su legalidad.

- 3.- Respecto a la legitimación para obrar activa por daño ambiental, esto es en la protección de intereses difusos, no ha existido mayor discrepancia entre la dos salas supremas civiles, habida cuenta que ambas han venido resolviendo concordadamente en el sentido que las personas naturales no están legitimadas por ley para solicitar pretensiones indemnizatorias sino tan solo aquellas instituciones señaladas en el artículo 82º del Código Procesal Civil.
- 4.- Como se indicará en la parte resolutive, este Pleno Casatorio ha adoptado decisión por unanimidad respecto a la legitimación activa para promover procesos judiciales de acuerdo a lo normado por el artículo 82º del Código Procesal Civil, en tanto que por mayoría ha decidido que resulta procedente deducir la transacción extrajudicial como excepción procesal, siendo de aplicación, por interpretación sistemática, los artículos 446º, inciso 10, y 453º, inciso 4, del mismo cuerpo legal.

## **IX.- FALLO**

Por tales razones, el Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República, de conformidad con lo normado por el artículo 400º del Código Procesal Civil, por mayoría:

- a) Declara **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por doña Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por derecho propio y en representación de sus hijos Euler Jonathan y José Ronny Mendoza Quiroz y Walker Steve Cuenca Quiroz, en consecuencia **NO CASARON** la resolución de vista, su fecha 27 de diciembre de 2006, expedida por la Sala Civil de Cajamarca; asimismo.
- b) **DECLARA QUE CONSTITUYEN DOCTRINA JURISPRUDENCIAL** los siguientes precedentes vinculantes:
  1. La transacción extrajudicial no homologada judicialmente puede ser opuesta como Excepción procesal conforme a lo regulado por el inciso 10 del artículo 446º e inciso 4 del artículo 453º del Código Procesal Civil, por interpretación sistemática de dichas normas con las que contiene el Código Civil sobre la transacción.

Entendiéndose que las transacciones extrajudiciales homologadas por el Juez, se tramitan de acuerdo a las reglas del Código Procesal

Civil, al tener regulación expresa. Ocurriendo lo mismo en cuanto a las transacciones celebradas con relación a derechos de menores de edad, las mismas que deben ser autorizadas por el juez competente conforme a ley, **(voto en mayoría)**.

2. La legitimación para obrar activa, en defensa de los intereses difusos, únicamente puede ser ejercida por las entidades señaladas expresamente en el artículo 82º del Código Procesal Civil, **(voto por unanimidad)**.

**SE ORDENA** la publicación de la presente sentencia en el diario oficial El Peruano, teniendo efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su publicidad. **Interviniendo como Vocal Ponente el señor Vásquez Vejarano.**

**SS.**

FRANCISCO TÁVARA CÓRDOVA  
WALTER VÁSQUEZ VEJARANO  
ANTONIO PAJARES PAREDES  
ROGER H. SALAS GAMBOA  
MANUEL SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA  
HUGO SIVINA HURTADO  
JAVIER ROMÁN SANTISTEBAN  
ELCIRA VÁSQUEZ CORTEZ  
VÍCTOR TICONA POSTIGO  
CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO  
JAVIER VILLA STEIN  
VÍCTOR PRADO SALDARRIAGA  
DUBERLI RODRÍGUEZ TINEO  
JORGE SOLÍS ESPINOZA  
JACINTO RODRÍGUEZ MENDOZA  
JOSÉ LECAROS CORNEJO

**María del Carmen Rita Gallardo Neyra**  
Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia de la República

**La Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia de la República certifica que el voto en minoría de los señores vocales supremos Antonio Pajares Paredes, Hugo Sivina Hurtado, Víctor Ticona Postigo, Jorge Solís Espinoza, José Lecaros Cornejo y Jacinto Rodríguez Mendoza, en cuanto al extremo referido a la improcedencia de proponer la transacción extrajudicial como excepción procesal es como sigue:**

## **I.- DEL PROCESO**

La demanda fue presentada ante el Juez del Juzgado Mixto del Módulo Básico de Justicia de Santa Apolonia, conforme aparece a fojas 190 del cuaderno de excepciones acumulado; fue calificada positivamente y admitida a trámite mediante auto de fecha cuatro de junio de dos mil dos corriente a fojas 207 del mismo cuaderno, en la vía procedimental de conocimiento conforme al Código Procesal Civil vigente (en adelante, cuando no se indique el cuerpo legal al que corresponde se entenderá que la norma corresponde al C.P.C.); los actos postulatorios de las partes están configurados del siguiente modo:

- 1.- Demanda.-** Según escrito copiado a fojas 190 Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por derecho propio y en representación de sus hijos Euler Jonathan y José Ronny Mendoza Quiroz, y Walter Steve Cuenca Quiroz, demanda el pago de una indemnización ascendente a US\$ 1'800,000.00 por los daños ocasionados por el derrame de mercurio, que incluye el daño a la persona (daño a la salud), daño moral y daño al medio ambiente, para lo cual emplaza a Minera Yanacocha S.R.L. en su calidad de propietaria del mercurio.

Desglosa la pretensión indemnizatoria del siguiente modo: US\$ 400,000.00 a favor de Giovanna Angélica Quiroz Villaty, US\$ 500,000.00 a favor de Walter Steve Cuenca Quiroz, US\$ 500,000.00 a favor de Euler Jonathan Mendoza Quiroz, y US\$ 400,000.00 a favor de José Ronny Mendoza Quiroz.

Sostiene que el 2 de junio de 2000, a las 3:20 p.m. aproximadamente, en circunstancias de que el chofer de la empresa Ransa Comercial S.A., Esteban Arturo Blanco Bar, transportaba mercurio de propiedad de Minera Yanacocha S.R.L., se produjo un primer derrame de mercurio a la altura de la Quebrada de Chotén.

Entre las 5:30 y 5:40 p.m. del mismo día, del mismo camión de la empresa Ransa Comercial S.A. se produjo otro derrame de 152 Kg de mercurio, en las localidades de San Juan, La Calera, el Tingo, Magdalena (de donde proviene la demandante), y el Centro Poblado Menor de San Sebastián de Choropampa. Por su brillo, forma e ignorando que se trataba de una sustancia tóxica, los pobladores comenzaron a recoger el mercurio hasta altas horas de la madrugada, empleando para dicha recolección sus manos e incluso su boca como medio de aspiración. Al guardar el mercurio en sus hogares, los familiares quienes recogieron el mercurio también se intoxicaron debido a los gases que emana la sustancia.

La demandante refiere que Yanacocha no hizo caso a sus peticiones de ayuda médica y no contaban con un plan maestro de contingencias, siendo que por el contrario propició un mayor nivel de intoxicación, al pretender comprar el mercurio derramado a quien lo hubieran recogido. Igualmente señala que existió un nivel deficiente de embalaje, transporte y tratamiento del mercurio por parte de la minera, conforme ha declarado el chofer del camión.

- 2.- **Contestación.**- Según escrito copiado a fojas 765, Minera Yanacocha S.R.L. sostiene que no fue informada oportunamente por el chofer de la empresa Ransa Comercial S.A. (encargada del transporte) respecto del derrame de mercurio, pero una vez tomó conocimiento del mismo, adoptó las medidas necesarias para evitar perjuicios, informando sobre la toxicidad del producto, pero con poco éxito debido a la negativa de los pobladores de devolver el mercurio que recogieron y guardaron en sus hogares; en otras palabras, sostiene que la causa determinante de la exposición y elevación del nivel de mercurio en el organismo de los pobladores afectados fue su propia imprudencia. Asimismo, manifiesta que el hecho de que la demandante y sus menores hijos hayan presentado niveles de mercurio mayores a los normales en su organismo a consecuencia del derrame producido, no necesariamente implica que éstos hayan sido intoxicados por dicho elemento ni mucho menos que éstos hayan sufrido daño como consecuencia de tal exposición. Por lo demás, ha suscrito con la demandante –en su nombre y en representación de sus hijos– sendas transacciones extrajudiciales, las mismas que, a tenor del Art. 1302<sup>º</sup> del C.C. tienen calidad de cosa juzgada, resultando la demanda interpuesta manifiestamente improcedente.

En escrito aparte, que obra copiado a fojas 687, Minera Yanacocha S.R.L. formula denuncia civil contra Ransa Comercial S.A., por ser aquella la

empresa encargada del transporte del mercurio el día en que ocurrieron los hechos.

Posteriormente, por resolución copiada a fojas 1123, el Juez incorpora de oficio a Esteban Arturo Blanco Bar como litisconsorte necesario pasivo, por ser el chofer que conducía la unidad móvil que transportaba el mercurio.

Tanto Ransa Comercial S.A. como Esteban Arturo Blanco Bar, luego de ponerse a derecho, sostienen que se limitaron a transportar los balones conteniendo mercurio, y que fue Minera Yanacocha S.R.L. quien no cumplió con entregar la mercadería al transportista en condiciones adecuadas para un transporte seguro. Además, sostienen que se ha presentado el supuesto de fractura causal por el hecho propio de la víctima, pues no fue el derrame de mercurio lo que ocasionó daños a la demandante, sino lo fue su negligencia al manipular el citado mineral, llevarlo a su hogar y exponer a su familia a los gases tóxicos.

## **II.- DE LAS EXCEPCIONES**

### **1.- De la demandada Minera Yanacocha S.R.L. (fojas 248)**

Esta demandada, como defensas de forma, propone las siguientes:

- A. Excepción de prescripción extintiva:** El derrame de mercurio tuvo lugar el 2 de junio de 2000, por lo que la responsabilidad extracontractual regulada en el inc. 4 del Art. 2001º del C.C. prescribió el 2 de junio de 2002, teniendo en cuenta lo normado en el Art. 1993º del citado Código, según el cual el plazo comienza a computarse a partir de la fecha en que tuvo lugar el hecho que habría causado el daño; sin embargo el emplazamiento a su parte ha tenido lugar vencido dicho plazo, sin que ninguno de los demandantes haya realizado algún acto que interrumpa el cómputo.
- B. Excepción de conclusión del proceso por transacción:** Para poner fin a cualquier conflicto que surja con respecto al derecho indemnizatorio, el 2 de setiembre de 2000 Minera Yanacocha S.R.L. celebró tres transacciones extrajudiciales: **b.1)** la primera únicamente con la demandante Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por derecho propio, a quien se le hizo entrega de la suma de S/. 10,500.00; **b.2)** la segunda con la demandante y con José Gilmer Mendoza Saldaña, en representación del derecho indemnizatorio de sus menores hijos Euler Jonathan y José Ronny



Mendoza Quiroz, a quienes se le hizo entrega de la suma de S/. 7,875.00; **b.3.)** la tercera con la demandante, en representación del derecho indemnizatorio de su hijo Walker Steve Cuenca Quiroz, en la que se transó por la suma de S/. 5,625.00. En los tres casos, se suscribieron Addedums [sic] el 4 de noviembre del mismo año, en los cuales las partes acordaron duplicar la suma entregada a cada uno de los indemnizados. Conforme lo dispone el Art. 1032º del C.C., las transacciones antes mencionadas tiene el valor de cosa juzgada, por lo que la pretensión de indemnización de los demandantes no puede ser revisada en sede judicial.

**C. Excepción de falta de legitimidad para obrar de Minera Yanacocha**

**S.R.L.:** El derrame de mercurio se produjo mientras era transportado por un camión de [sic] Comercial Ransa S.A., por lo que su empresa no es responsable de los daños causados. Además, la parte demandante alega que la responsabilidad surge del ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, la misma que no fue realizada por su empresa. Igualmente, los accionantes señalan que no se les brindó la atención debida, pero su empresa no tuvo ninguna participación en el diagnóstico y tratamiento de los afectados, sino que el mismo fue dispuesto por los médicos del puesto de salud de Choropampa y el Hospital Regional de Cajamarca, en coordinación con CICOTOX.

**D. Excepción de falta de legitimidad para obrar de los demandantes con relación a la pretensión de indemnización por daño ambiental:**

Tratándose de intereses difusos, sólo pueden demandar el Ministerio Público, las asociaciones o instituciones sin fines de lucro, los gobiernos locales, etc., conforme lo establece el Art. 82º del Código Procesal Civil, por lo que los demandantes por sí solos no pueden promover la presente causa.

**2.- De la denunciada civil Ransa Comercial S.A. (fojas 752)**

**A. Excepción de falta de legitimidad para obrar de Ransa**

**Comercial S.A.:** Pues cuando ocurrieron los hechos se desempeñaba como agente de transporte de Minera Yanacocha S.R.L., y los balones que contenían mercurio eran de propiedad exclusiva de dicha minera, quien fue quien no los envasó adecuadamente, lo que trajo consigo el derrame. Es más, en todo momento el mercurio fue manipulado en su estiba y aseguramiento en la plataforma del vehículo por personal de la citada minera. Solicita se tenga en cuenta el dictamen pericial del examen físico químico emitido por la Dirección Nacional de Criminalística de la

Policía Nacional, de fecha 18 de junio de 2000, en el que se concluyó que la responsabilidad por el derrame del mercurio se debió a la imprudencia y negligencia en su envasado.

- B. **Excepción de prescripción extintiva:** Alega similares fundamentos de la misma excepción de Minera Yanacocha S.R.L.
  - C. **Excepción de conclusión del proceso por transacción:** Se sustenta en las transacciones celebradas por Minera Yanacocha S.R.L. con la parte demandante.
- 3.- **Del litisconsorte necesario pasivo Esteban Arturo Blanco Bar (fojas 1173)**
- A. **Excepción de prescripción extintiva:** Alega similares fundamentos de la misma excepción de Minera Yanacocha S.R.L.
  - B. **Excepción de conclusión del proceso por transacción:** Se sustenta en las transacciones celebradas por Minera Yanacocha S.R.L. con la parte demandante.
  - C. **Excepción de falta de legitimidad para obrar de los demandantes con relación a la pretensión de indemnización por daño ambiental:** Alega similares fundamentos de Minera Yanacocha S.R.L. respecto de la misma excepción.

#### 4.- **Resolución de Excepciones**

- 4.1. **En primera instancia.-** Resolución N° 03, dictada en Audiencia de Saneamiento Procesal del 8 de enero de 2004, cuya acta corre a fojas 303, repetida a fojas 861 y 1234: **declara:** INFUNDADA la excepción de conclusión del proceso por transacción referida a la demandante Giovanna Angélica Quiroz Villaty que deducen Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S.A. y Esteban Arturo Blanco Bar; FUNDADA la excepción de conclusión del proceso por transacción referida a los menores Euler Jonathan y José Ronny Mendoza Quiroz y Walker Steve Cuenca Quiroz que deducen Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S.A. y Esteban Arturo Blanco Bar, en consecuencia, nulo todo lo actuado; INFUNDADA la excepción de falta de legitimidad para obrar de los demandados que deducen Minera Yanacocha S.R.L. y Ransa Comercial S.A.; INFUNDADA la excepción de prescripción extintiva que deducen Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial

S.A. y Esteban Arturo Blanco Bar; FUNDADA la excepción de falta de legitimidad para obrar respecto de la pretensión indemnizatoria por daño ambiental que deducen Minera Yanacocha S.R.L. y Esteban Arturo Blanco Bar, en consecuencia, anúlese todo lo actuado en este extremo: **a)** en cuanto a la excepción de conclusión del proceso por transacción, debe estarse a lo establecido en los Arts. 446º y 453º del C.P.C., según las cuales corresponde amparar esta excepción cuando se inicie un proceso idéntico a otro, esto es, debe existir una transacción homologada en un proceso anterior, vale decir, una transacción extrajudicial que se convierta en judicial [*sic*], siendo que en el caso de Giovanna Angélica Villaty no se cumple con este requisito, pero en el caso de sus menores hijos sí, pues las transacciones que celebró en representación de los mismos cuentan con autorización judicial; **b)** en cuanto a la excepción de falta de legitimidad para obrar de los demandados que dedujeron Minera Yanacocha S.R.L. y Ransa Comercial S.A., debe tenerse en cuenta la responsabilidad de los emplazados o la falta de ella respecto del evento dañoso deberá ser estimada al evaluar la prueba, al final del proceso; **c)** en cuanto a la excepción de prescripción extintiva, la acción civil derivada de un hecho punible no se extingue mientras subsista la acción penal; **d)** en cuanto a la excepción de falta de legitimidad para obrar respecto de la pretensión indemnizatoria por daño ambiental, tratándose de intereses difusos sólo están legitimados los sujetos precisados en el Art. 82º del C.P.C.

- 4.2. En segunda instancia.- Auto de vista N° 746-2006-SEC del 27 de diciembre de 2006, de fojas 1358:** REVOCA la resolución apelada en el extremo que declara infundada la excepción de conclusión del proceso por transacción respecto de la demandante Giovanna Angélica Quiroz Villaty, deducida por Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S.A. y Esteban Arturo Blanco Bar, y REFORMÁNDOLA declararon FUNDADA dicha excepción, anulándose lo actuado en dicho extremo; CONFIRMÁNDOSE la apelada en los demás extremos: conforme a lo señalado en el Art. 1302º del C.C., por la transacción las partes haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún punto litigioso o dudoso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado; en tal sentido, el argumento sostenido por el *A quo* en el sentido de que, para que se ampare la presente excepción, se requiere que la mencionada transacción haya puesto fin a un proceso anterior es incorrecto, como así lo ha establecido la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 2383-2005-Cajamarca.

### **III. PARTES DE LA RESOLUCIÓN DE VISTA IMPUGNADAS EN EL RECURSO DE CASACIÓN**

#### **Extremos del auto de vista que son materia de recurso de casación:**

Doña Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por intermedio de sus abogados Mario Vásquez Ramirez y Henry Vera Ortiz, mediante escrito de fojas 1395, interpone recurso de casación en contra del auto N° 746-2006-SEC de fecha 27 de diciembre de 2006 en la parte en que:

- A) Confirma la resolución apelada que declara fundada la excepción de conclusión del proceso por transacción respecto de los demandantes menores Walker Cuenca Quiroz, Euler Mendoza Quiroz y José Mendoza Quiroz, propuesta por las demandadas Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S.A. y Esteban Arturo Blanco Bar;
- B) Confirma el auto impugnado en cuanto declara fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar de los demandantes respecto de la pretensión impugnatoria por daño ambiental formulada por los demandados Minera Yanacocha S.R.L. y Esteban Arturo Blanco Bar; [sic]
- C) Revoca el auto apelado en el extremo que declara infundada la excepción de conclusión del proceso por transacción respecto de la demandante Giovanna Angélica Quiroz Villaty y, reformándola declara fundada dicha excepción, propuesta por Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S.A. y Esteban Arturo Blanco Bar.

Como pretensión impugnatoria, la recurrente solicita que se declare fundado su recurso de casación y, en sede de instancia, que la Corte Suprema declare infundadas las mencionadas excepciones de conclusión del proceso por transacción y de falta de legitimidad para obrar de los demandantes.

La demandante ha cumplido con los requisitos de forma y de fondo de la casación que exigen los Arts. 387º y 388º, por cuya razón el recurso fue declarado procedente por resolución de fecha 2 de noviembre de 2005.

### **IV.- CAUSALES DEL RECURSO Y SUS FUNDAMENTOS**

#### **1.- Respecto de la excepción de conclusión del proceso por transacción**

Se propone dos causales:

a) **Inaplicación de normas de derecho material.** Inaplicación de las normas contenidas en los Arts. 5º y 1305º del Código Civil, en cuanto regulan los derechos inalienables e irrenunciables como el derecho a la vida, a la integridad física, la libertad, el honor y demás inherentes a la persona humana. Precisa además que no se analizó si la transacción extrajudicial se ha realizado conforme al ordenamiento legal, pues se ha transigido sobre daños a la salud de los afectados por derrame de mercurio; derechos que no pueden ser materia de renuncia o cesión alguna por tratarse de derechos extramatrimoniales y que no pueden ser materia de transacción, salvo el caso en que hayan sido cuantificados patrimonialmente y la afectante reconozca la indemnización que se requiere; por tanto, las transacciones no son válidas porque su objeto no está permitido por ley.

b) **Contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso.** Argumenta la recurrente que conforme al inciso 10 del Art. 446º sólo se puede proponer la excepción de conclusión del proceso por transacción si se llega a establecer que la misma sólo ampara la transacción que haya puesto fin a un proceso judicial, esto es, la existencia previa de un proceso en el cual las partes hayan transigido dando por finalizado el proceso. Asimismo, conforme al Art. 453º inc. 4 se requiere de la existencia de procesos idénticos, uno de los cuales haya terminado por transacción, supuesto que no se da en el presente caso. Además, la transacción presentada no ha sido homologada por juez alguno, por tanto no tiene naturaleza de cosa juzgada. Agrega que se ha contravenido principios establecidos por la Corte Suprema, contenidos en la Casación número 730-2005, en el sentido de que la excepción de conclusión del proceso por transacción sólo será amparable si se presenta una transacción que hubiera puesto fin a un anterior proceso.

## 2.- Respecto de la excepción de falta de legitimidad para obrar de la parte demandante

Esta defensa de forma de los emplazados Minera Yanacocha S.R.L. y Esteban Arturo Blanco Bar, fue propuesta contra la pretensión indemnizatoria por daño al medio ambiente. La recurrente Quiroz Villaty **invoca la causal de contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso**, argumentando para tal efecto que siendo los principales afectados, tienen la titularidad para reclamar por los daños ambientales; así lo dispone el Art. 82º,

norma que además establece que las instituciones señaladas “pueden” promover o intervenir en este tipo de procesos, lo que significa que no les da exclusividad sino solamente una potestad, lo que implica que no son los únicos legitimados para accionar; en todo caso, para las entidades se concede legitimidad para obrar extraordinaria, mientras que para las personas naturales afectadas se les concede legitimidad ordinaria. Por otro lado, el término “pueden”, importa que otras partes han iniciado el proceso y tales entidades pueden intervenir. Finalmente, según la jurisprudencia vinculante contenida en la resolución de fecha 27 de octubre de 1997, Expediente N° 221-97-AA/TC se ha establecido que “... frente a los derechos de incidencia colectiva a los que la doctrina conoce con el nombre de intereses difusos o colectivos, principalmente vinculados con la defensa del medio ambiente; cuyos valores puestos en juego afectan prácticamente a todos... se reconoce la *legitimatío ad causam* a cualquier persona, aún cuando la violación o amenaza no le afecte directamente”.

En el auto de calificación del recurso, no se ha desestimado explícitamente la casación en cuanto se refiere a la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante; en cambio, de [sic] advierte que existe en este extremo una calificación genérica, por cuanto en el tercer considerando se expresa que: “las causales invocadas satisfacen los requisitos de fondo para su procedencia, prevista en los acápites 2.2. y 2.3. del artículo 388º del Código Procesal Civil”. Si bien esta forma de calificación puede ser considerada como genérica e irregular, se ha producido la convalidación toda vez que según el Art. 172º, tercer párrafo, se admite la convalidación tácita cuando el facultado para pedir la nulidad no la formula en la primera oportunidad que tuvo para hacerlo; y en el presente caso las partes no han formulado articulación alguna al respecto. Por otra parte, del dictamen de la señora Fiscal Suprema en lo Civil aparece que la representante del Ministerio Público se ha pronunciado sobre todos los extremos de la casación, incluso sobre la excepción de falta de legitimidad para obrar activa. Las partes han sido citadas para este pleno casatorio, en donde los abogados han informado y se han pronunciado sobre todos los fundamentos del recurso, por tanto se ha producido el contradictorio también sobre estos aspectos de la casación, quedando incólume el derecho de defensa de las partes y, particularmente, de las emplazadas. Así mismo [sic], hay convalidación en virtud de que el auto de calificación, no obstante carecer [sic] de un requisito formal, ha logrado la finalidad para el que estaba destinado (Art. 172º segundo párrafo). En consecuencia, es viable emitir pronunciamiento casatorio de fondo sobre todos los extremos del recurso extraordinario.

## V- CONSIDERACIONES PREVIAS

- 1.- **Motivación y argumentación jurídica:** La motivación de la decisión judicial es una exigencia constitucional (Art. 139º incs. 3 y 5); por consiguiente, el Juzgador para motivar la decisión que toma debe justificarla, interna y externamente, expresando una argumentación clara, precisa y convincente para mostrar que aquella decisión es objetiva y materialmente justa, y por tanto, deseable social y moralmente. En este orden de ideas, la consistencia argumentativa de la doctrina jurisprudencial que se establece a través de la presente, es un factor importante para su fuerza vinculatoria. Esto explica también la necesidad de estas consideraciones previas referidas a los fines de la casación, de la doctrina jurisprudencial, del derecho de contradicción y de los medios de defensa, de los presupuestos procesales y de las condiciones de ejercicio válido de la acción, de las defensas de forma y las defensas de fondo.

Por otra parte, la necesidad de una argumentación persuasiva y sólida se justifica desde que el caso sub júdice representa lo que la doctrina ha denominado un caso difícil, en donde puede identificarse problemas de relevancia jurídica (elección de una norma o grupo de normas aplicables al caso) así como de interpretación e integración jurídicas; todo lo cual trae consigo la necesidad de formular hipótesis de solución con su debida justificación para llegar a la conclusión final que dará contenido a la decisión casatoria.

- 2.- **De los fines de la casación:** Nuestro ordenamiento procesal civil, desde una concepción clásica del recurso, reconoce como fines de la casación la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo, esto es, la función nomofiláctica así como la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema (Art. 384º). Ambas finalidades se complementan, no obstante que históricamente no surgieron simultáneamente:

“Estos dos aspectos de la función ejercida por la Casación no aparecieron simultáneamente en el desarrollo histórico del instituto y, como consecuencia, no han sido simultáneamente apreciados y puestos en claro por la doctrina (...) y que la función de unificación debe considerarse también hoy en día en relación a la función de nomofilaquia, que la aclara y la integra (...) la sola finalidad de la uniformidad de la jurisprudencia no es suficiente para explicar el funcionamiento del órgano de casación...”<sup>62</sup>

62 Calamandrei, Piero. *La Casación Civil*, T. II, Traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, pp. 102 a 104.

El recurso de casación materia de pronunciamiento, esencialmente se refiere a aspectos materiales y procesales vinculados a las excepciones; pues, se ha denunciado la inaplicación de normas de derecho material y contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso al amparo de los incs. 2 y 3 del Art. 386º.

### 3.- **De la Doctrina Jurisprudencial**

La doctrina jurisprudencial, en términos generales, es la jurisprudencia de los Tribunales y Corte de Casación de un Estado. Esta jurisprudencia, bajo ciertas condiciones, puede ser vinculante. Para nuestro sistema casatorio, la doctrina jurisprudencial tiene el carácter de vinculante, y por tanto, es de observancia obligatoria para todos los jueces y tribunales de la República cuando resuelvan casos similares.

En esta perspectiva el Código (Art. 400º) reconoce dos vías para llevar a cabo el pleno casatorio: **a)** cuando una de las salas lo solicite, atendiendo a la naturaleza de la decisión a tomarse en un caso concreto, se reunirán los Vocales en Sala Plena para discutirlo y resolverlo, **b)** será obligatorio el pleno casatorio cuando se conozca que otra sala suprema está interpretando o aplicando una norma en un sentido que resulta contradictorio al criterio ya establecido.

En el caso *sub júdice* se hace obligatorio el pleno casatorio, desde que dos Salas de la Corte Suprema (Civil Permanente y Civil Transitoria) han adoptado líneas jurisprudenciales contradictorias referidas a la procedibilidad y fundabilidad de la excepción de conclusión del proceso por transacción, cuando ella se sustenta en la transacción celebrada extrajudicialmente.

La doctrina jurisprudencial así establecida es vinculante y se convierte de este modo en una fuente formal del derecho nacional, pues a partir de sus principios y alcances de carácter general, tiene vocación de regular relaciones jurídicas, fuera y dentro del proceso. La defensa del derecho objetivo a través de la casación no solamente comprende a la ley o normas de igual jerarquía, sino, y sobre todo, a la Constitución. No obstante que el juez ordinario en un Estado Constitucional de Derecho tiene una doble vinculación, con la Constitución y con la ley, es esencialmente el supremo intérprete de la ley y de normas con el mismo rango.

### 4.- **El derecho de contradicción y los medios de defensa:** La discusión jurídica en esta instancia casatoria se podría sintetizar en dos preguntas, de la siguiente manera: ¿Puede la transacción extrajudicial servir



de sustento jurídico para el éxito de la excepción de conclusión del proceso por transacción entre las mismas partes? o bien, ¿la transacción extrajudicial solamente puede proponerse como defensa de fondo en el escrito de contestación de la demanda?

Las excepciones son medios de defensa de forma y tienen su fundamento en el derecho de contradicción, del que es titular el demandado. Por el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, reconocido por la Constitución Política del Estado (Art. 139<sup>o</sup> inc. 3), el demandado tiene expedito su derecho de contradicción por la sola circunstancia de haber sido comprendido como demandado o sujeto pasivo de la pretensión procesal, y por esta razón, tiene derecho a ejercitar su defensa y particularmente a contradecir la pretensión proponiendo sus defensas de fondo, de forma y defensas previas; y, también por el sólo emplazamiento tiene necesidad de tutela jurisdiccional, concreta y actual.

Se ha definido el derecho de contradicción como un derecho público, subjetivo, abstracto y autónomo, ejercitable ante el Estado y del que es titular todo demandado para ser oído en el proceso en donde ha sido emplazado, y para disfrutar de la oportunidad de proponer –en su caso– defensas<sup>63</sup>.

El derecho de contradicción es un derecho abstracto, porque no requiere necesariamente para su configuración de una defensa o derecho material o de un contenido concreto; es simplemente el derecho a defenderse en un proceso; por eso se dice que estando emplazada una persona en un proceso, por sólo ese hecho tiene derecho a defenderse, a ejercitar efectivamente su derecho de defensa o a dejarlo de hacer. Eduardo Couture destacaba este aspecto abstracto del derecho de defensa, señalando:

“Pero conviene reparar, desde ya, en que lo que se da al demandado es *la eventualidad* del [sic] la defensa. Esta defensa, en cuanto a su contenido, podrá ser acogida o ser rechazada en la sentencia. El orden jurídico no pregunta si el demandado tiene o no buenas razones para oponerse. Sólo quiere dar a quien es llamado a juicio, la oportunidad de hacer valer las razones que tuviere. El derecho de defensa en juicio no es el derecho *sustancial* de la defensa; sino el puro derecho *procesal* de defenderse”<sup>64</sup>.

63 Peyrano, Jorge W. y Chiappini, Julio O. “*El Proceso Atípico*”, segunda parte, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1984, p. 137.

64 Couture, Eduardo. *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Tercera edición, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1979, p. 46.

En consecuencia, proponga o no el demandado excepciones o medios de defensa en general, es siempre titular del derecho de contradicción, incluso es suficiente que se le dé la oportunidad, en cualquier estado y grado del proceso, de defenderse, bajo las formas y condiciones establecidas por la ley.

El derecho de contradicción, al igual que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del cual deriva, es uno de configuración legal, toda vez que, aún cuando está reconocido como un derecho fundamental, su contenido y forma de ejercitarse en un proceso, es determinado por el legislador ordinario, quien establece los requisitos, oportunidad, las formalidades y demás condiciones en que puede hacerse efectivo<sup>65</sup>. En esta misma línea de pensamiento Javier Jiménez Campo ha sostenido que los derechos de configuración legal, como los derechos en todo o en parte prestacionales, son:

“aquellos atribuidos a los individuos por la Constitución en términos de una titularidad abstracta o potencial capacidad de derecho fundamental... que se concretará sólo en conexión con la ley. Se trata de derechos cuya delimitación jurídica es esencialmente legislativa, donde la titularidad del derecho subjetivo fundamental surge sólo, como realidad práctica y actual, de la convergencia y conexión entre el enunciado abstracto de la Constitución y la ordenación legal de los procedimientos y condiciones que delimitan el derecho”<sup>66</sup>.

No cabe duda que la transacción, sea judicial o extrajudicial, es un medio de defensa que tiene sustento en el derecho de contradicción. Sin embargo, es necesario establecerse nítidamente, entre otros aspectos, si la transacción extrajudicial puede invocarse como defensa de forma, en cuyo caso será resuelta en la etapa postulatoria, o bien, únicamente como defensa de fondo para ser resuelta en la sentencia junto con el principal.

- 5.- **De los presupuestos procesales y las condiciones del ejercicio válido de la acción:** En el presente caso, el tema casatorio se refiere a las excepciones y éstas por definición son defensas de forma en virtud de las cuales el demandado o, en su caso el reconvenido, denuncia la

65 Cfr. Saraza Jimena, Rafael. *Doctrina Constitucional aplicable en materia civil y procesal civil*, Primera edición, Madrid, Editorial Civitas, 1994, pp. 38 y 39.

66 Citado por Correa Henao, Magdalena. *La Limitación de los Derechos Fundamentales*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 100.

ausencia o insuficiencia de uno de los presupuestos procesales o de una de las condiciones de ejercicio válido de la acción. En consecuencia, resulta necesario un previo análisis de estas categorías procesales.

**5.1. Los presupuestos procesales.** El análisis de las excepciones, particularmente las de conclusión del proceso por transacción y de falta de legitimidad para obrar del demandante, supone examinar si ellas están dirigidas a denunciar un presupuesto procesal o una de las condiciones de ejercicio válido de la acción, desde que las excepciones son defensas de forma. En la doctrina se ha concebido, en términos generales, que los presupuestos procesales son los elementos imprescindibles en los sujetos, en el objeto y en la causa de pedir de la pretensión procesal, con el fin de constituir y desarrollar válidamente la relación jurídica procesal<sup>67</sup>. En el ámbito nacional, se ha definido este instituto procesal expresándose que los presupuestos procesales son los requisitos esenciales para la existencia de una relación jurídica procesal válida<sup>68</sup>. Por tanto, los presupuestos procesales son los requisitos necesarios e imprescindibles para la constitución y desarrollo válido de la relación jurídica procesal; en consecuencia, estos requisitos no solamente deben estar presentes al momento de iniciarse el proceso sino también durante su desarrollo y hasta su total agotamiento, pues de sobrevenir la ausencia o deficiencia de uno de estos presupuestos, el proceso deviene en inválido y es susceptible de ser cuestionado y nulificado.

Para nuestro sistema procesal civil, puede afirmarse casi pacíficamente que los presupuestos procesales son tres: la competencia del Juez (salvo competencia territorial), la capacidad procesal de las partes y los requisitos esenciales de la demanda; por consiguiente, son requisitos de validez del proceso.

**5.2. Las condiciones de ejercicio válido de la acción.** Algunos autores como Chioyenda, Alsina, Véscovi, Ramos Méndez, Fábrega, postulan que las condiciones de la acción son tres: la norma jurídica, la legitimación para obrar y el interés para obrar. Estas condiciones, asimismo se sostiene, deben ser examinadas por el juez al expedir sentencia. Algunos autores, como Devis Echandía, sostienen que los presupuestos materiales de la sentencia de fondo son los

67 Cfr.: Osvaldo Alfredo Gozaíni. *Derecho Procesal Civil*, T. I, Buenos Aires, Ediar, 1992, p. 371.

68 Cfr.: Monroy Gálvez, Juan. *La Formación del Proceso Civil Peruano*, Lima, Comunidad, 2003, p. 180.

requisitos para que el juez pueda, en la sentencia, resolver el fondo o mérito del litigio; y estos presupuestos están configurados por la legitimación en la causa, el interés sustancial, la correcta acumulación de pretensiones, la ausencia de cosa juzgada, transacción, desistimiento, litispendencia y caducidad. Nuestro Código procesal no acoge esta doctrina.

En otra corriente doctrinaria contemporánea, de orientación definidamente publicista y de mayor auge en la actualidad en el derecho comparado, seguida entre otros por Liebman y Ugo Rocco, se sostiene que las condiciones de la acción son los requisitos necesarios para un pronunciamiento válido sobre en fondo de la pretensión y, estas condiciones son dos: la legitimidad para obrar y el interés para obrar (o interés procesal); requisitos que deben ser examinados por el Juez desde el inicio del proceso, durante su desarrollo y aún al expedir sentencia. A esta corriente se adscribe nuestro Código Procesal Civil cuando, entre otras normas, establece que el proceso se promueve a instancia de parte, la que debe invocar el interés para obrar y la legitimidad para obrar (Art. IV del Título Preliminar); y, por otro lado, se dispone que el juez, al calificar la demanda, la declarará improcedente cuando el demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar o de interés para obrar (Art. 427º incs. 1 y 2) y, aún excepcionalmente, puede pronunciarse sobre ellas en la sentencia (Art. 121º, último párrafo).

El interés para obrar es el estado de necesidad de tutela jurisdiccional, concreto y actual, en que se encuentra una persona luego de haber agotado los medios pertinentes para obtener la satisfacción de su pretensión material o porque el ordenamiento jurídico le indica la vía judicial como la única idónea para obtener una sentencia favorable a su pretensión; necesidad que determina a aquella persona a recurrir ante el juez a fin de proponer su pretensión procesal y obtener, por obra de la jurisdicción, la tutela del bien de la vida que pretende. Por consiguiente, el interés para obrar solamente puede ser satisfecho por el Estado a través de los órganos jurisdiccionales.

Por todo lo considerado, se concluye aquí que la presencia de los presupuestos procesales nos indica que el proceso es válido y, de otra parte, la verificación positiva de las condiciones de ejercicio válido de la acción nos persuade que se puede emitir un pronunciamiento válido sobre el fondo del litigio. Por consiguiente, las excepciones pueden denunciar, respectivamente, la ausencia

de aquellos requisitos imprescindibles para la validez del proceso, o bien, la ausencia de aquellos requisitos para la validez de un pronunciamiento sobre el fondo de la litis; presupuestos y condiciones de la acción que son controlables de oficio y a instancia de parte; pero si la parte los hace valer, lo hará en la oportunidad y con las formalidades de ley.

La excepción de conclusión del proceso por transacción tiene sustento en la falta de interés para obrar del demandante, por cuanto se denuncia que el actor no tiene ya necesidad de tutela jurisdiccional, pues ésta fue satisfecha en el primer proceso idéntico en donde se celebró la transacción judicial. En consecuencia, en esta hipótesis, cuando se inicia el segundo proceso idéntico, el actor carece en forma actual y manifiesta de interés para obrar, razón por la cual el juez al calificar la demanda puede declararla improcedente liminarmente o, por su parte, el demandado puede oponer con éxito la excepción respectiva o, de oficio, al sanear el proceso, el juez puede declarar la nulidad de todo lo actuado y dar por concluido el proceso; finalmente, el juez está autorizado para pronunciarse excepcionalmente en la sentencia sobre este defecto y declarar improcedente la demanda. La doctrina italiana, con suficientes fundamentos, al tratar sobre el interés para obrar, sostiene que debe ser concreto y actual y que:

“... en cuanto a su carácter actual, con ese adjetivo se intenta decir que el interés para accionar no puede ser tomado en consideración sino en el momento en que la acción es ejercitada, esto es que debe existir en el momento en que, por medio de la citación, se inicia el ejercicio de la acción y se instaura la relación jurídica procesal”<sup>69</sup>.

Por otra parte, la excepción de falta de legitimidad para obrar de la parte demandante, propuesta en este proceso por la parte emplazada, está dirigida a denunciar la carencia de una de las condiciones de ejercicio válido de la acción: la falta de legitimidad para obrar activa. Y ésta, al igual que el interés para obrar del demandado, puede ser examinada al calificarse la demanda, al proponerse las excepciones y al momento del saneamiento del proceso; excepcionalmente, puede ser objeto de pronunciamiento en la misma sentencia, conforme lo autoriza la última parte del Art. 121<sup>o</sup>.

69 Rocco, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, T. 1, Segunda reimpresión, Bogotá - Buenos Aires, Temis - Depalma, 1983, pp. 345 y 346.

**6.- De las defensas de forma y las defensas de fondo:** Cuando el demandado ejercita su derecho de contradicción, puede formular medios de defensa de forma, de defensa de fondo o defensas previas. Si el demandado al contestar la demanda propone defensas de fondo, lo que hace es discutir la relación jurídica material que da sustento al derecho invocado por el actor; tales defensas pueden estar configuradas por el pago, la condonación, la excepción de contrato no cumplido, entre otras. Por tanto, además de pronunciarse sobre todos y cada uno de los hechos esenciales que fundamentan la pretensión, el demandado puede cuestionar y discutir el derecho que invoca el actor en su demanda como respaldo de la pretensión, proponiendo sus defensas de fondo; y como consecuencia de ello asume la carga procesal de sustentarlas fácticamente y de probar los hechos correspondientes en el principal y en la etapa correspondiente del proceso.

Si el emplazado utiliza estas defensas de fondo:

“... la actividad defensiva del demandado se encarrilará a discutir la existencia del derecho sustancial del actor que, a base de los hechos invocados en la demanda, aduce tener”<sup>70</sup>.

Mientras las defensas de forma –excepciones– están orientadas a denunciar la ausencia o insuficiencia de los presupuestos procesales y de las condiciones de ejercicio válido de la acción; las defensas de fondo están dirigidas a discutir la relación o situación jurídica material invocada en la demanda por el actor, y de la cual emerge el derecho que éste alega.

Nuestro Código Civil ha regulado distintos modos de extinguir las obligaciones, tales como el pago, la novación, la compensación, la condonación, la consolidación, la transacción, el mutuo disenso. Estos modos extintivos pueden ser alegados para sustentar las defensas de fondo que haga valer el demandado al contestar la demanda. En la hipótesis que el demandado afirmara haber pagado la obligación cuyo cumplimiento se le demanda, lo que hace es afirmar que si bien asumió la obligación demandada, sin embargo la pagó en la forma pactada o señalada por la ley. Entonces, el pago es una defensa de fondo que el demandado debe invocar en el escrito de contestación de la demanda. Esta defensa, empero, determina que el demandado tenga la carga de probarla, y en tal sentido nuestro Código Civil vigente (Art. 1229<sup>º</sup>)

70 Benaventos, Omar A. *Excepciones y Defensas Procesales*, Primera reimpresión, Santa Fe-Argentina, Editorial Juris, 1999, p. 16.

establece que: “La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado”.

En este mismo orden de ideas, si el demandado opone la transacción extrajudicial, debe hacerlo en el escrito de contestación de la demanda y en calidad de defensa de fondo, para que el Juez se pronuncie sobre ella en la sentencia. En ésta se determinará si efectivamente aquella transacción extinguió la obligación que se reclama en la demanda. De lo expuesto, puede concluirse en este extremo que, la excepción de conclusión del proceso por transacción sólo puede sustentarse en la transacción judicial celebrada entre las mismas partes en el primer proceso idéntico; mientras que la transacción extrajudicial únicamente puede proponerse como defensa de fondo en el escrito de contestación de la demanda.

## **VI.- LÍNEAS JURISPRUDENCIALES CONTRADICTORIAS DE LAS SALAS CIVILES DE LA CORTE SUPREMA**

### **1.- Razón de relatoría y convocatoria al Pleno Casatorio**

Mediante razón que obra a fojas 123-A del cuadernillo de casación, la señora Relatora de la Sala Civil Permanente informó al Presidente de dicha Sala la existencia de pronunciamientos contradictorios en torno a la resolución de los casos seguidos contra Minera Yanacocha S.R.L. y Otros [sic] en materia de indemnización de daños y perjuicios, con relación a los fallos que emite sobre el mismo tema la Sala Civil Transitoria, por lo que mediante resolución del 29 de noviembre de 2007, el Colegiado de la Sala Civil Permanente solicitó al Presidente de la Corte Suprema de Justicia citar a Pleno Casatorio, pedido que es acogido mediante Resolución N° 01-2007-I Pleno Casatorio-P-CS-PJ del 4 de diciembre de 2007, convocándose a Sala Plena a realizarse el 18 de diciembre de 2007, designándose como ponentes a los señores Walter Humberto Vásquez Vejarano y Víctor Lucas Ticona Postigo.

### **2.- Criterio jurisprudencial de la Sala Civil Permanente**

La Sala Civil Permanente ha resuelto casos similares al presente (como las Casaciones N° 2383-2005 y 2163-2006), referidos a la excepción de conclusión del proceso por transacción, con el argumento de que las transacciones extrajudiciales celebradas por la demandada Minera Yanacocha S.R.L. con otros damnificados por el derrame de mercurio el día 2 de junio del año 2000, sí pueden sustentar la mencionada defensa de forma.

En el documento remitido por dicha Sala a este pleno casatorio, adjuntando el criterio adoptado por el Colegiado Supremo en mayoría (4 votos) respecto al sentido y alcances jurídicos de la transacción extrajudicial, se ha argumentado esencialmente que:

“... si bien el inc. 10 del Art. 446º y el Art. 453º del Código Procesal Civil no hace alusión directa a la transacción extrajudicial, es evidente que la ley procesal no la prohíbe, circunstancia que determina la tarea interpretativa y sistemática del juzgador; sin perderse de vista que otro de los efectos de la transacción extrajudicial es equiparar su valor al de la cosa juzgada conforme aparece del citado artículo 1302º del Código sustantivo y cuya ejecución se efectúa en el cauce procesal previsto por el Art. 697º del Código adjetivo referido a la ejecución de obligaciones de dar, hacer o no hacer, siendo necesario considerar, al respecto, la terminante disposición contenida en el Art. 1312º del citado Código Civil. Por estas razones, conclúyase que el demandado estuvo en aptitud jurídica de proponer la excepción de conclusión del proceso por transacción extrajudicial contra la acción indemnizatoria por haberla celebrado con las formalidades de ley antes de la demanda, haciéndose concesiones recíprocas en el ámbito patrimonial, por cuya razón no se advierte contravención a normas que garantizan el derecho a un debido proceso ni a formas sustanciales para la validez y eficacia de los actos procesales...”

En sustancia, el argumento principal de la Sala Civil Permanente es que los Arts. 446º inc. 10 y 453º del C.P.C. no prohíben sustentar la excepción sub examen en la transacción extrajudicial y, por tanto debe admitirse la excepción; para ello debe acudir a la tarea interpretativa y sistemática del juzgador y que la referida transacción equipara su valor al de la cosa juzgada.

### **3.- Criterio jurisprudencial de la Sala Civil Transitoria**

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema ha desestimado la misma excepción en casos similares (como en las Casaciones N° 2882-2006, 2942-2006, 2162-2006 y 2158-2006) con el argumento esencial de que la transacción extrajudicial es un medio o modo extintivo de obligaciones, al igual que el pago o la condonación, regulado por el Código Civil vigente, y en tal virtud debe ser propuesta como defensa de fondo en el escrito de contestación de la demanda y debe ser resuelto por el juez en la sentencia. La transacción judicial, en cambio, sí puede sustentar la excepción de conclusión del proceso por transacción en razón de que,



siendo un modo especial de terminación del proceso, cumple con los requisitos de procedencia exigidos por el Art. 453º, pues, al ser formulada en un segundo proceso idéntico, el demandado puede oponerla con éxito, al haber terminado el primer proceso por transacción, seguido entre las mismas partes, con los mismos petitorios e interés para obrar.

## FUNDAMENTOS SOBRE LAS EXCEPCIONES DE CONCLUSIÓN DE PROCESO POR TRANSACCIÓN Y DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR DE LA PARTE DEMANDANTE

### **VII. FUNDAMENTOS SOBRE LA EXCEPCIÓN DE CONCLUSIÓN DEL PROCESO POR TRANSACCIÓN**

#### **1.- Sobre la transacción**

La transacción siempre ha sido objeto de distinción en cuanto a su origen (contrato o modo de extinción de obligaciones), a su formalidad (por escrito sin homologación o por escrito homologado por el juez), a sus efectos (con mérito ejecutivo o como mérito de ejecución) y a su forma de hacerla valer dentro de un proceso (como defensa de forma o defensa de fondo).

Tanto en el derecho positivo como en la doctrina, las definiciones que se han formulado sobre la transacción siempre han comprendido y distinguido dos fuentes de origen: el “asunto dudoso” y el “asunto litigioso”, o entre derechos dudosos y derechos litigiosos. Veamos las siguientes definiciones que ponen de relieve tal distinción de origen:

#### **1.1. En el Derecho romano**

En el Derecho romano la transacción era una convención sinalagmática en virtud de la cual las partes celebrantes haciéndose concesiones recíprocas fijaban sus derechos dudosos o litigiosos. Se exigían dos requisitos: que se refiera a un derecho **dudoso o litigioso** y que los celebrantes sacrificaran alguna porción de su derecho<sup>71</sup>.

#### **1.2. En el C.C. francés**

El Art. 2044º define a esta figura como un contrato con el siguiente texto:

71 Cfr. Castro Gallo, Mario. "La Transacción", Lima, Diálogo S.A., 2003, p. 11.

“La transacción es un contrato por medio del cual las partes terminan una controversia surgida, o previenen una controversia por surgir. Este contrato debe ser redactado por escrito”.

### 1.3. En el C.C. Alemán

El Art. 779º define a la transacción como un contrato:

“Por el cual mediante recíprocas concesiones se elimina el pleito o la incertidumbre de las partes sobre una relación litigiosa”.

### 1.4. En el C.C. Argentino

El código argentino, define a la institución sub análisis del siguiente:

“La transacción es un acto jurídico bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones **litigiosas o dudosas**”.

### 1.5. En nuestro Código Civil de 1852, en el Art. 1702º se definía así

“Transacción es un contrato por el que dos o más personas, decidiendo de común acuerdo sobre algún punto **dudoso o litigioso**, evitan el pleito que podía promoverse, o finalizan el que está principiando”.

### 1.6. En nuestro Código Civil de 1936, en su Art. 1307º, sin contemplar las concesiones recíprocas expresaba

“Por la transacción dos o más personas deciden sobre algún punto **dudoso o litigioso**, evitando el pleito de [sic] podría promoverse, o finalizando el que está promovido”.

### 1.7. En nuestro vigente Código Civil de 1984

En su Art. 1302º, primer párrafo, incorpora el requisito de las concesiones recíprocas y reitera las dos fuentes de origen:

“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”.

## 2.- **Clases de transacción**

Las dos fuentes de origen, a partir de un asunto dudoso o asunto litigioso, han dado lugar a la distinción entre transacción extrajudicial y transacción judicial.

Si la transacción se celebra para poner término a un asunto o derechos dudosos o inciertos, que aún no son materia de proceso judicial alguno, se denomina transacción extrajudicial. Empero, si la transacción se celebra sobre la materia controvertida en un proceso judicial, entonces recibe la denominación de transacción judicial.

## 2.1. Transacción extrajudicial

Decíamos que esta transacción tiene lugar cuando existen obligaciones dudosas o inciertas que las partes pretenden finiquitar. Entendemos por asunto dudoso a aquél no sometido a debate judicial que produce incertidumbre en las partes en cuanto a la extensión de sus derechos u obligaciones<sup>72</sup>. Al referirse a la transacción extrajudicial, Roberto Valdés Sánchez sostiene que puede presentarse cuando las partes se encuentran frente a un conflicto de intereses sustentada en una situación de duda –sea de ambas partes o de una de ellas– sobre aspectos de la relación, duda que puede ser meramente subjetiva pero que encierra razonables elementos de incertidumbre<sup>73</sup>. Fornaciari coincide al señalar que la duda o incertidumbre se genera sólo en la esfera subjetiva de las partes y refiere:

“Predomina aquí el criterio subjetivo. La duda generadora del conflicto es la que razonable y seriamente puedan tener los interesados, aunque la cuestión fuese clara e indubitable para una persona versada en derecho. Basta para configurar este requisito la creencia de las partes en lo dudoso de las obligaciones”<sup>74</sup>.

El Art. 1304<sup>o</sup> del C.C. exige como formalidad que la transacción (extrajudicial) se haga por escrito, bajo sanción de nulidad, no requiriendo de mayores solemnidades, como sí se requieren en el caso de la transacción judicial, como veremos a continuación.

## 2.2. Transacción judicial

La transacción judicial, como ya se dijo, es la que tiene lugar respecto de un asunto litigioso, esto es, uno que las partes han sometido a consideración del órgano jurisdiccional. En otras palabras, el

72 Cfr.: Castro Gallo, Mario. *La Transacción*, p. 19.

73 Cfr.: Valdés Sánchez, Roberto. *La Transacción, solución alternativa de conflictos*, Segunda edición, Colombia, Legis, 1998, p. 97.

74 Fornaciari, Mario Alberto. *Modos Anormales de Terminación del proceso*, Tomo II, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1988, p. 27.

elemento que genera controversia en la relación entre las partes dejó de pertenecer a la esfera subjetiva de las mismas y fue sometido al criterio del juez, con la intención que sea éste quien de solución definitiva al conflicto; en tal sentido, la transacción persigue concluir el litigio antes que en el proceso judicial se emita una decisión final.

A diferencia de la transacción extrajudicial, la judicial se configura bajo determinadas formalidades *ad solemnitatem*: no basta con que conste por escrito, sino que debe pedirse expresamente al Juez que conoce el proceso para que proceda a su homologación.

En este caso, la transacción deberá contar con la firma legalizada de las partes ante el Secretario respectivo, requisito del cual puede prescindirse si el documento que se presenta consta por escritura pública o cuenta con firmas legalizadas, tal como se establece en el Art. 335º del C.P.C. La transacción judicial pone fin al proceso y tiene autoridad de cosa juzgada (Art. 337º).

### 3.- Efectos distintos según se trate de transacción extrajudicial o de transacción judicial

#### 3.1. Efectos de la transacción extrajudicial

El último párrafo del Art. 1302º del C.C. establece en forma genérica que la transacción tiene autoridad de cosa juzgada<sup>75</sup>. Sin embargo, en el caso de la transacción extrajudicial, tal característica no puede ser equiparada o asimilada al de una sentencia, pues existen diferencias esenciales entre ambas, como es el hecho, por ejemplo, que una transacción extrajudicial puede ser atacada por adolecer de vicios de voluntad o que carezca de la fuerza compulsiva que caracteriza a un mandato judicial. Por ello, Jorge Joaquín Llambías afirma con acierto:

“(...) la autoridad de cosa juzgada de la transacción está supeditada a la homologación judicial que pueda recaer sobre ella”<sup>76</sup>.

El Art. 1312º del C.C. se encarga de zanjar la diferencia que caracteriza a la transacción extrajudicial, precisando que ésta se ejecuta en la vía ejecutiva, mientras que la transacción judicial de la misma forma que una sentencia.

75 Este punto será desarrollado más profusamente en el punto 4 subsiguiente.

76 Llambías, Jorge Joaquín. *Código Civil Anotado*, Tomo II-A. Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1983; p. 396.

En tal sentido, la transacción extrajudicial viene a constituir un título ejecutivo, según lo dispone el inc. 5 del Art. 693º y, como tal, sólo puede compelerse a su cumplimiento mediante proceso ejecutivo, en cuyo caso puede ser materia de contradicción e incluso cuestionamiento sobre su validez. Mientras no se expida sentencia en tal proceso ejecutivo que resuelva en definitiva si procede o no llevar adelante su ejecución, las obligaciones contenidas en ella no pueden ser exigibles compulsivamente al presunto deudor.

Por ello, al adolecer de la característica de inmutabilidad inherente a la cosa juzgada, la existencia de una transacción extrajudicial celebrada entre las partes sólo puede ser opuesta como defensa de fondo, esto es, como un argumento más de la defensa del emplazado vinculada a la extinción previa de derechos dudosos<sup>77</sup>, en cuya hipótesis el juez debe pronunciarse en la sentencia y determinar si aquélla extinguió el derecho invocado en la demanda.

### 3.2. Efectos de la transacción judicial

La transacción judicial, según expresamos, se equipara a una sentencia, y si esto es así, tendrá los mismos efectos de aquella como es, entre otros, fuerza ejecutoria, poniendo así fin a cualquier intención de las partes de revivir el derecho litigioso al que la transacción homologada puso fin. Una transacción así, con carácter de sentencia, es la que se equipara en definitiva a la cosa juzgada, pues cumple con el requisito de la inmutabilidad.

La transacción judicial, por ser precisamente cosa juzgada, es ejecutable a través del proceso de ejecución de resoluciones judiciales, conforme a lo normado en el inc. 3 del Art. 713º. En este tipo de procesos, la contradicción sólo puede sustentarse en el cumplimiento de la obligación o su extinción (Art. 718º), sin que le sea conferido al emplazado la facultad de cuestionar la validez de la transacción.

En tal sentido, la sola existencia de la transacción judicial permite liquidar el proceso idéntico en su etapa postulatoria que se hubiera iniciado sin necesidad de llegar al debate del fondo del asunto; por ello, se admite que la transacción judicial pueda ser empleada para sustentar una defensa de forma (excepción de conclusión del

77 Cfr.: Vargas, Abraham Luis. *Excepción de Transacción*. En: Peyrano, Jorge W.; Costantino, Juan; De los Santos, Mabel, y Otros. *Excepciones Procesales*, Segunda edición, Santa Fe, Editorial Jurídica Panamericana, 2006; p. 580.

proceso por transacción), tal como se desarrollará y sustentará en los párrafos siguientes.

#### 4.- Diferencias entre la transacción y la Cosa Juzgada

Nuestro Código Civil regula la transacción y precisa que por la transacción, las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún punto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado, asignándose el carácter de cosa juzgada (Art. 1302<sup>o</sup>). Para este cuerpo legal, siguiendo el mismo criterio del C.C. de 1936, la transacción es un modo o medio de extinguir obligaciones, pues la finalidad principal no es crear, regular o modificar una relación jurídica patrimonial sino la de poner fin a un asunto dudoso o litigioso, mediando concesiones recíprocas. La doctrina nacional, poniendo de relieve este carácter extintivo, ha precisado que:

“En otras palabras, lo que destaca, el eje central de esta figura –se refiere a la transacción– reside en una extinción de obligaciones recíprocas, en una renuncia o concesión de cada una de las partes a su pretensión original. De esta forma se zanja la discrepancia surgida al interior de una relación jurídica obligacional. Por esta razón se le ubica dentro de un medio extintivo de obligaciones...”<sup>78</sup>.

Se ha cuestionado por una parte de la doctrina que a la transacción se le asigne efectos de la cosa juzgada, o equivalente a cosa juzgada. Se ha dicho, con mucha propiedad, que lo que en esencia significa esta equivalencia, es que las partes dan por concluido un asunto dudoso o litigioso, conforme a la naturaleza de un contrato que tiene por efecto extinguir obligaciones, pero nunca en el sentido de que adquiere la autoridad de cosa juzgada con las características de inmutabilidad, inimpugnabilidad y coercibilidad, como lo es una sentencia firme que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada material. En esta línea de pensamiento, Lino Enrique Palacio, compartiendo criterios con Leo Rosenberg y Augusto Morello, advierte claramente que:

“... De conformidad con lo dispuesto en el Art. 850<sup>o</sup> del Cód. Civil la transacción extingue los derechos y obligaciones que las partes hubiesen renunciado, y tiene para ellas la autoridad de cosa juzgada. Ello no implica, sin embargo, que la transacción en sí misma equivalga a una sentencia, **pues la autoridad de cosa**

78 Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre, Mario. *Tratado de las Obligaciones*, T. IX, segunda edición, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, p. 447.

**juzgada que la ley le atribuye debe entenderse en el sentido de que el acto tiene por efecto provocar una nueva regulación de las relaciones jurídicas de las partes** –se resalta las negrillas–, quienes no pueden reclamar en lo sucesivo el cumplimiento de los derechos y obligaciones renunciados<sup>79</sup>.

El efecto esencial de la transacción no es su equivalencia a la cosa juzgada, sino la extinción de obligaciones, así como los derechos subsecuentes que se originan a partir de su celebración y formalización. La doctrina ha establecido diferencias y semejanzas entre la transacción y la cosa juzgada, siendo preponderantes las primeras. En este sentido, se ha dicho que las semejanzas esenciales son dos: no pueden ser rescindidas por error de derecho y ambas producen efectos declarativos. Como diferencias esenciales se ha señalado a las siguientes: **a)** las sentencias pueden ser modificadas en parte y subsistir el resto, en tanto que la transacción es indivisible, pues de anularse una parte sobreviene la nulidad de toda ella; **b)** sus formalidades son totalmente distintas; **c)** la sentencia se dicta cuando ya hay un conflicto de intereses, mientras que la transacción puede celebrarse para prevenir un conflicto de intereses; **d)** las sentencias no pueden ser impugnadas por vicios de la voluntad, en tanto que la transacción puede ser susceptible de ser anulada por tales vicios; y, **e)** la sentencia es impugnable sólo a través de los recursos establecidos en el ordenamiento procesal, mientras que la transacción es impugnable por vía de acción de nulidad<sup>80</sup>.

Un gran sector de la doctrina niega a la transacción la eficacia de la cosa juzgada, precisamente por carecer de la característica de la inmutabilidad. Es más, Gómez Orbaneja y Albaladejo afirman que se trata de una metáfora secular y que solamente ha cumplido el cometido de subrayar el carácter meramente declarativo del contrato; tan cierto es aquello que el propio Código sustantivo contradice tal equivalencia con la cosa juzgada por cuanto admite la posibilidad de conceder las acciones de nulidad y de anulabilidad de la transacción (Arts. 1308<sup>o</sup> y 1310<sup>o</sup> del C.C.). También Cortés Domínguez niega esta equivalencia señalando que:

“... A pesar de lo que se establece en el Art. 1816<sup>o</sup> del Código Civil la transacción judicial no produce los efectos de cosa juzgada; en primer lugar, porque dicha eficacia está reservada a los actos

79 Palacio, Lino Enrique. *Derecho Procesal Civil*, Tomo V, Cuarta reimpresión, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, p. 555.

80 Cfr.: De Gásperi, Luis. *Tratado de Derecho Civil*, Tomo III, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1964, p. 314.

judiciales decisorios en el fondo, y en último extremo, porque al estar sometida la transacción a la acción de nulidad... no tiene un carácter inmutable y permanente”<sup>81</sup>.

La transacción, y especialmente la extrajudicial, carece de la autoridad y de la eficacia de la cosa juzgada. En cuanto a lo primero, porque no tiene el *imperium* (poder de mando) que si tiene la sentencia firme; y, en cuanto a lo segundo, no tiene la eficacia (orden impartida del que tiene poder de mando) de la sentencia firme porque no es inmutable (pues es atacable de nulidad y de anulabilidad). Tampoco es inimpugnable, porque en el caso de la transacción extrajudicial no existe proceso alguno donde pueda operar esta cualidad; y, finalmente sólo es coercible en tanto puede ser susceptible de pedirse su ejecución en la vía correspondiente, sea ejecutiva o de ejecución, según se trate de la transacción extrajudicial o judicial, respectivamente.

En todo caso, la transacción extrajudicial, se hace valer ante el juez como un acto jurídico que contiene una nueva regulación de las relaciones jurídicas sustanciales de las partes celebrantes pero nunca como un acto revestido de “*imperium*”. Carreras Llansana resume la esencia de la transacción señalando que:

“Un sector importante de la doctrina creo que acierta a ver la esencia del instituto. La eficacia de la transacción no es la invulnerabilidad o inmutabilidad, en cuanto puede ser rescindida o anulada, sino poner término a una incertidumbre psicológica y a una litigiosidad objetiva. Y esta definición de lo incierto y litigioso se impone al juez como un hecho jurídico, pero no como acto revestido de *imperium*, que sólo tienen la sentencia y el laudo arbitral”<sup>82</sup>.

Por otra parte, el Código Procesal Civil regula a la transacción judicial como un modo especial de conclusión del proceso, la misma que puede ser presentada por las partes en cualquier estado del proceso, incluso en el curso del trámite del recurso de casación y aún cuando la causa esté al voto o en discordia (Art. 334<sup>o</sup>).

En esta parte se puede concluir que, en el caso sub júdice, las tres transacciones celebradas por Minera Yanacocha S.R.L. y la parte demandante el 2 de setiembre de 2000 son evidentemente transacciones

81 Citado por Peláez, Francisco J. *La Transacción, su eficacia procesal*, Barcelona, Bosch - Casa Editorial S.A., 1987, p. 162.

82 Citado por Peláez, Francisco J. *La Transacción*, pp. 168-169.



extrajudiciales, incluso las referidas a los menores Walker Cuenca Quiroz, así como Euler y José Mendoza Quiroz. Además, se advierte de los actuados que las tres transacciones, transcurridos dos meses (04 de noviembre), fueron objeto de nuevos actos jurídicos denominados “*Addendum*” en donde se duplicó el monto de las respectivas indemnizaciones.

Cabe hacer presente, además, que doña Giovanna Angélica Quiroz posteriormente tramitó y obtuvo autorizaciones judiciales para celebrar transacciones, respecto de sus tres menores hijos de edad (respecto del menor Walker el 5 de junio de 2001 y de los otros dos menores el 6 de febrero del mismo año).

## 5.- **De la excepción de conclusión del proceso por transacción**

Esta excepción fue propuesta por los emplazados Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S.A., y Esteban Arturo Blanco Bar. La mencionada defensa de forma esencialmente se sustenta en que Minera Yanacocha S.R.L. celebró con fecha 2 de setiembre de 2000, tres actos jurídicos denominados “Transacción Extrajudicial Individual”, con sus respectivos “Addendum” [sic] del 4 de noviembre del mismo año, en virtud de los cuales Minera Yanacocha S.R.L. transigió con la demandante, por derecho propio, y además con ésta como representante legal de su menor hijo Walker Cuenca Quiroz, y finalmente la misma demandante junto a José Mendoza Saldaña, ambos en representación de sus dos menores hijos Euler y José Mendoza Quiroz. Es pertinente entonces analizar esta defensa de forma.

Para nuestro ordenamiento jurídico la transacción extrajudicial no puede hacerse valer como defensa de forma sino únicamente como defensa de fondo. De la interpretación literal, sistemática, teleológica y sociológica de la normatividad pertinente así como del análisis doctrinario pertinente se puede establecer lo siguiente:

- 5.1. El Art. 446º inc. 10 dispone que el demandado solo puede proponer, entre otras, la excepción de conclusión del proceso por transacción.
- 5.2. En la parte pertinente del Art. 453º<sup>83</sup> del mismo cuerpo legal previene que es fundada la excepción referida “... cuando se inicia un proceso idéntico a otro: 4º En que las partes... transigieron”. En consecuencia, la procedencia de la excepción indicada importa necesariamente la existencia de dos procesos idénticos.

83 Rectificado por Fe de Erratas, publicada el 28 de abril de 2008 en el diario oficial El Peruano.

- 5.3. Por otro lado, hay identidad de procesos cuando las partes o quienes de ellas deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar, sean los mismos, según previsión normativa contenida en el Art. 452º. Se requiere esta triple identidad entre el primer proceso transigido y el segundo en donde se hace valer la excepción.
- 5.4. Por tanto, esta excepción solamente es oponible cuando se inicia un segundo proceso, idéntico a otro anterior, en donde las mismas partes celebraron una transacción judicial. De tal modo que la transacción extrajudicial, al no haber sido celebrada dentro de un proceso, no puede configurar proceso idéntico y menos aún puede servir de sustento a la excepción tantas veces mencionada.
- 5.5. Por consiguiente, para la procedencia de la excepción de conclusión del proceso por transacción, nuestro ordenamiento procesal civil exige los siguientes requisitos: **1)** que exista identidad de dos procesos, en donde las partes o quienes de ellas deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar sean los mismos; y, **2)** que el primer proceso haya terminado por transacción homologada por el juez. En el presente caso, no concurre ninguno de los dos requisitos, pues no se verifica la preexistencia de dos procesos idénticos y, por tanto, resulta imposible que la existencia de un primer proceso transigido entre las mismas partes.
- 5.6. En la doctrina se ha formulado la misma tesis, en el sentido de que únicamente la transacción judicial puede sustentar jurídica y válidamente la excepción bajo examen, en tanto que la transacción extrajudicial debe formularse como defensa de fondo. En esta misma dirección Alberto Hinostroza Minguéz sostiene:
- “Será amparable esta excepción tratándose de la transacción judicial. No ocurrirá lo propio con la transacción extrajudicial *strictu sensu* porque:
- De la misma denominación de la excepción se determina como requisito de ella la existencia de una transacción que ponga fin al proceso, debiendo haber sido homologada por el Juez para que surta tal efecto.
  - El artículo 453º –inciso 4– hace referencia a dos procesos idénticos, uno de ellos terminado por transacción, y ello sólo puede darse, como es obvio, con la transacción judicial.

- La esencia de la excepción materia de nuestro análisis radica en el carácter de cosa juzgada que tiene la figura jurídica que se sirve de presupuesto, que hace inviable toda revisión del asunto sobre el cual recayó la transacción. Ahora bien, sólo la transacción judicial (o la extrajudicial realizada fuera del proceso e incorporada a él por las partes y aprobada por el Juez, convirtiéndose en judicial) adquiere la calidad de cosa juzgada: segundo párrafo del Art. 337<sup>o</sup> del C.P.C. (...). **La transacción extrajudicial, no obstante de no servir de presupuesto a la excepción de conclusión del proceso por transacción, puede representar un medio de defensa de fondo** –se resalta las negrillas– valedero para fundar una resolución favorable a quien la alegue y acredite”<sup>84</sup>.

En la misma línea interpretativa Mario Castro Gallo sostiene que la excepción bajo examen sólo puede sustentarse en la transacción judicial; y así expresa:

“Pero si a pesar de la transacción celebrada y aprobada por el juzgado, una de las partes quisiera iniciar una acción sobre el mismo asunto, por el cual se transigió, ya sea por escritura pública o por petición ante el juez que conocía de la causa; el demandado tiene todo el derecho para oponer o deducir la excepción de transacción, contemplada en el artículo 446<sup>o</sup> del Código Procesal Civil. Cabe señalar que, para que proceda esta excepción de transacción se requiere que los procesos sean idénticos; y existe identidad de procesos cuando las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar sean los mismos”<sup>85</sup>.

- 5.7. También en la doctrina nacional, Pedro Zumaeta Muñoz, luego de establecer las diferencias puntuales y efectos distintos entre la transacción judicial y la extrajudicial, puntualiza el carácter de medio de defensa de fondo de la transacción extrajudicial y, al respecto afirma: “Existen dos clases de transacción. La judicial y la extrajudicial. La primera se realiza dentro del proceso para finalizarlo; y la segunda se realiza para evitar el proceso que podría iniciarse. Para que esta **excepción sea amparada** –el resaltado en negrilla es nuestro–, deben concurrir las identidades de partes o de

84 Hinostroza Minguéz, Alberto. *Formas Especiales de Conclusión del Proceso*, Primera edición, Lima, Gaceta Jurídica, 1998, pp. 165 y 166.

85 Castro Gallo, Mario. *La Transacción*, p. 70.

quienes se deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar sean los mismos, y que el proceso haya terminado por transacción judicial, más por la extrajudicial (...). Si se inicia un proceso con las partes que han transigido extrajudicialmente, se debe presentar el documento, como medio de defensa más no como excepción”<sup>86</sup>.

**5.8.** El abrogado Código de Procedimientos Civiles de 1912 (Art. 317<sup>o</sup>), disponía que para que la excepción de transacción sea admisible se requería triple identidad de partes, de acción y de cosa y, además: “1<sup>o</sup> Que las personas sea [sic] las mismas que **transigieron el juicio** –se resaltan las negrillas–, sea por derecho propio o transmitido legalmente”.

**5.9.** Comentando esta última norma procesal, Remigio Pino Carpio señalaba, desde la centuria pasada, que:

“... es evidente que la finiquitación de éste –se refiere al proceso– se produce por decisión de ambas partes litigantes; siendo esto así, sus efectos tienen el mismo alcance que la excepción de cosa juzgada. Según esto, **la finalidad de la excepción que nos ocupa, no es otra que impedir que después de transigido un juicio, se le pueda remover** (...) –se resalta las negrillas–. Ahora bien, para que la transacción pueda dar lugar a la excepción de que nos ocupamos, necesariamente, debe haber incidido en juicio, porque si éste no ha existido, no se podría hablar de las identidades de objeto y de causa (cosa y acción según el Código), por más que del juicio iniciado después de la transacción se deduzca que tales identidades existen en el convenio transaccional. Por consiguiente, **si la transacción se ha llevado a cabo sin que antes hubiera existido juicio, no puede deducirse la excepción; pues lo que cabe en este caso es que el demandado oponga la transacción como un medio de defensa sustancial** –se resaltan las negrillas– lo que debe hacer al contestar la demanda”<sup>87</sup>.

**5.10.** En la doctrina en general también se ha fijado una posición clara en el sentido de que la transacción extrajudicial solo puede sustentar una defensa de fondo mientras que la transacción judicial puede proponerse como excepción, como “excepción previa” o como defensa de forma. En esta línea de pensamiento, Abraham Luís

86 *Temas de Derecho Procesal Civil, Teoría General del Proceso*, Lima, Jurista Editores, 2008, pp. 157-158.

87 Pino Carpio, Remigio. *Nociones de Derecho Procesal y Comento del Código de Procedimientos Civiles*, T. II, Lima, Tipografía Peruana S.A., pp. 72 y 73.

Vargas apunta: “Recordemos que la transacción extrajudicial es la que confiere certidumbre a *derechos dudosos* que no han sido materia de un juicio o litigio (...). Sin embargo, mientras la transacción judicial permitiría oponer una *excepción previa* (artículo 347º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) la extrajudicial sólo permite deducir una *excepción perentoria (o defensa de fondo)*, que resuelve el juez en la sentencia. Por eso se dice que la excepción previa de transacción tiene afinidad con la cosa juzgada; mientras que el acuerdo sobre derechos dudosos, sin que se haya promovido un juicio, guarda analogía con el pago”<sup>88</sup>.

- 5.11.** También abona a esta misma tesis, de que la transacción extrajudicial sólo puede sustentar una defensa de fondo, María Guadalupe Lata, quien precisa que:

“La transacción extrajudicial es aquella que confiere certeza a derechos dudosos que no han sido objeto de análisis judicial. Tiene el mismo valor sustancial que la transacción judicial, pero sólo en cuanto permite oponer en lo sucesivo la defensa vinculada a la extinción de los derechos inciertos. La diferencia está en que la transacción judicial puede oponerse como defensa previa, es decir, como excepción; en cambio, la otra únicamente puede ser opuesta como defensa de fondo, que resuelve el juez en la sentencia”<sup>89</sup>.

- 5.12.** Igualmente, Lino Enrique Palacio considera que debe existir dos procesos idénticos como supuesto o requisito de la excepción de transacción, en razón a que la misma:

“... se funda en la existencia de actos anormales de conclusión procesal cuya eficacia equivale a la de cosa juzgada, [por lo que] resulta sin duda apropiado el tratamiento procesal al que se los ha sometido”<sup>90</sup>.

- 5.13.** En la doctrina, apelando a la clasificación de las excepciones entre sustanciales y procesales, igualmente se distingue entre el carácter material y el procesal de la excepción de transacción; y aún, se sostiene, con buen criterio, que la transacción extrajudicial es una excepción de carácter material o sustancial, mientras que

88 Vargas, Abraham Luis. *Excepción de Transacción*, p. 580.

89 Véase, en: *Defensas y Excepciones*; Osvaldo Alfredo Gozáni (Director), Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2007, pp. 308 y 309.

90 Palacio, Lino Enrique. *Derecho Procesal Civil*, Tomo VI, Tercera reimpresión, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990, p. 137.

la transacción judicial es un excepción de carácter procesal, y así con suma claridad Francisco J. Peláez afirma que la transacción extrajudicial:

“Es un contrato concluido por las partes de espaldas al proceso (...). Al utilizarla como fundamento de una excepción, será un hecho que aportan al proceso con la finalidad de hacer inaplicable a la pretensión del actor, contenida en la demanda, la norma invocada por éste. En consecuencia, **es una excepción de derecho material o de fondo** (...). Al ser una excepción perentoria material, el demandado tendrá que proponerla al contestar la demanda y el juez la resolverá al final del proceso, al dictar sentencia. Si el demandado logra probar la existencia de la transacción –documentalmente– y el Juez la estima, le absolverá de forma definitiva en cuanto al fondo (...). En nuestro derecho vigente, sin identificarla, existe una gran similitud entre la excepción de cosa juzgada y la de *transactione finitae*. Las dos, impiden volver a conocer un pleito de nuevo, porque ya ha sido resuelto o por sentencia firme, en un caso, o por transacción judicial en el otro. Por este motivo tenemos que considerarla como **‘excepción de derecho procesal o de forma’**; el juez desestimaré la demanda sin llegar a examinar el derecho esgrimido por el actor, absolviendo de la instancia”<sup>91</sup>.

- 5.14.** Debe convenirse en que, si bien es cierto que existe cierta similitud entre la transacción extrajudicial y la judicial (es producto de un acuerdo de voluntades entre las partes, quienes se hacen concesiones recíprocas), las diferencias son ostensibles, las que van a determinar distintos efectos; así: **1)** en la transacción extrajudicial no hay homologación por parte del juez, en cambio la judicial requiere ser homologada; **2)** esta homologación importa un control y análisis por parte del juez, quien determina si se ha cumplido con las normas previstas en los Arts. 335º a 337º, estando facultado el juez a rechazar la transacción que no cumpliera con tales requisitos; mientras que la transacción extrajudicial no está sujeta a ningún tipo de control judicial, y solamente está sometida a la plena autonomía de la voluntad de las partes, siendo que en la realidad se dan casos de inequidad y de abuso del derecho por la posición contractual dominante de una de las partes celebrantes; **3)** en la transacción extrajudicial con las concesiones recíprocas se puede crear, regular, modificar o extinguir relaciones

91 Peláez, Francisco J. *La Transacción*, pp. 204-206.

diversas de aquellas que han constituido objeto de la controversia entre las partes; en tanto que, con la transacción judicial no se puede crear, regular, modificar o extinguir relaciones materiales ajenas al proceso; **4)** ante el incumplimiento de las obligaciones contenidas en la transacción, la ley concede mérito ejecutivo para la extrajudicial, y tratándose de la judicial se ejecuta de la misma forma que la sentencia firme (Art. 1312º del C.C.); **5)** por tanto, la transacción judicial se celebra en virtud a que previamente ha existido un objeto litigioso concretamente definido en el proceso, el mismo que por efecto de aquélla queda finalizado; sin embargo, en la extrajudicial, no hay una controversia objetivamente definida, sino que las partes considerando sus intereses opuestos y subjetivamente su contenido dudoso, acuerdan terminar la contienda; **6)** la transacción judicial, al tener un control judicial y requerir de más formalidades, ofrece una mayor certeza y seguridad jurídica que la transacción extrajudicial, de allí que el ordenamiento jurídico confiere a la primera el carácter de título de ejecución, mientras que a la segunda solamente mérito ejecutivo, en donde puede formularse contradicción, con más causales y medios probatorios que en la primera; en consecuencia, a distintas situaciones jurídicas es razonable que se apliquen normas jurídicas distintas y tengan efectos diversos; **7)** que, en todo caso, la transacción extrajudicial puede ser opuesta por el emplazado al contestar la demanda como defensa de fondo, en cuya hipótesis el juez debe pronunciarse en la sentencia y determinar si aquélla extinguió el derecho invocado en la demanda; **8)** como se ha expresado el interés para obrar es el estado de necesidad de tutela jurisdiccional, concreto y actual, que determina a una persona a recurrir a la instancia judicial; en tal sentido, en la transacción judicial, aquel interés para obrar fue satisfecho en el primer proceso idéntico y, por esta razón, en el segundo proceso el demandante ya no tiene legítima necesidad de tutela jurisdiccional; en cambio, en el caso de la transacción extrajudicial, nunca fue satisfecho el interés para obrar, pues sería absurdo sostener que la contraparte celebrante de la transacción satisfizo la necesidad de tutela jurisdiccional, porque únicamente el Estado, a través del juez, puede satisfacer aquél interés procesal con la respectiva prestación jurisdiccional. Es en esta dirección que Chiovenda ya había señalado con lucidez que el interés para obrar solamente se satisface por obra de los órganos jurisdiccionales; y así en ese sentido expresa:

“El interés en obrar no consiste solamente en el interés en conseguir el bien garantizado por la ley (lo cual forma parte del

contenido del derecho), sino en el interés en conseguirlo por obrar de los órganos jurisdiccionales”<sup>92</sup>.

Siendo evidente las diferencias entre las transacción extrajudicial y judicial, resulta absolutamente justo, y no solamente razonable, concluir que no pueden operar ambas como sustento de una defensa de forma (excepción), de previo y especial pronunciamiento, sino que, como se viene sosteniendo, la transacción extrajudicial únicamente puede sustentar una defensa de fondo, en tanto que la transacción judicial, una de forma.

- 5.15.** Es necesario también analizar la incidencia de la norma contenida en el Art. 1303º del C.C. sobre el caso sub materia. Esta norma dispone que: “La transacción debe contener la renuncia de las partes a cualquier acción que tenga una contra otra sobre el objeto de dicha transacción”. Tomando como punto de partida el análisis la transacción extrajudicial, de principio no es legítimo la renuncia anticipada e incondicional del derecho de acción, **y lo que más bien si sería procedente es la renuncia de derechos materiales muy específicos y con una máxima concreción y sus respectivas acciones**, lo que se ha denominado en doctrina “*pactum de non petendo*”, pero aún en esta última hipótesis, el Juez no puede rechazar de plano la demanda sino que tendría que merecer un pronunciamiento sobre el fondo del litigio en la sentencia, así con suma claridad se ha afirmado:

“Está fuera de toda duda, que una renuncia previa y absoluta a la jurisdicción, es decir, a impetrar la tutela de los Jueces y Tribunales, tanto del lado activo o de la acción, como del lado pasivo o de la excepción o defensa, constituye una acuerdo radicalmente nulo. Ahora bien, la renuncia anticipada a la acción puede venir articulada de dos maneras: o como una renuncia al derecho subjetivo sustantivo que connota el abandono del interés de defensa o tutela, y que podríamos englobar bajo el denominativo de *pactum de non petendo*, o como una renuncia clara y general al ejercicio de las futuras acciones procesales que pueden darse al favorecido por ellas. La primera hay que contemplarla dentro del plano del Derecho civil y puede ser válida; la segunda, no (...). El pacto, evidentemente, no producirá jamás la inadmisibilidad del proceso, pero puede afectar a la cuestión de fondo y provocar

92 Chiovenda, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Vol. I, Segunda edición, traducción de E. Gómez O, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1948, p. 188.



una desestimación de la acción o de la excepción por falta de fundamento, salvo aquellos supuestos en que del propio derecho sustantivo resulte la invalidez de la renuncia<sup>93</sup>.

Por tanto, para el caso de la transacción extrajudicial, en principio no está absolutamente cerrado el acceso a la jurisdicción y al proceso y, en todo caso, si existe renuncias muy específicas y concretas de derechos materiales y sus respectivas acciones ello será objeto de análisis en la sentencia de mérito, precisamente por tener aquella transacción la calidad de defensa de fondo.

**5.16.** Si el juez considera que la transacción extrajudicial es un medio de defensa de fondo debe emitir pronunciamiento al respecto en la sentencia. De esta manera, la transacción extrajudicial pasa un control judicial, y éste se produce cuando el Juez, en la sentencia, examina sus requisitos de procedencia y determina sus efectos extintivos, sea en forma total o parcial; o, en su caso, su falta de eficacia extintiva.

**5.17.** Sostener que en virtud de una política judicial de desjudicialización de las controversias debe admitirse que la transacción extrajudicial sí puede sustentar una defensa de forma, se podría llegar al extremo irrazonable de postularse, con la misma lógica argumentativa, que el pago o la condonación también pueden ser alegadas como defensas de forma (excepciones) y, por tanto, ser resueltas en la etapa postulatoria del proceso.

**5.18.** Por otra parte, si bien el derecho de defensa es un derecho fundamental y que la interpretación de las normas infraconstitucionales deben hacerse en la forma más favorable al respeto y plena efectividad de tal derecho; sin embargo, debe reconocerse, como se ha expuesto, que el derecho constitucional de defensa es de configuración legal y, en tal virtud, el legislador ordinario determina cuáles son la defensa de forma y cuáles las de fondo, así como su oportunidad y forma de ejercitarse, respetándose el contenido esencial de aquel derecho fundamental; por tanto, queda claro que la transacción extrajudicial únicamente puede sustentar una defensa de fondo.

93 Muñoz Sabaté, Luis. *Las Cláusulas Procesales en la Contratación Privada*. Barcelona, Librería Bosch, 1988, pp. 35-36.

519. En el caso sub júdice, la emplazada Minera Yanacocha S.R.L. celebró transacciones extrajudiciales con la demandante, quien actuó por derecho propio y en representación de sus tres menores hijos, incluso para dos de éstos intervino además con el padre de ellos (José Mendoza Saldaña). En todo caso, el Juez analizará la contestación de la demanda y determinará si dichas transacciones han sido opuestas como defensa o argumento de fondo y, de ser así, deberá pronunciarse en la sentencia, bajo las condiciones señaladas.

## 6.- De la razonabilidad de los derechos fundamentales de acción y contradicción

Del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional, como se ha anotado, derivan los derechos, también fundamentales, de acción y de contradicción (Art. 2º). Estos derechos se regulan, para hacerse efectivos, dentro de un proceso civil; razón por la cual el legislador le da contenido, determina sus alcances y las formalidades para su ejercicio, por eso en la doctrina se considera que son derechos fundamentales de configuración legal. Como son derechos equivalentes, por el principio de igualdad, y más allá de la distinta posición que el actor y el demandado ocupan en el proceso, deben ser regulados de tal forma que el ejercicio de uno no importe la vulneración de contenido esencial del otro, evitándose el conflicto de derechos fundamentales. Dentro de una tipología de conflictos iusfundamentales, la doctrina ha considerado, entre otros, que los conflictos pueden ser abstractos y concretos. El primero debe ser resuelto dentro de un proceso de control abstracto, y que en nuestro sistema sería un proceso de inconstitucionalidad de leyes. El segundo –concreto–, debe ser resuelto en un proceso judicial ordinario o en un proceso de amparo, cuando el juez resuelve un caso concreto<sup>94</sup>. Con relación al tema de la excepción de transacción, debe estimarse de principio que el legislador ordinario ha regulado razonable o proporcionalmente, los derechos de acción y de contradicción en el proceso civil, y, luego de una interpretación de las normas sustantivas y procesales implicadas, puede concluirse, por un lado, que la transacción judicial no sólo es un modo especial de conclusión del proceso sino que además puede sustentar válidamente la excepción de conclusión del proceso por transacción; y, por otro lado, que la transacción extrajudicial es un medio o modo extintivo de obligaciones y, en tal virtud, sólo puede sustentar una defensa de fondo. De esto también resulta claro que si el legislador, en una hipótesis normativa, hubiera regulado

94 Cfr.: Mendoza Escalante, Mijail. *Conflictos entre Derechos Fundamentales, Expresión, información y honor*, Lima, Palestra Editores, 2007, pp. 44 y ss.

y dispuesto que todos los medios de defensa, de fondo y de forma, puedan ser propuestos por el demandado en la etapa postulatoria del proceso, estaría lesionando el contenido esencial del derecho de acción en beneficio ilegítimo del derecho de contradicción, pues resulta obvia la irrazonabilidad de esta hipotética norma procesal al permitir un pronunciamiento sobre el fondo del litigio en la etapa postulatoria del proceso: sería como sentenciar el proceso al momento de resolver las excepciones. Con igual criterio lógico, en otra hipótesis normativa extrema, si el legislador dispusiera que todos los medios de defensa, de fondo y de forma, sean resueltos en la sentencia, estaría vulnerado el derecho de contradicción y de defensa del demandado, al obligarle a seguir todo el proceso civil, cuando las excepciones deberían ser resueltas en la etapa postulatoria, las cuales por su propia naturaleza estrictamente formal y de especial y previo pronunciamiento, no necesitan ser sustanciadas con el principal y mucho menos ser resueltas en la sentencia.

### 7.- De la aparente antinomia de las normas procesales y sustantivas sobre la excepción de transacción

El código establece que el demandado puede oponer excepciones, defensas previas y defensas de fondo. En ese sentido, el Art. 446º dispone: “Excepciones proponibles: **El demandado sólo puede proponer** (se resalta las negrillas) las siguientes excepciones: (...) inc. 10. Conclusión del proceso por conciliación o transacción”.

Por otro lado, el Código Civil (Art. 1302º, párrafos primero y tercero) establece que por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden algún asunto dudoso o litigioso evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está en curso y, además, que la transacción tiene valor de cosa juzgada.

Establecer en el proceso la voluntad objetiva de la norma jurídica, en este caso normas materiales y procesales, requiere de métodos o criterios de interpretación; y los criterios pertinentes para cada caso deben ser empleados de la manera más armónica y certera. La doctrina no propone los denominados criterios o métodos de interpretación jurídica. De la aplicación de estos criterios de interpretación a las normas jurídicas pertinentes, debemos establecer si efectivamente la transacción extrajudicial es un modo extintivo de obligaciones regulado por nuestro Código Civil y por consiguiente deducible sólo como defensa de fondo, en tanto que la transacción judicial, regulado por el C.P.C. es un modo especial de conclusión del proceso y por consiguiente deducible

sólo como defensa de forma (excepción), conclusiones éstas que pretendemos demostrar como certeras con la argumentación pertinente y persuasiva.

Todo enunciado normativo requiere de una interpretación; por tanto, no es cierto que cuando el texto de la norma es claro no requiere de actividad interpretativa. Por ello el paradigma que se sustenta en el clásico brocardo: *in claris non fit interpretatio*, ha quedado sin vigencia.

Estos criterios de interpretación deben aplicarse dentro de un modelo de aplicación dinámico u objetivo, denominado también modelo constructivo. Para llegar a una conclusión interpretativa compatible, sin lugar a dudas, a una decisión objetiva y materialmente justa.

Dentro de los criterios que la doctrina<sup>95</sup> propone y que el Juez debe considerar en su labor interpretativa puede mencionarse los siguientes: **1)** criterio gramatical denominado también literal; **2)** criterio lógico conceptual (en donde encontramos los argumentos *a priori*, *a contrario*, *a fortiori*, *generali sensu*, *stricto lege*, *ad absurdum*); **3)** criterio sistemático; **4)** criterio histórico (precedentes inmediatos y remotos, proceso de elaboración de normas, exposición de motivos y debates legislativos); **5)** criterio teleológico; **6)** criterio axiológico.

Como se ha expresado, con una posición de equilibrio o de justo medio si se quiere, el Juez de nuestros tiempos en un Estado Constitucional de Derecho<sup>96</sup>, debe recusar y apartarse las posiciones extremas del

95 Cfr.: Martínez, Luis y Fernández, Jesús, *Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica*, pp. 288-290. Rafael de Asís Roig hace una sistematización más general y compleja, estableciendo los siguientes criterios: a) por su sentido: criterios de coherencia semántica o literal (gramatical, analógico); coherencia teleológica (teleológico estricto, de racionalidad y de proporcionalidad, de razón mayor); coherencia valorativa (de justicia y equidad, de naturaleza de las cosas, del contrapeso y razonabilidad); b) proyecciones: pasado (criterio histórico estricto estático, criterio de la voluntad o psicológico, criterio del precedente); presente (criterio del lugar material, criterio de conformidad con la constitución); futuro (criterio histórico estricto dinámico), c) límites: criterio de la no redundancia, apagógico, criterio de la consecuencialista estricto, criterio de la ordenación, véase: *Jueces y Normas, la Decisión Judicial desde el Ordenamiento*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., 1995, p. 209.

96 Con acierto dice Manuel Aragón Reyes "... el problema de la vinculación de los jueces a la ley ha de abordarse desde una perspectiva que podríamos llamar 'moderna', esto es, la propia de un Estado Constitucional de Derecho, y esa perspectiva no es otra que la doble sumisión de los jueces a la constitución y a la ley... *La Vinculación del Juez a la Ley*, Madrid, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (1997), 1997, p. 180.

positivismo jurídico a ultranza o dogmatismo<sup>97</sup>, y tampoco debe asumir las posiciones extremas corrosivas de la Escuela del Derecho Libre, porque el Juez de nuestros tiempos no debe ser la boca de la ley pero tampoco debe atribuirse las facultades propias del legislador. Es cierto que el Juez es creador del derecho, en tanto crea normas particulares para las partes en la sentencia, o cuando integra el vacío normativo con la aplicación de los principios generales del derecho; y aún más, por antonomasia el Juez de nuestros tiempos es el recreador del derecho, pues su sentencia objetiva y materialmente justa recrea el derecho, vivifica los valores y fines de éste, concreta el sistema de valores que acoge la Constitución, primordialmente el valor justicia, que es el valor supremo del derecho.

En principio, debe hacerse una interpretación restrictiva de la citada norma procesal (Art. 446<sup>o</sup> inc. 10), es decir que no cabe sino aplicar a los casos expresamente previstos en la norma, excluyéndose la interpretación extensiva y la analogía. La norma enumera taxativamente las excepciones proponibles por el demandado en un proceso civil, de tal modo que está excluida cualquiera otra excepción; es una norma “*numerus clausus*” que no admite otros supuestos o casos de los previstos expresamente. Está claro, como ya se ha expresado, que de la interpretación sistemática, teleológica y literal de esta norma con la prevista en el Art. 453<sup>o</sup>, inc. 4, se llega a la conclusión interpretativa final que solamente se admite la excepción de transacción judicial excluyéndose cualquier otra excepción que se sustente en la transacción extrajudicial. Y que, en todo caso, la transacción extrajudicial debe ser opuesta como una defensa de fondo según las reglas del Código Civil.

Un sistema jurídico, se ha dicho, tiene como características la unidad, plenitud y coherencia<sup>98</sup>. Cuando existe una antinomia o contradicción normativa, ella se resuelve mediante la aplicación de los criterios:

97 El imperio de la Constitución y de la ley es uno de los pilares esenciales de un Estado de Derecho, llámese Estado Constitucional de Derecho o Estado Democrático y Social de Derecho; empero la legalidad surge como una respuesta a la arbitrariedad y el absolutismo del antiguo régimen y así nos lo recuerda Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer cuando precisa “El principio de legalidad se construye históricamente como oposición a la arbitrariedad y la subjetividad de las decisiones del príncipe, como sistema de ejercicio de poder objetivo, igualitario y previsible y como elemento clave para legitimar el poder, para organizarlo y delimitarlo...” Constitución, Legalidad y Seguridad Jurídica, en: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 1 (1997), p. 157.

98 Véase: Prieto Sanchís, Luis. *Apuntes de Teoría del Derecho*, Madrid, Editorial Trotta, segunda edición, 2007, pp. 113 y ss.

jerárquico, de competencia, de prevalencia, cronológico y de especialidad<sup>99</sup>.

En la hipótesis negada que el vigente Código Civil de 1984 haya reconocido las dos excepciones, de transacción judicial y de transacción extrajudicial, esta hipótesis carecería de todo sustento y razón de ser desde la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Civil, a partir del 28 de Julio de 1993, por cuanto:

- a) cuando existe incompatibilidad entre una norma posterior y una anterior, prevalece la posterior (*lex posterior derogat priori*), en aplicación del criterio cronológico para resolver las antinomias; al respecto Ricardo Guastini señala que:

“El principio cronológico es aquel principio en virtud del cual, en caso de conflicto de normas provenientes de fuentes jerárquicamente equiparadas (o sea, dispuestas sobre el mismo plano en la jerarquía de fuentes) y provistas de la misma esfera de competencia, la norma proveniente de la fuente anterior en el tiempo debe considerarse *abrogada* (y, por tanto, debe ser desaplicada)”<sup>100</sup>.

En consecuencia, para resolver la excepción de transacción propuesta por los emplazados, debe aplicarse preferentemente las normas del Código Procesal Civil sobre las del Código Civil por ser posteriores; considerándose que ambos subsistemas reguladores tienen la misma jerarquía normativa.

- b) cuando existe incompatibilidad entre una norma especial y una general prevalece la especial (*lex specialis derogat generali*) en aplicación del principio de especialidad. La norma especial es aquella que presenta un ámbito de aplicación incluido en un ámbito más amplio, que es el de la norma general y que por tanto aquella prevalece sobre ésta en su dinámica de interpretación y aplicación<sup>101</sup>. Por consiguiente, para resolver la excepción de transacción propuesta por los emplazados en el presente proceso debe aplicarse prevalentemente las normas del Código procesal citado; teniéndose en cuenta que lo que se va a resolver es la

99 Ob.cit., pp. 134 y ss.

100 Guastini, Ricardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Segunda edición, Editorial Porrúa, México, 2000, p. 76.

101 Cfr. Prieto Sanchís, Luis, ob.cit., p. 138.

procedencia y la fundabilidad de una excepción (que desde luego los emplazados así la han propuesto no obstante su fundamento) y no un medio extintivo de obligaciones; finalmente, el Art. 338<sup>º</sup> dispone que en todo lo no previsto en el capítulo de transacción judicial se aplican supletoriamente las normas del Código Civil; norma que refuerza el carácter especial de las normas procesales sobre las sustantivas respecto a la tema de la transacción.

De todo esto cabe concluirse que el juez no puede crear una excepción o defensa de forma que no esté prevista expresamente en la norma procesal civil. Además está prohibido de hacerlo porque sino abriría las puertas para reconocer otras excepciones no previstas expresamente, vulnerándose de este modo el contenido esencial de los derechos de acción, al proceso y a una decisión sobre el fondo del litigio que corresponde a la parte demandante.

Por los fundamentos pertinentes que anteceden, la excepción de transacción formulada por los emplazados Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S.A. y Esteban Arturo Blanco Bar debe ser desestimada en cuanto a la demandante y a sus tres hijos, en consideración de que la referida transacción extrajudicial no puede en modo alguno sustentar una excepción de conclusión del proceso por transacción, por cuanto: **1)** la transacción no fue celebrada para dar por finalizado un proceso judicial en curso; **2)** no fue homologada o aprobada por el Juez del proceso; **3)** la tantas veces citada transacción, al no haberse generado en un proceso, no puede en modo alguno configurar la hipótesis legal requerida de un primer proceso idéntico al segundo, en el que se hace valer la excepción; **4)** las resoluciones judiciales mediante las cuales se aprobaron las transacciones extrajudiciales celebradas por Giovanna Angélica Quiróz Villaty, en representación de sus tres menores hijos, resultarían cuestionables, toda vez que el Art. 1307<sup>º</sup> del C.C., al tratar de la transacción a cargo de los representantes de ausentes o incapaces, señala que éstos pueden celebrarla, pero con aprobación del juez, lo que quiere decir que la oportunidad en la que debe obtenerse la autorización del juez es previa a la celebración del acto transaccional (entiéndase sobre un proyecto), y no después, ya que celebrarse primero la transacción importaría haber celebrado un acto ineficaz<sup>102</sup>. En el caso de autos, mediante resoluciones del 6 de febrero y 5 de junio de 2001, el órgano

102 Cfr.: Muro Rojo, Manuel. *Transacción de Ausentes e Incapaces*. En: Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas, Tomo VI, Lima, Gaceta Jurídica, 2004, p. 819.

jurisdiccional “autorizó” a Giovanna Angélica Quiróz Villaty a celebrar las transacciones en nombre de sus menores hijos, es decir, luego de haber transcurrido varios meses desde su suscripción, teniendo en cuenta que los contratos principales datan del 2 de setiembre de 2000 y sus addendums del 4 de noviembre del mismo año.

Se ha verificado, en consecuencia, la contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, reconocido por el inc. 3 del Art. 139º de la Constitución Política y por el Art. I del Título Preliminar del Código Procesal citado, pues al haberse declarado fundada la mencionada excepción y dado por concluido el proceso, se ha lesionado el derecho de la parte demandante a obtener una sentencia sobre el fondo del litigio respecto a las emplazadas Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S.A. y Esteban Arturo Blanco Bar. De consiguiente, el recurso de casación debe ser declarado fundado en este extremo y, en sede de instancia, debe revocarse la resolución de primera instancia en la parte en que declara fundada la excepción de conclusión del proceso por transacción con respecto a los tres menores ya nombrados, y reformándola en esta parte, debe declararse improcedente la mencionada excepción; y, con relación a la demandante Giovanna Angélica Quiroz Villaty, en cuanto actúa por derecho propio, debe revocarse la resolución del juez que declara infundada la misma defensa de forma, y en sede de instancia también debe declararse improcedente.

## **8. Criterio de nuestra jurisprudencia sobre la excepción de transacción judicial como defensa de forma**

Antes de presentarse las líneas jurisprudenciales contradictorias, que son materia de análisis en la presente, la Corte Suprema estableció en varias ejecutorias que la excepción de transacción solamente podía sustentarse en la transacción judicial. Así se puede citar la siguiente sentencia casatoria, que en la parte pertinente expresaba:

“La excepción de transacción se presenta como un mecanismo procesal de defensa que se configura cuando se pretende variar los efectos de un proceso ya resuelto, mediante un acuerdo transaccional, definitivamente, en otro (...). Para la configuración de esta excepción –de conclusión del proceso por transacción– se requiere de la concurrencia de tres presupuestos, los cuales son: a) la identidad de las partes; b) la identidad de la pretensión;



y, c) la identidad del interés para obrar; (...) no será fundada la excepción de transacción que no reúna los requisitos de identidad que establece la ley...” Casación N° 2734-2003-Apurímac, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema<sup>103</sup>.

Como puede verse, siguiendo el criterio normativo de [sic] Código Procesal Civil (Arts. 452° y 453°), la ejecutoria también exige para la procedencia de la excepción de conclusión del proceso por transacción el presupuesto de dos procesos idénticos con la concurrencia de una triple identidad entre ellos: de partes, de pretensión –entiéndase de petitorio– y de interés para obrar.

## 9.- **De la inaplicabilidad de la doctrina de los Actos Propios al presente caso**

Se pretende aplicar la doctrina de los Actos Propios para desestimar el recurso de casación interpuesto por doña Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por derecho propio y en representación de sus tres menores hijos. Por ello es necesario analizar su aplicabilidad o inaplicabilidad al presente caso de las transacciones celebradas por la nombrada demandante.

### 9.1. **Antecedente histórico**

La llamada Teoría de los Actos Propios tiene sus raíces en el Derecho romano, el cual se limitó a hacer una cierta aplicación de la citada teoría en algunos casos concretos. Aunque no se formuló una definición específica de esta teoría, es en el Derecho romano donde se comienza a sancionar como inadmisibles la actuación contraria a la conducta anterior, pero ello no de una manera general sino en determinados casos y con algunas excepciones. Dicha inadmisibilidad dio origen, entre otros, a los brocardos: *venire contra factum proprium nulli conceditur* y *adversus factum suum quis venire non protest*. Dichos brocardos, aunque son latinos, no han nacido en el Derecho romano, sino en el Derecho Intermedio, aquel periodo comprendido desde el redescubrimiento del *Corpus Iuris Civiles*, en el siglo XI, hasta el momento de las codificaciones, etapa poco conocida y a la vez importante porque en ella nacen la mayoría de nuestros dogmas, y comprende a los glosadores, posglosadores, canonistas, prácticos y tratadistas<sup>104</sup>.

103 Publicada en el diario oficial El Peruano el 31 de enero de 2005.

104 Borda, Alejandro. *La Teoría de los Actos Propios*, Cuarta Edición, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot Lexis Nexis Argentina S.A., 2005, pp. 15 y 21.

La formulación más antigua que se conoce de la regla que prohíbe venir contra los Actos Propios es un pasaje de Ulpiano que recoge el fragmento 25 del Digesto 1,7, en él se afirma que resulta inadmisibles que el padre pretenda iniciar, una vez muerta la hija que ha vivido como *mater familias* emancipada y que ha instituido herederos por testamento, una controversia alegando que la emancipación no ha sido jurídicamente eficaz. Sin embargo, esta actitud es inadmisibles debido a que él mismo ha permitido que su hija sea tratada como *sui iuris*, es decir, le ha permitido vivir como si fuera emancipada aún cuando no hubieran sido cumplidos los requisitos establecidos en el Derecho romano. Por ello se resolvió que el padre que ha consentido que la hija sea tratada como *sui iuris* no puede ignorar o desconocer tal estado y, por lo tanto, no puede pretende impugnar el testamento. Es necesario destacar que la solución dada en el referido caso, como lo sostiene Díez-Picazo no tiene como primera razón sancionar la conducta contradictoria sino, más bien, evitar un resultado que objetivamente es considerado injusto<sup>105</sup>.

## 9.2. Concepto

La Teoría de los Actos Propios, tal como la definen Marcelo J. López Mesa y Carlos Rogel Vide, consiste en una limitación al ejercicio de un derecho, que reconoce como fundamento una razón de política jurídica: la protección de la confianza suscitada por el comportamiento antecedente, que luego se pretende desconocer<sup>106</sup>. Como señalan los referidos autores, la Teoría de los Actos Propios constituye una derivación inmediata y directa del principio de la buena fe, reconocido por la jurisprudencia argentina en una infinidad de pronunciamientos, especificándose en algunas sentencias, que se trata de un principio que integra el Derecho positivo.

El profesor Fueyo Laneri define a la Teoría de los Actos Propios como un principio general de derecho, fundado en la buena fe, que impone un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada anteriormente por la conducta de la misma persona, evitando así la afectación a un interés ajeno y el

105 Díez-Picazo Ponce de León, Luis. *La doctrina de los propios actos: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1963, pp. 23 a 26.

106 López Mesa, Marcelo y Rogel Vide, Carlos. *La Doctrina de los actos propios*, Doctrina y Jurisprudencia, Buenos Aires, Editorial Reus y Editorial B de F, 2005, p. 91.

daño consiguiente, la teoría obliga a una conducta leal, honesta, confiable y que encuentra apoyo natural en la moral<sup>107</sup>.

En conclusión, como lo señala Alejandro Borda, la teoría de los Actos Propios constituye una regla de derecho que se deriva del principio de la buena fe, el cual sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento anterior efectuado por la misma persona<sup>108</sup>.

Esta doctrina se halla vinculada directamente con los principios generales del derecho y en particular con el de buena fe, pero también ha sido enfocada como medio de defensa contra el accionar incoherente y también como una nueva forma de restricción o limitación en el ejercicio de derechos<sup>109</sup>.

### 9.3. Requisitos

La teoría de los actos propios requiere de tres condiciones para que pueda ser aplicada, que son las siguientes<sup>110</sup>:

- a) **Una conducta anterior relevante y eficaz.** La conducta vinculante o primera debe ser jurídicamente eficaz. Por lo tanto, si esta primera conducta es inválida, se puede volver lícitamente contra ella. Ello significa que si el negocio jurídico celebrado en primer término o, lo que es lo mismo, la conducta vinculante llevada a cabo fuese inválida o ineficaz en sí misma, o ilícita, o contraria a las buenas costumbres o al orden público o de cumplimiento imposible, puede ser atacada o impugnada sin que ello importe una violación de la teoría de los propios actos.
  
- b) **La pretensión contradictoria.** La referida pretensión, que puede ser judicial o extrajudicial, teniendo como referencia un acto anterior, permite la defensa del sujeto que ha receptado ambas conductas, que ha confiado en la primera de ellas y que ha actuado consecuentemente con dicha confianza, salvo que la variación de la conducta esté justificada

107 Fueyo Laneri, Fernando. *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1990, pp. 308 y 310.

108 Ob.cit., p. 56.

109 Cfr. Peyrano, Jorge W. *Derecho Procesal Civil, de acuerdo al C.P.C. Peruano*. Lima, Ediciones Jurídicas, 1995, pp. 355 y 356.

110 Borda, Alejandro, ob.cit., p. 71.

por las circunstancias del caso o haya intereses sociales prevaletentes, **o hayan variado las condiciones que se daban al producirse la conducta vinculante**. Desde luego, el agente receptor del comportamiento debe haber obrado de buena fe. La mala fe impide la aplicación de la teoría de los actos propios. El conflicto de intereses generado por el comportamiento contradictorio podría, hipotéticamente, soslayar la intervención judicial o arbitral; pero en los hechos, esta intervención resulta imprescindible toda vez que la aplicación de la teoría de los actos propios se realiza dentro de un proceso porque se trata de un impedimento de orden procesal.

- c) La identidad de los sujetos que se vinculan en ambas conductas.** El sujeto activo que ha observado determinada conducta debe ser el mismo que pretende luego contradecir esa primera conducta. El sujeto pasivo, es decir, la persona que ha sido receptor o destinatario de ambas conductas, también debe ser el mismo.

#### **9.4. Inaplicabilidad de la doctrina de los actos propios al caso *sub júdice***

En el caso de autos, se aprecia que la accionante Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por derecho propio y en representación de sus menores hijos Walker Cuenca Quiroz, Euler Mendoza Quiroz y José Mendoza Quiroz, celebró transacciones extrajudiciales con la demandada Minera Yanacocha S.R.L. con fecha 02 de setiembre de 2000. En los referidos actos jurídicos, las partes acordaron que Minera Yanacocha S.R.L. indemnizaba a los afectados por el derrame de mercurio que ocurrió en su localidad, en tanto que la ahora accionante renunciaba a iniciar cualquier proceso judicial o reclamo al respecto.

A continuación expondremos los fundamentos por los cuales consideramos que la Teoría de los Actos Propios es inaplicable al caso sub materia.

Como quiera que la transacción extrajudicial, desde nuestra óptica, solamente puede ser invocada como defensa de fondo, resulta necesario que ésta debe ser materia de actividad probatoria junto con el principal y objeto de pronunciamiento en la sentencia.

Bajo esta premisa, por lo demás ya establecida anteriormente, debe tenerse en cuenta que la conducta anterior “relevante y vinculante” debe ser válida, pues de lo contrario es lícito volverse en contra de esa conducta. Si la primera conducta (celebración de la transacción extrajudicial por parte de doña Giovanna Angélica Quiroz Villaty) se ha realizado con error (de la declarante) y si además el receptor (Yanacocha) habría obrado de mala fe (aspecto que debe ser materia de probanza junto con el principal, tal como ya se dijo), es lícito que la declarante vaya contra su propio acto; por consiguiente, en el presente caso, es lícito que la señora Quiroz vaya en contra de la transacción extrajudicial celebrada si alega mala fe en Yanacocha al celebrarla<sup>111</sup>. En este mismo sentido se pronuncia Alejandro Borda:

“Cuando el receptor de la conducta ha tenido conocimiento del error del declarante, resulta lícito que éste vaya contra su propio acto. Pero ello no se fundamenta en el error del acto sino en que el receptor de la conducta obra de mala fe si, conociendo tal error, pretende hacer valer dicha conducta. No es admisible la protección de quien actúa de mala fe pretendiendo usufructuar un acto ajeno, incluso aunque no hubiera existido error”<sup>112</sup>.

En cuanto a la mala fe, por su naturaleza y complejidad, debe ser objeto de probanza junto con el principal desde que la transacción extrajudicial sólo es admisible como defensa de fondo. Sin embargo, aquella mala fe no sería razonablemente viable su probanza en la etapa postulatoria del proceso y menos con motivo de tramitarse una defensa de forma como es la excepción. Dentro de la buena o mala fe que se alegara se deberá probar si Yanacocha, a través de sus directivos y personal calificado, tenía conocimiento que la intoxicación por mercurio causaba lesiones en el cuerpo humano de manifestación progresiva en el tiempo. Otro aspecto relevante que tendría que evaluarse en la sentencia es si la llamada “*addendum*” o segundo acuerdo transaccional celebrado entre las partes, dos meses después de la primera transacción, ponía de manifiesto efectivamente aquella progresividad de las lesiones, que bien podría haber sido de pleno conocimiento por parte del personal de Yanacocha y, por otro lado, ser ignoradas total o parcialmente por los damnificados con el derrame e intoxicación del mercurio.

111 En el escrito de absolución de la excepción corriente a fojas 261 del Tomo I, la demandante expresamente alegó la nulidad de pleno derecho de las transacciones celebradas con Empresa Minera Yanacocha S.R.L.

112 Ob.cit., p. 78.

La conducta anterior no debe ser determinada por el error; el estado de necesidad o cualquier vicio sustancial, pues de lo contrario no es aplicable esta doctrina. López Mesa y Carlos Rogel con acierto, y citando a Leiva Fernández, sostienen:

“En palabras de Leiva Fernández ‘el acto previo debe ser válido (...). De modo que bastaría con que en un caso concreto se alegue y demuestre –por vía de acción o excepción– la ausencia de voluntad en el acto (...) sea por error, dolo, estado de necesidad, violencia, etc., para que la aplicación lisa y llana de esta doctrina sea objetable’ (...). Por nuestra parte, compartimos el criterio de que si el primer acto no es válido, por estar viciado sustancialmente, no cabe aplicar la doctrina de los actos propios, pues ella no establece una obligación de mantenerse en el error; sino de actuar coherentemente cuando ambas manifestaciones de voluntad son válidas, pero contradictorias entre sí”<sup>113</sup>.

Así mismo [*sic*] se ha sostenido que siendo la transacción un contrato es fácilmente viable que una de las partes imponga sus condiciones a la otra por un estado de necesidad de ésta. En este sentido se ha pronunciado Manuel De la Puente y Lavalle<sup>114</sup> cuando afirma enfáticamente:

“En efecto, siendo la transacción un contrato, es dable que las condiciones de la transacción sean impuestas por una de las partes abusando del estado de necesidad en que se encuentra la otra, que lleva a ésta a aceptar tales condiciones por ser la única manera cómo puede satisfacer su necesidad. No creo que deba ampararse una transacción celebrada en estas condiciones (...)”.

En el presente caso, el error en que habría incurrido la parte demandante, o el estado de necesidad en que se habría encontrado el mismo, al celebrar las transacciones extrajudiciales, debería ser analizado por el juez en la sentencia, con las pruebas pertinentes que resulten del proceso al resolver las tantas veces mencionada defensa de fondo.

113 Ob.cit., p. 190.

114 De la Puente y Lavalle, Manuel. *El Contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, Tomo III, Segunda reimpresión de la Segunda edición actualizada, Lima, Palestra editores, 2007, pp. 108 y 109.

Por otra parte, cabe preguntarse si la transacción extrajudicial celebrada por doña Angélica Quiroz en representación de sus tres menores hijos, sin las formalidades legales que establece el Art. 1307º del C.C. (previa autorización judicial, con dictamen fiscal y opinión del Consejo de Familia cuando lo haya) contraviene normas que interesan al orden público. Conforme a lo dispuesto en el Art. V del Título Preliminar de nuestro Código Civil, es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres. Las normas de orden público se caracterizan por su prevalencia sobre las originadas en la autonomía de la voluntad, resultan principios cuyo reflejo constituye las normas jurídicas<sup>115</sup>. En cambio las buenas costumbres son entendidas como los cánones fundamentales de honestidad pública y privada a la luz de la conciencia social.

Si las transacciones extrajudiciales contravienen normas que interesan al orden público también debe ser materia de probanza en el principal y objeto de pronunciamiento en la sentencia, pues de considerarse que en aquellas transacciones que interesan a los tres menores de edad, concurre una causal de nulidad absoluta y manifiesta, el Juez está autorizado para declararla de oficio (Art. 219º, inc. 8, y Art. 220º del C.C.).

Por otra parte, **no se aplica la doctrina de los actos propios si han variado las condiciones que se daban al producirse la conducta vinculante**. En el caso sub júdice, las condiciones y circunstancias que se daban al celebrarse la primigenia transacción extrajudicial (02 de setiembre de 2000) evidentemente variaron con el transcurso del tiempo, tan cierto es ello que con fecha 04 de noviembre de 2000 las partes celebran un segundo acuerdo transaccional que le denominan “*addendum*”, y en virtud del cual Yanacocha duplica el monto de las indemnizaciones pactadas en la primigenia transacción a favor de la demandante y de sus tres menores hijos. Este segundo acuerdo evidencia que la controversia fue reabierto por ambas partes y que las condiciones variaron con el paso del tiempo, esto es que el progresivo agravamiento de las lesiones tenía lugar en razón de la naturaleza de la intoxicación por mercurio, y por tanto, las condiciones existentes al celebrar el segundo documento fueron distintas a las que se daban al celebrar la referida transacción extrajudicial.

115 Cfr.: Castillo Freire, Mario. *La Teoría de los Actos Propios*, Primera edición, Lima, Palestra editores, 2006, p. 109.

Asimismo, respecto a las buenas costumbres, corresponde al Órgano Jurisdiccional en la causa sub materia analizar en la sentencia si las transacciones fueron celebradas respetando los cánones fundamentales de honestidad a la luz de la conciencia social, pues el presente caso es muy particular, no se trata de un daño a la salud típico ocurrido por ejemplo en un accidente de tránsito donde las consecuencias son más que previsibles, sino se trata de una contaminación química producto de un derrame de mercurio, donde las consecuencias inmediatas y sobre todo futuras, pueden ser del total desconocimiento de los pobladores rurales, en su mayoría campesinos, con niveles ínfimos de educación, que podrían desconocer los posibles daños actuales y futuros a su salud producto de dicha contaminación; mientras que, Minera Yanacocha, habría tenido la responsabilidad de explicar a dichas personas los efectos de una posible contaminación por mercurio, pues como se ha señalado anteriormente, el agente receptor del comportamiento debe haber obrado de buena fe; la mala fe impide la aplicación de la teoría de los actos propios. Todos estos aspectos corresponden ser analizados durante el desarrollo del proceso, con la actuación de los medios probatorios pertinentes, lo cual resulta inviable a través de una excepción de forma con una cognición sumaria; por todo esto además, corresponde analizar la excepción de transacción extrajudicial sub litis como un medio de defensa de fondo.

También es importante tener en cuenta que la Teoría de los Actos Propios tiene una aplicación residual, esto es que solamente se aplica cuando el ordenamiento jurídico no provee de otra solución para la conducta contradictoria; por consiguiente, no es aplicable esta teoría cuando la ley regula una solución expresa para la conducta contradictoria, sea impidiéndola o permitiéndola.<sup>116</sup> En ocasiones la variación de la doctrina está justificada por las circunstancias del caso o existen intereses sociales prevalentes que llevan al legislador a autorizar retrocesos y contramarchas.<sup>117</sup> En el caso de autos existen ya normas expresas, contenidas en los Arts. 446º y 453º del Código Procesal Civil vigente, que establece que el demandado sólo puede alegar determinadas excepciones, donde no se considera de forma alguna la excepción de transacción extrajudicial; por consiguiente, no cabe la aplicación o creación de otras excepciones, vía interpretación o de la aplicación de la

116 Cfr. López Mesa, Marcelo J. y Rogel Vide, Carlos, ob.cit., p. 180.

117 Conclusión 3ª del despacho de la Comisión 8 de las Novenas Jornadas Nacionales de Mar del Plata, 1983.



doctrina de los actos propios, más aún que, como se ha señalado anteriormente, la intervención judicial resulta imprescindible toda vez que la Teoría de los Actos Propios trata sobre un impedimento de orden procesal.

También es inaplicable esta doctrina al caso concreto, para resolver en la etapa postulatoria una excepción, ya que existe doctrina sólida que postula que esta doctrina opera procesalmente como defensa de fondo y por tanto debe ser objeto de pronunciamiento sólo en la sentencia. Con suma claridad López Mesa y Rogel Vide expresan al respecto:

“Procesalmente, la doctrina opera como defensa sustancial o de fondo, y no como excepción de previo y especial pronunciamiento; y debe ser opuesta al contestar la demanda o el traslado de la pretensión que se trate. No configura una excepción en sentido estricto, sino una defensa amplia, abarcadora, hábil para frustrar la pretensión desleal. Ello, obvio es, sin perjuicio de su posibilidad de invocación de oficio, en los casos en que ella procede...”<sup>118</sup>

Por tanto, determinar si la obligación indemnizatoria se extinguió o no es un tema de fondo que el juez debe resolver en la sentencia. En este orden de ideas, si los tres emplazados al formular la excepción materia de análisis alegan que la obligación referida se extinguió por el mérito de las transacciones extrajudiciales y, además hubieran alegado expresamente como medio de defensa la doctrina de los actos propios (cosa que no lo hicieron), estos dos aspectos, estrechamente vinculados, configuran defensas de fondo que deben ser objeto de resolución en la sentencia.

La doctrina de los actos propios impone la probanza de ciertos hechos que configuran, entre otros, los requisitos anotados, por ello la doctrina se inclina por considerarla como una defensa de fondo que debe ser alegada por la parte interesada, a fin de preservar los principios del contradictorio, de defensa y de congruencia procesal:

“Esta –la doctrina que se analiza– viene así a cumplir una defensa de fondo, pues ataca el derecho subjetivo e impide su recepción jurisdiccional (...). Sucede que el Juez puede no conocer la conducta sistemática precedente, o que no surja de

118 Ob.cit., p. 150.

los elementos de prueba agregados; o bien, que la presunta contradicción no tenga estricta vinculación con el asunto que tramita la litis. En estos casos, el problema del ámbito de composición del entuerto (principio de contradicción, principio de congruencia) le impide al sentenciante introducir otros argumentos de hecho que no hubieran sido planteados por las partes (...). Sin embargo, interpretado el principio en la medida del alcance que pretendemos asignarle (residual), parece más coherente afirmar la necesidad de que se oponga como defensa y se prueba la conducta incompatible con el obrar anterior; so riesgo de privar al principio de su presencia en el proceso<sup>119</sup>.

## 10.- Del Informe Defensorial N° 62 sobre el caso sub materia

La Defensoría del Pueblo, en el mencionado Informe N° 62, da cuenta de la investigación y análisis sobre los hechos ocurridos con relación al derrame de mercurio en las inmediaciones de las localidades de San Sebastián de Choropampa, Magdalena y San Juan, en la Provincia de Cajamarca.

Entre otras conclusiones se establece (conclusión N° 22) que la Empresa Minera Yanacocha S.R.L. había sido sancionada administrativamente por estos hechos, llegando a consentir tal sanción. Así mismo se estableció que el chofer Esteban Arturo Blanco Bar fue el único procesado penalmente por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud (condenado a dos años de pena privativa de la libertad con ejecución suspendida); y contra los directivos de la minera demandada y de Ransa por los delitos contra la seguridad pública y peligro común, en su modalidad culposa y en agravio de la sociedad, habiéndose reservado el representante del Ministerio Público denunciarlos por delito ecológico; en tanto que los agraviados no se constituyeron en parte civil.

Así mismo, [sic] se señala en el Informe N° 62 emitido por la Defensoría del Pueblo, en fojas 983 (conclusión 26), que las transacciones

119 Gozaíni, Osvaldo A. *La Conducta en el Proceso*, La Plata, Librería Editora Platense S.R.L., 1988, pp. 215 y 219. Este mismo autor cita en este lugar a Edgardo Alberti, quien advierte "Lo necesario, en todo caso, es que la conducta precedente respecto de la cual la pretensión provocaría una contradicción inatendible por el Tribunal, sea invocada y probada en sí misma: cual todo otro hecho de la causa. De manera que si no estuviera ya contenida en la relación formulada por el pretensor -contra el cual ella sería vuelta por la interpretación de su sentido-, el demandado estará constreñido a referir cuál haya sido la conducta antecedente, y a probarla de negar el pretensor haber actuado de tal manera".

extrajudiciales sub materia vulneran los derechos al debido proceso y a una tutela jurisdiccional efectiva de los afectados -pues versan sobre derechos extra patrimoniales, como el derecho a la vida y la salud-, derechos de la persona humana reconocidos por la Constitución y que tienen la calidad de inherentes a la misma e irrenunciables.

Otra conclusión importante señala que las cuestionadas transacciones extrajudiciales serían nulas de pleno derecho, pues entre otros aspectos de estaría transigiendo sobre los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva.

Las glosadas conclusiones de la Defensoría del Pueblo no hacen sino reafirmar el criterio jurídico de que las transacciones extrajudiciales celebradas entre la empresa minera demandada y la parte demandante son también altamente cuestionables desde la perspectiva de los derechos fundamentales y las limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad en un Estado Constitucional de Derecho.

## **VIII. FUNDAMENTOS SOBRE LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR DE LA PARTE DEMANDANTE**

### **1.- La falta de legitimidad para obrar como excepción**

- 1.1.** Como se ha visto, la legitimidad para obrar es una de las condiciones del ejercicio válido de la acción, y ha sido reconocida por nuestro Código Procesal Civil, particularmente en los Arts. IV del T.P. y 427<sup>o</sup> inc. 1.
- 1.2.** La falta de esta condición de la acción faculta al demandado a proponer la excepción de falta de legitimidad para obrar, sea activa o pasiva, según norma contenida en el Art. 446<sup>o</sup> inc. 6.
- 1.3.** La legitimidad para obrar debe ser examinada por el Juez en la calificación de la demanda, al resolver la defensa de forma pertinente o en vía de saneamiento procesal. También el juez puede excepcionalmente pronunciarse sobre ella al expedir sentencia, al amparo de la norma contenida en el último párrafo del Art. 121<sup>o</sup>.
- 1.4.** La doctrina ha conceptualizado la legitimidad para obrar del siguiente modo:
  - a)** Señala Luis Loreto, siguiendo sustancialmente la concepción de Chiovenda, que la legitimidad para obrar o cualidad:

“... expresa una relación de identidad lógica entre la persona del actor, concretamente considerada, y la persona abstracta a quien la ley concede la acción; y de identidad lógica entre la persona del demandado, concretamente considerada, y la persona abstracta contra quien la ley concede la acción”<sup>120</sup>.

**b)** Enseñaba Giuseppe Chiovenda que:

“... para que el juez estime la demanda, no basta que considere existente el derecho, sino que es necesario que considere que éste corresponde precisamente a aquel que lo hace valer y contra aquel contra quien es hecho 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)”<sup>121</sup>.

**c)** Según Juan Montero Aroca, es necesario distinguir entre la titularidad activa o pasiva de la relación jurídica material y la posición habilitante para formular una pretensión (legitimación activa) o para contradecirla (legitimación pasiva), posición que a su vez puede ser ordinaria o directa, cuando quien demanda afirma ser titular del derecho subjetivo e imputa la titularidad pasiva al demandado, o puede ser también extraordinaria o indirecta, lo que tiene lugar cuando el que demanda no afirma ser titular del derecho subjetivo o no imputa la titularidad pasiva al demandado, sino que interviene por ley para proteger un interés, sea éste privado, social o público<sup>122</sup>. Las concepciones de Luis Loreto y Chiovenda corresponden únicamente a una definición de la legitimidad para obrar ordinaria, pues establecen una relación directa entre el titular del derecho y quien formula la pretensión, y así mismo, entre quien es objeto de la imputación de una obligación y el derecho de contradecir. Para conceptuar adecuadamente a la legitimidad para obrar, incluyendo a la ordinaria y extraordinaria, debe considerarse a

120 Loreto, Luis. Contribución al Estudio de la Excepción de Inadmisibilidad por Falta de Calidad. En: *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Volumen XIII, 1956.

121 Chiovenda, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Vol. I, p. 185.

122 Cfr.: Montero Aroca, Juan. *La Legitimación en el Proceso Civil*, Primera edición, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1994, pp. 35 y 36.

la legitimidad como la autorización del ordenamiento jurídico para proponer una pretensión procesal o para contradecirla, sea que tal autorización provenga de ser titular del derecho u obligación o bien que provenga de la facultad expresa concedida por una norma jurídica. En conclusión, en el caso sub júdice, debe establecerse si la parte demandante está o no autorizada (legitimada en forma activa y extraordinaria) por el ordenamiento jurídico para formular la pretensión indemnizatoria por daño al medio ambiente.

- 1.5. Considerando diversos criterios de clasificación de la legitimidad para obrar puede ser activa y pasiva, principal y secundaria, permanente y transitoria, singular y plural, ordinaria y extraordinaria. Con respecto a esta última clasificación, importante para el presente caso, es necesario recordar que la excepción pertinente de los emplazados está dirigida a denunciar la inexistencia de la legitimidad para obrar activa y extraordinaria de la parte demandante para proponer la pretensión indemnizatoria por daño ambiental. En tal sentido debe puntualizarse que la legitimidad ordinaria corresponde a quien afirma ser titular de un derecho y por tanto habilitado para formular una pretensión procesal, mientras que en la legitimidad extraordinaria, no obstante no afirmarse ser titular de un derecho, la norma jurídica expresamente autoriza para proponer una pretensión concreta.
- 1.6. En el presente caso, tanto Minera Yanacocha S.R.L. como Esteban Arturo Blanco Bar han formulado excepción cuestionando la legitimidad para obrar activa, principal, permanente, singular y extraordinaria, alegando que la demandante Quiroz Villaty carece de legitimidad para formular la pretensión indemnizatoria por el daño ambiental, a raíz del derrame del mercurio.
- 1.7. El Art. 82<sup>º</sup> concede únicamente legitimidad para obrar extraordinaria y activa a las siguientes instituciones: 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 la Ley y criterio del Juez, este último por resolución debidamente motivada, estén legitimadas para ello. De igual forma, 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.

En tal virtud, la demandante carece de legitimidad para obrar, tanto ordinaria como extraordinaria, pues no está autorizada por el ordenamiento jurídico para proponer esta pretensión procesal indemnizatoria en la instancia judicial.

**1.8.** De otro lado, la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0221-1997-AA/TC, al referirse a la *legitimitio ad causam* para la defensa de los intereses difusos o colectivos, lo hace en el marco normativo del Art. 26º, tercer párrafo, de la Ley N° 23506, sobre Hábeas Corpus y Amparo, hoy derogada, que habilitaba a cualquier persona a interponer demanda de amparo ante la violación o amenaza de violación de derechos constitucionales de naturaleza ambiental, supuesto que no corresponde al presente proceso, que tiene por objeto la indemnización que se tramita en la vía procedimental de conocimiento ante el Juez civil, y no un proceso iniciado ante un Juez Constitucional. De lo que se concluye que aquel argumento de la actora y recurrente también carece de asidero jurídico.

## **2.- Conclusiones sobre la excepción de falta de legitimidad para obrar activa**

En esta parte se puede concluir que la excepción de falta de legitimidad para obrar de la parte demandante, con relación a la pretensión indemnizatoria por el daño ambiental en el presente proceso, resulta fundada, tal como efectivamente las instancias de mérito la han declarado. Por consiguiente, el recurso de casación en este extremo debe ser desestimado al no haberse verificado la contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, como se denunció en el indicado recurso.

Al declararse fundado el recurso de casación por causal procesal, en cuanto a la excepción de conclusión del proceso por transacción, carece de objeto pronunciarse sobre la causal material de inaplicación de las normas contenidas en los Arts. 5º y 1305º del C.C. referida a la misma excepción.

## **IX.- DE LA CAUSAL PROCESAL CASATORIA Y EL REENVÍO**

La parte pertinente del Art. 396º previene que si la sentencia declara fundado el recurso, además de declararse la nulidad de la sentencia impugnada, la Sala debe completar la decisión, y si se trata de la causal prevista en el inciso 3 del Art. 386º (*error in procedendo*) debe reenviar y reponer el proceso al estado

en que se cometió el vicio procesal que determinó la sentencia casatoria. De ello se constata indubitablemente que si se declara fundado el recurso por causal procesal, sea por contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso o por infracción a las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales, el proceso debe reenviarse al estadio procesal que corresponda para que el juzgador subsane el vicio advertido y emita nueva decisión.

En el presente caso, se declara fundado el recurso de casación por causal procesal en lo concerniente a la excepción de conclusión del proceso por conciliación; entonces cabe preguntarse ¿puede resolverse en instancia de mérito sobre la excepción si se ha declarado fundado el recurso por causal procesal?

Nuestro ordenamiento procesal no ha previsto expresamente normas a este respecto, razón por la que es necesario integrar la norma procesal, tal como lo autoriza el Art. III, segundo párrafo, que establece que en caso de vacío o defecto en las disposiciones del Código, se recurrirá a los principios generales del derecho procesal y la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso concreto.

En aplicación de los principios procesales de dirección del proceso, celeridad y economía procesal es viable el pronunciamiento de este Colegiado en instancia de mérito sobre la fundabilidad de las excepciones y defensas previas, aún cuando el recurso se estima por causal procesal, como en efecto se hace en la presente resolución. El juzgador es el director y conductor del proceso, en todas las instancias y debe velar por la rápida solución no sólo del fondo del litigio sino de toda articulación de previo y especial pronunciamiento, como es el caso de las excepciones, teniendo el deber de impedir cualquier dilación y procurar la economía de esfuerzos, de gastos y de tiempo; pues, en el proceso, el tiempo es más que oro, es justicia (Couture).

## **X.- DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA CASATORIA**

La jurisprudencia vinculante que se establece por la presente tiene fuerza vinculatoria para los jueces de todas las instancias de la República, será de obligatoria observancia para los casos similares, en los procesos de naturaleza homóloga desde el día siguiente a su publicación oficial, hasta que no sea modificada por otro pleno casatorio. No será vinculante para los casos similares que ya fueron resueltos por resolución firme; por tanto, no tendrá efectos retroactivos, sino alcances *ex nunc*, es decir, efectos sólo a partir del día siguiente de su publicación.

## **XI.- DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PLENO CASATORIO**

La Constitución (Art. 141º) dispone, entre otros, que corresponde a la Corte Suprema fallar en casación. Los órganos jurisdiccionales son la Corte Suprema de Justicia y las demás cortes y juzgados que determine su ley orgánica (Art. 143º, segundo párrafo). A su vez, la Ley Orgánica del Poder Judicial previene en su Art. 80º inc. 8 que son atribuciones de la Sala Plena las señaladas por la Constitución, la ley y el reglamento. Precisamente la ley ordinaria, como es el caso del Código Procesal Civil, reconoce y regula en el Art. 400º la doctrina jurisprudencial, la misma que tiene la calidad de jurisprudencia vinculante y que se genera en el Pleno Casatorio. El mismo Código establece en su Décima Disposición Complementaria y Final que sus normas procesales se aplican preferentemente respecto de las reguladas en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

De todo ello se desprende, sin lugar a dudas, que existe una cadena de remisiones legitimantes que cautelan el principio de reserva de ley orgánica para establecer tanto la competencia de los Juzgados y Colegiados en el conocimiento de los procesos como de los recursos impugnatorios. Por consiguiente, la Constitución establece la estructura básica de los órganos jurisdiccionales, dentro de los cuales se encuentra la Corte Suprema. La Ley Orgánica del Poder Judicial establece en parte la competencia, determinando los asuntos que deben conocer los diferentes órganos jurisdiccionales, y en otra parte, remitiendo a una ley ordinaria para fijar otras reglas y criterios de competencia. Esta ley ordinaria, para el proceso civil, viene a ser esencialmente el Código Procesal Civil; por tanto, en virtud del principio de legalidad de la competencia, ésta se establece en atención a normas legales y a diversos criterios como materia, territorio, turno, cuantía y función, según los casos. De ello se puede concluir que la competencia para conocer del recurso de casación por parte de la Sala Plena en calidad de Pleno Casatorio, regulado por el citado Art. 400º, cumple tanto con el principio de reserva de ley como con la predeterminación legal que exigen los Arts. 143º y 139º inc. 3, segundo párrafo de la Carta Fundamental. Además, debe tenerse en cuenta que los derechos al Juez predeterminado por ley y al acceso a los recursos (Art. 139º inc. 6) son derechos de configuración legal, por cuanto el legislador ordinario regula la forma y condiciones en que deben ejercitarse en un proceso; es decir, que se establece por ley las reglas de competencia, los plazos, formalidades y recaudos que deben observarse y cumplirse para interponer los recursos impugnatorios pertinentes.

En la sentencia de fecha 30 de junio de 2003 recaída en el Exp. Nº 1013-2003-HC/TC, el Tribunal Constitucional ha considerado que el derecho a la jurisdicción predeterminada por la ley está expresado en términos



dirigidos a evitar que se juzgue a una persona por órganos jurisdiccionales de excepción o por comisiones especiales creadas exprofesamente y ex post facto o por jueces ad hoc. Este derecho significa que la ley, con generalidad y con anterioridad al caso, ha de contener los criterios de determinación competencial para garantizar la independencia e imparcialidad del juez. También ha considerado aquél Tribunal que el derecho a la predeterminación legislativa del juez:

“(…) no puede ser entendida en términos absolutos, no sólo porque ningún derecho constitucional tiene tal cualidad, sino, además, porque existen otros bienes y principios constitucionales que también exigen ser optimizados”.

La competencia del Pleno Casatorio para expedir sentencia casatoria, con carácter vinculante, está predeterminada por la ley. Además, persigue varias finalidades de relevancia constitucional como la aplicación e interpretación correcta del derecho objetivo, la uniformidad de la jurisprudencia, hacer efectivo el derecho de igualdad en los justiciables, optimizar el principio de seguridad y certeza, así como hacer predecible la impartición de justicia en nuestro país. Por lo demás, en el Código de Procedimientos Penales se reguló desde 1940 el Recurso de Revisión penal, el mismo que era ventilado y resuelto por la Sala Plena de la Corte Suprema en ejercicio de una potestad jurisdiccional predeterminada por la ley.

## **XII.- RESOLUCIÓN**

Por estos fundamentos, **NUESTRO VOTO** es porque se declare **FUNDADO** en parte el recurso de casación interpuesto por doña Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por derecho propio y en representación de sus hijos Euler Jonathan y José Ronny Mendoza Quiroz, y Walter Steve Cuenca Quiroz; se **CASE** la resolución impugnada, en consecuencia, **NULO** el auto de vista de fecha 27 de diciembre de 2006, corriente a fojas 1358, y **actuando en sede de instancia, SE REVOQUE** la resolución apelada dictada en la Audiencia de Saneamiento Procesal del 8 de enero de 2004, en el extremo que declara **FUNDADA** la excepción de conclusión del proceso por transacción respecto a los menores Euler Jonathan y José Ronny Mendoza Quiroz, así como Walker Steve Cuenca Quiroz, propuesta por Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S.A. y Esteban Arturo Blanco Bar, y **REFORMÁNDOLA** se declare **IMPROCEDENTE** esta excepción; se **REVOQUE** la misma resolución del Juez de Primera Instancia en cuanto declara **INFUNDADA** la excepción de conclusión del proceso por transacción referida a la demandante Giovanna Angélica Quiroz Villaty, y **REFORMÁNDOLA** se declare **IMPROCEDENTE** esta excepción. Se declare **INFUNDADO** el recurso de casación en la

parte referida a la excepción de falta de legitimidad para obrar de la parte demandante respecto de la pretensión indemnizatoria por daño al medio ambiente propuesta por los nombrados emplazados Minera Yanacocha S.R.L. y Esteban Arturo Blanco Bar. Se **DECLARE** que carece de objeto pronunciarse sobre la causal de inaplicación de normas de derecho material respecto de la excepción de conclusión del proceso por transacción. **DECLARARON** que constituye doctrina jurisprudencial con carácter vinculante conforme a los alcances y efectos previstos en el octavo y décimo séptimo considerandos, respectivamente, lo siguiente:

- 1.- Como se previene en el Art. 453<sup>o</sup> 123, resulta procedente la excepción de conclusión del proceso por transacción si concurren los dos siguientes requisitos: a) cuando se inicia un proceso idéntico a otro anterior; y, b) que el primer proceso idéntico haya concluido por transacción judicial homologada por el juez que conoce del proceso. En consecuencia, la procedencia de la excepción indicada importa necesariamente la existencia de dos procesos idénticos, de tal modo que la transacción extrajudicial alegada por la parte emplazada, al no haber sido celebrada dentro de un proceso, no puede configurar un supuesto de proceso idéntico y, en tal virtud, no puede sustentar válidamente la excepción de conclusión del proceso.
- 2.- Si el demandado opone la transacción extrajudicial, debe hacerlo en el escrito de contestación de la demanda y en calidad de defensa de fondo, alegando la extinción de la obligación demandada por efecto de aquella, para que el juez se pronuncie sobre esta defensa material en la sentencia.
- 3.- Desde que en las defensas de fondo se discute el derecho sustancial, es en la sentencia donde podrá definirse si la transacción extrajudicial extinguió, total o parcialmente, la obligación que se reclama en la demanda.
- 4.- Para el patrocinio de intereses difusos, en un proceso civil, únicamente tienen legitimidad para obrar, activa y extraordinaria, las instituciones y comunidades a que se refiere el Art. 82<sup>o</sup>, por cuanto es una colectividad la titular de los intereses o derechos transpersonales y no una persona individualmente considerada.

---

123 Rectificado por Fe de Erratas publicada el 28 de abril de 2008 en el diario oficial El Peruano.

- 5.- Si bien, cuando se declara fundado el recurso de casación por una causal procesal (error in procedendo) se debe reenviar la causa a la instancia pertinente para que el Juzgador subsane el vicio procesal encontrado y emita nueva decisión, a tenor de lo dispuesto en el Art. 396º; sin embargo, se advierte un vacío normativo para el supuesto de que en sede casatoria se ampare o desampare una de las excepciones previstas en el Art. 446º del mismo cuerpo legal o una defensa previa; ante tal vacío, debe integrarse la norma procesal aplicando los principios de dirección, economía y celeridad procesal y procederse a emitir pronunciamiento en sede de instancia sobre la procedibilidad y fundabilidad de las excepciones y defensas previas.

Se **DISPONGA** la publicación en el diario oficial El Peruano; en el proceso de conocimiento seguido por Giovanna Angélica Quiroz Villaty y Otros contra Minera Yanacocha S.R.L. y Otros sobre indemnización de daños y perjuicios. **Vocal ponente señor Ticona Postigo.**

**SS.**

ANTONIO PAJARES PAREDES  
HUGO SIVINA HURTADO  
VÍCTOR LUCAS TICONA POSTIGO  
JORGE ALFREDO SOLÍS ESPINOZA  
JACINTO JULIO RODRÍGUEZ MENDOZA  
JOSÉ LUIS LECAROS CORNEJO

**María del Carmen Rita Gallardo Neyra**  
Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia de la República

## PLENO CASATORIO - VOTO EN MINORÍA

### Casación Nº 1465-2007-Cajamarca

<b>Demandantes:</b>	Giovanna Angélica Quiroz Villaty; Walter Steve Cuenca Quiroz; Euler Jonathan Mendoza Quiroz y José Ronny Mendoza Quiroz.
<b>Demandados:</b>	Empresa Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S.A. y Arturo Blanco Bar.
<b>Materia:</b>	Indemnización por daños y perjuicios.
<b>Proceso:</b>	Conocimiento.

### Sumario:

#### I.- DEL PROCESO.

- 1.- Demanda.
- 2.- Contestación.

#### II.- DE LAS EXCEPCIONES.

- 1.- De la demandada Minera Yanacocha S.R.L. (fojas 248)
- 2.- De la denunciada civil Ransa Comercial S.A. (fojas 752)
- 3.- Del litisconsorte necesario pasivo Esteban Arturo Blanco Bar. (fojas 1173).
- 4.- Resolución de Excepciones.

#### III.- PARTES DE LA RESOLUCIÓN DE VISTA IMPUGNADAS EN EL RECURSO DE CASACIÓN.

Extremos del auto de vista que son materia de recurso de casación.

#### IV.- CAUSALES DEL RECURSO Y SUS FUNDAMENTOS.

#### V.- CONSIDERACIONES PREVIAS.

- 1.- Motivación y argumentación jurídica.

- 2.- De los fines de la casación.
- 3.- De la Doctrina Jurisprudencial.
- 4.- El derecho de contradicción y los medios de defensa.
- 5.- De los presupuestos procesales y las condiciones del ejercicio válido de la acción.
- 6.- De las defensas de forma y las defensas de fondo.

**VI.- LÍNEAS JURISPRUDENCIALES CONTRADICTORIAS DE LAS SALAS CIVILES DE LA CORTE SUPREMA.**

- 1.- Razón de relatoría y convocatoria al Pleno Casatorio.
- 2.- Criterio jurisprudencial de la Sala Civil Permanente.
- 3.- Criterio jurisprudencial de la Sala Civil Transitoria.

**VII.- FUNDAMENTOS SOBRE LA EXCEPCIÓN DE CONCLUSIÓN DEL PROCESO POR TRANSACCIÓN.**

- 1.- Sobre la transacción.
- 2.- Clases de transacción.
- 3.- Efectos distintos según se trate de transacción extrajudicial o de transacción judicial.
- 4.- Diferencias entre la Transacción y la Cosa Juzgada.
- 5.- De la excepción de conclusión del proceso por transacción.
- 6.- De la razonabilidad de los derechos fundamentales de acción y contradicción.
- 7.- De la aparente antinomia de las normas procesales y sustantivas sobre la excepción de transacción.
- 8.- Criterio de nuestra jurisprudencia sobre la excepción de transacción judicial como defensa de forma.
- 9.- De la inaplicabilidad de la doctrina de los Actos Propios al presente caso.
- 10.- Del Informe Defensorial N° 62 sobre el caso sub materia.

**VIII.- FUNDAMENTOS SOBRE LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR DE LA PARTE DEMANDANTE.**

- 1.- La falta de legitimidad para obrar como excepción.
- 2.- Conclusiones sobre la excepción de falta de legitimidad para obrar activa.

**IX.- DE LA CAUSAL PROCESAL CASATORIA Y EL REENVÍO.**

**X.- DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA CASATORIA.**

**XI.- DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PLENO CASATORIO.**

**XII.- RESOLUCIÓN.**

**Corte Suprema de Justicia de la República  
Pleno Casatorio Civil**

(Publicado en el diario oficial El Peruano el 22 de agosto de 2009)

**SENTENCIA DEL PLENO CASATORIO****Casación N° 2229-2008-Lambayeque**

**Demandantes:** Rafael Agustín Lluncor Castellanos y Gladys Filomena Lluncor Moloche.

**Demandados:** Guillermo Cepeda Villarreal; María Emilia Yzaga Pérez; Guillermo Cepeda Yzaga; María Emilia Cepeda Yzaga; María del Pilar Cepeda Yzaga; Rodrigo Cepeda Yzaga; Hugo Jesús Alberto Arbulú Arbulú; Otilia Arbaiza Aguinaga; Delia Marcela Arbulú Arbulú; Marco Antonio Burga Bravo; Leopoldo Edgardo Arbulú Arbulú y Silvia Ortega Ortega.

**Materia:** Prescripción adquisitiva de dominio.

**Vía procedimental:** Proceso Abreviado.

**Sumario:**

- I.- Introducción.
- II.- Materia del recurso.
- III.- Fundamentos del recurso.
- IV.- De la convocatoria al Pleno Casatorio.

**V.- Consideraciones.**

- A.- De la contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso.
  - a.1.- El debido proceso: Aspecto formal y sustancial.
  - a.2.- De la motivación de las resoluciones.
  
- B.- De la posesión, la propiedad y otras instituciones afines.
  - b.1.- La Posesión.
  - b.2.- Formas de adquirir la posesión.
  - b.3.- La coposesión.
  - b.4.- Clases de posesión.
    - b.4.1.- Posesión mediata e inmediata.
    - b.4.2.- Servidor de la posesión.
  - b.5. La propiedad.
  - b.6.- Derecho de habitación.
  - b.7.- Derecho de uso y arrendamiento.
  - b.8.- Usucapión: Fundamentos y efectos.
  - b.9.- Situación jurídica material y procesal de los demandantes.
  
- C.- De la interpretación errónea de una norma de derecho material.
  
- D.- De la inaplicación de normas de derecho material.

**VI.- Conclusiones.****VII.- Fallo.**



**SENTENCIA DICTADA POR EL PLENO CASATORIO CIVIL REALIZADO  
POR LA SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
DE LA REPÚBLICA DE PERÚ**

**Casación N° 2229-2008-Lambayeque**

En la ciudad de Lima, Perú, a los veintitrés días del mes de octubre de dos mil ocho, los señores vocales supremos, reunidos en sesión de Pleno Casatorio, por unanimidad han expedido la siguiente sentencia, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 400º del Código Procesal Civil.

Vista que fue la causa en audiencia pública del Pleno Casatorio de fecha dieciocho de septiembre del año en curso; oídos que fueron los informes orales de los abogados de ambas partes: discutida y deliberada que fue la causa, **SE RESUELVE:**

**I.- INTRODUCCIÓN**

1.- A fojas ciento veinte a ciento veintiséis corre la demanda interpuesta por Rafael Agustín Lluncor Castellanos y Gladys Filomena Lluncor Moloche contra Guillermo Cepeda Villarreal; María Emilia Yzaga Pérez; Guillermo Cepeda Yzaga; María Emilia Cepeda Yzaga; María del Pilar Cepeda Yzaga; Rodrigo Cepeda Yzaga; Hugo Jesús Alberto Arbulú Arbulú; Otilia Arbaiza Aguinaga; Delia Marcela Arbulú Arbulú; Marco Antonio Burga Bravo; Leopoldo Edgardo Arbulú Arbulú y Silvia Ortega Ortega.

El petitorio de la demanda está dirigido a que se les declare, vía prescripción adquisitiva de dominio, propietarios del inmueble sito en la calle Manuel María Ízaga número setecientos sesenta y nueve, Chiclayo.

2.- Manifiestan que en el año 1943, don Rafael Lluncor Castellanos entró en posesión del inmueble en litigio, conocido entonces como calle María Ízaga N° 126, la cual se identifica ahora con el N° 769, posesión que le entregó María Eugenia Ízaga de Pardo, ya fallecida, en reconocimiento de los servicios laborales que le prestaba. Acota que en dicho inmueble nacieron sus hijos, manteniendo hasta la fecha la posesión del mismo y conduciéndolo como propietario en forma continua, quieta, pacífica y de buena fe por más de sesenta años, siendo el único patrimonio con el que cuenta, habiendo realizado innovaciones en el predio a raíz de

la ampliación de la calle María Ízaga, teniendo en la actualidad un área total de 31.51 metros cuadrados.

- 3.- Finalmente señalan los accionantes que los que aparecen como titulares registrales del predio en litigio nunca lo han ocupado, por el contrario en forma “ladina y punible” los demandados Arbulú Arbulú incluyeron el predio en litigio dentro de propiedad signada en la Calle siete de enero.
- 4.- Admitida a trámite la demanda se corre traslado a los emplazados, siendo contestada a fojas doscientos cinco por Hugo Jesús Arbulú Arbulú, quien señala que los demandantes saben que el bien materia de litigio tiene propietario y que carecen de justo título, habiendo recibido los descendientes la propiedad de dicho predio, por lo que es falso que los accionantes hayan ejercido algún derecho de propiedad sobre el bien inmueble; asimismo, el recurrente tiene mejor derecho de propiedad sobre el inmueble que la familia Cepeda Yzaga por estar inscrito su derecho con mayor antigüedad y que los demandantes vienen ocupando el inmueble por haber suscrito un contrato de arrendamiento con el representante del señor Guillermo Cepeda Yzaga.
- 5.- A fojas cuatrocientos quince, se apersona Guillermo Cepeda Yzaga, representado por Luis Gómez Pereda y Carlos Gómez Paredes, solicitando se declare infundada la demanda, puesto que los accionantes poseen el inmueble a título de arrendatarios y no de propietarios, por ende no pueden adquirir la propiedad del bien vía prescripción adquisitiva de dominio, siendo los actuales propietarios los hermanos Guillermo, María, Emilia, María del Pilar y Rodrigo Cepeda Yzaga, los que han ejercido tal derecho sobre le [sic] inmueble, habiendo obtenido la rectificación judicial del área del predio. Asimismo, el año mil novecientos noventa y ocho iniciaron proceso de desalojo por falta de pago contra los demandantes, proceso que concluyó por conciliación extraprocésal, al haber cancelado los recibos de alquiler hasta julio del año dos mil uno.
- 6.- Mediante sentencia del 1 de junio de 2006 (fojas 614) se declaró infundada la demanda interpuesta por los accionantes, dado que de lo actuado en el proceso acompañado sobre rectificación de área (expediente 1457-2000), se aprecia que en la Audiencia de Pruebas del 25 de septiembre de 2000 (fojas 202 a 205 del citado proceso) el ahora demandante reconoció que ocupaba el inmueble sito en Calle Manuel María Ízaga N° 769 como inquilino, precisando que ello ocurre desde hace más de cuarenta años. Siendo así, se concluyó que no concurría

el requisito de poseer a título de dueño, toda vez que el demandante reconoció a un titular dador de la posesión, imposibilitando que su posesión pueda presumirse que es a título de propietario, por existir una relación de poseedor mediato a inmediato; además, se concluyó que tampoco podía sostenerse que la posesión del demandante era a título de dueño, toda vez que conocía del proceso de rectificación de área que, a título de propietarios del predio en litigio, iniciaron los hermanos Cepeda Yzaga ante el Segundo Juzgado Civil de Chiclayo.

En relación a la codemandante Gladys Filomena Llúncor Moloche, el *A quo* estableció que en su condición de hija, en realidad es una servidora de la posesión y como tal, conforme al artículo 897º del Código Civil, no es poseedora y, por tanto, tampoco puede adquirir un bien por prescripción.

- 7.- La sentencia aludida fue apelada únicamente por la codemandante Gladys Filomena Llúncor Moloche, en atención a lo cual la Primera Sala Civil de Lambayeque<sup>124</sup>, mediante sentencia de vista del 25 de octubre de dos mil seis (fojas 735), declaró nula la sentencia apelada en el extremo que declaró infundada la demanda interpuesta por Gladys Filomena Llúncor Moloche, ordenando que el *A quo* emita nueva sentencia. toda vez que en ella se había determinado que la apelante tenía la condición de “servidora *de la posesión*”, situación que no fue expuesta como fundamento de la contestación de demanda ni fue fijada como punto controvertido, por lo que se imposibilitó la defensa en cuanto a dicha imputación, infringiéndose el inciso 3 del artículo 122º del Código Procesal Civil.

El Colegiado dejó establecido que lo resuelto en primera instancia respecto al señor Rafael Agustín Llúncor Castellanos no podía ser objeto de pronunciamiento en razón de que éste no había apelado la sentencia y por tanto ésta tenía la calidad de Cosa Juzgada, por lo que la nulidad versaba únicamente en lo que concernía a la apelante.

- 8.- Devueltos que fueron los autos al juzgado de origen, Cuarto Juzgado en lo Civil de Lambayeque, mediante resolución número cincuenta y cuatro, del 30 de enero de 2007, dicta nueva sentencia declarando infundada la demanda, al considerar, entre otros aspectos, que quien ejerce realmente la posesión es el señor Rafael Lluncor Moloche y no su hija codemandante, por haber vivido en el inmueble en calidad de tal,

124 El tribunal estaba conformado por los vocales Balcázar Zelada, Zamora Pedemonte y Silva Muñoz, teniendo como ponente a este último.

condición que le impide adquirir el predio por prescripción, dado que no cumple con el requisito de conducirse como propietaria como lo señala el artículo novecientos cincuenta del Código Civil. Además, lo pretendido por los demandantes implicaría crear la singular figura de dos poseedores en forma paralela y universal de un mismo bien, ambos con derechos independientes, con la facultad de iniciar, cada cual por su lado procesos de prescripción, pretensión que resultaría manifiestamente improcedente.

- 9.- Apelada que fuera la citada resolución, la Primera Sala Civil de Lambayeque<sup>125</sup>, mediante sentencia de vista del 25 de enero del 2008, confirma la alzada en todos sus extremos, sustentándose en los mismos fundamentos de la recurrida y acotando que el acto de posesión, como propietario, debe ser de manera exclusiva y con el carácter de excluyente, por lo que no puede concurrir en paralelo otro acto de posesión también como propietario del otro peticionante, habiéndose pronunciado sobre este hecho la Corte Suprema en la Casación N° 3140-2000, del 20 de marzo de 2001, en la cual se indicó que de acuerdo al artículo 950º del Código Civil, la propiedad inmueble se adquiere por prescripción, cuando la posesión sea exclusiva y como propietaria por parte de quien demanda la prescripción, por lo que cuando la posesión es compartida con otra persona natural o jurídica, resulta evidente que no hay una posesión exclusiva y como propietario; en consecuencia, a criterio de la Sala Superior, la demanda no resultaba atendible, toda vez que la codemandante no estaba ejerciendo la posesión como sucedánea de su padre sino en conjunto con él.

Dicha resolución es la que vino en Recurso de Casación por la demandante Gladys Filomena Lluncor Moloche conforme se procede a describir a continuación respecto a los fundamentos esgrimidos por la parte impugnante.

## **II.- MATERIA DEL RECURSO**

Se trata del recurso de casación interpuesto por doña Gladys Filomena Lluncor Moloche, contra la sentencia de vista de fojas ochocientos treinta y tres a ochocientos treinta y cuatro, expedida el 25 de enero de 2008, por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

---

125 En esta oportunidad el colegiado estuvo integrado por los vocales Balcázar Zelada, Peralta Cueva y De la Cruz Ríos, siendo ponente el primero de los nombrados.

### **III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO**

Por resolución del 3 de julio de 2008, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, se declaró procedente el recurso de casación por las causales previstas en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 386º del Código Procesal Civil, al haberse satisfecho los requisitos de fondo regulados por los incisos 2.1, 2.2 y 2.3 del artículo 388º del mismo cuerpo legal, por los fundamentos siguientes:

#### **1.- Contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso**

Señala la impugnante que la recurrida infringe las reglas del silogismo jurídico y de la inferencia, pues se ampara en una sentencia de casación para establecer que la posesión debe ser exclusiva, cuando ello no se verifica de las premisas del artículo 950º del Código Civil; se usurpa la función del legislador al haber modificado dicho dispositivo legal introduciendo un requisito ajeno e incurre en ese razonamiento al hacerlo depender de una sola ejecutoria que no es doctrina jurisprudencial de acuerdo a los términos previstos por el artículo 400º del Código Procesal Civil, por lo que el artículo 22º de la Ley Orgánica del Poder Judicial no puede prevalecer sobre la precitado norma.

#### **2.- Interpretación errónea del artículo 950º del Código Civil**

Indica la recurrente que al crearse un nuevo requisito legal, que implica una restricción al derecho de prescribir y transgrede el principio constitucional de no discriminación y vulnera por omisión el artículo 899º del Código Civil que confiere estatus de derecho sustantivo a la coposesión, según los comentarios de los juristas que cita y propone como interpretación correcta, que el artículo 950º del citado cuerpo sustantivo, señala que la posesión debe reunir tres caracteres: continua, pacífica y pública y que no excluye del derecho de prescribir un inmueble al coposeedor.

#### **3.- La inaplicación de normas de derecho material**

Manifiesta la impugnante que se ha inaplicado el artículo 899º del Código Civil el cual regula el instituto de la coposesión y representa la fuente legitimadora de su derecho.

### **IV.- DE LA CONVOCATORIA AL PLENO CASATORIO**

1.- Mediante la misma resolución que declara procedente el recurso de Casación, la Sala Civil Permanente, dispuso remitir los actuados al señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República para que se

sirva convocar a Pleno Casatorio de conformidad con lo dispuesto por el artículo 400º del Código Procesal Civil, a fin que se constituya doctrina jurisprudencial sobre el caso materia de autos.

- 2.- Por Resolución Nº 01-2008-I-Pleno Casatorio-P-CS-PJ, del 07 de agosto de 2008, publicada en el diario oficial El Peruano el 28 del mismo mes y año, la Presidencia del Poder Judicial, de acuerdo a lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 400º del Código Procesal Civil, convoca a sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República para llevar a cabo la vista de la causa del presente proceso, la misma que se realizó el 18 de septiembre de 2008, habiendo sido designado como Vocal ponente el señor Manuel Sánchez-Palacios Paiva.

## **V.- CONSIDERACIONES**

- 1.- Habiéndose invocado vicios *in iudicando* e *in procedendo* como fundamentación de los agravios y atendiendo a sus efectos, es menester realizar primero el estudio de la primera causal (de acuerdo orden mencionado en el auto que califica el recurso interpuesto), dados los alcances de la decisión, pues en caso de ampararse la misma, esto es si se declara fundada la Casación por dicha causal, deberán reenviarse los actuados a la instancia de origen para que proceda de acuerdo a lo resuelto, no teniendo objeto pronunciarse en lo que concierne a la causal de interpretación y aplicación de normas materiales.
- 2.- El asunto a dilucidarse en este proceso se centra en esclarecer si se ha incurrido en un errado razonamiento al momento de fundamentar la segunda sentencia de mérito, así como el haber incurrido en errónea interpretación de una norma de derecho material e inaplicado otra que resultaba pertinente al caso de autos.

Para tal cometido se hace necesario tener como puntos de debate o análisis las instituciones jurídicas de la posesión, la propiedad y la usucapión en el ámbito del derecho sustancial, en tanto que como cuestión procesal se abordará el debido proceso, la motivación de las resoluciones judiciales y la figura del litisconsorcio necesario activo.

## **A. DE LA CONTRAVENCIÓN A LAS NORMAS QUE GARANTIZAN EL DERECHO A UN DEBIDO PROCESO**

- 3.- Conforme a lo alegado por la recurrente, se acusa en la sentencia de vista que se ha incurrido en contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso por presentar una motivación

insuficiente, contraponiéndose al principio de la debida motivación legal, puesto que se ha sustentado en una sentencia casatoria que no tiene fuerza vinculante de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 22º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), además de haberse concluido, de manera contraria al texto expreso del artículo 950º del Código Civil, que la posesión debe ser exclusiva, cuando en las premisas de dicha norma no se exige tal requisito.

### **a.1. El debido proceso: aspecto formal y sustancial**

- 4.- Con antecedentes que se remontan hasta el siglo XIII, la garantía constitucional del debido proceso –aún sin esa nomenclatura cuando en 1215 la Carta Magna del rey Juan Sin Tierra otorgó a los nobles ingleses la garantía de que: *“ningún hombre libre podrá ser apresado, puesto en prisión ni desposeído de sus bienes, costumbres y libertades, sino en virtud del juicio de sus pares, según la ley del país”* (cláusula 48)– es reconocida en nuestra legislación en el artículo 139º, inciso 3, de la Constitución Política del Estado.
- 5.- De su inicial concepto como garantía procesal de la libertad (*procedural limitation*) el debido proceso ganó profundidad y extensión desde fines del siglo XIX, hasta llegar a constituirse en una garantía de fondo (*general limitation*), garantía sustantiva y patrón de justicia<sup>126</sup> reconocida en los principales pactos y tratados internacionales, entre los que cabe destacar los artículos 8º y 10º de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, artículo 6º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y artículo 14º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

### **a.2. De la motivación de las resoluciones**

- 6.- El tema de la motivación de las sentencias y de las resoluciones en general, como es sabido, no ha tenido una alongada práctica en el mundo jurídico, sino que la misma ha sido una conquista de la ciudadanía prácticamente a finales del siglo XVIII, si bien es cierto que en nuestra tradición jurídico castellana tenemos antecedentes históricos en cuanto a la exigencia de la motivación de las sentencias, ese no fue el talante de todos los ordenamientos jurídicos europeos.

126 Cf. Linares, Juan Francisco, *“Razonabilidad de las Leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina”*, Buenos Aires, 1970, pp. 15-22.

- 7.- En efecto, la obligación de motivación de las sentencias es el resultado de una larga y conflictiva evolución histórica<sup>127</sup>, puesto que los reinos europeos, fieles a los principios del *ius commune* no tenían por función motivar sus sentencias, dado que la actividad de juzgar era una tarea reservada a la nobleza, por lo que el fundamento y respaldo de la actividad de un juez se encontraba en su prestigio social, además que tal comportamiento se debía, también, a la Decretal *Sicut Nobis* de Inocencio III dictada el año 1199, de cuyo texto los comentaristas dedujeron el principio de derecho común según el cual *iudex non tenetur exprimere causam in sententia*<sup>128</sup>.
- 8.- Empero, tal uso judicial, de la no motivación, no fue de general proceder en todos los reinos europeos, dado que en algunos casos se hacía excepciones a tal regla, siendo ejemplo emblemático de ello el reino de Aragón (por el origen contractual de su monarquía), el cual sí se llegó a obligar a los jueces y tribunales a motivar sus sentencias<sup>129</sup>; por lo que en la España tardo medieval [*sic*] coexistieron dos regímenes totalmente diferenciados, por un lado el Castellano que no contemplaba la obligación de motivar las sentencias y por el otro, el Aragonés que sí lo exigía, hasta que se dio la unificación normativa en el siglo XVIII, iniciada con los Decretos de Nueva Planta, lo que se tradujo en la generalización de la prohibición de justificar las sentencia [*sic*] a todo el territorio español<sup>130</sup>.
- 9.- No es sino hasta la llegada de la Revolución francesa cuando se introduce definitivamente la obligatoriedad de fundamentar las sentencias, y se hace a través de la Ley del 24 de agosto de 1790, con la clara intención de someter la actuación del juez a la ley, a diferencia de la antigua forma de actuar del antiguo Régimen, dado que el no motivar

127 Resultan ilustrativos al respecto los sesudos trabajos de: Colomer Hernández, Ignacio, *La motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, Valencia, Tírant lo Blanch, 2003, pp. 60 y ss.; Garriga, Carlos y Marta Lorente. "El juez y la ley: La motivación de las sentencias (Castilla, 1489-España, 1855)". En: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Nº 1, J 997, pp. 97 y ss., e Igartua Salaverría, Juan, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2003.

128 Cf. Colomer Hernández, ob.cit., p. 64.

129 Cf. Garriga y Lorente, ob.cit., p. 101.

130 Cf. Colomer, ob.cit., p. 69.



constituía un elemento esencial para un ejercicio arbitrario del poder por parte de los jueces<sup>131</sup>.

- 10.-** Bien se dice que cuando se empezó a exigir la motivación de las sentencias se perseguía tres funciones esenciales: la primera, tutelar el interés público, porque se concebía la posibilidad de anular la sentencia por notoria injusticia; la segunda, era el permitir a las partes y a la sociedad en general que pudiesen apreciar las [sic] justicia de la sentencia redactada, con el objeto que los destinatarios pudiesen aprehender y valorar lo ajustado a derecho de la sentencia, a efectos de ponderar una posible impugnación de la misma, y la tercera, el expresarse en la sentencia la causa determinante de la decisión, resolvía el problema de saber entre las varias acciones o excepciones formuladas cuáles habían sido acogidas por el juez para condenar o absolver<sup>132</sup>.
- 11.-** Nuestro ordenamiento legal no ha sido ajeno a tal exigencia, puesto que desde los albores de nuestra República, en la Constitución de 1828, ya se estipulaba en su artículo 122º que los juicios civiles deberían ser públicos, los jueces deliberarían en secreto, pero las sentencias serían motivadas y se pronunciaban en audiencia pública. Garantía ésta que se ha mantenido incólume hasta nuestros días; es más, ha tenido un mayor espectro de aplicación como toda garantía dentro de un Estado Constitucional y Social de Derecho, por lo que el inciso 5 del artículo 139º de nuestra actual Constitución prescribe que es un principio de la función jurisdiccional 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<sup>133</sup>.

131 Ibídem, pp. 65-66. Bien se dice respecto a la discrecionalidad que "... es muy importante recordar que la presencia creciente de discrecionalidad ni proporciona inmunidad ni es equivalente a una toma de decisiones arbitraria, por el contrario, su existencia, correlativa al cambio de funciones operado por muchos sistemas jurídicos es, antes que nada, un desafío para la existencia de controles jurídicos y sociales críticos e inescindible de la exigencia de mayores cuotas de responsabilidad por quienes son titulares de un poder de decisión". Cf. Añón, José María, "Notas sobre la discrecionalidad y legitimación", en: Doxa, Nºs 15 - 16, 1994, p. 902.

132 Cf. Colomer, ob.cit., p. 65.

133 Se dice que: "Entendida como instrumento para evitar la arbitrariedad del poder, la motivación adquiere, además, una particular importancia merced a la evaluación que ha conocido el Estado de Derecho en el constitucionalismo, un modelo de Estado que encuentra su legitimidad (externa) en la protección de los individuos y sus derechos, y que, al consagrar esos derechos en el nivel jurídico más alto, la Constitución, condiciona también la legitimidad (interna) de los actos del poder a la protección de esos derechos. La motivación cobra entonces una dimensión político-jurídica garantista, de tutela de los derechos". Cf. Gascón Abellán, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2a ed., Barcelona Marcial Pons, 2004, p. 192.

- 12.- En ese mismo sentido se pronuncian el artículo 12º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y el artículo 122º del Código Procesal Civil, textos normativos que señalan los requisitos esenciales para la validez de toda resolución judicial, puesto que su incumplimiento acarrea la nulidad de la misma, puesto que de otro modo no es posible que sean pasibles de cuestionamiento por parte de quienes se sientan afectados con las decisiones adoptadas por los jueces.
- 13.- Ahora bien, en doctrina se suele mencionar que la función de la motivación puede ser en su dimensión endoprocesal o en su dimensión extraprocesal; se dará la primera cuando esté encaminada a permitir un control técnico jurídico de la decisión judicial, que sucesivamente desarrollarán los litigantes (control privado) y los órganos jurisdiccionales superiores (control institucional); en tanto que la segunda engloba el conjunto de funciones que cumple la motivación fuera del ámbito del proceso, dado que hace referencia a las consecuencias e impacto que el dictado de una resolución jurisdiccional tiene a nivel social<sup>134</sup> puesto que, como dice Igartua Salaverría, ni las partes, ni sus abogado, ni los jueces que examinan los recursos agotan el destino de las motivaciones de las sentencias, dado que estas también van dirigidas al público<sup>135</sup>.

En suma, motivar significa indicar el motivo por el que ha sido dictada una decisión, por lo que siendo obligación de los jueces dictar decisiones que sean conformes al derecho, se debe presumir que el motivo por el que ha sido dictada una determinada decisión, en vez de otra distinta, consiste en que el juez que la ha dictado de tal modo, considera que la misma es conforme con el derecho. Por lo tanto, cuando el derecho establece que el juez que dicta una decisión debe motivarla, lo que le está exigiendo es que indique el motivo por el que él considera que dicha decisión es conforme al derecho<sup>136</sup>.

- 14.- A nivel doctrinario se acepta que la motivación de las sentencias cumple múltiples finalidades, así por ejemplo: **a)** Permite el control de la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo de este modo con el requisito de publicidad esperado; **b)** Hace patente el sometimiento del juez al imperio de la ley; **c)** Logra el convencimiento de las partes sobre la justicia y corrección de la decisión judicial, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo

134 Cf. Colomer, ob.cit., p. 124.

135 Cf. Igartua Salaverría, ob.cit., p. 24.

136 Cf. Hernández Marín Rafael, *Las obligaciones básicas de los jueces*, Barcelona Marcial Pons, 2005, p. 145.

su razonabilidad, al conocer el porqué concreto de su contenido; **d)** Permite la efectividad de los recursos por las partes; y **e)** Garantiza la posibilidad de control de la resolución judicial por los tribunales superiores que conozcan de los correspondientes recursos<sup>137</sup>.

Finalmente, se ha expresado que no se trata de exigir a los órganos jurisdiccionales una argumentación extensa exhaustiva o pormenorizada que vaya respondiendo, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, ni impedir la fundamentación concisa o escueta que en cada caso estimen suficiente quienes ejercen la potestad jurisdiccional, ya que la exigencia de motivación no implica necesariamente una contestación judicial expresa a todas y cada una de las alegaciones de las partes<sup>138</sup>.

- 15.-** Ahora, ingresando específicamente al fundamento del recurso de Casación en lo concerniente a la causal por vicio *in procedendo*, se acusa a la Sala Superior de contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso por presentar una motivación insuficiente, contraponiéndose al principio de la debida motivación legal, puesto que se ha sustentado en una sentencia casatoria que no tiene fuerza vinculante de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 22º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), con el fin de confirmar la sentencia apelada que desestima la demanda, además de haberse concluido, de manera contraria al texto expreso del artículo 950º del Código Civil, que la posesión debe ser exclusiva, cuando en las premisas de dicha norma legal no se exige el cumplimiento de tal requisito, por no estar contemplado en su texto.
- 16.-** Los interrogantes que prorrumpen de lo expuesto son: *¿La discrepancia de criterios es fuente de afectación del debido proceso?, igualmente ¿la interpretación errónea de una norma, material vulnera la exigencia de la motivación de las resoluciones judiciales?, ¿el acierto o desacierto en una decisión jurisdiccional afecta el derecho a un debido proceso?*
- 17.-** Con relación a la primera cuestión, evidentemente que la discrepancia de criterios entre los órganos resolutores no puede dar pie a considerar que se ha afectado el debido proceso, puesto que, precisamente, las decisiones judiciales se sustentan en criterios jurisdiccionales; ergo,

137 Cf. Chamorro Bernal, Francisco, *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1º de la constitución*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 205; y, Picó i Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, Bosch, 1997, p. 64.

138 Cf. Picó i Junoy, ob.cit., p. 81.

el hecho que se haya aplicado tal o cual norma y que la misma haya sido interpretada de una manera diferente a la esperada por la parte interesada, *prima facie* no puede colegirse que se haya afectado el debido proceso, puesto que para eso existen los medios impugnativos previstos por ley y en todo caso el órgano revisor revocará la decisión cuestionada si es que no comparte los criterios allí expuestos.

Por lo tanto, la disconformidad en la apreciación de los hechos o en la calificación jurídica no puede, de ningún modo, considerarse como un medio de afectación al debido proceso.

- 18.-** En lo tocante a la segunda y tercera preguntas [*sic*]; en primer lugar debe dejarse sentado el hecho que la interpretación errónea de una norma de derecho material es causal de casación específica en nuestro ordenamiento procesal, la misma que también ha sido denunciada por la recurrente, por lo que mal puede alegarse el mismo argumento para sustentar la afectación al debido proceso, dado que el tratamiento procesal es diferente para una y otra denuncia. En segundo término, se sostiene que la interpretación del artículo 950º del Código Civil evidenciaría una motivación insuficiente, aserto éste que deviene en inasible, toda vez que en el fondo se estaría reclamando que no ha existido una tutela judicial efectiva, pero este derecho se define o conceptúa como uno dirigido a la obtención de una resolución judicial fundada, sin incluirse en él un derecho al acierto de los órganos jurisdiccionales en la aplicación o interpretación de la legalidad<sup>139</sup>; en consecuencia, cuando se analiza la debido [*sic*] motivación no se ingresa a cuestionar si una norma fue bien o mal interpretada o aplicada, sino si es que el juzgador ha sustentado las razones por las cuales considera que esa o esas normas legales deben sustentar su fallo, por lo que su pertinencia o no en el caso concreto será materia de análisis en las otras denuncias casatorias.
- 19.-** Sobre la invocación de la Casación N° 3140-2000 por la Sala Superior para confirmar la apelada, sin duda que la misma resulta impertinente a la presente litis, puesto que de la lectura de la misma se verifica que los hechos y la materia de controversia son totalmente diferentes al caso sometido a la presente casación, además de no ajustarse dicha resolución suprema a lo preceptuado por el artículo 22º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), dado que, en ninguna parte de su texto se indica que lo decidido tenga efecto vinculante en materia

139 Esta también es la posición que se manifiesta jurisprudencialmente en España por todo conviene consultar la obra ya citada de Picó i Junoy, p. 65.

civil, esto es, que a través de ella se estén estatuyendo principios jurisprudenciales<sup>140</sup>.

En efecto, en el citado proceso judicial, la parte que actuaba como demandante (pretendiendo la usucapión) poseía el inmueble conjuntamente con su contraparte (contra quien pretendía usucapir). En otros términos, un coposeedor intentaba ser declarado propietario vía prescripción adquisitiva de dominio en desmedro de su similar, hecho radicalmente diferente al que es materia del presente caso.

- 20.-** Ahora bien, ¿este dislate cometido por el tribunal superior puede dar lugar a casar la sentencia por indebida motivación?, consideramos que no es viable, no porque el *Ad quem* no haya incurrido en evidente desatino en otorgarle un efecto vinculante a una resolución que no tiene tal calidad, sino que este Pleno Casatorio debe analizar los efectos prácticos (trascendencia del agravio denunciado) que conllevaría el anular la sentencia de vista por esa sola formalidad; esto es, si la nulidad a declararse (como efecto de la casación) haría que el sentido del fallo se vea sustancialmente modificado, de otro modo no tendría razón de ser, que luego de casada la de vista se vuelva a resolver en el mismo sentido.
- 21.-** Desde nuestro punto de vista la referencia que hace la Sala Superior a la citada Casación no se configura como un elemento basilar de la sentencia recurrida, sino que la usa como argumento de autoridad; razón por la que, aún en el hipotético caso que no la hubieran mencionado siquiera, los demás considerandos de la sentencia se explican por sí solos (al margen de si se comparte o no los criterios expuestos en ellos), habida cuenta que se sostienen autónomamente y no son dependientes de la alusión a la sentencia casatoria. Reiterando, los considerandos restantes no van embretados a la cita que se hace de la aludida sentencia de Casación. Ergo, no siendo sustancial la referencia a la resolución casatoria N° 3140-2000 (por cierto erradamente invocada), no se considera suficiente para dar paso a la denuncia planteada por la recurrente.

En suma, la causal de contravención al debido proceso no ha prosperado de acuerdo a las razones precedentemente expuestas, por lo que debe ser desestimada; debiéndose pasar al estudio de las siguientes causales que sustentan el recurso de Casación.

140 Hay que dejar constancia que existen errores en la numeración de los considerandos en la sentencia de vista, puesto que luego del cuarto considerando debía seguir, por lógica, el quinto y así sucesivamente, lo que no ha ocurrido dado que se ha consignado *sexto, quinto, sexto, sétimo y octavo*, errores que no resultan relevantes para el análisis de la citada sentencia, toda vez que se advierte que los párrafos guardan una relación consecutiva.

Como quiera que en el presente caso no sólo se viene discutiendo la calidad de poseedores de los accionantes, sino también de usucapientes, consideramos necesario abordar someramente algunas cuestiones relacionadas con las instituciones jurídicas de la posesión y de la propiedad.

### **b.1. La posesión**

22.- Como referente legislativo básico en nuestro ordenamiento civil tenemos que el artículo 896º nos trae una idea de lo que es la posesión, cuyo texto es el siguiente: “**Artículo 896º**”: La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad”.

Pues bien, como comenta Jorge Eugenio Castañeda, la posesión es el poder o señorío de hecho<sup>141</sup> que el hombre ejerce de una manera efectiva e independiente sobre las cosas, con el fin de utilizarlas económicamente;

141 No pretendemos ingresar a debatir sobre el tema pero es pertinente mencionar que a nivel doctrinario se han suscitado amplias discusiones sobre la doble naturaleza de la posesión, como HECHO o como DERECHO o ambos a la vez, que en palabras de García Valdecasas: “Ni siquiera en el Derecho romano es posible negar radicalmente la doble significación. En él -como el mismo Windscheid reconoce- se da lugar a las consecuencias jurídicas de la posesión en ciertos casos en que no existe el hecho de la posesión; no obstante la cual, las fuentes dicen que existe ‘possessio’. Si, pues, la palabra posesión tiene esa doble significación, es decir, si con ella se designan dos objetos de distinta naturaleza, tendremos que admitir con Savigny que la posesión es al mismo tiempo hecho y derecho. Con esta advertencia, sin embargo, que al hablar de la doble naturaleza de la posesión, no pensamos que el hecho sea al mismo tiempo derecho, sino que tanto uno como otro son elementos integrantes de la posesión en la forma y con las peculiaridades que hemos indicado al examinar la conexión existente entre ellos”. Cf. García Valdecasas, Guillermo, “La doble naturaleza de la posesión”, en: Anuario de Derecho civil, Madrid, T. VII, 1954, p. 817. De manera parecida se sostiene por otro autor que el problema debe resolver en el sentido de que la posesión es en su origen un hecho, una relación fáctica, una relación de señorío sobre la cosa; pero que a ese hecho el ordenamiento jurídico vincula consecuencias jurídicas importantes. Cf. Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil, volumen III. Derecho de las cosas y derecho inmobiliario registral*, reimposición de la 6ª ed., Madrid, Tecnos, 1998, p. 102. También resulta sumamente ilustrativa la exposición y contrastación de ideas que hace Hernández Gil en cuanto a la naturaleza jurídica de la posesión, vid: Hernández Gil, Antonio, *La posesión como institución jurídica y social*, obras completas, T. II, Madrid, Espasa-Calpe, 1987, pp. 32-46. Tampoco puede dejarse de lado la mención a las obras capitales de Savigny y Ihering, ambas impecablemente reimpresas últimamente. Del primero ver: *Tratado de la posesión según los principios del Derecho romano por M.F. C. de Savigny*, edición y estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 2005, p. 19; del segundo de los nombrados: *La teoría de la posesión. El fundamento de la protección posesoria*, con traducción y estudio preliminar sobre la vida y obras de Ihering por Adolfo Posada, Madrid, Reus S.A., 2004, y *La voluntad en la posesión, con la crítica del método jurídico reinante*, traducción de Adolfo Posada, Segunda parte de la teoría de la posesión, Madrid, Reus S.A., 2003. En sede nacional, los maestros sanmarquinos Romero y Castañeda, especialistas en la materia, se han decantado por considerar a la posesión como un derecho, siguiendo lo prescrito por el Código Civil de 1936, del cual es símil en su regulación nuestro actual corpus civil. Cf. Romero Romaña, Eleodoro, *Derecho civil. Los derechos reales*, 2º ed. aumentada, T. I, Lima, s/f, p. 74 y Castañeda, Jorge Eugenio, *Los derechos reales*, T. I, cuarta edición, Lima, P. L. Villanueva S. A., 1973, pp. 93-94 y 95.

poder que jurídicamente se protege con la prescindencia de la cuestión de saber si corresponde o no a la existencia de un derecho; más adelante acota que se trata un poder de hecho, del ejercicio pleno o no de las facultades inherente a la propiedad, es decir el *usare, el fruere y el Consumere*<sup>142</sup>.

Ya en el siglo decimonónico Francisco García Calderón señalaba que se llama posesión la tenencia o goce de una cosa o de un derecho, con el ánimo de conservarlo para sí. No debiendo confundirse la posesión con la propiedad, puesto que ésta consiste en el derecho de disponer de las cosas a su arbitrio y la posesión en la mera tenencia, que muchas veces no está acompañada del dominio<sup>143</sup>.

- 23.- Únicamente para efectos ilustrativos, conviene mencionar que sobre la posesión existen las dos teorías clásicas, cuyos exponentes son Savigny y Ihering, para el primero la posesión es el poder que tiene una persona de disponer físicamente de una cosa, acompañado de la intención de tenerla para sí (*animus domini, animus rem sibi habendi*). Sin el elemento volitivo, la posesión es simple detención, la intención es simplemente un fenómeno psíquico, sin repercusión en la vida jurídica. Esta posesión es lo que se ha pasado a denominar la teoría subjetivista de la posesión.

Por su lado, Ihering consideraba la posesión como una relación de hecho, establecida entre la persona y la cosa para su utilización económica. No negaba la influencia de la voluntad en la constitución de la posesión, pero encontraba que su acción no era más preponderante que en cualquier relación jurídica<sup>144</sup>.

- 24.- En palabras de Álvarez-Caperochipi, las discrepancias entre estas dos posiciones se afinan fundamentalmente en el análisis del *animus*; mientras que Savigny, en consonancia con su visión de la posesión como imagen de la propiedad, considera que el *animus* consiste en un *animus domini*, esto es en una voluntad de señorío pleno sobre la cosa, Ihering, desde su perspectiva de la realidad de la posesión, consideraba

142 El autor sigue la definición del tratadista argentino Daniel Ovejero, Cf. Castañeda, Jorge Eugenio, ob.cit., p. 101.

143 Cf. García Calderón Francisco, *Diccionario de la Legislación peruana*, T. II edición facsimilar de la segunda edición de 1879, Lima Grijley, 2003, p. 1559.

144 Cf. Castañeda. J.E., ob.cit., p. 96. también Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial, volumen tercero. Las relaciones jurídico-Reales, el registro de la propiedad, la posesión*, 4ª ed., Madrid, Civitas, 1995, pp. 548-549.

que bastaba un puro *animus possidendi*; lo cual implica afirmar no sólo el valor jurídico de la apariencia, sino también la supremacía (o mejor la realidad) de la apariencia<sup>145</sup>.

En atención a ello, el citado autor opina que lo decisivo en la posesión es ser una apariencia socialmente significativa, que exterioriza (manifiesta) formalmente la propiedad, y a la que se le liga la adquisición, ejercicio y prueba de la propiedad (*traditio*, usucapión, tesoro, frutos, etc.). Es el reconocimiento social de la voluntad inmediata (ejecutiva) decisoria sobre una cosa, es una atribución primaria fundada en la propia complejidad de la fijación de la titularidad plena. No hay que partir de la posesión con una visión individualista (como voluntad preferente), sino desde una visión global que considera el derecho como generador o tutelador de apariencia significativas<sup>146</sup>.

- 25.-** Por todo ello, la posesión cumple una función de legitimación, en virtud de la cual determinados comportamientos sobre las cosas permiten que una persona sea considerada como titular de un derecho sobre ella y pueda ejercitar en el tráfico jurídico las facultades derivadas de aquél, así como que los terceros pueden confiar en dicha apariencia.

De igual guisa, otro de los efectos de la posesión es la posibilidad de su conversión en dominio o en el derecho real de que es manifiestamente exterior mediante la usucapión<sup>147</sup>.

## **b.2. Formas de adquirir la posesión**

- 26.-** Se considera que la posesión se adquiere tanto a título originario como a título derivativo. Es originaria la adquisición cuando se funda en el solo acto de voluntad unilateral del adquirente, en cambio, es derivativa cuando se produce por una doble intervención activa del adquirente y del precedente poseedor y el fenómeno adquisitivo tiene su causa y su origen en la disposición de ese poseedor precedente<sup>148</sup>.
- 27.-** Nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 900º del Código Civil, señala que la posesión se adquiere de manera derivativa (usa el término tradición) u originaria. Esta última se sustentará en el solo acto volitivo

145 Cf. Álvarez Caperochipi, José A., *Curso de derechos reales. Propiedad y posesión*, T. I, Madrid, Civitas, 1986, p. 84.

146 Íd., p. 86.

147 Cf. Díez-Picazo, *Sistema...*, p. 98.

148 Cf. Díez Picazo, *Fundamentos...*, p. 603.



del adquirente, en tanto que la primera requerirá la existencia de un poseedor que entregue la posesión y un segundo que la reciba.

### **b.3. La Coposición**

- 28.-** Normalmente se concibe que la posesión es a título exclusivo, pero también es posible que se dé la figura de la coposición, la misma que se manifiesta cuando varias personas ejercen la posesión sobre el mismo bien en el mismo grado.

Nuestro artículo 899º prevé esta institución jurídica cuando indica que existe coposición cuando dos o más personas poseen un mismo bien conjuntamente.

De ello surge, en palabras de Hernández Gil, que existen dos notas esenciales de la coposición, a saberse: **a)** La unidad del objeto sobre el que ostentan el poder los coposeedores y **b)** La homogeneidad del poder, es decir, de la posesión. No existiendo posesión si el objeto aparece dividido en partes determinadas materialmente y atribuidas a cada sujeto, porque entonces cada parte asume el significado de objeto de una posesión independiente. Acota más adelante que la delimitación material y separada del uso e incompatible con la coposición, puesto que ésta presupone la presencia de varios en uso no dividido, pero sí compartido.

- 29.-** Ahora bien, la indivisión puede ser derivada de la comunidad de bienes y en particular de la copropiedad (cuando existen una titularidad dominial), pero también ésta puede apreciarse como la indivisión de hecho, es decir, con independencia de la existencia o no de un derecho atribuido en régimen de cotitularidad<sup>149</sup>, a lo que se debe agregar que la aludida indivisión no necesariamente está concernida a la imposibilidad material de dividir el bien, sino que al hacerse referencia a tal estado es por una cuestión de hecho, donde no haya exclusión entre un coposeedor (o copropietario) frente al otro en la posesión del bien.
- 30.-** Es importante destacar la exigencia de la existencia “de una misma situación de posesión” para que llegue a constituirse una “coposición”, ya que ello evidencia que insoslayablemente debe existir homogeneidad en la forma en que las personas que postulan ser reconocidos como coposeedores accedieron a dicha situación. En consecuencia, no existirá coposición en aquellos casos en que dos o más personas ocupen

149 Cf. Hernández Gil, Antonio, ob.cit., pp. 131 y 133.

físicamente un bien pero el origen de la particular situación de cada uno de ellos sea diverso.

Es en este contexto que se verifica que no existe impedimento alguno en nuestro ordenamiento legal para que dos o más coposeedores homogéneos puedan usucapir un bien, puesto que la institución jurídica que de ello se originaría sería la de la copropiedad. Se hace especial referencia a la homogeneidad en las posesiones para poder usucapir; dado que de otro modo, si las posesiones son de calidades diferentes, obviamente no se puede decir que existe coposesión.

#### **b.4. Clases de posesión**

**31.-** Nuestro ordenamiento civil nos trae una clasificación de posesiones y sus efectos, como se puede verificar de los artículos 905<sup>o</sup> a 911<sup>o</sup> del Código Civil; siendo que la posesión puede ser mediata o inmediata, legítima o ilegítima esta última se sub clasifica de buena o mala fe, finalmente la posesión precaria, la misma que ha suscitado ardorosos debates a nivel nacional en cuanto a su conceptualización y alcances.

**32.-** La materialización de la posesión se refleja también en la forma de organizar y entender la concurrencia de posesiones, por ello el Derecho alemán concibe la posesión mediata y la inmediata que se disponen superpuestas en concurrencia vertical sobre la cosa, encontrándose en la base la posesión inmediata, que aporta el elemento corporal sobre el que se edifica la pirámide posesoria. En otros términos, el poseedor superior es poseedor por intermediación del sujeto que tiene la cosa, si se prefiere, éste comunica a aquél el *corpus* necesario para elevarlo a la categoría de poseedor<sup>150</sup>.

##### **b.4.1. Posesión mediata e inmediata**

**33.-** Bajo esa línea de ideas y estando en consonancia a la materia debatida en el presente proceso, importa ahondar respecto a la posesión mediata e inmediata contemplada por el artículo 905<sup>o</sup> de nuestro Código Civil.

Conforme a lo expresado por Hernández Gil, la posesión, inmediata es la que se ostenta o tiene a través de otra posesión correspondiente a persona distinta con la que el poseedor mediato mantiene una

150 Cf. Jiménez Horwitz Margarita, "La concurrencia de posesiones en conceptos diferentes sobre una misma cosa: especial referencia al artículo 463<sup>o</sup> del Código Civil". En: *Anuario de Derecho Civil*, Madrid T. II, 1999, p. 613.

relación de donde surge la dualidad (o pluralidad) posesoria, por lo que el poseedor mediato “ostenta” o “tiene” y no “ejerce”, porque en la posesión mediata predomina la nota de la atribución el reconocimiento antes que la del “ejercicio” propiamente dicho. El poseedor mediato no posee por sí solo, requiere el concurso (no para compartir sino para superponerse) de un mediador posesorio, que es el poseedor inmediato. Hay una yuxtaposición vertical y hasta, en cierto sentido, jerárquica de posesiones. Aunque el poseedor inmediato tiene unos poderes directos sobre la cosa (de ahí que sea inmediato), su posición jurídica dentro de la mediación posesoria, viene determinada por otro u otros poseedores (mediatos)<sup>151</sup>.

- 34.- Lo que específicamente se configura como posesión inmediata no puede darse por sí sola, fuera de la mediación; cuando falta ésta, la inmediatividad no es un grado de la posesión, sino simplemente la única forma de poseer. Si para que haya un poseedor inmediato se requiere de un mediato, también el poseedor mediato requiere del inmediato, no siendo concebible una posesión como mediata sin otra inmediata<sup>152</sup>.

#### b.4.2. Servidor de la posesión

- 35.- Otro aspecto de relevancia que se debe abordar es el referido al servidor de la posesión que viene regulado por el artículo 897º del Código Civil, el mismo que no se concibe como poseedor porque ejerce el poder posesorio de otra persona en relación de dependencia o subordinación, dado que actúa por orden, no por poder; no es representante, sino instrumento de la posesión, toda vez que no está en un plano de igualdad con el poseedor sino que está subordinado a éste, por lo que, al no ser poseedor, está privado de las acciones e interdictos posesorios<sup>153</sup>.

En suma, el servidor de la posesión no participa en la posesión ni ésta se desplaza hacia él. El poder efectivo que ejerce sobre la cosa ni es posesorio en cuanto ejercido por él ni incorpora una representación del que ostenta la posesión, toda vez que ésta queda por entero en el otro, en el único poseedor, en el que imparte las instrucciones<sup>154</sup>.

151 Cf. Hernández Gil, ob.cit., p. 111.

152 Ibídem, p. 111, Vid. también Díez-Picazo, *Sistema...*, p. 107.

153 Cf. Ramírez Cruz, Eugenio María, *Tratado de derechos reales*, T. I, 3ra ed., Lima, Rodhas, 2007, p. 404, también Díez-Picazo, ob.cit., p. 671 .

154 Cf. Hernández Gil, ob.cit., pp. 123-124.

#### b.4. La propiedad\*

- 36.- Nuestro Código Civil en su artículo 923º señala que la propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien.

Modernamente se define la propiedad como el señorío más pleno sobre una cosa. Dicho señorío comprende todas las facultades jurídicamente posibles sobre una cosa<sup>155</sup>.

- 37.- Conforme expresan los tratadistas, en las fuentes romanas no se encontraban definiciones de la propiedad, vocablo que proviene del término latino *proprietas*, que a su vez deriva de *proprium*, que significa lo que pertenece a una persona o es propio, por lo que partiendo de dicha idea, se puede decir que la propiedad es el derecho subjetivo que otorga a su titular el poder de gozar y disponer plena y exclusivamente de una cosa<sup>156</sup>.

El romanista español Juan Iglesias comenta que la propiedad es la señoría más general, en acto o en potencia sobre la cosa, por lo que como señoría que es, la propiedad entraña un poder tan amplio, que no es posible reducir a un cuadro la serie de facultades que encierra: derecho de usar, de disfrutar, de enajenar, de reivindicar, etc. En principio, la cosa se somete entera y exclusivamente al dueño, y éste puede traerla, sin cortapisa alguna, a toda clase de destinaciones, dentro de un mundo económico-social que se encuentra siempre en incesante camino. Sin embargo, limitaciones de variada índole le son impuestas por la norma jurídica, para tutela de un interés público o privado, cuando no surgen de la existencia de vínculos o derechos concurrentes como son las servidumbres, prohibiciones de enajenar o de reivindicar, pertenencia de la cosa común (copropiedad), etc. Fuera de tales limitaciones, el propietario puede actuar libremente y tan pronto como desaparecen, la propiedad retorna automáticamente a su estado de plenitud, lo que otros pasan a denominar como la elasticidad de la propiedad<sup>157</sup>.

\* En las consideraciones del presente Pleno Casatorio, publicado en el diario oficial El Peruano, se lee: "b.4. La propiedad"; debiendo decir: "b.5. La propiedad".

155 Cf. Álvarez-Caperochipi, ob.cit., p. 39.

156 Cf. Argüello, Luis Rodolfo, *Manual de Derecho romano. Historia e instituciones*, 10º reimpresión de la 3ª edición, Buenos aires, Astrea, 2004, p. 219.

157 Cf. Iglesias, Juan, *Derecho romano*, 12º ed. revisada, Barcelona, Ariel, 1999, p. 155.

## b.6. Derecho de habitación

- 38.-** De acuerdo a lo normado por el artículo 1027<sup>9</sup> del Código Civil, cuando el derecho de uso recae sobre una casa o parte de ella para servir de morada, se estima constituido el derecho de habitación.

Este es un derecho real en el que el uso del bien se encuentra restringido, dado que se limita a ejercerse sobre una casa o parte de ella que sirve de morada, por lo que tiene como elementos: **a)** el ser un derecho de uso; **b)** el de recaer sobre una casa o parte de ella y **c)** tener por destino la morada del beneficiario<sup>158</sup>.

Ahora bien, si en principio el derecho de uso puede constituirse a título gratuito nada obsta para que se establezca a título oneroso, puesto que, por ejemplo, el contrato de arrendamiento en el fondo implica que el arrendatario ejerza el derecho de uso y habitación sobre el inmueble que ocupa como casa habitación.

- 39.-** Del mismo modo el artículo 1028<sup>9</sup> del mismo código señala que los derechos de uso y habitación se extienden a la familia del usuario, salvo disposición distinta, de lo que emerge que en el caso de una familia, el hecho de otorgarse el uso y habitación de un inmueble a los cónyuges, implica que tal derecho se extienda a los hijos de éstos, siendo inútil exigir que los mismos sean menores de edad o no, puesto que es a consecuencia del derecho otorgado a los padres por lo que los hijos entran a habitar conjuntamente el inmueble.

## b.7. Derecho de uso y arrendamiento

- 40.-** Conforme expone el autor nacional Jack Bigio Chrem, cuando el derecho de uso se constituye a título oneroso presenta similitud con el derecho que adquiere el arrendatario mediante dicho contrato (pues tanto el arrendatario como el usuario sólo adquieren el derecho al uso del bien, mas no a los provechos que éste pudiera generar). No obstante, el autor encuentra algunas diferencias, como son: **a)** Como consecuencia del carácter del derecho real de uso, la transferencia del bien durante el transcurso de su vigencia no importará su extinción, efecto que sí se puede producir por voluntad del nuevo propietario en el caso de la venta de un bien arrendado conforme a lo dispuesto por el artículo 1708<sup>9</sup>, inciso 2, del Código Civil; **b)** El derecho de uso es intrasmisible, en consecuencia no puede ser objeto de cesión a tercera persona

158 Cf. Cuadros Villena, Carlos Ferdinand, *Derechos reales*, 1ra ed., T. III, Lima, Fecat, 1995, pp. 116-117.

(artículo 1029<sup>o</sup> C.C.) como sí puede suceder con el arrendamiento, que admite ser objeto de cesión de posición contractual (artículo 1696<sup>o</sup> C.C.); **c)** Tanto el arrendamiento como el derecho de uso pueden tener origen contractual, el derecho de uso puede constituirse mediante acto unilateral y por testamento, en tanto que el arrendamiento sólo tiene como fuente el contrato; y **d)** Si se concede el derecho de uso de un inmueble por medio de un contrato por un plazo determinado, y si al finalizar este el usuario permanece en posesión del bien y el propietario no exige su devolución, aquél se habrá convertido en ocupante precario, no ocurriendo lo mismo con el arrendamiento, en el que la permanencia del arrendatario en el uso del bien más allá del plazo vencido se entiende como continuación de la relación obligacional bajo sus mismas estipulaciones de acuerdo a lo regulado por el artículo 1700<sup>o</sup> del Código Civil<sup>159</sup>.

### **b.8. Usucapión: Fundamentos y efectos**

- 41.- Se considera que el real fundamento de la usucapión es el significado constituyente de la apariencia como única realidad del derecho y de la propiedad. La usucapión es algo más que un medio de prueba de la propiedad o un instrumento de seguridad del tráfico, es la realidad misma (la única realidad) de la propiedad. El substrato dogmático de un orden social patrimonial<sup>160</sup>.
- 42.- Por eso se dice que la usucapión es una consecuencia necesaria de la protección dispensada a la posesión. Ésta normalmente se sacrifica ante la propiedad u otro derecho real (de ahí que se considere un derecho real provisional). Pero cuando, de una parte, la propiedad o el derecho real de que se trate se alían con el abandono y, en cambio, la posesión se alía con el tiempo y la gestión de los bienes, termina triunfando la posesión, que genera un característico y definitivo derecho real. En cierto sentido, la usucapión representa también la superposición del hecho sobre el derecho<sup>161</sup>.
- 43.- En suma, la usucapión viene a ser el instituto por el cual el poseedor adquiere el derecho real que corresponde a su relación con la cosa (propiedad, usufructo), por la continuación de la posesión durante todo

159 Cf. Bigio Chrem, Jack, *El contrato de arrendamiento. Exposición de motivos oficial del Código Civil*, Lima, Gaceta Jurídica, 1995, pp. 44-45.

160 Cf. Álvarez-Caperochipi, ob.cit., p. 147.

161 Por lo dicho y más nos remitimos a la magistral obra de Antonio Hernández Gil, pp. 359 y ss.

el tiempo fijado por ley<sup>162</sup>. Sirve además, a la seguridad jurídica del derecho y sin ella nadie estaría cubierto de pretensiones sin fundamento o extinguidas de antiguo, lo que exige que se ponga un límite a las pretensiones jurídicas envejecidas<sup>163</sup>.

Nuestro ordenamiento civil señala que la adquisición de la propiedad por prescripción de un inmueble se logra mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años (denominada usucapión extraordinaria), en tanto que, si media justo título y buena fe dicho lapso de tiempo se reduce a cinco años (denominada usucapión ordinaria).

Para el caso de autos nos interesa analizar la cuestión de la usucapión bajo la exigencia decenal de la posesión, puesto que es ésta la que ha sido invocada por los demandantes, en consecuencia no se pasará a analizar ni el justo título ni menos la buena fe en dicha posesión.

44.- Siendo ello así, tenemos que se requiere de una serie de elementos configuradores para dar origen este derecho, que nace de modo originario; así es pacífico admitir como requisitos para su constitución:

a) **la continuidad de la posesión** es la que se ejerce sin intermitencias, es decir sin solución de continuidad, lo cual no quiere decir que nuestra legislación exija la permanencia de la posesión, puesto que se pueden dar actos de interrupción como los previstos por los artículos 904<sup>o</sup> y 953<sup>o</sup> del Código Civil, que vienen a constituir hechos excepcionales, por lo que, en suma, se puede decir que la posesión continua se dará cuando ésta se ejerza a través de actos posesorios realizados en la cosa, sin contradictorio alguno, durante todo el tiempo exigido por ley;

b) **la posesión pacífica** se dará cuando el poder de hecho sobre la cosa no se mantenga por la fuerza; por lo que, aún obtenida violentamente, pasa a haber posesión pacífica una vez que cesa la violencia que instauró el nuevo estado de cosas<sup>164</sup>;

162 Cf. Papaño, Ricardo J., Claudio M. Kiper, Gregorio A. Dillon y Jorge R. Causse, *Manual de derechos reales*, Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 666.

163 Cf. Díez-Picazo, *Sistema...*, p. 146.

164 Cf. Albaladejo García, Manuel, *La usucapión*, Madrid, Colegio de registradores de la propiedad, mercantiles y bienes muebles, 2004, p. 69.

- c) **la posesión pública**, será aquella que, en primer lugar resulte, evidentemente, contraria a toda clandestinidad, lo que implica que sea conocida por todos, dado que el usucapiente es un contradictor del propietario o poseedor anterior; por eso resulta necesario que la posesión sea ejercida de manera que pueda ser conocida por éstos, para que puedan oponerse a ella si ésta es su voluntad. Si ellos pudieron conocer esa posesión durante todo el tiempo que duró, y no lo hicieron, la ley presume en ellos el abandono y la posesión del usucapiente se consolida<sup>165</sup>;
- d) **como propietario**, puesto que se entiende que el poseedor debe actuar con *animus domini* sobre el bien materia de usucapición<sup>166</sup>. Al decir de Hernández Gil, la posesión en concepto de dueño tiene un doble significado, en su sentido estricto, equivale a comportarse el poseedor como propietario de la cosa, bien porque lo es, bien porque tiene la intención de serlo. En sentido amplio, poseedor en concepto de dueño es el que se comporta con la cosa como titular de un derecho susceptible de posesión, que son los derechos reales, aunque no todos, y algunos otros derechos, que aún ni siendo reales, permiten su uso continuado<sup>167</sup>.

Por lo tanto, como se anota en doctrina: ¿Cuál es la posesión que va a investirse formalmente como propiedad mediante el transcurso del tiempo? Se trata exclusivamente de la posesión a título de dueño, conocida como *possessio ad usucapionem*; nunca puede adquirirse la propiedad por los poseedores en nombre de otro (como los arrendatarios o depositarios); cualquier reconocimiento expreso o tácito del derecho del dueño interrumpe la prescripción

165 Cf. Papaño *et alii*, ob.cit., p. 673. Por su lado Hernández Gil comenta: "... No hay una posesión no pública frente a una posesión pública, sino que la general publicidad propia de la posesión aparece aquí subrayada. Por otra parte, la posesión más rigurosamente pública no es una posesión a la vista del público. Siempre que se dé el grado de exteriorización propio del uso de las cosas, según la naturaleza de éstas y las circunstancias, la posesión será pública. Lo que ha de hacer el usucapiente es comportarse en la utilización de la cosa, no de un modo especial, sino conforme a los criterios empíricos usuales. Todo ello habrá de ser objeto de prueba, como todos los demás requisitos y sera materia de debate de manera, si se quiere más estricta..." Cf. Hernández Gil, ob.cit., p. 365.

166 Ya decía Toribio Pacheco en el s. XIX, "... como uno de los elementos de la prescripción es la posesión, es necesario que el poseedor posea para sí, que tenga el *animus domini*, de donde se deduce, que no podrá prescribir quien no posee para sí, quien no tiene ese *animus*". Cf. Pacheco, Toribio, *Tratado de Derecho civil*, T. III, Lima, Librería Hispano-Francesa Librería central, 1864, p. 20.

167 Cf. Hernández Gil, ob.cit., pp. 371-372.



por faltar el título de dueño, dado que los actos meramente tolerados no aprovechan a la posesión<sup>168</sup>.

46.-\* Abundando en argumentos se dice que el concepto de dueño se presenta "... cuando el poseedor se comporta según el modelo o el estándar de comportamiento dominical y cuando el sentido objetivo y razonable derivado de este comportamiento suscite en los demás la apariencia de que el poseedor es dueño. Es, pues, esta apariencia o esta consideración lo que en principio constituye la sustancia del concepto de la posesión. Por tanto, un poseedor en concepto de dueño será una persona que realiza sobre la cosa actos inequívocamente dominicales, de los cuales puede objetivamente inducirse que se considera y que es considerada por los demás como efectivo dueño de la misma (...) tampoco coincide el 'concepto de dueño' con el *animus domini*, mientras tal ánimo se mantenga en la irrecognoscible interioridad del poseedor. Es preciso que se manifieste hacia el exterior, suscitando en los demás la indubitada creencia de que posee como dueño..."<sup>169</sup>

### **b.9. Situación jurídica sustancial y procesal de los demandantes**

47.- De lo considerado, resulta de necesidad el examinar la situación jurídica de los accionantes, dado que únicamente determinando tal condición se puede decidir si es que la sentencia a dictarse implicará también al señor Rafael Llúncor Castellanos, toda vez que el mismo no recurrió de la sentencia dictada por el *A quo* así como tampoco impugnó la sentencia en revisión que confirmaba la apelada que declaraba infundada la demanda.

Vista la demanda, *prima facie*, conforme ha sido planteada y de acuerdo a lo alegado por los actores parecería que se está ante un litisconsorcio necesario activo, aspecto este que se pasará adilucidar a continuación a la luz de las consideraciones precedentes, que imbricado al análisis de la titularidad que les correspondería en el plano material en lo concerniente a la posesión que reclaman tener respecto al inmueble materia de usucapión, puesto que, de otro modo, no es posible, en este caso concreto, arribar a la conclusión de si son o no litisconsortes necesarios.

\* En las consideraciones del presente Pleno Casatorio, extraído de la página web del Poder Judicial, se lee: "46", "47", "48" y "49"; debiendo decir: "45", "46", "47" y "48".

168 Cf. Álvarez-Caperochi, ob.cit., p. 150.

169 Cf. Díez-Picazo, ob.cit., p. 564.

- 48.- Cuando en un proceso litigan varios sujetos procesales sea como demandantes o demandados se dice que se está ante un litisconsorcio cuyo concepto puede fijarse como la pluralidad de sujetos procesales que actúan en posesión de parte de un mismo proceso bien sea como demandantes (activo), bien sea como demandados (pasivo) o simultáneamente (mixto), sin romperse por ello el principio de la dualidad de partes<sup>170</sup>.
- 49.- Ahora bien, estos litisconsortes pueden ser voluntarios o necesarios<sup>171</sup>, y estos últimos se clasifican en lo que se denomina litisconsorcio propio y litisconsorcio impropio.

Será propio al existir una relación jurídica sustancial única para todos ellos, por lo que la ley no se limita a autorizar, sino que exige la presencia de todos ellos en el proceso. En tanto que en el impropio, la necesidad no viene expresamente establecida por la ley, sino en aquellos casos que, en una relación jurídica única por su propia naturaleza, estén interesados diversas personas, y que su tratamiento en juicio sólo puede ser efectuado con eficacia cuando todos ellas estén presentes en el proceso<sup>172</sup>. Deduciéndose esta necesidad del derecho material e implícitamente de las normas materiales, dado que en ciertos supuestos de relaciones materiales, la sentencia ha de ser unitaria con referencia a una serie de personas<sup>173</sup>.

170 Estamos siguiendo fundamentalmente la obra de Dávila Millán, M<sup>a</sup> Encarnación, *Litisconsorcio necesario. Concepto y tratamiento procesal*, 3<sup>a</sup> ed. revisada y actualizada, Barcelona, Bosch, 1997, p. 21. Vid. también González Granda, Piedad, *El litisconsorcio necesario en el proceso civil*, Granada, Comares, 1996, p. 92 *et passim*.

171 Liebman nos dice que el litisconsorcio necesario se resuelve, desde el punto de vista teórico, en una legitimación para accionar necesariamente conjuntiva respecto de los titulares de la relación jurídica que el actor quiere deducir en juicio. Cf. Liebman, Enrico Tullio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo Buenos aires, EJEA, 1980, p. 79.

172 En otra parte de su obra, Dávila Millán sostiene que el litisconsorcio impropriamente necesario lo que impone es la actuación conjunta de todos los interesados en la relación jurídico-material deducida en juicio y por la naturaleza de ésta, los litisconsortes están unidos de tal modo que a todos afecta la resolución que en el proceso pueda dictarse y a todos compete la legitimación conjunta, bien activa o pasivamente. Siguiendo a Serra Domínguez, señala que en este caso no se trata de una extensión de los efectos de la sentencia a los terceros interesados, sino a la inversa, al no resultar afectados dichos terceros por la cosa juzgada de la sentencia, ésta no podrá ser ejecutada a su respecto, por lo que siendo la sentencia de imposible cumplimiento parcial dada la índole de la relación jurídica declarada, la sentencia devendrá en ineficaz. Cf. Dávila Millán, ob.cit., p. 95.

173 Íd., pp. 26 y 28.

- 49.- Siendo así, como bien dice Dávila Millán, el litisconsorcio necesario, más que a una situación exclusivamente procesal, va ligado a la naturaleza de la relación jurídico-material controvertida<sup>174</sup>, es decir, a una cuestión de derecho sustancial y, por eso los códigos procesales, *a priori*, señalan cuáles son los casos en los que esta institución necesariamente de [sic] produce. Por lo que el litisconsorcio necesario es aquella figura de pluralidad de partes activas o pasivas, imprescindibles en un proceso impuesto por el carácter único e indivisible, que la relación jurídica sustantiva tiene para todas estas partes. Por ello, el fundamento del litisconsorcio necesario se debe buscar fuera del derecho procesal, pues se debe ir al derecho material, toda vez que aquél trae su causa al proceso de la naturaleza de la relación jurídica sustantiva que se deduce en el mismo<sup>175</sup>.
- 50.- En consonancia con lo expuesto, lo que se debe esclarecer aquí es si ambos accionantes tienen la condición de poseedores en el mismo grado del inmueble que pretenden usucapir y a qué título lo ejercen, solo así se podrá discurrir finalmente si tienen la condición de litisconsortes necesarios.
- 51.- Como en sede casatoria no puede ingresarse a debatir sobre las cuestiones probatorias, sino que toda decisión debe limitarse a los hechos ya fijados o establecidos en las instancias de mérito, en atención a lo cual se procederá a analizar los mismos de acuerdo a lo señalado.
- 52.- El señor Rafael Llúncor Castellanos sostiene en su demanda (fojas 121) que viene ocupando el inmueble desde el año 1943, al habersele cedido el inmueble “... *en forma voluntaria, pacífica y de buena fe por mi empleadora de ese entonces, María Eugenia Izaga de Pardo, para vivir en él con mi joven cónyuge, Julia Moloche de lluncor (hoy fallecida) y la progenie que pronto llegaríamos a concebir...*”, más adelante acota que “... *en el inmueble vieron la luz del mundo progresivamente mis hijos, uno de los cuales es precisamente la co-demandante, quien nació en 1943*”.

174 Íd., pp. 97-98, en ese mismo sentido se pronuncia Juan Montero Aroca en su libro: *De la legitimación en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 2007, pp. 221 y ss. Dicho autor considera que no existe litisconsorcio necesario activo (p. 235), asimismo tiene una posición crítica en cuanto a los fundamentos de esta institución en cuanto se alude a la extensión de la cosa juzgada, al principio de contradicción, a la evitación de sentencias contradictorias o a la imposibilidad de ejecución de la sentencia (p. 227).

175 Cf. Dávila Millán, ob.cit., pp. 50, 51 y 57.

- 53.-** Del propio dicho del actor se colige que quienes ingresaron al inmueble como poseedores fueron él y su cónyuge, para que puedan vivir en el inmueble, es decir para que lo ocupen como morada, lugar donde nacieron sus hijos, entre ellos la codemandante Gladys Llúncor Moloche.

Independientemente del título de posesión definitivo que haya tenido el señor Rafael Llúncor, que más adelante se precisará, el punto es que de acuerdo a lo descrito por el propio interesado, lo que se constituyó a favor suyo y el de su cónyuge, hoy fallecida, fue un derecho de habitación en los términos de los artículos 952º y 953º del Código Civil de 1936 –que no ha variado en nuestro actual Código–, por ende ese derecho se extendió a los demás miembros de su familia, es decir a sus hijos nacidos en dicho lugar.

- 54.-** Evidentemente que, aceptada la premisa anterior, la posesión del inmueble le fue otorgada al accionante por su propietaria María Izaga de Pardo, hecho que, automáticamente, lo convertía a él y a su cónyuge en poseedores inmediatos, dado que reconocían a una titular superior de la posesión (y en este caso de la propiedad misma) que venía a ser poseedora mediata, la aludida señora María Izaga de Pardo.

Siendo así, resulta palmario que el señor Rafael Llúncor ni su familia pueden haber poseído el inmueble como propietarios, porque sabían, y así se conducían, que la titularidad de la propiedad le correspondía a otra persona. Lo mismo ocurre con la otra accionante, quien ocupa el inmueble en virtud a la extensión del derecho de habitación que goza su señor padre –hasta este momento del análisis y de acuerdo a los términos de la demanda, se considera que el señor Rafael Llúncor goza del derecho de habitación, situación jurídica que será contrastada seguidamente con su declaración brindada como testigo en otro proceso– y por lo tanto no tiene posesión a título propio y menos como propietaria al existir una posesión superior o mediata.

- 55.-** Otro hecho que las instancias de mérito han considerado probado es el referente al proceso de Rectificación de Área seguido por el señor Aurelio Cornejo Barturén contra Edith Córdova Calle y otros ante Segundo Juzgado Civil de Chiclayo, expediente N° 1457-2000 (el cual corre como acompañado del presente proceso de usucapión), en donde el señor Rafael Llúncor declara como testigo, a fojas doscientos cuatro, y ante la pregunta de que diga cómo es verdad “Que ocupa el inmueble urbano en la calle Manuel María Yzaga N° 769 de esta ciudad, en calidad de inquilino de los señores CEPEDA YZAGA” responde que: “... es verdad, desde el año mil novecientos cuarenta y dos, siendo propietario

del inmueble don Guillermo Cepeda Izaga”, hecho que ha tratado de ser negado por el abogado de los accionantes, como se verifica a fojas cuatrocientos treinta y tres de autos, afirmación que luego, de manera contradictoria, trata de ser atenuada cuando seguidamente (fojas cuatrocientos treinta y cuatro) señala: “g. Que aun en la negada e infundada hipótesis que mi citado cliente hubiere sido alguna vez arrendatario, la magistratura deberá apercibirse que tal fantasiosa condición no le ha sido imputada a mí otra cliente y co demandante, Gladis Llúncor Moloche, quien habita el inmueble desde que nació, esto es, por más de sesenta años y quien nunca ha tenido relación jurídica alguna de ninguna estirpe con alguno de los demandados”.

**56.-** Creemos que hay un deber de coherencia que toda persona y todo litigante en especial (ello incluye a los abogados y demás intervinientes en un proceso) debe demostrar, lo cual se imbrica con la buena fe<sup>176</sup>; puesto que aún haya resistencia por cierto sector nacional a la aplicación de la teoría de los Actos Propios, no es ágil que las mismas personas afirmen en un momento conducirse como propietarios de un bien y luego, cuando la parte contraria demuestra una condición diferente, pretendan deslindar situaciones jurídicas como la antes anotada, en el sentido que incluso demandando en calidad de litisconsortes necesarios (puesto que ambos alegan tener la misma titularidad jurídica posesoria homogénea), pretendan luego que los títulos posesorios sean considerados independientemente del uno respecto del otro, con lo cual están admitiendo que no tienen la misma posesión que afirmaban inicialmente en su demanda.

**57.-** De lo considerado se tiene que si bien es cierto que el señor Rafael Llúncor es poseedor del inmueble materia de litigio, también lo es que su posesión es en calidad de poseedor inmediato puesto que reconoce una posesión superior a la de él, al haber aceptado su condición de arrendatario del predio, como ya se indicó antes, razón por la cual no puede pretender usucapir al no haberse conducido como propietario del mismo, conforme emerge de la prohibición contenido en el artículo 912<sup>o</sup> del Código Civil. En síntesis, se colige que no estuvo gozando del derecho de habitación, sino que el inmueble le fue entregado en arrendamiento.

176 No debe pretender confundirse con que en este fundamento se está haciendo alusión a la exigencia de la Buena Fe en la posesión para usucapir; puesto que la existencia de ésta es irrelevante cuando se pretende la prescripción extraordinaria o decenal; en consecuencia a lo que se está haciendo referencia es a la conducta procesal desplegada por demandantes.

En cuanto a la hija, Gladys Llúncor Moloche, la misma no tiene calidad de poseedora, toda vez que viene ocupando el inmueble en virtud a la extensión del derecho de uso del que goza su señor padre, en mérito a lo dispuesto por el artículo 1028º del Código Civil, habida cuenta que por el arrendamiento se da en uso un bien a favor del arrendatario, por lo que al margen de que si vino pagando o no la renta por dicho contrato, la cuestión es que la señora Gladys Llúncor no viene poseyendo el inmueble como propietaria.

- 58.-** De acuerdo a lo señalado y viendo que ninguno de los accionantes (padre e hija) vienen conduciéndose como poseedores a título de propietarios del predio materia de litigio, no se da la figura del litisconsorte necesario (en ninguna de sus clases: propio o impropio), dado que el primero es poseedor inmediato a título de arrendatario y la segunda no es poseedora sino que se le extiende el derecho de uso del padre, en mérito a lo cual ocupa el inmueble; en consecuencia la sentencia a expedirse en Casación se referirá únicamente a la impugnante mas no así respecto al otro accionante quien ha consentido la sentencia de primera instancia, por lo que en cuanto atañe a la esfera jurídica del señor Rafael Llúncor dicha resolución tiene la calidad de Cosa Juzgada, no beneficiándolo ni afectándolo lo que vaya a decidirse en esta sede.

### C. DE LA INTERPRETACIÓN ERRÓNEA DE UNA NORMA DE DERECHO MATERIAL

- 59.-** Se ha denunciado por la recurrente que se ha interpretado erróneamente el artículo 950º del Código Civil al haberse introducido por el tribunal *Ad quem* un requisito no previsto por ley como es la exclusividad en la posesión, limitándose con ello su derecho a usucapir; dado que la norma no prohíbe que un coposeedor pueda solicitar la prescripción adquisitiva de dominio, por tanto tiene legitimación para lograr un pronunciamiento judicial favorable en ese sentido.
- 60.-** Cuando se habla de interpretación errónea nos referimos al hecho que el juez, pese a haber elegido correctamente la norma legal pertinente, se ha equivocado sobre su significado y dándole una interpretación errada le ha dado un alcance diferente al que tiene.

Si bien es cierto que, en principio, toda norma jurídica es pasible de interpretación, no resulta menos cierto que tal interpretación debe encontrar sentido dentro del ordenamiento jurídico vigente y precisamente esa es una de las funciones del recurso de Casación, el de velar por la correcta interpretación y aplicación de las normas.

- 61.- La Sala Superior ha considerado que el acto de posesión, como propietario, debe ser exclusivo y con el carácter de excluyente del peticionario, con el cual no puede concurrir en paralelo otro acto de posesión también como propietario de otro peticionario en el ejercicio de una única tutela jurisdiccional.
- 62.- Conforme ya se expuso ampliamente en los considerandos precedentes, nada obsta para que dos o más coposeedores homogéneos puedan usucapir, puesto que el resultado sería una copropiedad, figura jurídica que está prevista en nuestra legislación.

Por lo tanto, es evidente que la instancia revisora ha incurrido en una evidente interpretación errónea de la norma aludida, dado que de su texto ni de su interpretación se puede colegir que los coposeedores del mismo rango estén impedidos de usucapir de consuno. Reiterando, es perfectamente posible que dos o más coposeedores de un bien, teniendo el mismo grado homogéneo (al conducirse como propietarios) puedan usucapir, lo que devendría en una copropiedad.

- 63.- Ahora bien, el hecho que haya existido una errónea interpretación de la norma jurídica anotada por el tribunal *Ad quem* tal situación no conlleva necesariamente a que se deba casar la sentencia impugnada, puesto que ello significaría concluir que las preces de la demanda resultan fundadas, es decir que los accionantes sí tendrían derecho a usucapir, lo cual no es cierto, toda vez que como se ha demostrado anteriormente, los mismos no se han conducido como poseedores en concepto de propietarios, sino que uno de ellos es poseedor inmediato y la otra persona (la impugnante ante esta sede) ocupa el inmueble por extensión del derecho de Uso [*sic*] del que goza el primero como arrendatario, en consecuencia este Pleno Casatorio deberá corregir los fundamentos de la sentencia de vista de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 397º, segundo párrafo, del Código Procesal Civil.
- 64.- Como se sostiene en la doctrina, no tiene relevancia para efectos casacionales la simple denuncia de un vicio existente en los motivos jurídicos de la resolución impugnada si es que la misma no trasciende al fallo ocasionando su no ajuste a derecho; por lo tanto, la corrección de la motivación que se vaya a realizar, se revela como el mecanismo idóneo porque permite mantener el fallo objetivamente conforme a derecho y hace desaparecer los fundamentos jurídicos en los que se basó el *Ad quem* y que resultan erróneos por otros que son adecuados y pertinentes. A la vez, todo esto representa una evidente utilidad desde el punto de vista de la uniformidad en la aplicación e

interpretación de las normas jurídicas, por cuanto los motivos erróneos contradicen la jurisprudencia establecida y no corregirlos implicaría dejar subsistentes interpretaciones susceptibles de reproducirse en casos posteriores, con evidente peligro para la igualdad, la seguridad y certidumbre jurídicas<sup>177</sup>.

En suma, las irregularidades de la motivación no implican necesariamente la de la parte dispositiva, que puede ser justa y correcta, aunque el juez la haya fundado mal, por lo que la incorrección del razonamiento, en definitiva, sólo provoca la revisión del fallo cuando ha sido relevante sobre éste de otro modo, solamente se rectificará a efectos didácticos y de justificación, el fundamento jurídico<sup>178</sup>.

Estando a lo expuesto, este colegiado considera que si bien ha existido una errónea interpretación del artículo 950º del Código civil, tal yerro no puede dar cabida a amparar el recurso de Casación, puesto que el fallo se ajusta a derecho al no tener la demandante la calidad de poseedora en concepto de propietaria, por lo que esta causal también deviene en infundada. Ergo, no dándose uno de los supuestos necesarios para la usucapión (el de de [sic] no reconocer el poseedor otro señorío sobre el bien que el propio), la demanda planteada carece de sustento.

## D. DE LA INAPLICACIÓN DE NORMAS DE DERECHO MATERIAL

**65.-** Como otra denuncia casatoria, la impugnante señala que no se ha llegado a aplicar al caso de autos el artículo 899º del Código Civil, puesto que de hacerlo modificaría radicalmente el fallo de la Sala Superior.

Sostiene que al no haberse aplicado la citada norma jurídica se ha desconocido su derecho de coposeedora, que en consonancia con los términos de la demanda resulta pertinente para dirimir la controversia.

Estando a lo dicho, la inaplicación de una norma de derecho material se presentará cuando el juez, pese a la imperatividad de aplicar una norma, no la invoca o la ignora, al no haber subsumido los hechos a los supuestos previstos por la norma jurídica pertinente.

**66.-** En efecto, esta aplicación correcta de la norma está relacionada con los hechos debatidos y probados, no basta la sola referencia a ella por alguna

177 Cf. Guzmán Flujá, Vicente C., *El recurso de casación civil (control de hecho y de derecho)*, Valencia, Tiran lo Blanch, 1996, pp. 104 y 110.

178 Cf. Nieto, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000, pp. 284 y 290.



de las partes, dado que como es natural debe proteger sus intereses sometidos a proceso, pero de modo alguno ello obliga al juez a que deba aplicarla al momento de resolver.

La invocación de una norma por parte de la magistratura es independiente de las aspiraciones de las partes, tanto más si es que las instancias de mérito no solo están facultadas sino también obligadas a aplicar el principio *iura novit curia*, en consecuencia el análisis de esta causal casatoria se circunscribe a lo que se haya probado en el proceso.

- 67.- Como ya se ha expuesto anteriormente, no resulta posible considerar a la recurrente como poseedora y menos como coposeedora del inmueble materia de usucapión, toda vez que se ha demostrado que la misma no tiene tal condición y por ende resultaba ocioso que se aplique a su caso el artículo 899º del Código Civil, puesto que no se puede considerar la existencia de coposesión con su señor padre cuando no ha acontecido tal hecho, al tener este último la condición de arrendatario y la impugnante de ocupar el inmueble en mérito a tal situación jurídica de su padre, no poseyendo como propietaria.

En conclusión no se ha demostrado la inaplicación de la norma jurídica contenida en el artículo 899º del Código Civil, por lo que también esta causal de casación deviene en infundada.

## **VI.- CONCLUSIONES**

Estando a las consideraciones expuestas, estimamos que el recurso de Casación es infundado al haberse dictado la sentencia de vista de acuerdo a derecho, por lo que:

- 1.- No hay contravención a las normas que garantizan el debido proceso conforme ha alegado la recurrente, consiguientemente la resolución impugnada no adolece de motivación aparente o defectuosa.
- 2.- No es amparable la denuncia de interpretación errónea del artículo 950º del Código Civil, ni tampoco inaplicación del artículo 899º del mismo Código, puesto que en el primer caso si bien es cierto ha existido una errónea interpretación de la norma jurídica, no obstante el fallo se ajusta a derecho y en el segundo caso se ha demostrado que la norma no resulta pertinente de aplicación al caso materia de autos.
- 3.- Este Pleno Casatorio considera necesario precisar que la correcta interpretación del artículo 950º del Código Civil debe hacerse en el sentido

que nada obsta para que dos o más coposeedores homogéneos puedan usucapir, puesto que el resultado sería una copropiedad, figura jurídica que está prevista en nuestra legislación.

## **VII.- FALLO**

Por tales razones, el Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República, de conformidad con lo normado por el artículo 400º del Código Procesal Civil, por unanimidad:

- a) Declara **INFUNDADO** el recurso de Casación interpuesto por doña Gladys Filomena Llúncor Moloche, en consecuencia **NO CASARON** la resolución de vista, su fecha veinticinco de enero de dos mil ocho, expedida por la Primera Sala Civil de Lambayeque.
- b) **ESTABLECE como doctrina jurisprudencial vinculante lo siguiente:**  
La correcta interpretación del artículo 950º del Código Civil debe hacerse en el sentido que nada obsta para que dos o más coposeedores homogéneos puedan usucapir, puesto que de ver amparada su pretensión devendrían en copropietarios, figura jurídica que está prevista en nuestra legislación.
- c) **IMPUSIERON** a la recurrente una multa de dos Unidades de Referencia Procesal de acuerdo a lo previsto por el artículo 398º del código Procesal Civil; asimismo.
- b)\* **ORDENARON** la publicación de la presente sentencia en el diario oficial El Peruano, teniendo efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su difusión.

## **SS.**

FRANCISCO TÁVARA CÓRDOVA  
ANTONIO PAJARES PAREDES  
LUÍS ALMENARA BRYSON  
MANUEL SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA  
HUGO SIVINA HURTADO  
JAVIER ROMÁN SANTISTEBAN  
ELCIRA VÁSQUEZ CORTEZ  
VÍCTOR PICONA POSTIGO

\* En el presente Pleno Casatorio, publicado en el diario oficial El Peruano, se lee el literal: "b"; debiendo decir: "d".

CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO  
JAVIER VILLA STEIN  
JOSÉ LECAROS CORNEJO  
VÍCTOR PRADO SALDARRIAGA  
JACINTO RODRÍGUEZ MENDOZA  
JORGE SOLÍS ESPINOZA  
DUBERLI RODRÍGUEZ TINEO

**María del Carmen Rita Gallardo Neyra**  
Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia de la República

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

Señor Presidente:

En cumplimiento de mis funciones, doy cuenta a usted, en la fecha de la Sentencia del Pleno Casatorio N° 2229-2008-Lambayeque, en los seguidos por don Rafael Agustín Castellares y Gladys Filomena Llúncor Moloche, con Guillermo Cepeda Villarreal y otros, sobre Prescripción Adquisitiva de Dominio; sobre el particular informo lo siguiente:

Que, la citada Sentencia del Pleno Casatorio se encuentra sin la firma del señor doctor Javier Benjamín Román Santisteban, quien en vida fuera Juez Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República. En tal sentido, y de conformidad con lo prescrito en el artículo 139° de la Constitución Política del Estado, constituye un principio de la función jurisdiccional el no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la Ley. Dentro de este contexto es de aplicación de manera supletoria, conforme a las circunstancias extraordinarias antes señalada, lo establecido en el segundo párrafo del artículo 125° del Código Procesal Penal que establece con relación a la firma en las resoluciones lo siguiente: “(...) **a)** Sin perjuicio de disposiciones especiales y de las normas establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, las resoluciones serán firmadas por los Jueces o por los miembros del Juzgado o de la Sala en que actuaron **b)** La falta de una firma, fuera de los dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, provocará la ineficacia del acto, salvo que la resolución no se haya podido firmar por impedimento invencible surgido después de haber participado en la deliberación y votación.

Lo que informo a usted, para su conocimiento y fines pertinentes.

Lima, 11 de agosto de 2009.

**MARÍA ELENA HUAYTA RODRÍGUEZ**  
Secretaria General

**Corte Suprema de Justicia de la República  
Tercer Pleno Casatorio Civil**

(Publicado en el diario oficial El Peruano el 13 de mayo de 2011)

**SENTENCIA DICTADA EN EL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL  
REALIZADO POR LAS SALAS CIVILES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE  
LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ****Casación Nº 4664-2010-Puno**

**Demandante:** René Huaquipaco Hanco.

**Demandada:** Catalina Ortiz Velazco.

**Materia:** Divorcio por la causal de separación de hecho.

**Clase de proceso:** Proceso de Conocimiento.

**Sumario:****I.- DEL PROCESO**

1. Demanda.
2. Contestación de la demanda por el Fiscal Provincial.
3. Contestación de la demanda y reconvención.
  - 3.1. Contestación.
  - 3.2. Reconvención.
4. Sentencia de primera instancia.
5. Sentencia de segunda instancia.
6. Recurso de casación: extremos de la sentencia de segunda instancia impugnada.
7. Causal del recurso y sus fundamentos.

## II.- DE LA CONVOCATORIA AL PLENO CASATORIO Y ANTECEDENTES

### III.- CONSIDERANDO

1. El Estado democrático y social de derecho y los procesos de familia.
2. El principio de socialización del proceso y los procesos de familia.
3. La función tuitiva del Juez en los procesos de familia.
4. Flexibilización de los principios de congruencia, preclusión y eventualidad en los procesos de familia.
5. Flexibilización de la acumulación de pretensiones en materia de familia.
6. El divorcio en el Código Civil.
  - 6.1. Clases de divorcio.
  - 6.2. Causales de divorcio.
7. El divorcio por la causal de separación de hecho.
  - 7.1. Evolución en nuestro sistema jurídico.
  - 7.2. Incorporación de la causal de separación de hecho en nuestro sistema civil.
  - 7.3. Concepto de la causal de separación de hecho.
  - 7.4. Naturaleza jurídica de esta causal.
  - 7.5. Elementos o requisitos configurativos de la causal.
  - 7.6. Diferencia con otras causales.
  - 7.7. Efectos legales.
8. La indemnización en el divorcio por separación de hecho.
  - 8.1. Concepto.
  - 8.2. Naturaleza jurídica.
  - 8.3. De la indemnización y de la adjudicación de bienes.
9. La indemnización o adjudicación de bienes: de oficio y a instancia de parte.
  - 9.1. La indemnización o adjudicación de oficio.
  - 9.2. La indemnización o adjudicación a instancia de parte.
  - 9.3. Carga de la prueba del cónyuge que solicita la indemnización o adjudicación.
10. La reconvencción formulada por la demandada en el presente proceso.

- 10.1. La reconvencción y la sentencia de primera instancia.
  - 10.2. La reconvencción y la sentencia de segunda instancia.
  - 10.3. Análisis de las sentencias de primera y segunda instancia.
11. Juicio de fundabilidad del recurso de casación.
  12. De los efectos de la sentencia y el precedente judicial.

#### IV.- FALLO

**Primero:** Infundado el recurso de casación.

**Segundo:** Precedente Judicial Vinculante.

#### FUNDAMENTOS DEL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO RAMIRO DE VALDIVIA CANO

- I. El fin de la comunidad política.
- II. La sociedad y el Estado al servicio de la familia.
- III. La solidaridad y los procesos de familia.
  - 3.a) La solidaridad como principio social.
  - 3.b) La solidaridad y el crecimiento común de los hombres.
  - 3.c) La solidaridad familiar.

Parte Decisoria





**SENTENCIA DICTADA EN EL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL  
REALIZADO POR LAS SALAS CIVILES PERMANENTE Y TRANSITORIA  
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ**

**Casación N° 4664-2010-Puno**

En la ciudad de Lima, Perú, a los dieciocho días del mes de marzo de dos mil once los señores Jueces Supremos, en Pleno Casatorio, han expedido la siguiente sentencia, conforme a lo establecido por el artículo 400º del Código Procesal Civil.

Vista que fue la causa en audiencia pública del Pleno Casatorio de fecha quince de diciembre del dos mil diez, oídos el informe oral del señor abogado de la parte demandante y la exposición de los señores abogados invitados en calidad de *amicus curiae* (Amigos del Tribunal), discutida y deliberada que fue la causa de los actuados, resulta:

**I.- DEL PROCESO**

La demanda fue presentada ante el Juez del Primer Juzgado de Familia de la Provincia de San Román de la Corte Superior de Justicia de Puno, como aparece del escrito de fojas 11 del expediente principal, y subsanado a fojas 19; y fue calificada y admitida a trámite en la vía de proceso de conocimiento conforme al Código Procesal Civil, así aparece del auto del veintidós de noviembre de dos mil seis de fojas 21.

Los actos postulatorios de las partes están configurados del siguiente modo:

**1.- DEMANDA**

Con el escrito de fojas 11, subsanado a fojas 19, Rene Huaquipaco Hanco interpone demanda para que se declare el divorcio por la causal de separación de hecho y la suspensión de los deberes relativos al lecho, habitación y del vínculo matrimonial; y solicita accesoriamente se le otorgue un régimen de visitas para con sus menores hijos Robert y Mirian Huaquipaco Ortiz.

Sostiene que contrajo matrimonio con la demandada Catalina Ortiz Velazco el 6 de diciembre de 1989 por ante la Municipalidad Provincial de Juliaca: procrearon cuatro hijos: Adán, James René, Robert y Mirian,

nacidos: el 15 de febrero de 1981, el 30 de julio de 1986, el 15 de abril de 1989 y el 31 de julio de 1991, respectivamente.

Agrega que se encuentra separado de la demandada desde el año 1997, no obstante ello, ha venido cumpliendo los requerimientos fundamentales de la familia, especialmente con los alimentos, educación e instrucción de los hijos, tal como aparece de la sentencia de alimentos recaída en el Expediente N° 177-1997, seguido ante el Primer Juzgado de Familia de San Román, que impone un descuento del 50% de sus haberes a favor de su esposa e hijos Adán, James René, Robert y Mirian; y siendo estos dos últimos menores de edad, solicita como pretensión accesoria se le conceda un régimen de visitas a su favor. Finaliza precisando que no han adquirido con la demandada ningún bien susceptible de partición.

## **2.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA POR EL FISCAL PROVINCIAL**

Mediante escrito a fojas 41, la Fiscal Provincial de la Primera Fiscalía de Familia de San Román se apersona al proceso y al contestar la demanda señala que se reserva el pronunciamiento hasta que las partes actúen las pruebas pertinentes dentro del proceso; sin embargo, precisa que su deber es velar por la protección de la familia y en tal sentido debe declararse infundada la pretensión interpuesta.

## **3.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y RECONVENCIÓN**

Por escrito de fojas 91, subsanado a fojas 111, Catalina Ortiz Velazco de Huaquipaco contesta la demanda y formula reconvencción en los siguientes términos:

### **3.1. Contestación**

La demandada afirma que convivió con el actor desde el año 1980, es decir, desde que tenía 19 años de edad, y por ansiar un mejor futuro para su familia le insistió al demandante para que estudie mientras ella se dedicaba al cultivo de café en el sector de Putina Punco. Es el caso que el actor ingresó para estudiar la carrera magisterial en Juliaca y la suscrita siempre le enviaba dinero para sus estudios, pero el actor siempre le pedía más y más, ya sea para la confección del terno, sus paseos de excursión, sus gastos de estudio, alimentación, alquiler del cuarto y otros, tal como acredita con las cartas que éste le remitía.

Señala además que el demandante los abandonó para irse con otra mujer, razón por la cual se vio en la necesidad de interponer demanda de alimentos para ella y sus hijos, que se tramitó como Expediente N° 177-1997. Desde entonces el actor jamás se ha preocupado por sus hijos, nunca los visitó y menos les dio orientación alguna. Tampoco la visitaba cuando nacieron los menores y, por el contrario, ha sido la demandada que se dedicó a la crianza de aquéllos, siendo que en la actualidad se dedica a vender fruta y lo poco que gana no le alcanza para subsistir ya que paga los estudios de su hijo James René quien se educa en el CEPRO Horacio Zevallos Games; de Robert que está preparándose en la academia, y de Mirian que cursa el cuarto año de secundaria. Por tal motivo, solicita que subsista la pensión alimenticia a su favor.

### 3.2. Reconvencción

Interpone reconvencción para que el demandante la indemnice por el daño moral y personal, y le pague por concepto de indemnización de daños y perjuicios la suma de S/. 250,000.00 (doscientos cincuenta mil nuevos soles). Como sustento de su pretensión reconvenccional, reitera que ella envió dinero a su cónyuge para solventar sus estudios y manutención en la ciudad de Juliaca, mientras ella siguió trabajando en la chacra. El reconvenido siempre la amenazaba con abandonarla y afirmaba que tenía otras mujeres que podían mantenerlo, y por el temor de que él la abandonara con sus hijos tuvo que prestarse dinero de diversas personas y familiares para remitírselo. Cuando la suscrita quiso viajar a Juliaca el demandante se lo prohibía, y cuando tuvo su primer trabajo en la Escuela de Huancho y fue a visitarlo, el demandante se molestó y la avergonzó, al extremo de llegar a golpearla hasta dejarla inconsciente, y fueron los demás profesores quienes la auxiliaron, tal como se corrobora con el certificado médico y la constancia expedida por el Director de la Escuela que acompaña a la demanda. Luego se enteró que la razón de los golpes fue porque el demandante había dicho a todos que era soltero y no tenía ningún compromiso. Lo cierto es que él no quería contraer matrimonio con ella pese al compromiso que había asumido, pero finalmente lo hizo por exigencia de los padres de la demandada.

Agrega que los maltratos físicos sucedieron continuamente, e incluso el demandante llegó a agredir a su hijo mayor, Adán, y a botarlo de la casa. Asimismo, refiere que los bienes gananciales adquiridos durante el matrimonio, como son cinco máquinas de tejer y doscientos veinticinco varillas de fierro para construcción, fueron vendidas por el demandante,

además de que se llevó el dinero ahorrado ascendente US\$. 6,000.00, dejándola en el más completo abandono moral y material.

El actor la ha dejado para irse con una profesora llamada Natividad, y reitera que nunca volvió a preocuparse por sus hijos ni a visitarlos, siendo que el mayor de ellos, Adán, tuvo que dejar sus estudios universitarios a medias. Actualmente, la reconviniendo padece de dolencias cerebrales y se le ha ordenado efectuar una tomografía cerebral a la que no puede acceder por ser costoso dicho examen.

#### 4.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Por sentencia de 29 de enero de 2009, corriente a fojas 313 se declara FUNDADA la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho; en consecuencia, DISUELTO el vínculo matrimonial celebrado entre las partes; FENECIDO el régimen de sociedad de gananciales, ORDENÁNDOSE la inscripción de la presente en el registro personal; FUNDADA la pretensión de régimen de visitas, en tal sentido AUTORIZA al demandante que visite a sus menores hijos los días sábados de cada semana entre las ocho y diecisiete horas, siempre que no perjudique sus estudios ni altere su normal desenvolvimiento; FUNDADA EN PARTE la reconvencción sobre indemnización de daño moral, en consecuencia ORDENA que el demandante indemnice a favor de la demandada la suma de S/. 10,000.00 (diez mil nuevos soles), los que se harán efectivos en ejecución de sentencia; sin costas ni costos.

Se ha establecido en esta sentencia que las partes se encuentran separadas de hecho por más de cuatro años ininterrumpidos, pues así lo han afirmado el demandante y la demandada en sus escritos de demanda y contestación respectivamente, y se corrobora con la copia de la sentencia del 18 de agosto de 1997 recaída en el proceso N° 84-97, obrante a fojas 4 y 5 del Expediente acompañado N° 177-1997, en el que se consigna que en esa fecha las partes ya no viven juntas; a ello se suman las declaraciones testimoniales de Reymundo Ortiz Sacaca y Juana Yucra de Condori brindadas en la Audiencia de Pruebas cuya acta obra a fojas 146 y siguientes, quienes dan fe de la separación de los contrayentes por un periodo superior a cuatro años.

Asimismo, se ha acreditado que la demandada inició un proceso de alimentos en el que se ha dispuesto que el demandante acuda con una pensión alimenticia a la demandada, en la que se encuentra al día, así aparece del Expediente N° 177-1997 sobre prorrateo de alimentos seguido por Catalina Ortiz de Huaquipaco contra Julia

Hanco de Huaquipaco, el mismo que ha concluido con homologación de conciliación asignándole el 10% del haber mensual del ingreso que percibe el demandado [*debe decir 50%*], tal como consta de fojas 52 a 54 del citado expediente, descuento que sigue vigente como fluye de la copia legalizada de la boleta de pago de fojas 186.

También se dispone en la sentencia que debe terminarse con el régimen de sociedad de gananciales, al constituir consecuencia jurídica accesoria legal del divorcio conforme a lo dispuesto en el artículo 318<sup>o</sup> inciso 3 del Código Civil, teniéndose presente que el demandante y la demandada han manifestado que no tienen patrimonio ni derechos en común; y en cuanto a la pretensión accesoria sobre régimen de visitas, al estar vigentes los descuentos judiciales por concepto de pensión alimenticia a favor de sus menores hijos, y al no haberse acreditado que exista resolución judicial que restrinja de forma alguna la patria potestad respecto de ello, subsiste dicho derecho inherente a la calidad de padre, por lo que corresponde que por lo menos pueda visitarlos una vez por semana; en consecuencia, a fin de no contrastar con los estudios de los menores, debe accederse a la visita los días sábados entre las ocho y las diecisiete horas.

Con respecto a la reconvencción por daños y perjuicios, la sentencia señala que debe prosperar en parte y sólo en cuanto al daño moral, porque de los actuados se advierte que como consecuencia de la separación de hecho entre los cónyuges ha sido Catalina Ortiz Velazco quien ha sufrido menoscabo en su esfera moral, afectándose sus sentimientos al no continuar vigente el vínculo matrimonial y mantener una familia, extremos que se infieren por constituir consecuencias naturales del decaimiento del matrimonio, cuya probanza objetiva tiene limitaciones que son apreciados por el magistrado, los que nacen también de la conducta asumida por René Huaquipaco Hanco.

Se ha establecido que el demandante: **a)** recibió asistencia económica por parte de su cónyuge a fin de labrarse un futuro mejor; así fluye de las instrumentales manuscritas de fojas 54 a 72 [*debe decir 59 a 72*]<sup>179</sup>, las que no han sido cuestionadas por el demandante; **b)** promovió actos

179 De fojas 59 a 61: Cartas remitidas por el demandante a la demandada con fechas 11 de octubre de 1983, 14 de mayo de 1984 y 11 de junio de 1989. A fojas 62: Carta remitida por el demandante al padre de la demandada Raymundo Ortiz con fecha 21 de junio de 1983. De fojas 63 a 68: Cartas remitidas por el demandante a la demandada con fechas 16 de diciembre de 1980, 18 de enero, 8 y 21 de julio de 1981, 3 de mayo y 21 de junio de 1983. De fojas 69 a 72: Recibos de préstamos realizados por distintas personas a favor de la demandada, con fechas 12 de julio y 25 de diciembre de 1984, 20 de mayo y 12 de junio de 1985.

de violencia física en agravio de la demandada, conforme fluye de las instrumentales de fojas 73 a 81 y 84 a 90<sup>180</sup>, las que tampoco han sido cuestionadas; **c)** rehuyó el cumplimiento de su obligación alimentaria a favor de la demandada e hijos, dando pie a que judicialmente se le conmine a su cumplimiento, como aparece del expediente judicial N° 177-1997 que se adjunta al presente; y, **d)** inició el proceso judicial de divorcio, comportamiento asumido de manera voluntaria y conciente por lo que resulta innegable que con la conducta adoptada por el demandante (nexo causal) se ha producido el quebrantamiento de los deberes de asistencia y vida común entre marido y mujer. Por tanto, con la finalidad de determinar el monto indemnizatorio, por su propia naturaleza extrapersonal, se recurre a la discrecionalidad del magistrado, tomando en consideración el tiempo en que demandante y demandada se hallan separados, el tiempo que se desatendió las necesidades básicas de la demandada e hijos, y que subsiste la pensión alimenticia para la demandada.

## 5.- SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

A fojas 322, Rene Huaquipaco Hanco interpone recurso de apelación respecto del extremo declara fundada en parte la reconvencción sobre indemnización por daño moral alegando que fue la demandada quien promovió la separación, que ésta no apoyó sus estudios en forma exclusiva ya que también lo apoyaron sus padres y que prestó alimentos sin necesidad de exigencia judicial. Por su parte, a fojas 328. Catalina Ortiz Velazco interpone recurso de apelación alegando que la Sala Superior debió amparar en su totalidad la pretensión indemnizatoria,

- 180 A fojas 73: Citación Policial con motivo de la denuncia interpuesta por la demandada contra el demandante por Violencia Familiar (maltrato físico), su fecha 31 de marzo de 1997. A fojas 74: Acta de Conciliación ante el Fiscal Provincial Civil de San Román - Juliaca, su fecha 7 de octubre de 1996, respecto de la denuncia por Violencia Familiar (maltrato físico y psicológico) interpuesta por la demandada. A fojas 75: Documento Privado de Transacción Extrajudicial de fecha 18 de octubre de 1995, relativo a las agresiones físicas sufridas por la demandada, de parte del demandante, el día 17 de octubre del mismo año. A fojas 76: Acta de Compromiso y Desistimiento del 27 de diciembre de 1995, sobre la denuncia por maltratos físicos y psicológicos sufridos por la demandada y sus hijos. De fojas 77 a 79: Manifestaciones recogidas entre el 20 y el 22 de diciembre con motivo de la denuncia policial interpuesta por la demandada contra el demandante por maltratos físicos y psicológicos sufridos por la citada demandada y sus hijos. A fojas 80 y 81: Denuncia penal por faltas contra la persona presentada por la demandada en contra del demandante. A fojas 84: Constancia de Salud expedida el 14 de agosto de 1986, que da cuenta del politraumatismo sufrido por la demandada. A fojas 85: Certificado Médico Legal de fecha 6 de mayo de 2003, que da cuenta de las lesiones ocasionadas a las demandada con objeto contundente. A fojas 86 a 90: Certificados Médicos de fechas 13 de diciembre de 1993, 12 de agosto, 17 de octubre y 20 de diciembre de 1995, que dan cuenta de las diferentes lesiones sufridas por la demandada en el rostro y tórax por acción de los golpes y puñetes que, según afirma, le fueron propinados por el demandante.

toda vez que ha cumplido con los deberes conyugales, ayudando decisivamente al sostenimiento de la familia, además que el demandante contrajo otro compromiso, abandonando el hogar bajo un clima de violencia al haber sustraído los bienes gananciales, dejándola sola al cuidado de los hijos.

Resolviendo estos recursos, la Sala Superior expide sentencia el 22 de setiembre de 2010 de fojas 426 por la que CONFIRMÓ la sentencia apelada en cuanto declaró fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho, con lo demás que contiene; igualmente en el extremo que declaró fundada la reconvencción sobre indemnización y ordena que el demandante indemnice a la demandada con la suma de S/. 10,000.00 (diez mil nuevos soles); REVOCARON la sentencia en el extremo que declaró fundada la pretensión de régimen de visitas, Y REFORMÁNDOLA declararon sin objeto pronunciarse por sustracción de la pretensión del ámbito jurisdiccional; INTEGRÁNDOLA declararon el cese del derecho de la mujer a llevar el apellido del cónyuge y la pérdida del derecho hereditario entre las partes.

En esta sentencia se estableció que la cónyuge perjudicada es la demandada Catalina Ortiz de Huaquipaco, pues ésta no motivó la separación de hecho, además se aprecia que cumplió con sus deberes matrimoniales durante el periodo de vida en común, posteriormente asumió la tenencia y educación de sus hijos conforme aparece de las constancias de fojas 53 a 58<sup>181</sup>, no cuestionadas por el actor. A ello se agrega que los testigos Reymundo Ortiz Sacaca, Juana Yucra de Condori y Adán Huaquipaco Ortiz reafirman la separación de los cónyuges por más de cuatro años, y agregaron los dos primeros testigos nombrados que la demandada es quien asumió los gastos para la obtención del título de docente del demandante, hecho que ha sido admitido en parte por éste al prestar su declaración, tal como consta en el acta de la Audiencia de Pruebas de fojas 146 a 156. Estos hechos probados no sólo permiten evidenciar la calidad de cónyuge inocente y perjudicada de Catalina Ortiz de Huaquipaco sino que permiten al juzgador determinar una indemnización a favor de aquélla por el daño y perjuicio sufrido debido a la aflicción de los sentimientos y frustración del proyecto de vida matrimonial, tratándose de un supuesto de responsabilidad civil familiar de tipo contractual.

181 De fojas 53 a 55: Constancia de estudios escolares y pre-universitarios de tres de sus cuatro hijos. A fojas 56: Carnet pre-universitario. A fojas 57: Boleta de pago de matrícula en centro preuniversitario. A fojas 58: Constancia expedida por el Presidente de la Urbanización San Francisco del Distrito de Juliaca, que da cuenta del abandono sufrido por la demandada, y que ha sido ella quien se ha hecho cargo del cuidado de sus hijos.

En tal virtud, estima la Sala Superior, que corresponde velar por la estabilidad económica de la cónyuge perjudicada, así como reparar los daños a su persona fijando una indemnización a cargo de la parte menos afectada, máxime si se tiene en cuenta el abandono moral en que se encuentra la cónyuge y sus hijos quienes tuvieron que recurrir al Poder Judicial para obtener una pensión alimenticia, incluso vía prorrato de alimentos, según consta de los actuados del proceso de prorrato de alimentos acompañado, por lo que quedan desvirtuados los argumentos expuestos en el recurso de apelación del demandante.

A criterio del Colegiado Superior la indemnización fijada por el Juez en la sentencia apelada corresponde a su prudente arbitrio, habiéndose considerado el interés familiar y lo actuado en el proceso; tanto más, si no fue posible adjudicarle bienes de modo que compense su mayor perjuicio; siendo ello así, valorando las pruebas en conjunto y según su apreciación razonada, en aplicación del artículo 197º del Código Procesal Civil debe confirmarse dicho extremo.

Sobre el régimen de visitas fijado por el Juez de la demanda, la Sala Superior sostiene que no hay necesidad de fijarlo porque los hijos de los cónyuges en controversia, a la fecha, son mayores de edad, así lo demuestran las partidas de nacimiento glosadas a fojas 3 y 4, en consecuencia carece de objeto establecer un régimen de visitas, siendo atendible dicho extremo de la apelación de la parte demandada y debe desestimarse respecto de la liquidación de bienes sociales a que hace referencia la apelante por no haberse acumulado dicha pretensión con arreglo a lo dispuesto en el artículo 483º del Código Procesal Civil.

En cuanto a los efectos de la sentencia, estima que carece de objeto pronunciarse sobre la pensión de alimentos que pudiera corresponder a la cónyuge e hijos del demandante, por cuanto ésta se fijó en el proceso de prorrato de alimentos, por consiguiente, igualmente carece de objeto pronunciarse sobre su subsistencia si ésta aún se encuentra vigente, más aún si no ha sido objeto de pretensión (demanda o reconvencción) ni ha sido fijado como punto controvertido, quedando a salvo el derecho de las partes para hacerlo valer con arreglo a ley ante el Juez competente y en la vía correspondiente.

Respecto a las demás consecuencias legales accesorias de la institución de divorcio regulados por los artículos 24º y 353º del Código Civil, respecto de los cuales el Juez no se ha pronunciado en la parte decisoria, ésta debe integrarse con arreglo al artículo 370º del Código Procesal



Civil, declarando el cese del derecho de la mujer a llevar el apellido del cónyuge y la pérdida del derecho hereditario entre las partes.

## **6.- RECURSO DE CASACIÓN: EXTREMOS DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA IMPUGNADA**

René Huaquipaco Hanco, mediante escrito de fojas 439, interpone recurso de casación en contra la sentencia de vista de fojas 426, en la parte que declaró fundada la reconvenición sobre indemnización interpuesta por la demandada Catalina Ortiz Velazco de Huaquipaco, y ordena que el demandante indemnice a la demandada con la suma de S/. 10,000.00 (diez mil nuevos soles).

## **7.- CAUSAL DEL RECURSO Y SUS FUNDAMENTOS: PROCEDENCIA**

El recurso de casación del demandante se sustentó en los siguientes fundamentos: que se ha aplicado indebidamente el artículo 345º-A del Código Civil –la aplicación indebida es una forma de infracción normativa– toda vez que la reconvenición por daños y perjuicios se sustentó en su presunta infidelidad con otra mujer; lo que no fue acreditado por la demandada, pero sí se probó que el matrimonio se llevó adelante por presión de los padres de aquella, más aún si cumple legalmente con prodigar alimentos a la demandada y a sus hijos.

Agrega que la Sala Superior ha llegado a la convicción de que la inocente y perjudicada es la demandada cuando en realidad no se probó las causales determinantes de los daños y perjuicios del daño moral expuesto; no se demostró en ningún extremo que el suscrito hubiese contraído compromiso con otra mujer, como sería con una partida de nacimiento del hijo adulterino; existiendo frondosa jurisprudencia al respecto como la dictada por la Corte Superior de Justicia de Arequipa en el Expediente N° 2003-00512. Igualmente hay contravención del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, pues las sentencias expedidas por el Juez y la Sala Superior son contradictorias, por cuanto el Juzgado no se pronuncia sobre la supuesta infidelidad del recurrente, mientras que la Sala asevera la inocencia y perjuicios supuestos de la demandada, por lo que no existe una adecuada motivación de la sentencia conforme lo disponen los artículos 121º y 139º de la Constitución Política.

No obstante las deficiencias anotadas, la Sala Suprema estimó la procedencia excepcional del recurso de casación, a fin de velar por la adecuada aplicación del derecho objetivo, específicamente del artículo

345<sup>o</sup>-A del Código Civil; por lo que invocando la facultad excepcional prevista en el artículo 392<sup>o</sup>-A del Código Procesal Civil, de conformidad además con el artículo 391<sup>o</sup> del mismo Código, declararon procedente el recurso de casación interpuesto por René Huaquipaco Hanco, mediante resolución de fojas 34 del cuaderno de casación, del 16 de noviembre de 2010.

## **II.- DE LA CONVOCATORIA AL PLENO CASATORIO Y ANTECEDENTES**

Por resolución del 17 de noviembre de 2010, publicada en el diario oficial El Peruano el día 3 de diciembre de 2010 la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 400<sup>o</sup> del Código Procesal Civil, convocó a la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República a sesión de Pleno Casatorio para llevar a cabo la vista de la causa del presente proceso, la misma que se realizó el 15 de diciembre de 2010 a horas diez de la mañana.

Entre los diversos expedientes elevados en casación ante este Supremo Tribunal, se ha advertido que, de forma continua y reiterada, los Juzgados y Salas especializadas que se avocan al conocimiento de temas de familia están resolviendo los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, específicamente referido al tema indemnizatorio previsto en el artículo 345<sup>o</sup>-A del Código Civil, con criterios distintos y hasta contradictorios, tal como se evidencia del análisis de las Casaciones Nros. 5106-2009-Lima<sup>182</sup>, 1585-2010-Lima<sup>183</sup>, 5512-2009-Puno<sup>184</sup>, entre otras, en los que se evidencia que a nivel de los órganos jurisdiccionales inferiores no existe consenso respecto de la determinación del cónyuge perjudicado, las pautas para su probanza,

182 En este proceso, el Juez de la causa estableció que la conducta conflictiva entre ambos cónyuges evidenciaba la voluntad de poner fin al deber de hacer vida en común, argumento con el que se sustrajo de su deber de establecer la existencia del cónyuge perjudicado. No obstante, la Sala Superior estableció que en autos se encontraba acreditada la situación de grave desavenencia que existía entre los cónyuges y que la demandada ha desplegado diversas acciones contra su cónyuge demandante, no obstante lo cual no se ha probado que hubiera tenido por objeto causarle daño y perjudicar la imagen de éste de forma deliberada.

183 Revisadas las sentencias de mérito, se advierte que el Juez de la causa estableció que no era posible determinar la existencia de perjuicio alguno en razón a que existió una intención cierta y deliberada de ambos cónyuges de poner fin a su vida en común; mientras que para la Sala Superior el solo hecho del abandono sufrido por el actor de parte de su esposa lo convertía en el cónyuge más perjudicado, habiéndose frustrado de manera directa e injustificada el proyecto de vida que éste se había trazado.

184 En este proceso en particular, el Juez de primera Instancia refirió que al no haberse acreditado cuál de los cónyuges resulta responsable de la separación, no se puede verificar la existencia del cónyuge perjudicado. Sin embargo, en segunda instancia, el Colegiado Superior estableció que al no haber la demandada incorporado al proceso la pretensión de cobro de indemnización, la misma no puede ser estimada en la sentencia.

la necesidad o no de que la indemnización a que hubiere lugar sea solicitada expresamente por la parte afectada o sea determinada de oficio por el juzgador, entre otros aspectos relacionados con el tema de divorcio en general.

El presente caso trata de un proceso de divorcio por la causal de separación de hecho en el que el tema materia de casación trata esencialmente sobre la indemnización fijada a favor del cónyuge perjudicado; por lo que resulta necesario establecer pautas para una interpretación vinculante, además de un criterio uniformizador para las decisiones que en el futuro adopten los órganos jurisdiccionales sobre el mismo tema.

### **III.- CONSIDERANDO**

#### **1. EL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO Y LOS PROCESOS DE FAMILIA**

- 1.- Para una mejor justificación y comprensión de las facultades tuitivas del Juez de familia en los procesos que bajo su competencia le corresponde conocer, y dentro de ellos el proceso de divorcio así como de la flexibilización de ciertos principios procesales, es pertinente abordar muy brevemente el significado y alcances de la fórmula política del Estado democrático y social de derecho.

La doctrina<sup>185</sup> considera como elementos esenciales del postulado del Estado de Derecho, los siguientes: a) la justicia y seguridad jurídica, b) la Constitución como norma suprema, c) la división de poderes, d) la protección de los derechos fundamentales, e) la vinculación de los poderes públicos al derecho (a la ley), f) la tutela judicial y vertiente procedimental de los derechos fundamentales: a los cuales se podría agregar el control jurisdiccional de los actos de la administración, el control constitucional de las leyes, entre otros<sup>186</sup>.

185 Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde. *Manual de Derecho Constitucional*, segunda edición, Madrid, Marcial Pons. 2001, pp. 493 y ss.

186 Jorge Reinaldo Vanossi enumera como elementos del Estado de Derecho, los siguientes: soberanía popular, creación del derecho por intervención o representación de los gobernados, predominio del consenso sobre la coerción en la gestión de las decisiones políticas fundamentales, separación y distribución de poderes, limitación y control del poder, independencia del controlante respecto del controlado, libertades individuales y derechos sociales, pluralismo de partidos (ideas) y de grupos (intereses), posibilidad permanente de alternancia en el acceso de poder, responsabilidad de los gobernantes, régimen de garantías y relativización de los dogmas oficiales. En: *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, tercera edición, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires - Eudeba, 2000, pp. 44-45.

Como se ha anotado, la doctrina considera que un elemento esencial del Estado de Derecho es la tutela judicial de los derechos fundamentales; propiamente diríamos que dicho elemento está configurado por la tutela jurisdiccional efectiva de todos los derechos y libertades, y dentro de ellos especialmente de los derechos fundamentales.

- 2.- Una tutela jurisdiccional efectiva requiere, entre otras cosas, un proceso con un “mínimo de garantías” que hagan posible un juzgamiento justo e imparcial; esta necesidad nos lleva a buscar y postular un modelo procesal que responda a estas exigencias, pues sería vano reconocer derechos en la Constitución cuando ellos no pueden hacerse efectivos en un proceso jurisdiccional; de allí que las garantías dentro un marco del Estado de Derecho “(...) se revela en la aceptación del postulado según el cual los *procedimientos* deben ser puestos al servicio de los *contenidos*, desde el momento en que aquéllos son nada más que medios instrumentales al servicio de ciertas finalidades”<sup>187</sup>.
- 3.- Nuestra Carta Fundamental (artículo 43<sup>o</sup>) acoge la fórmula política compleja, integrada por dos fórmulas simples: Estado democrático de Derecho y Estado social de Derecho<sup>188</sup>.

El Estado democrático de Derecho, luego de una sucesión de fases evolutivas, esencialmente comporta el Estado de Derecho y su legitimación democrática del ejercicio del poder del Estado, es decir, como afirma Javier Pérez Arroyo “... el de la reconducción de la voluntad de Estado única y exclusivamente a la voluntad de la sociedad (...). Sin hacer realidad el principio de que todo el poder procede del pueblo no se puede hablar en sentido estricto de Estado de Derecho”. Y luego agrega el mismo autor que “Estado de Derecho y Estado democrático de Derecho se convierten, pues, a partir de este momento en términos idénticos. Un Estado que no sea democrático, es, por definición, un Estado que no es de Derecho...”<sup>189</sup>

En cuanto a la segunda fórmula de Estado social de Derecho comienza a gestarse desde fines del siglo XIX, cuando aparece en el escenario social una nueva clase integrada por los trabajadores obreros y la extensión progresiva del sufragio. Entonces va apareciendo un Estado proveedor

187 Vanossi, Jorge Reinaldo, ob.cit., p. 50.

188 Constitución, artículo 43<sup>o</sup>.- Tipo de Estado y Gobierno. La República del Perú es democrática, social, Independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

189 *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid - Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2000, pp. 200 y 201.

de servicios sociales, de bienestar social. Pérez Arroyo sostiene también que: “Ésta es la evolución que pretende traducir la fórmula Estado social de Derecho. El Estado sigue siendo un Estado de Derecho, esto es, un Estado garantista del individuo frente al poder y en el intercambio con los demás ciudadanos, pero es también un Estado social, esto es, un Estado comprometido con la promoción del bienestar de la sociedad y de manera muy especial con la de aquellos sectores más desfavorecidos de la misma. El Estado social es, pues una consecuencia del proceso de democratización del Estado. Como consecuencia de ello, el Estado democrático tiene que convertirse inevitablemente en Estado social, en la medida en que tiene que atender y dar respuesta a las demandas de ‘todos’ los sectores de la sociedad y no exclusivamente a una parte de la misma”<sup>190</sup>.

- 4.- Hay un sector importante de la doctrina que sostiene que el Estado social de Derecho en el fondo significa: el Estado constitucional<sup>191</sup> comprometido con la justicia *social*; el atributo social comporta un mayor recurso directo a los elementos de la justicia, la igualdad material, la compensación social, la ayuda para los débiles y su protección. La cláusula del Estado social fue una vía para la integración de la clase trabajadora en el estado constitucional y el sistema parlamentario<sup>192</sup>.

Haberle precisa además que: “Dicho óptimo (o mínimo) de regulación de la justicia social corresponde hoy al estándar del tipo de ‘Estado Constitucional’, por ejemplo, mediante derechos justiciables a un mínimo económico existencial, a la protección de la salud, a la protección de la familia y a la garantía de condiciones de trabajo humanas [sic]”<sup>193</sup>.

Como puede apreciarse, una de la notas características del Estado social de Derecho es la promoción y protección de los sectores sociales menos favorecidos, brindando particularmente una especial protección a la familia, cuyos derechos materiales, en consecuencia, deben influir y modular el tipo de normatividad procesal (célere), la naturaleza de la

190 Ob.cit., p. 202.

191 La supremacía del derecho y la vigencia de los derechos fundamentales vienen a constituir los pilares principales del Estado Constitucional de Derecho, el que se considera como la cabal realización del Estado de Derecho. En consecuencia, es un sistema en donde la Constitución democrática y las leyes (conformes a la Constitución) establecen límites al ejercicio del poder con la finalidad de garantizar la protección y efectividad de las libertades y los derechos fundamentales.

192 Haberle, Peter. *El Estado Constitucional*, México, Traducción de Héctor Fix-Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 225.

193 Ob.cit., p. 226.

tutela jurisdiccional (especialmente efectiva y muchas veces urgente), que hagan viable esta promoción y protección.

- 5.- La Constitución Política impone al Estado y a la comunidad el deber de brindar una especial protección a los niños, adolescentes, a los ancianos y madres en situación de abandono. También se extiende esta protección a la familia y al mismo matrimonio<sup>194</sup>.

Si revisamos la normatividad relacionada con los temas de familia, tanto en el Código de los Niños y Adolescentes, el Código Civil y el Código Procesal Civil, podemos llegar a la conclusión de que las normas jurídicas referidas a los derechos, deberes y obligaciones derivados de las relaciones familiares estén inspirados en la cláusula compleja del Estado democrático y social de derecho, acogiéndose el principio de igualdad material antes que el de igualdad formal, la socialización del proceso, el principio del interés superior del niño y del adolescente, las facultades tuitivas del Juez en los procesos donde se ventilan derechos sobre familia, especialmente referidos a los niños, ancianos y madres abandonadas moral o materialmente, entre otros.

- 6.- La denominación de Estado “democrático y social” de derecho sólo pretende resaltar la participación del pueblo en la administración del Estado. No es que se trate de una clase distinta a la del simple Estado de Derecho, sino que pretende resaltar algunas de sus funciones y características, particularmente vinculados con la población y su bienestar, abarcando aspectos sociales, políticos, económicos y jurídicos. Con relación al aspecto jurídico, en particular, “(...) se entiende que el Derecho, en especial los derechos fundamentales, no sólo implican su vigencia formal, sino también las condiciones materiales para permitir un ejercicio efectivo del derecho”<sup>195</sup>. Tales condiciones materiales se dan no sólo a través de la promulgación de leyes de menor rango que permitan promover y configurar los derechos fundamentales, sino también a través de la implementación de mecanismos procesales que permitan su ejercicio y efectividad.

194 Constitución, artículo 4º.- Protección del niño, madre, anciano, familia y el matrimonio. La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamental es de la sociedad.

195 Gonzáles Ojeda, Magdiel. El Estado Social y Democrático de Derecho y el Estado Peruano. En: *Derecho y Sociedad* N° 23, Revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima: <http://blog.pucp.edu.pe/item/24656/el-estado-social-y-democratico-de-derecho-y-el-estado-peruano>.

Como ha señalado Augusto César Belluscio: “La naturaleza de los derechos en juego en las acciones de estado de familia, y en especial la circunstancia de que el interés general esté vinculado con su resultado, hacen que los procesos en que ellas se deducen queden sujetos a características especiales que, en alguna medida, los diferencian de las demás, aún cuando dichas características no sean propias exclusivamente de ellos, sino que puedan ser compartidas por otros”<sup>196</sup>; en tal sentido, si bien las relaciones derivadas del vínculo conyugal o del parentesco son tratadas como relaciones privadas, éstas, en su mayoría, están determinadas o dominadas por normas de orden público, precisamente para impedir la desnaturalización de los fines familiares<sup>197</sup>. Esto no impide, por supuesto, que ante un conflicto familiar sus integrantes puedan acordar soluciones razonables y convenientes para efectos de satisfacer los derechos y deberes exigidos recíprocamente.

Al igual que este autor, Mirta Mangione Muro<sup>198</sup> resalta el hecho de que las normas de Derecho de familia además de ser de derecho privado son también de orden público y hacen que conlleven características especiales, tales como la limitación del principio dispositivo, asignación del proceso de conocimiento, la competencia de los órganos en materia civil<sup>199</sup>, el reconocimiento de litisconsorcio pasivo<sup>200</sup>, la intervención del Ministerio Público, entre otros.

- 
- 196 Belluscio, Augusto César. *Manual de Derecho de familia*, Tomo I, séptima edición, primera reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L., 2004, p. 79.
- 197 Respecto del presunto conflicto entre la autonomía privada y el orden público, Bossert y Zannoni han señalado que: “El orden público en el derecho privado tiene por función primordial limitar la autonomía privada y la posibilidad de que las personas dicten sus propias normas en las relaciones jurídicas (...). En el Derecho de familia, el orden público domina -como dijimos- numerosas disposiciones (...). Ello se debe a que el interés que la ley reconoce no es un mero interés individual, egoísta del titular, sino un interés que está en función de fines familiares. Por eso se alude al Interés familiar que limita las facultades individuales, lo cual exige que las normas legales que reconocen tales facultades sean de orden público para impedir la desnaturalización de los fines familiares a que aquéllas responden”. En: *Manual de Derecho de Familia*, Quinta edición actualizada y ampliada, primera reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1999, p. 11.
- 198 Mangione Muro, Mirta Hebe. *Derecho de familia: Familia y Proceso de Estado*, Santa Fe-Argentina, Centro de Publicaciones de la Universidad Nacional del Litoral, 2000, p. 70. Por su parte, Belluscio entiende que la limitación del principio dispositivo opera propiamente a nivel de disposición del derecho material por las partes. (Cfr.: Belluscio, Augusto César. *Ibidem*).
- 199 Respecto a la naturaleza jurídica del Derecho de familia, Max Arias-Schreiber Pezet ha señalado: “Otro tema debatido es si este Derecho debe estar confinado en un Código Civil o en un código especial. Fuera de que su importancia es puramente académica, nosotros nos inclinamos por mantenerlo dentro del Derecho civil, dada la íntima relación que tiene con la persona humana”. En: *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, Tomo VII, Derecho de familia, Lima, Gaceta Jurídica Editores S.R.L. 1997, p. 29.
- 200 Cfr.: Belluscio, Augusto César, *ob.cit.*, p. 84.

- 7.- En cuanto a la limitación del principio dispositivo debe señalarse que por el mismo se entiende al principio de iniciativa e impulso de parte, esto es, a aquel que deja librado a las partes la disponibilidad del proceso, de tal manera que corresponde sólo a ellas iniciar el proceso, formular sus peticiones, desistirse de ellas y ofrecer pruebas que sustenten los hechos que configuran su pretensión. “En materia civil este principio es muy amplio, se apoya sobre la suposición de que en aquellos asuntos en los cuales sólo se dilucida el interés privado, los órganos del poder público no pueden ir más allá de lo que desean los particulares, pero en los procesos de estado prevalecen los poderes del Juez, fundado en el interés social comprometido, que hace que las facultades de las partes se limiten o se suprimen”<sup>201</sup>.

Intervención del Ministerio Público: Interviene en estos procesos en defensa del interés social y de la familia como célula básica de la sociedad, además de ejercer la defensa de los menores, sea como parte del proceso (invalidez de matrimonio, divorcio, etc.) o como dictaminador (cuando estén involucrados menores), conforme a los supuestos establecidos en la Ley Orgánica del Ministerio Público aprobado por Decreto Legislativo N° 052.

## 2. EL PRINCIPIO DE SOCIALIZACIÓN DEL PROCESO Y LOS PROCESOS DE FAMILIA

- 8.- Nuestro sistema procesal civil reconoce este principio, desde luego en el marco del Estado democrático y social de derecho. Previene que el Juez debe evitar que las desigualdades de cualquier índole afecten el desarrollo o resultado del proceso<sup>202</sup>.
- 9.- Los principios procesales, siendo parte de los principios generales del derecho, son los fundamentos que sustentan un sistema procesal. Para nuestro sistema, el proceso civil tiene una orientación publicista, pues no solamente interesa a las partes la resolución del conflicto intersubjetivo de intereses sino también, y al mismo tiempo, interesa a la sociedad tanto el desarrollo del proceso como su resultado. En razón de esta orientación publicista es congruente concebir el proceso con dos fines: a) resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica, haciendo efectivos los derechos materiales, y b) lograr la paz social en justicia.

201 Mangione Muro, Mirta Hebe. *Ibíd.*

202 Código Procesal Civil, artículo VI del Título Preliminar.- Principio de socialización del proceso. El Juez debe evitar que las desigualdades entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso.



Por ello se explica que el Juez en nuestro sistema procesal es el director y conductor del proceso, desde el inicio del proceso hasta su finalización, por consiguiente, el legislador le confiere un haz no solamente de deberes y derechos sino también de amplias facultades para el cumplimiento de su noble y delicada función pública: emitir una decisión objetiva y materialmente justa, que haga posible los fines del proceso así como los fines y valores consagrados por la Constitución y las leyes.

- 10.-** Como se ha visto, nuestra Constitución no adopta la fórmula del Estado liberal de Derecho sino la del Estado democrático y social de Derecho, en donde debe haber un serio y mayor compromiso con la justicia social, esto es un mayor énfasis e importancia a los elementos de la justicia, a la igualdad material, la compensación social, la protección de los más débiles, entre otros.

En este orden ideas, cuando se postula el principio de socialización del proceso, se está promoviendo la igualdad material<sup>203</sup> dentro del proceso, en contraposición de la igualdad formal, y la aplicación de aquél principio opera como instrumento para lograr una decisión objetiva y materialmente justa.

En los procesos de familia, en donde muchas veces una de las partes es notoriamente débil, la aplicación del principio de socialización del proceso resulta de vital trascendencia para evitar que las desigualdades puedan afectar el proceso, sea en su curso o en la decisión final misma.

### **3. LA FUNCIÓN TUITIVA DEL JUEZ EN LOS PROCESOS DE FAMILIA**

- 11.-** El derecho procesal de familia se concibe como aquél destinado a solucionar con prontitud los conflictos que surjan dentro de la esfera de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ya sea que se trate de hijos, padres, cónyuges, hermanos, etc., de allí que se diferencie del proceso civil en razón a la naturaleza de los conflictos a tratar, y que imponen al Juez una conducta conciliadora y sensible, que supere los formalismos y las meras cuestiones técnicas, reservando la confrontación como *última ratio*.

203 El principio-derecho de igualdad material impone que se trate por igual a los que son iguales, y se dé un tratamiento distinto a los que son diferentes, siempre que estas diferenciaciones obedezcan a razones objetivas y razonables, caso contrario se incurrirá en un trato discriminatorio, con vulneración al derecho de igualdad ante la ley. Por otra parte, la misma Carta Política prohíbe que por ley se establezcan diferencias por razón de las personas, pero admite tales diferencias en atención a la naturaleza de las cosas (artículo 103º).

12.- La doctrina procesal contemporánea ya ha destacado la gran importancia que tiene la estrecha relación entre el proceso y el derecho material, por esta razón se postula el carácter instrumental del derecho procesal respecto del derecho material. En este contexto es ineludible concluir que el derecho material influye y muchas veces condiciona al legislador para establecer determinada estructura a cada tipo de proceso; así mismo, la naturaleza de la situación material y del conflicto de intereses que nace de éste, influye de diversa manera en el comportamiento de los sujetos procesales, particularmente en el Juez, pues, con su demanda el actor introduce al proceso una cadena de hechos que configuran una situación o relación jurídica material, que va servir de base para la actividad probatoria y será objeto de pronunciamiento en la sentencia<sup>204</sup>.

En consecuencia, la naturaleza del derecho material de familia, en sus diversas áreas y en distintos grados, condiciona al legislador y al Juez para regular y desarrollar procesos que correspondan a aquella naturaleza, evitando el exceso de ritual y la ineficacia del instrumento procesal. Se comprende por ello que, por un lado, el proceso tenga una estructura con componentes flexibles y, por otro lado, el Juez de familia tenga amplias facultades tuitivas, para hacer efectivos aquellos derechos.

“Las finalidades fundamentales tuitivas que se asignan a la familia trascienden los intereses estrictamente individuales, de modo que su cumplimiento no puede dejarse al arbitrio individual. Consecuencia de ello es que, así como los poderes jurídicos que se atribuyen a la persona en el campo patrimonial son de ejercicio libre –y por ello son estrictamente derechos subjetivos–, los poderes derivados de las relaciones jurídico-familiares son instrumentales y se atribuyen al titular para que mediante su ejercicio puedan ser cumplidos los fines previstos por el ordenamiento jurídico”<sup>205</sup>.

#### 4. FLEXIBILIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE CONGRUENCIA, RECLUSIÓN Y EVENTUALIDAD EN LOS PROCESOS DE FAMILIA

13.- Por el principio de congruencia el Juez debe respetar el *thema decidendum* propuesto por las partes, limitando su pronunciamiento a aquellas alegaciones introducidas en los escritos constitutivos (demanda,

204 Cfr. Álvaro de Oliveira, Carlos Alberto. *Teoría y Práctica de la Tutela Jurisdiccional*, traducción Juan José Monroy Palacios, Lima - Perú, Librería Communitas E.I.R.L., 2008, p. 163.

205 Díez Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho civil*, Volumen IV, Derecho de familia y sucesiones, séptima edición, segunda reimpresión, Madrid, Editorial Tecnos, 2001, p. 43.

contestación, reconvencción y contestación de ésta)<sup>206</sup>, pues cualquier desvío en esta base del raciocinio conculcaría las reglas de juego que los mismos justiciables establecieron. El artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, en concordancia con los artículos 50<sup>o</sup> inciso 6 y 122<sup>o</sup> inciso 3 del mismo cuerpo normativo reconocen este principio de congruencia.

Conforme señala Davis Echandía<sup>207</sup>, este principio tiene extraordinaria importancia, pues se encuentra íntimamente ligado con el derecho constitucional a la defensa, asegurando que quien es parte en cualquier clase de proceso conozca las pretensiones o imputaciones esgrimidas en su contra, de tal manera que la actividad probatoria, las excepciones o simples defensas y demás alegaciones se orienten por ellas. Osvaldo A. Gozáini señala que la conformidad entre las pretensiones y lo que se decida en el proceso debe darse en un triple orden: de sujetos, de objeto y de *causa petendi*<sup>208</sup>.

El principio de preclusión procesal impone orden en el debate y posibilita el progreso del proceso para alcanzar sus fines, consolidando las etapas cumplidas y prohibiendo el retroceso en el *iter processus*<sup>209</sup>. Por su lado, el principio de eventualidad (denominado también principio de ataque y defensa global) impone la necesidad de aprovechar cada ocasión procesal íntegramente, empleando en su acumulación eventual todos los medios de ataque y defensa de que se disponga para que surtan sus efectos *ad eventum*, es decir para estar prevenido por si uno o varios de ellos no los producen<sup>210</sup>.

- 14.-** Estos principios de congruencia, preclusión y eventualidad procesal reclaman que el Juez se pronuncie solamente sobre los hechos y petitorio formulados por las partes en sus actos postulatorios respectivos. Igualmente, estos principios imponen a las partes que todas sus pretensiones y medios de defensa que contravengan a sus intereses, se formulen también en la etapa postulatoria, ya sea en forma alternativa, subordinada o accesorio. Pero como veremos estos

206 Cfr.: Gozáini, Osvaldo A., *Elementos de Derecho Procesal Civil*, primera edición, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 385.

207 Citado por: Borthwick, Adolfo E. *Principios Procesales*, Mario A. Viera Editor, Buenos Aires, 2003, pp. 45-46.

208 Gozáini, Osvaldo A. *Ibidem*, p. 387.

209 Cfr.: Morello Augusto, citado por: Peyrano, Jorge W., *El Proceso Civil, Principios y Fundamentos*. Buenos Aires. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1978, p. 268.

210 Moreno y otros citado por Peyrano Jorge W., *ob.cit.*, p. 273.

principios deben aplicarse en forma flexible en los procesos de familia y, particularmente, en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, respecto de la indemnización.

- 15.- Cabe preguntarnos si puede considerarse infracción al principio de congruencia cuando un Juez de familia decide sobre pedidos o petitorios implícitos. Para ello debemos partir de considerar el tipo de problemas que se aborda en un proceso de familia, siendo muchos de ellos conflictos tan íntimos y personales que las partes se niegan a exponer libremente, ya sea por simple pudor o por desconocimiento de que este mecanismo está precisamente destinado a tutelar su derecho a la dignidad. En tal sentido, no resulta lógico que, al encontrarnos frente a un proceso tuitivo, no pueda permitirse la flexibilización del principio de congruencia al interior del proceso para efectos de revisar y dar solución al conflicto en sí mismo, independientemente de la forma o términos en los que se hubiera planteado la demanda<sup>211</sup>.
- 16.- Como lo analizaremos oportunamente, si en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, la parte interesada, en cualquier estado del proceso, expresa hechos claros y concretos referidos al perjuicio que resulta de dicha separación o del divorcio en sí, el Juez debe considerar esta manifestación de la voluntad como un **pedido o petitorio implícito** y, por consiguiente, debe ser objeto de pronunciamiento en la sentencia, garantizando desde luego a las partes el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural. Por lo demás el pedido implícito está considerado por la doctrina como una hipótesis de flexibilización del principio de congruencia.

“La Corte Suprema en destacable actitud de comprensión se ha movido con plasticidad, sin dejarse atrapar por ninguna explicación teórica cerrada o absoluta (...); afirma que el órgano no está embretado por lo que peticionan las partes, ni por la literal hermenéutica de los preceptos legales. No está encerrado por el dibujo, voluntad y límites de ellas, pues es el juez (director del proceso, bajo control de los abogados en contienda) el que habrá de suministrar –con suficiente y adecuado sustento en las consideraciones de hecho, evaluación profunda de

211 Al respecto se ha sostenido que: “El análisis del principio *iura novit curia* al interior de los juzgados y demás instancias judiciales en el ámbito tutelar familiar; implica no sólo un análisis procesal de los planteamientos de la demanda, sino también la posibilidad de revisar el conflicto en sí mismo”. En: Bermúdez Tapia, Manuel. *Elementos a tener presente en los procesos de divorcio por causal*, JUS Jurisprudencia, N° 8, Lima, Agosto, 2008, p. 40.

la prueba y valoración y del derecho aplicable- prolija y razonada motivación (...)”<sup>212</sup>.

- 17.- En consecuencia, los principios de congruencia, preclusión y eventualidad procesal, entre otros, deben aplicarse en forma flexible en los procesos de familia y en particular en los procesos de divorcio por separación de hecho, con el fin de darte efectividad de los derechos materiales discutidos en este tipo de procesos y especialmente cuando se refiera a los niños, adolescentes, a la familia monoparental resultante de la disolución del vínculo matrimonial, al cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hecho, como suele ocurrir en este tipo de procesos.

No está demás anotar que en el contexto de un Estado democrático y social de Derecho también se explican y justifican otras flexibilizaciones del principio de congruencia procesal, que resultan pertinentes referirlas, como: a) en el nuevo proceso laboral, regulado por la Ley N° 29497, se admite la posibilidad de que el juez en la sentencia (artículo 31º) disponga el pago de sumas mayores a las demandadas si apareciere error en el cálculo de los derechos demandados o error en la invocación de las normas aplicables, y también se dispone que el pago de intereses legales no requieren ser demandados, b) en el proceso contencioso administrativo, regulado por el Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, se faculta al Juez a decidir sobre el restablecimiento o reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para el restablecimiento o reconocimiento de la situación jurídica lesionada, aún cuando no haya sido objeto de pretensión expresa en la demanda.

## 5. FLEXIBILIZACIÓN DE LA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES EN MATERIA DE FAMILIA

- 18.- Se ha establecido como característica de los procesos de estado de familia el de ser una excepción al principio dispositivo o de iniciativa de parte, y que en tal sentido se le otorgan facultades extraordinarias al juzgador para concretar las finalidades del proceso y dar solución efectiva al caso.

Una de esas potestades es precisamente la de integrar el petitorio con pretensiones sobre las cuales es necesario emitir un pronunciamiento

212 Morello, Augusto M. *La prueba, tendencias modernas*, segunda edición ampliada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, pp. 98-99.

porque afectan a los hijos o al régimen patrimonial que se pretende disolver. Ejemplos representativos sobre la acumulación de pretensiones en materia de familia son el relativo a la separación de cuerpos o divorcio, conforme a los términos que señalan los artículos 340º y 342º del Código Civil y el artículo 483º del Código Procesal Civil, en concordancia con el artículo 87º *in fine* del mismo cuerpo normativo; también en el caso de invalidez del matrimonio según lo establece el artículo 282º del Código Civil y en los procesos por patria potestad, tenencia y régimen de visitas a que se refiere el artículo 137º del Código de los Niños y Adolescentes<sup>213</sup>.

Con acierto se sostiene que la acumulación bien puede presentarse incluso en el supuesto de que no se formulen en la demanda pretensiones accesorias, “siempre y cuando éstas se encuentren expresamente previstas por la ley, en cuyo caso se consideran tácitamente integradas a la demanda (...). Tal es el caso, por ejemplo, del proceso de separación de cuerpos o divorcio por causal, en el que se consideran como pretensiones accesorias a ser acumuladas al principal (separación de cuerpos o divorcio por causal) por disposición legal (art. 483º del Código Procesal Civil), las de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad, separación de bienes gananciales y las demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de éstos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deben resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal”<sup>214</sup>.

En consecuencia, el Juez de familia está facultado, en principio, para integrar la demanda con las pretensiones accesorias previstas expresamente por la ley, y en este sentido podrá hacerlo hasta el momento de fijar los puntos controvertidos. Particularmente también podrá integrar como punto controvertido la indemnización o alternativamente la adjudicación preferente de un bien de la sociedad de gananciales, como se analizará más adelante.

- 19.-** También es necesario puntualizar que en esta línea de flexibilización del principio de congruencia nuestro ordenamiento procesal civil admite casos de acumulación tardía y de acumulación tácita. Así podemos verificar que en la última parte del artículo 87º, modificado por Decreto

213 Cfr.: Plácido Vilcachagua, Alex F. *Manual de Derecho de Familia*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2001, pp. 41-42.

214 Hinostrza Minguez, Alberto. *Sujetos del Proceso Civil*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2004, pp. 352-353.

Legislativo N° 1070, dispone que: a) si no se demandan pretensiones accesorias, sólo pueden acumularse éstas hasta antes del saneamiento del proceso, b) cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se consideran tácitamente integradas a la demanda.

## 6. EL DIVORCIO EN EL CÓDIGO CIVIL

20.- Nuestro Código Civil, con la modificatoria introducida por la Ley N° 27495, reconoce un sistema de disolución del vínculo matrimonial mixto y complejo, al regular tanto causales inculpatorias como causales no inculpatorias, configurando el divorcio sanción y el divorcio remedio.

### 6.1. Clases de divorcio

21.- La doctrina contempla diversas clasificaciones del divorcio, siendo la clasificación tradicional aquella que diferencia el divorcio “absoluto” del divorcio “relativo”, según quede o no subsistente el vínculo matrimonial. Sin embargo, para el caso concreto nos centraremos en aquella clasificación que toma como parámetro para su determinación al elemento subjetivo (la existencia o no de culpa) y al elemento objetivo. Así tenemos que el divorcio puede ser de dos clases:

#### 6.1.1. Divorcio sanción

22.- Es aquél que considera sólo a uno de los cónyuges –o a ambos– como responsable de la disolución del vínculo matrimonial por incumplimiento de algunos de los deberes matrimoniales que impone la ley o por la conducta que el Juez valora como grave por ser moralmente negativa, y que trae como consecuencia la sanción del culpable que se proyecta en diversos aspectos, como son la pérdida de los derechos hereditarios, de los derechos alimentarios, de la patria potestad, entre otros.

“La causal culposa constituye un hecho voluntario consistente en el incumplimiento de alguno de los deberes matrimoniales a la que la legislación directamente o a través de la facultad de apreciación del hecho por el Juez califica negativamente y de grave (...). Del establecimiento de la culpabilidad o inocencia de uno de los cónyuges se obtiene determinados beneficios o perjuicios, que sería distintos al caso en que los dos fueran calificados de culpables”<sup>215</sup>.

215 Quispe Salsavilca, David. *El Nuevo Régimen Familiar Peruano*, Breviarios de Derecho Civil N° 2, Lima, Editorial Cultural Cuzco S.A.C., 2002, pp. 73-75.

También respecto de esta causal, Luis Díez Picazo y Antonio Gullón han señalado que: “De acuerdo con ella, la consideración de determinados hechos antijurídicos como causa de divorcio para el cónyuge que no los haya cometido constituye una sanción cuya imposición queda al arbitrio de éste, mediante el ejercicio de la acción de divorcio. En consecuencia, el proceso de divorcio es un debate sobre la culpabilidad o la inocencia y determina la búsqueda, a veces escandalosa y nada conveniente, de los más escondidos pliegues de la vida conyugal (...). En el llamado divorcio-sanción se buscan aquellos hechos que entrañan incumplimientos graves de los deberes dimanantes de la relación conyugal, que son especialmente el abandono, el adulterio, y otras situaciones similares”<sup>216</sup>.

### 6.1.2. Divorcio remedio

- 23.- Es aquél en el que el juzgador se limita a verificar la separación de los cónyuges sin necesidad de que sean tipificadas conductas culpables imputables a alguno de ellos. Aquí, el divorcio no importa ni trae consigo una sanción a las partes, sino la solución a los casos en los que la relación conyugal se ha quebrado de forma irrevocable y no se cumplen los fines del matrimonio. El divorcio no tiene el efecto de frustrar la relación matrimonial ni sus fines sino que declarar una situación fáctica de frustración matrimonial que acaeció mucho antes de que se iniciara el proceso de divorcio. En el caso concreto, la separación de hecho de los cónyuges, probada en el proceso respectivo, confirma la quiebra del matrimonio, independientemente de cuál de los cónyuges lo demande o cuál de ellos lo motivó<sup>217</sup>.

Con alguna razón se sostiene que: “[e]l simple hecho de que un cónyuge acuda a los tribunales formulando una demanda frente a otro, revela la ausencia de cariño o afecto marital, siendo causa suficiente para justificar la separación judicial o el divorcio”<sup>218</sup>; de allí que se ha dado a denominarla como la *tesis de la frustración de la finalidad social del instituto*, que coincide con la imposibilidad de recomponer la ruptura de la vida conyugal producido por el fracaso razonablemente irreparable

216 Díez Picazo, Luis y Antonio Gullón, ob.cit., pp. 115-116.

217 Respecto del divorcio remedio, la Casación N° 38-2007-Lima, publicada el 2 de setiembre de 2008, ha establecido que cualquiera de los cónyuges puede accionar en busca de solucionar una situación conflictiva; en estos casos “(...) se busca no un culpable, sino enfrentar una situación en que se incumplen los deberes conyugales”.

218 Sánchez Hernández, Ángel. La modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio por la Ley 15/2005, de 8 de julio. En: *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, N° 23, 2005, pp. 136.



del matrimonio<sup>219</sup>. Ante tal perspectiva, podemos sub clasificar<sup>220</sup> al divorcio remedio en:

- A) Divorcio-remedio restringido: cuando la ley restringe, bajo enunciados bien enmarcados, la situación objetiva que da lugar a su configuración.
- B) Divorcio-remedio extensivo: que se configura cuando comprende una causal potestativa descrita expresamente por el legislador (*numerus clausus*), o cuando de manera nominada o innominada alude a una situación compleja de ruptura matrimonial sujeta a calificación judicial (*numerus apertus*).

24.- A diferencia del divorcio-sanción, el divorcio-remedio puede ser decretado a pedido uno de los cónyuges, como también puede presentarse a pedido de ambos esposos por mutuo consentimiento, sin atender a causal inculpatoria alguna. En países como España, por ejemplo, a raíz de la expedición de la Ley 15/2005 que modificó el Código Civil en materia de separación y divorcio, se eliminaron las causales de divorcio-sanción, y se ha optado únicamente por el divorcio-remedio, de forma tal que el mismo puede decretarse sin que sea necesario alegar causa alguna y sin necesidad de tramitar o acreditar la separación previa (separación judicial o de hecho, respectivamente), pudiendo presentar el pedido ambos cónyuges, o sólo uno de ellos con el consentimiento del otro (ambos casos conocidos como *divorcio consensuado*), o por uno de los cónyuges sin asentimiento del otro (divorcio contencioso), bastando que hayan transcurrido tres meses

219 Cfr.: Díez Picazo, Luis y Antonio Gullón, ob.cit., p. 116. Señalan estos autores: “Cuando se ha producido el fracaso razonablemente irreparable del matrimonio y éste no puede ya cumplir la función que el ordenamiento le reconoce, su mantenimiento, lejos de ser socialmente conveniente, es perjudicial por constituir únicamente una corteza vacía de contenido y productora, en cambio, de situaciones lacerantes. Socialmente, en tales casos es preferible levantar el acta de la definitiva frustración”.

220 Respecto de esta sub clasificación, Díez Picazo y Gullón han referido: “Si se adopta esta premisa [divorcio-remedio] pueden seguirse dos vías distintas para regular loa [sic] hechos determinantes del divorcio, según se prefiera dejar muy abierta la fórmula legislativa a modo de una cláusula general, de suerte que sean los tribunales quienes la vayan llenando de sentido y desarrollando a través de una casuística que se tipificará jurisprudencialmente, que es la línea seguida por los países anglosajones, o que en cambio se trate de dotar de un mayor automatismo a los tribunales de justicia, lo que inversamente requiere un mayor casuismo legislativo y unos tipos más cerrados. En esta tesitura nuestro legislador ha preferido el automatismo legislativo y ha construido el hecho determinante del divorcio a partir de una situación de separación que ha durado un tiempo razonable. Se considera que un matrimonio que ha vivido separado a lo largo de un periodo de tiempo es muy difícil que vuelva a unirse”. (Ob.cit., p. 116). Entre corchetes es nuestro.

desde la celebración del matrimonio, no siendo preciso el transcurso del plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio<sup>221</sup>.

- 25.-** La distinción entre el divorcio como *sanción* al cónyuge culpable, o como *remedio* a una comunidad insostenible, obedece a la complejidad de las relaciones que se establecen entre los cónyuges, así como de sus efectos, producto del cumplimiento de los deberes conyugales y fines propios del matrimonio, conflicto que nace y se acrecienta en la medida que los esposos, con los hijos que trajeron al mundo, no pueden, no saben o no quieren asumir el proyecto existencial de naturaleza ética que propone la unión, sin que para ello deba mediar necesariamente la comisión de hechos ilícitos.

Así lo entienden Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni cuando señalan acertadamente que: “Según una tendencia, la separación personal o el divorcio solo pueden ser decretados judicialmente ante la alegación y prueba de hechos culpables, de uno o de ambos cónyuges (...). La otra tendencia se manifiesta en la posibilidad de decretar la separación personal o el divorcio, aun sin alegar hechos imputables a uno de los cónyuges, o a los dos, si, no obstante, el vínculo matrimonial está desquiciado y la vida en común resulta imposible o intolerable. Desde esta perspectiva no se requiere la tipificación de conductas culpables; la separación o el divorcio importan, esencialmente, un remedio, una solución al conflicto matrimonial (y no una sanción) tendiente a evitar mayores perjuicios para los cónyuges y los hijos (...). En las legislaciones más modernas tiende a prevalecer el concepto de divorcio como remedio, sin que interese investigar cuál de los cónyuges dio causa al conflicto, o lo que es igual, cuál de esos cónyuges es el culpable del divorcio. Es que lo fundamental, de acuerdo con el desarrollo que las modernas ciencias sociales han realizado

221 Para Augusto César Belluscio resulta evidente la tendencia de los países de dar mayor cabida al llamado divorcio-remedio, inclusive de suprimir toda posibilidad de indagación de culpas. Al respecto ha señalado: “En los últimos años, en Europa occidental y en Estados Unidos de América se ha manifestado una fuerte tendencia a llevar hasta sus últimas consecuencias el criterio del divorcioremedio, admitiéndolo sobre la base de la irremediable desunión entre los esposos. Aun cuando en unos se mantenga también la posibilidad de que uno de los esposos lo obtenga sobre la base de la inconducta de otro, en otros -a partir de las nuevas legislaciones de Alemania, Suecia y de algunos Estados norteamericanos- se ha suprimido inclusive toda posibilidad de indagación de culpas”. (Ob.cit, p. 426).

coadyuvando al progreso del derecho a través de la observación, es evitar que los vincules familiares se desquicien por el mismo proceso de divorcio, de las imputaciones reciprocas que allí se hacen los cónyuges”<sup>222</sup>.

## 6.2. Causales de divorcio

- 26.- Nuestro Código Civil, tras la modificatoria introducida por Ley N° 27495, ha consensuado la vigencia de dos sistemas dentro de la institución de divorcio: uno subjetivo o de culpa del cónyuge, y otro objetivo, basado en la ruptura de la vida matrimonial<sup>223</sup>. Así tenemos que nuestro ordenamiento regula un sistema como causales de divorcio aquellas contempladas igualmente para la separación de cuerpos<sup>224</sup>, estableciendo en su artículo 333<sup>o</sup> las causales de separación de cuerpos<sup>225</sup>.
- 27.- Las causales detalladas en los incisos 1 a 11 se circunscriben a la clasificación del divorcio-sanción, en la medida que importan actos imputables a título de dolo o culpa a uno de los cónyuges que violentan

222 Bossert, Gustavo A. y Eduardo A. Zannoni. *Manual de Derecho de Familia*, pp. 330-332. Véase también: Mallqui Reynoso, Max y Eloy Momethiano Zumaeta. *Derecho de Familia*, editorial San Marcos, Lima, 2001, pp. 520-5.

223 Cfr.: Plácido Vilcachagua, Alex. *Las causales de Divorcio y Separación de Cuerpos en la Jurisprudencia Civil*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2008, pp. 15-19.

224 Artículo 349<sup>o</sup>.- Causales de divorcio. Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333<sup>o</sup>, incisos del 1 al 12.

225 Artículo 333<sup>o</sup>.- Son causas de separación de cuerpos:

1. El adulterio.
2. La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.
3. El atentado contra la vida del cónyuge.
4. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.
5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda a este plazo.
6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el artículo 347<sup>o</sup>.
8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.
9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.
10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.
12. La separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335<sup>o</sup>.
13. La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.

los deberes que imponen el matrimonio<sup>226</sup>. Por supuesto, la verificación de estas causales está sujeta a probanza de las partes y a la valoración razonada del juzgador.

Zannoni repara como caracteres comunes a todas esas causales, el hecho de que constituyen “conductas antijurídicas” que contradicen la observancia de los derechos-deberes que el matrimonio impone a los consortes, más aún tratándose del supuesto de atentado contra la vida del cónyuge, que propiamente constituye un ilícito penal. Señala al respecto: “La antijuridicidad objetiva de las causales de separación debe corresponderse con su *imputabilidad* al cónyuge que incurre en ellas. Se trata del factor de atribución objetivo que determina la *culpabilidad* (...). En general se trata de culpabilidad derivada de conductas *dolosas*, es decir, de acciones intencionalmente dirigidas a transgredir algunos de los denominados derechos-deberes que el matrimonio impone. Excepcionalmente podrían constituir actos meramente *culposos*, particularmente en el caso de las injurias inferidas por un cónyuge a otro, las que, aunque carecieran de *animus iniuriandi*, pueden importar de todos modos ofensas o humillaciones cuya entidad debía ser advertida por el cónyuge ofensor”<sup>227</sup>.

- 28.- Por su parte, las causales referidas en los incisos 12 y 13 se engloban dentro de la clasificación del divorcio-remedio, desde que existe objetivamente la separación de los cónyuges sin voluntad alguna de reconciliación, evidenciándose así el fracaso de la unión matrimonial. Ninguno de estos supuestos requiere la acreditación de los hechos o causas que derivaron en la separación de los cónyuges, limitándose el Juez a constatar el hecho objetivo del cese definitivo de la cohabitación por el periodo que establece la ley.

Como vemos, nuestro sistema jurídico se adscribe a un modelo mixto en el que acoge tanto causales de divorcio-sanción como de divorcio-remedio, adaptándose así al curso de las doctrinas modernas.

226 Para Bossert y Zannoni, las causales de divorcio específicamente enunciadas en una norma material no son sino “diversos actos que representan injurias de un cónyuge al otro, en tanto lo afectan violando, en algunos de sus aspectos, el vasto contenido de los deberes morales y materiales que impone el matrimonio”. (Cfr.: Bossert, Gustavo A. y Eduardo Zannoni, ob.cit., p. 335); sin embargo, para Belluscio tal afirmación no es correcta, pues estima que: “la calificación de injurias graves queda reservada para los hechos violatorios de los deberes matrimoniales que no se encuadren en alguna de las demás causales previstas”. (Belluscio, Augusto César, ob.cit., p. 439).

227 Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil - derecho de familia*, Tomo 2, cuarta edición actualizada y ampliada, primera reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2002, p. 76.

## 7. EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

29.- Es pertinente referir los antecedentes y evolución del divorcio por la causal que nos ocupa y particularmente sobre la forma cómo se incorpora en nuestro sistema jurídico.

### 7.1. Evolución en nuestro sistema jurídico

En general, el divorcio como institución jurídica ha sido contemplado en nuestro ordenamiento jurídico desde los albores de nuestra vida Republicana. Ya en el artículo 192º del Código Civil de 1852 se regulaba una serie de causales que daban lugar a la declaración del divorcio sin disolución del vínculo matrimonial, el cual quedaba subsistente, evidenciándose con ello la clara influencia del Derecho Canónico en nuestra legislación.

No fue sino hasta 1930, con la promulgación de los Decretos Leyes Nº 6889 y 6890 que se introdujo el divorcio absoluto en nuestro ordenamiento y se aprobó su reglamento. Asimismo, en 1934 se promulgó la Ley Nº 7894 por la cual se incorporó el mutuo disenso como causal de divorcio. Estas reformas fueron mantenidas con la promulgación del Código Civil de 1936.

En el Código Civil de 1984 no hubieron mayores modificaciones para el régimen del divorcio, manteniéndose como causales: el adulterio, la violencia física o psicológica, el atentado contra la vida del cónyuge, la injuria grave, el abandono injustificado de la casa conyugal (antes llamado *malicioso*), la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, el uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, enfermedad venérea grave, homosexualidad sobreviniente y condena por delito doloso a pena privativa de la libertad impuesta con posterioridad a la celebración del matrimonio.

### 7.2. Incorporación de la causal de separación de hecho en nuestro sistema civil

La causal de divorcio (y de separación de cuerpos) por separación de hecho es incorporada a nuestro sistema civil a través de la Ley Nº 27495, publicada el 7 de julio de 2001, luego de haberse trabajado varios anteproyectos de ley y de los debates correspondientes. Veamos:

### 7.2.1. Proyecto de Ley

Fueron diversos los Proyectos de Ley presentados en el Congreso de la República tendientes a incorporar la causal de separación de hecho dentro del listado de causales de divorcio. La más antigua fue presentada en el año 1985 como Proyecto de Ley N° 253/85 del 29 de octubre de 1985<sup>228</sup>.

Pero es recién a partir del año 1996 en que las propuestas legislativas se acrecientan, destacando entre ellas el Proyecto de Ley N° 1716/96-CR (reactualizado mediante Proyecto de Ley N° 4662/98-CR<sup>229</sup>), por el cual se especificaba la causal de separación de hecho, cuya duración hubiera sido no menor de dos años continuos. En esa misma perspectiva, el Proyecto de Ley N° 2552/96-CR ampliaba la propuesta, regulando que la causal pueda ser invocada luego de haber transcurrido cuatro años continuos de separación.

Más restrictivo fue el Proyecto de Ley N° 1729/96-CR, que sólo autorizaba invocar la causal de separación de hecho en caso que no existieran menores de 14 años. Incluso más radical fue el Proyecto de Ley N° 3155/97-CR que autorizaba invocar la citada causal sólo si no se hubieran procreado hijos y la suspensión de la cohabitación hubiera durado más de cinco años.

Para el año 2000 se presentaron siete Proyectos de Ley tendientes a la incorporación de la separación de hecho como causal de divorcio. Nos referimos a los Proyectos de Ley Nros. 154/2000-CR, 171/2000-CR, 278/2000-CR, 555/2000-CR, 565/2000-CR, 655/2000-CR y 795/2000-CR, los cuales a través de diversas fórmulas legislativas propendían a sancionar el incumplimiento del deber de cohabitación por un periodo prolongado de tiempo, que podía abarcar de uno a cinco años, dependiendo de la propuesta alcanzada.

### 7.2.2. Memoria de la Comisión de Justicia, periodo 2000-2001

La Comisión de Justicia del Congreso de la República, acogiendo los Proyectos de Ley Nros. 154/2000-CR, 171/2000-CR, 278/2000-CR, 555/2000-CR, 565/2000-CR, 655/2000-CR y 795/2000-CR, emitió un Dictamen final con fecha 28 de diciembre de 2000, elevando al Pleno del

228 Varsi Rospigliosi, Enrique. *Divorcio, Filiación y Patria Potestad*, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2004, p. 41.

229 Cfr.: Plácido Vilcachagua, Alex P. *Manual de Derecho de Familia*, ob.cit., p. 211.

Congreso para su aprobación el Texto Sustitutorio de los Proyectos de Ley presentados.

El Texto Sustitutorio de la Comisión de Justicia fue sometido a debate en dos días consecutivos, 6 y 7 de junio de 2001. En este debate fueron también sometidos a consideración los Textos propuestos en los Dictámenes alcanzados por la Comisión de Reforma de Códigos y por la Comisión de la Mujer, en tomo al mismo tema. El primer día de debate concluyó aprobándose conceder un intermedio para elaborar un Texto Sustitutorio unitario de los tres Dictámenes sometidos a debate. Sin embargo, al retomarse al día siguiente el debate, sólo las Comisiones de Reforma de Códigos y de la Mujer lograron consensuar sus posiciones en un texto único, manteniéndose el texto independiente presentado por la Comisión de Justicia, aunque introduciéndose las modificaciones pertinentes producto del debate realizado el día anterior, el cual fue sometido a votación por los Congresistas asistentes al Pleno, y aprobado por 53 votos a favor, 23 votos en contra y 2 abstenciones.

### **7.2.3. Publicación y vigencia de la Ley N° 27495**

- 30.-** La Autógrafa del Texto Sustitutorio de la Comisión de Justicia aprobado por el Pleno del Congreso de la República fue remitido al Presidente Constitucional de la República, Valentín Paniagua Corazao, quien no cumplió con promulgarla dentro del plazo constitucional, por lo que en cumplimiento de los artículos 108º de la Constitución Política y 80º del Reglamento del Congreso, el Presidente del Congreso ordenó que se comunique a la Presidencia del Consejo de Ministros para su publicación y cumplimiento, siendo numerada como Ley N° 27495 y publicada en el diario oficial El Peruano el 7 de julio de 2001.
- 31.-** La Ley en comento introdujo expresamente la causal de separación de hecho como causal de separación de cuerpos y de subsecuente divorcio, precisando como requisitos para su configuración la separación ininterrumpida de los cónyuges por un periodo de dos años si no hubieran hijos menores de edad, y de cuatro años si los hubiera, pudiendo cualquiera de las partes fundar su demanda en hecho propio, sin que se considerase separación de hecho a aquella que se produzca por razones laborales. Si hubiera hijos menores de edad, el Juez debe pronunciarse sobre la tenencia de éstos, favoreciendo la patria potestad a quien lo obtuviere, quedando el otro suspendido en su ejercicio.

Asimismo, se incorporó un artículo específico en el Código Civil (artículo 345º-A) con el fin de regular el requisito especial de procedencia en

las demandas de divorcio por la causal de separación de hecho, como aquel que exige al demandante que se encuentre al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo.

De igual forma, en el mismo artículo se previó la posibilidad de fijar una indemnización o reparación económica a favor del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos, pudiendo incluso optarse por la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder, siendo aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los artículos 323º, 324º, 342º, 343º, 351º y 352º del Código Civil, siempre que resulten pertinentes.

- 32.-** Mención aparte merecen las Disposiciones Complementarias y Transitorias, en las que se regulan principalmente la aplicación de la ley en el tiempo<sup>230</sup>. El legislador estimó que la causal podría ser invocada aplicándose inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de entrada en vigencia de la ley; por tanto, si las partes a la fecha de la entrada en vigencia de la ley, cumplían con el plazo establecido por ésta, podían interponer su demanda amparándose en dicha causal. Incluso las demandas de divorcio en trámite sustentadas en las causales de divorcio sanción podían modificarse para ser comprendidas dentro de esta nueva causal de divorcio remedio.

Este supuesto configura lo que la doctrina a denominado una excepción al principio de irretroactividad de la ley, la misma que se presenta en los siguientes casos: 1) cuando la ley así lo disponga; 2) cuando se trate de normas de derecho público, como el Código Penal; 3) en el caso de normas meramente interpretativas de una disposición anterior; 4)

230 Con respecto a la presunta vulneración del principio de irretroactividad de la ley, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 3654-2009-Lima, publicada el 28 de febrero de 2011, ha señalado que: En la Primera Disposición Complementaria y Transitoria de la referida Ley (27495) se prescribe que la norma se aplica inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de su entrada en vigencia; por tanto, si las partes, a la fecha de entrada en vigencia de la ley, cumplían con el plazo establecido por ésta, podían interponer su demanda amparándose en dicha causal; razonamiento que ha sido igualmente referido por esta Sala Suprema en la Casación número dos mil doscientos noventa y cuatro - dos mil cinco (Lima). En el caso de autos, la propia recurrente ha reconocido que se encuentra separada de hecho del actor desde el año mil novecientos setenta y dos, por lo que a la fecha de interposición de la demanda (el uno de setiembre del año dos mil cinco) ya habla transcurrido en exceso el plazo mínimo establecido en la ley, por lo que este argumento de defensa debe ser desestimado”.



en los supuestos de disposiciones de carácter complementario; o, 5) cuando se trate de normas que contengan la abolición de determinada figura jurídica.

Con buen criterio Juan Espinoza Espinoza señala que cuando se trata de la aplicación de la Ley N° 27495, los juzgadores deben ir más allá de la comodidad de aplicar el mandato constitucional de irretroactividad de la ley, y por el contrario deben dar respuestas para efectos de superar situaciones injustas e ineficientes a nivel social. Considerar que los problemas sociales pueden superarse con el principio de irretroactividad de la ley sería “(...) tan absurdo como si, al remontarnos a la época en la cual Ramón Castilla mediante ley abolió la esclavitud, se hubiera entendido que ésta era sólo aplicable a los hijos de esclavos nacidos con posterioridad a la publicación de ésta. Esto es justamente lo que se quiere evitar cuando se dicta una ley que elimina una situación que genera un conflicto social, dándole una aplicación retroactiva (...). El Tribunal Supremo español con sentencia del 16 de junio de 1956 (...) ha establecido lo siguiente: [...] *el principio de irretroactividad no es aplicable por su propia naturaleza y alcance cuando se trata de normas que son de mero desarrollo de otras, o procuran exclusivamente su ejecución, o denuncian su propósito ampliamente rectificador de situaciones morales o sociales en las que la nueva ley se declara incompatible, o cuando persiguen un designio interpretativo o aclaratorio*”<sup>231</sup>.

### 7.3. Concepto de la causal de separación de hecho

- 33.- Se ha conceptualizado el divorcio por la causal de separación de hecho de diversas maneras. Así se afirma que: “La separación de hecho es la situación fáctica en que se encuentran los cónyuges que, sin previa decisión jurisdiccional, quiebran el deber de cohabitación de forma

231 Espinoza Espinoza, Juan. *Los Principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984*, segunda edición, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, pp. 153-154. También ha señalado Alex Plácido Vilcachagua: “Esta referencia al tiempo transcurrido en la separación de hecho, preexistente a la vigencia de la citada norma, fue cuestionada por considerársela contraria al principio de irretroactividad de la ley. No obstante, la sugerencia de una prohibida aplicación retroactiva de la norma debe ser descartada por cuanto no se está frente a hechos, situaciones o relaciones jurídicas que hubieren consumado sus consecuencias con anterioridad a la dación de la norma. Por el contrario, la evidencia de la continuidad de tales consecuencias durante la existencia de la norma, demuestra que se está frente a un caso de aplicación inmediata de la ley”. En: *Separación de Hecho: ¿Divorcio-culpa o Divorcio remedio?* Díké, Portal de información y Opinión Legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú: [http://dike.puco.edu.pe/doctrina/civ\\_art45.PDF](http://dike.puco.edu.pe/doctrina/civ_art45.PDF), p. 15.

permanente, sin que causa justificada de forma alguna imponga tal separación, sea por voluntad de uno o de ambos esposos”<sup>232</sup>.

También se asevera que la separación de hecho es “(...) el estado jurídico en que se encuentran los cónyuges, quienes sin previa decisión jurisdiccional definitiva, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga ya sea por voluntad de uno [o] de ambos esposos (...)”<sup>233</sup>.

Esta Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, ha definido a esta causal como: “(...) la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad de uno de ellos o de ambos”<sup>234</sup>.

#### 7.4. Naturaleza jurídica de esta causal

- 34.- La naturaleza jurídica de la causal, *prima facie*, es la de ser una causal objetiva, es decir, que se configura con la sola comprobación del hecho de la ruptura de la vida en común en forma permanente, por el tiempo establecido en la norma jurídica. Sin embargo, la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley N° 27495, admite implícitamente el análisis de las causas que dieron lugar a esa separación, al regular que no puede considerarse como cese de la cohabitación aquella que se justifique en razones laborales. De igual modo, el artículo 345º-A del Código Civil alude a la indemnización de daños, incluyendo el daño personal, o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge más perjudicado con la separación; en tal situación, el Juez debe establecer los hechos que dieron lugar a esa separación, pasando a analizar aspectos subjetivos inculpatórios únicamente con la finalidad de determinar la procedencia de aquella indemnización y el monto a resarcir.

232 Azpiri, Jorge O. *Derecho de Familia*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., 2000, p. 256.

233 Kemelmajer de Carlucci, Aida. *Separación de hecho entre cónyuges*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1978, p. 3.

234 Entre otros, la Casación N° 1120-2002-Puno y la Casación N° 784-2005-Lima, ambas expedidas por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Particularmente, en la Casación N° 157-2004-Cono Norte, publicada el 28 de febrero de 2006, se ha establecido que: “El artículo 333º inciso 12 del Código Civil (...) regula la causal de separación de hecho, la que se presenta como el incumplimiento del deber marital de convivencia y de la vida en común que tienen los cónyuges, a fin de apartarse el uno del otro, ya sea por decisión mutua o unilateral, sin que exista una decisión judicial previa”.

Como podemos concluir, la causal regulada en el inciso 12 del artículo 333º del Código Civil es a la vez una de naturaleza objetiva y subjetiva, porque no sólo se configura con la verificación de la separación física permanente y definitiva de los cónyuges, sino por la intención deliberada de uno o de ambos de no reanudar la vida en común.

## 7.5. Elementos o requisitos configurativos de la causal

- 35.- Son tres los elementos que distinguen a esta causal en particular, y que se derivan de la atenta lectura de su texto, en concordancia con la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley N° 27495. Los elementos son: *material, psicológico y temporal*.

### 7.5.1. Elemento material

- 36.- Está configurado por el hecho mismo de la separación corporal de los cónyuges (*corpus separationis*), es decir, por el cese de la cohabitación física, de la vida en común<sup>235</sup>. Sin embargo, puede ocurrir que por diversas razones –básicamente económicas– los cónyuges se ven obligados a habitar el mismo inmueble no obstante su renuencia a concretar su vida en común (ocupan habitaciones distintas, manejan horarios distintos, y su único nexo de comunicación suelen ser los hijos). En este caso, la separación de hecho no puede ser interpretada como “no habitar bajo un mismo techo”, sino como abdicación total y absoluta de los deberes matrimoniales<sup>236</sup>.

235 Con relación a este elemento material, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 157-2004-Cono Norte, citada en la referencia anterior, ha establecido que: “Este deber llamado también ‘deber de cohabitación’, significa la obligación que tienen los esposos de vivir o habitar juntos en el domicilio conyugal. El significado de este deber no debe ser restringido al concepto de la obligación marital, dicho de otra forma, el débito sexual, pues la doctrina reciente estima que dicho deber se extiende a la obligación -entre otros- que tienen los esposos de compartir la mesa o el techo”.

236 Cfr.: Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil - Derecho de Familia*, Tomo 2, pp. 117-118. Sin embargo, Plácido Vilcachagua ha expresado su discrepancia con esta posición, señalando que: “[...] se sostiene que no existe impedimento para que la separación de hecho se configure viviendo ambos cónyuges en el mismo inmueble pero en habitaciones diferentes. Sin embargo, en tal supuesto no se ha incumplido el deber de cohabitación. En definitiva, en tal caso se incumplirían otros deberes conyugales, como los de respeto recíprocos, asistencia espiritual y sostenimiento material: situaciones todas ellas, que acreditarían otras causales de separación de cuerpos o divorcio, pero no la que se comenta”. (*Separación de Hecho: ¿Divorcio-culpa o Divorcio-remedio?*, ob.cit., p.6). En la misma tónica: Chávez de la Peña, Verónica. *Acerca de la procedencia de una asignación dineraria por concepto de indemnización en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho*, *JUS Doctrina y Práctica* N° 11, Lima, noviembre, 2008, p. 188.

## 7.5.2. Elemento psicológico

37.- Se presenta este elemento cuando no existe voluntad alguna en los cónyuges -sea de ambos o de uno de ellos- para reanudar la comunidad de vida (*animus separationis*). Por tanto, no puede alegarse la separación de hecho como causal de divorcio cuando ésta se produzca, por ejemplo, por cuestiones laborales, o por una situación impuesta que jurídica o tácticamente sea imposible eludir, como el caso de la detención judicial; o en el supuesto en que el cónyuge viaja al extranjero para ser intervenido quirúrgicamente o por razones de estudio. Sin embargo, cesada cualquiera de estas circunstancias justificatorias, el consorte está obligado de retomar físicamente al hogar conyugal, y en el supuesto de no hacerlo, se configurará la causal de separación de hecho.

Analizando los alcances de la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley N° 27495, Quispe Salsavilca refiere que: “(...) no se configura la causal cuando el *corpus separationis* se produce como resultado de una actividad -la [sic] laboral- que indirectamente revela la presencia de una *affectio maritalis*. La disposición tercera sólo se limita a este supuesto de hecho pero no queda claro si tal enunciación es de carácter *numerus clausus* o si por el contrario vía interpretación extensiva considerando la racionalidad de la norma es correcto comprender toda situación que revele inequívocamente la presencia de la *affectio maritalis* como el supuesto de viaje por tratamiento de enfermedad y otras actividades que no excluyen el *animus* de comunidad de vida. Creemos que esta es la interpretación más coherente”<sup>237</sup>. En el mismo sentido Plácido Vilcachagua señala que la citada Disposición Transitoria debe interpretarse en forma concordada con el artículo 289º del Código Civil, referido a los casos en que se justifica la suspensión temporal de la cohabitación y que exigen el traslado de uno de los cónyuges fuera del domicilio conyugal, ya sean razones laborales, de estudio, de enfermedad, accidentes, entre otros<sup>238</sup>.

En la misma línea de argumentación Zannoni estima que en el proceso deberá acreditarse que la interrupción de la cohabitación no se debió a causas involuntarias o de fuerza mayor, o que habiéndose configurado aquéllas en un inicio, con posterioridad no se reanudó la convivencia por sobrevenir la falta de voluntad de unirse de uno o de ambos cónyuges<sup>239</sup>.

237 Quispe Salsavilca, David, ob.cit., p. 110.

238 Cfr.: Plácido Vilcachagua, Alex. *Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil*, ob.cit., p. 48.

239 Cfr.: Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil - Derecho de Familia*, Tomo 2, ob.cit., p. 124.

Es suficiente que uno de los cónyuges haya abandonado al otro, o se rehúse volver al hogar, para que proceda su pretensión de divorcio, sin que obste para ello que el cónyuge demandado alegue que él, por el contrario, nunca tuvo la voluntad de separarse.

### 7.5.3. Elemento temporal

- 38.-** Está configurado por la acreditación de un periodo mínimo de separación entre los cónyuges: dos años si no existen hijos menores de edad, y cuatro años si los hubiere. La norma no señala que pueda sumarse plazos independientes en caso que se configure solución de continuidad en el transcurso del tiempo, pero tratándose de un estado en el que se quiebra la cohabitación de forma permanente y definitiva, es lógico que se entienda que se trata de un plazo corrido y sin solución de continuidad computable a la fecha de interposición de la demanda.

Cabe anotar que en la invocación de esta causal no opera plazo de caducidad alguno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 339º del Código Civil, encontrándose la acción expedita mientras subsistan los hechos que la motivan<sup>240</sup>.

### 7.6. Diferencia con otras causales

- 39.-** Habiendo definido a la separación de hecho como la interrupción de la cohabitación de los cónyuges por voluntad de uno de ellos o de ambos, sin alegación de culpa imputable a ninguna de las partes, salvo para la determinación de los efectos o consecuencias de la declaración de divorcio, la diferencia entre esta causal (conjuntamente con la separación de cuerpos) con las demás contempladas dentro de la categoría del divorcio-sanción resulta evidente, desde que la fractura del vínculo no se declara a consecuencia de la constatación de un actuar doloso o culposo del otro cónyuge (como sería el adulterio, la violencia física o psicológica, la injuria grave o el atentado contra

240 Zannoni refiere como característica de las acciones del estado de familia que éstas son imprescriptibles, lo que no quiere decir que no estén sujetas a plazo de caducidad: “Los términos de caducidad integran el supuesto de hecho que atañe a la existencia del derecho como tal. Los plazos de prescripción no afectan la existencia del derecho, aunque subordinan su ejercicio al término comprendido en ellos (...). La caducidad de las acciones de estado tiende a lograr la consolidación del estado de familia de que se goza, en función de un imperativo de estabilidad (...). En otras palabras, dicha caducidad actúa, simultáneamente, con la consolidación del estado de familia y, en virtud de esta consolidación, la acción para obtener la modificación o extinción del estado se agota por caducidad. Pero, bien se ve, no se trata de prescripción de la acción, sino de extinción del derecho a cuestionar el estado, ya consolidado”. En: *Derecho Civil - Derecho de Familia*, Tomo 1, pp. 95-96.

la vida del cónyuge, entre otros). sino sólo del hecho objetivo de la separación por un tiempo determinado y sin la voluntad de unirse, sin entrar al análisis de las causas que lo motivaron. En cambio, como se ha visto, en el divorcio-sanción, las causales son inculpatorias y, por tanto, debe establecerse el factor de atribución que corresponda a la causal específica en cada caso concreto.

### 7.6.1. Con la causal de abandono injustificado del hogar conyugal

- 40.- Esta causal se configura con la dejación material o física del hogar conyugal por parte de uno de los cónyuges<sup>241</sup>, con el objeto de sustraerse en forma dolosa y consciente del cumplimiento de las obligaciones conyugales o deberes matrimoniales. Como vemos, para la configuración de esta causal no basta el alejamiento físico de la casa o domicilio común por parte de uno de los esposos, sino que se requiere del elemento subjetivo consistente en la sustracción voluntaria, intencional y libre de los deberes conyugales (que no sólo incluye la cohabitación, sino también la asistencia alimentaria, entre otros), lo que no se exige para la configuración de la causal de separación de hecho, a tal punto que –por el contrario– para que proceda la última causal señalada, se exige al demandante (que puede ser perfectamente quien se alejó del hogar) que se encuentre al día en el pago de sus obligaciones alimentarias<sup>242</sup>.

### 7.6.2. Con la causal de imposibilidad de hacer la vida en común

- 41.- Esta causal se concibe como una suerte de causal residual, en la medida que en ella se pueden abarcar conductas no previstas expresamente en los demás incisos del artículo 333º del Código Civil, aunque algunos autores estiman que básicamente se refiere a la incompatibilidad de caracteres entre los cónyuges a un grado que no sea posible la convivencia por el estado permanente de conflicto que se crea entre

241 Eduardo A. Zannoni refiere su disconformidad con el sector de la doctrina y jurisprudencia Argentina, en cuanto no admiten que, también, puede producirse abandono sin dejación del hogar o separación física, bastando para ello que el cónyuge culpable descuide voluntariamente su deber de atención de las necesidades de su familia, o cuando un cónyuge desatiende al otro en una enfermedad que requiere de asistencia permanente. (Cfr.: *Derecho Civil - Derecho de Familia*, Tomo 2, pp. 98-99).

242 En ese sentido se ha pronunciado la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en la Casación Nº 2178-2005-Lima, publicada el 2 de octubre de 2007, al señalar que: "(...) debe tenerse presente que la separación de hecho no implica necesariamente que haya habido abandono voluntario, malicioso (o injustificado) de parte de uno de los cónyuges; por el contrario, se trata de una situación fáctica que tanto puede resultar del abandono unilateral como del mutuo acuerdo de los esposos para vivir separados".

ellos<sup>243</sup>, mientras que para otros se trata de una definición abierta, por lo que corresponde al órgano jurisdiccional calificar el supuesto sancionado por el legislador<sup>244</sup>. Para la configuración de este supuesto, no se requiere que las partes, a la fecha de interposición de la demanda, se encuentren separadas físicamente, como si se exige en el caso de la causal de separación de hecho, pudiendo continuar la convivencia vigente hasta que se decrete la separación definitiva.

## 7.7. Efectos legales

- 42.- Tenemos dicho que el divorcio tiene lugar con la sentencia estimatoria que así lo declare; sentencia que es de carácter constitutiva<sup>245</sup>; por tanto, es lógico afirmar que los efectos del divorcio se darán a partir de la expedición de la sentencia respectiva.
- 43.- El primer efecto o consecuencia –común a todas las causales– es el de la disolución o rompimiento del vínculo matrimonial y, con ello, el término de los deberes morales que derivan del matrimonio, como son: cohabitación, fidelidad y asistencia mutua. Se incluye además el cese del derecho de la mujer a llevar el apellido del marido agregado al suyo (artículo 24º del Código Civil).

Sin embargo, tratándose de la causal de separación de hecho, el artículo 345º-A del Código Civil ha regulado consecuencias específicas, en tanto que no estamos ante una causal inculpatoria que conlleve consecuencias gravosas o sancionadoras para el cónyuge culpable. Ello no quiere decir que exista perdón total para quien promovió o dio lugar a la separación. “(...) por cuanto de no ser así se incitaría a quien quiere obtener

243 Cfr.: Hinojosa Minguéz Alberto. *Procesos de Separación de Cuerpos y Divorcio*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2007, p. 82.

244 Cfr. Quispe Salsavilca. David Percy, ob.cit., pp. 119-122.

245 Dentro de los diversos criterios de clasificación de las sentencias, la doctrina clasifica a las sentencias en: declarativas, de condena y constitutivas. En éstas se constituye, modifica o extingue una situación jurídica, dando lugar –en estos dos últimos casos– a una nueva situación jurídica, con efectos a futuro (*ex nunc*), de allí que sea imprescindible la intervención del órgano jurisdiccional. Teniendo en cuenta que lo que se pretende a través de una demanda de divorcio es modificar el estado civil de una persona, y teniendo en cuenta, además, que su amparo importará no sólo la variación de esa situación jurídica sino que irradiará a otros aspectos relacionados con la institución familiar, como son el régimen patrimonial, los alimentos, la tenencia y custodia, la patria potestad, entre otros, es evidente que la sentencia a expedirse será una constitutiva de estado que producirá sus efectos únicamente a partir de su expedición (sin efecto retroactivo). Respecto de las sentencias que se expiden en los procesos de familia y sus efectos, véase también: Mangione Muro, Mirta Hebe, ob.cit., p. 69. Asimismo: Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil - Derecho de Familia*, Tomo 1, pp. 92-94.

el divorcio a incurrir en culpa para lograrlo. La solución contraria obligaría al otro consorte al divorcio, permitiéndose al cónyuge culpable obtener por vías legales la liberación de la mayoría de sus obligaciones conyugales y familiares”<sup>246</sup>.

**44.-** Por ello, como segundo efecto de la declaración de divorcio en esta causal específica, tenemos a aquél relacionado con la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Este efecto se proyecta en dos dimensiones:

- A)** El establecimiento de una indemnización por daños, incluyendo el daño personal, o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge perjudicado. Este aspecto será materia de un mayor análisis más adelante.
- B)** La pensión de alimentos que pudiera corresponder, ya sea a favor del cónyuge o de los hijos; por tanto, no es de aplicación inmediata a la declaración de divorcio por esta causal el cese automático de la obligación alimentaria entre los cónyuges prevista en el primer párrafo del artículo 350º del Código Civil, norma aplicable sólo al divorcio-sanción; estando facultado el Juez a apreciar las circunstancias de su subsistencia en cada caso concreto. Es de aplicación, igualmente, lo dispuesto en el artículo 342º, que indica: “El juez señala en la sentencia la pensión alimenticia que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos, así como la que el marido debe pagar a la mujer o viceversa”<sup>247</sup>.

**45.-** La norma bajo análisis agrega como otros efectos del divorcio por la causal de separación de hecho, los siguientes:

- a)** Fenecimiento del régimen de sociedad de gananciales y división por partes iguales de los bienes gananciales (artículo 323º), sin

246 Plácido Vilcachagua, Alex F, *ibídem*, p. 51.

247 En esta misma línea de argumentación, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 4057-2009-Huánuco, publicada el 4 de octubre de 2010, ha expresado: “Que, por tanto, al igual que en el caso del divorcio por culpa de uno de los cónyuges, en el caso especial de las pretensiones de divorcio por causal de separación de hecho, no rige la regla general, por la cual el divorcio pone fin a la obligación alimentaria entre los cónyuges, sino debe entenderse que excepcionalmente en este supuesto puede subsistir la obligación alimentaria a favor del cónyuge que resulte perjudicado con la separación, ello siempre y cuando se hubiera acreditado que el cónyuge perjudicado estuviera imposibilitado de trabajar o de subvenir sus propias necesidades por otros medios, conforme lo establece el artículo 350º del Código Civil”.



olvidar que el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación (artículo 324º).

- b) Asimismo, el cónyuge divorciado por su culpa perderá los gananciales que procedan de los bienes del otro (artículo 352º).
- c) El cónyuge separado por culpa suya pierde los derechos hereditarios que le corresponden (artículo 343º).

**46.-** En caso de existir hijos menores de edad, el divorcio por la causal de separación de hecho producirá –por remisión del artículo 355º del Código Civil– además los siguientes efectos:

- a) Los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el Juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge o, si hay motivo grave, una tercera persona. Esta designación debe recaer por su orden, y siendo posible y conveniente, en alguno de los abuelos, hermanos o tíos. Si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad así como los hijos menores de siete años al cuidado de la madre, a no ser que el Juez determine otra cosa. El padre o madre a quien se haya confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos. El otro queda suspendido en el ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido (artículo 340º).
- b) En cualquier tiempo, el Juez puede dictar a pedido de uno de los padres, de los hermanos mayores de edad o del consejo de familia, las providencias que sean requeridas por hechos nuevos y que considere beneficiosas para los hijos (artículo 341º).

## **8. LA INDEMNIZACIÓN EN EL DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO**

**47.-** Nuestro sistema jurídico civil ha establecido dos tipos de indemnización en los casos de divorcio (y separación de cuerpos). El primero, se aplica para los casos del divorcio-sanción, cuyo sustento es la culpa del cónyuge que motiva la causal en la que se funda el divorcio, razón por la que también se la ha denominado divorcio por causas inculpatorias. El segundo, se refiere al divorcio-remedio incorporado por la Ley Nº 27495, es decir el divorcio por causa no inculpatoria. Para los efectos de la sentencia casatoria nos interesa desarrollar brevemente los aspectos más relevantes de la indemnización en el divorcio-remedio.

## 8.1. Concepto

- 48.-** En la doctrina y el derecho comparado se ha establecido un régimen de responsabilidad familiar en los casos de divorcio o nulidad matrimonial que reposa esencialmente en la denominada compensación económica, llamada también pensión compensatoria.

Herminia Campuzano Tomé, compartiendo criterio con Pereda y Vega Sala, concibe a esta compensación como: “Aquella prestación satisfecha normalmente en forma de renta periódica, que la ley atribuye, al margen de toda culpabilidad, al cónyuge que con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio se encuentre –debido a determinadas circunstancias, ya sean personales o configuradoras de la vida matrimonial– en una situación económica desfavorable en relación con la mantenida por el otro esposo y con la disfrutada durante el matrimonio, dirigida fundamentalmente a restablecer el equilibrio entre las condiciones materiales de los esposos, roto con la cesación de la vida conyugal”<sup>248</sup>. Sin embargo, esta noción se refiere a la compensación que se fija en el divorcio tanto por causas inculpatorias como las no inculpatorias, pues la prestación se impone, según se dice, “al margen de toda responsabilidad”.

- 49.-** Como se ha visto, en nuestro sistema jurídico, el divorcio por la causal de separación de hecho se sustenta en causa no inculpatoria; por cuanto puede demandar el divorcio cualquiera de los cónyuges, sea culpable o inocente de la separación de hecho y aún cuando haya mediado acuerdo de los cónyuges para el apartamiento. En consecuencia, la indemnización, o en su caso, la adjudicación de bienes de la sociedad conyugal, se debe establecer a favor del cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hecho, y esta indemnización debe comprender tanto el menoscabo patrimonial como el daño a la persona, en el que se comprende al daño moral.
- 50.-** No obstante ello, es necesario precisar que la referida causal de divorcio, si bien se sustenta en un criterio objetivo, en donde es indiferente la culpabilidad del cónyuge en la separación de hecho; sin embargo, para la determinación de la indemnización se hace necesario recurrir a ciertos elementos de la culpa o dolo, a fin de identificar al cónyuge más perjudicado. Y en este sentido, será considerado como tal aquel cónyuge: a) que no ha dado motivos para la separación de hecho b) que a

<sup>248</sup> La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación de divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento, Barcelona, Librería Bosch, 1986, p. 28.

consecuencia de esa separación ha quedado en una manifiesta situación de menoscabo y desventaja material con respecto al otro cónyuge y a la situación que tenía durante la vigencia del matrimonio, c) que ha sufrido daño a su persona, incluso el daño moral.

- 51.- El caso típico de la separación de hecho se produce por decisión unilateral de uno de los cónyuges cuando, por ejemplo, se aparta del hogar conyugal sin causa legal justificada. En otra hipótesis, cuando el cónyuge se aparta inicialmente por un motivo justificado (enfermedad, trabajo, estudios), pero luego de cesado este motivo se rehúsa injustificadamente a retomar al hogar.

Aún en la hipótesis en que se produzca acuerdo de los cónyuges sobre la separación de hecho, el Juez puede identificar y comprobar en el proceso cuál es el cónyuge más perjudicado con la cesación de la convivencia y, por consiguiente, disponer una indemnización o adjudicación de bienes a su favor.

- 52.- Pueden darse otras dos hipótesis con relación al cese de la vida en común de los cónyuges: a) cuando uno de los cónyuges acepta la propuesta del otro de separarse (acuerdo verbal o escrito de separación), para evitar que siga siendo maltratado física o moralmente, (incluso los hijos también pueden ser maltratados); b) cuando uno de los cónyuges se aleja unilateralmente del hogar porque el otro lo maltrata o ejerce violencia familiar en cualquiera de sus formas. Consideramos que en ambos supuestos se justifica la actitud del cónyuge y fácilmente se puede identificar y acreditar su condición de cónyuge más perjudicado y, por tanto, establecerse una indemnización a su favor.

## 8.2. Naturaleza jurídica

- 53.- Es necesario determinar la naturaleza jurídica de la indemnización bajo análisis a fin de establecer que tipo de normatividad o régimen legal le resulta aplicable y, por consiguiente, el contenido y extensión de aquella indemnización. En la doctrina<sup>249</sup> se han formulado distintos enfoques sobre su naturaleza:

249 Cfr. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Luis. *La Pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución*. Puede verse este texto completo en el siguiente enlace: [http://www.nuevodivorcio.com/pensión\\_compensatoria.pdf](http://www.nuevodivorcio.com/pensión_compensatoria.pdf)

### 8.2.1. Carácter alimentario

Se ha sostenido, en primer término, que se trata de una prestación de carácter alimentaria; sin embargo, existen sustanciales diferencias con la indemnización o compensación. En la pensión alimenticia procede de la situación de necesidad, para cubrirlas y el sustento se encuentra en el vínculo familiar de origen legal. La compensación procede de la sentencia de divorcio o separación, a favor del cónyuge perjudicado para compensar el desequilibrio producido por la separación. También se sostiene que la pretensión de alimentos es imprescriptible mientras que la compensación económica debe necesariamente reclamarse en el proceso de divorcio.

### 8.2.2. Carácter reparador

Por otro lado, se ha afirmado que esta compensación tiene una naturaleza reparadora, pues su finalidad sería reparar el perjuicio que el cónyuge padece a raíz de la ruptura matrimonial<sup>250</sup>, y al efecto se establece una pensión compensatoria.

### 8.2.3. Carácter indemnizatorio

En otra vertiente se ha sostenido que tiene una naturaleza indemnizatoria, porque se debe cumplir la prestación mediante un pago único, en oposición a la pensión compensatoria, que es de tracto sucesivo. Para establecer esta indemnización es necesario acreditar un desequilibrio en relación con el otro cónyuge y en relación con la situación anterior a la ruptura matrimonial<sup>251</sup>. En esta posición se excluye que la prestación derive de una responsabilidad civil y, por tanto, no se sustenta en la culpa o dolo del cónyuge a quien se le impone el pago de aquella prestación.

250 “La pensión compensatoria, recogida en el artículo 97º del Código Civil -español-, es una medida no de índole o carácter alimenticio sino de naturaleza reparadora tendiente a equilibrar en lo posible el descenso que la separación o el divorcio puedan ocasionar en el nivel de vida de uno de los cónyuges en relación con el que conserve el otro, por lo que habrá de partirse como momento inicial para la constatación de si se produce o no desequilibrio económico y consecuentemente si nace el derecho a la pensión (compensatoria), de la situación instaurada en el matrimonio”. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª del 1 de octubre de 1998.

251 Zarraluqui, Luis, op.cit., p. 3.

## 8.2.4. Carácter de obligación legal

Otro sector importante de la doctrina postula que la indemnización bajo análisis tiene el carácter de obligación legal, pues la norma impone a uno de los cónyuges el pago de una prestación pecuniaria a favor del otro con la finalidad de corregir un desequilibrio o una disparidad económica producida por el divorcio o la nulidad matrimonio, y así evitar el empeoramiento del cónyuge más débil<sup>252</sup>. No es imprescindible la conducta culposa o dolosa del cónyuge menos perjudicado. El fundamento de esta obligación legal indemnizatoria la encontramos en la equidad<sup>253</sup> y en la solidaridad familiar. En cuanto a este último fundamento, se trata de indemnizar daños producidos en el interior de la familia, esto es de los daños endofamiliares, que menoscaban derechos e intereses no sólo del cónyuge más perjudicado (solidaridad conyugal) sino también de los hijos, por lo que entre los miembros de la familia debe hacerse efectiva la solidaridad familiar.

## 8.2.5. Carácter de responsabilidad civil extracontractual

Para otro sector de la doctrina esta compensación económica tiene su fundamento en la responsabilidad civil extracontractual; por esta razón, se sostiene, que para la configuración de esta responsabilidad debe exigirse todos sus elementos: a) el daño y perjuicio, b) antijuricidad, c) factor de atribución o imputabilidad, d) relación de causalidad<sup>254</sup>.

Un sector de la doctrina nacional asume esta posición<sup>255</sup>, aun cuando algunos distinguen su aplicación y precisan que para el divorcio sanción se

252 Cfr. Vidal Olivares. *Álvaro Rodrigo*. La compensación económica en la ley del matrimonio civil. ¿Un nuevo régimen de responsabilidad civil extracontractual?, véase el texto en el siguiente enlace: <http://www.bibliojuridica.org/linbros/4/1943/23.pdf>. Asimismo, Cfr.: **Álvaro Valverde, Luis Genaro**. El ser y el deber ser de la denominada “indemnización en caso de perjuicio”, derivada de la causal de separación de hecho, algunas notas entorno al esclarecimiento de su auténtica naturaleza jurídica. *Diálogo con la Jurisprudencia*, Tomo 123, Gaceta Jurídica, Lima, Diciembre, 2008, pp. 147 y ss.

253 Zarraluqui, Luis, op.cit., pp. 8-9.

254 La responsabilidad contractual como extracontractual tienen como elementos comunes: a) la antijuricidad, b) el daño, c) relación de causalidad entre el daño y el hecho, d) factores de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad. Cfr.: Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*, octava edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1993, pp. 105 y ss.

255 Reflejando esta posición doctrinaria la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, resolvió la Casación N° 241-2009-Cajamarca, publicada el 31 de mayo de 2010, en la que sostiene: “Que, tradicionalmente este daño se encuentra dentro de la esfera de la responsabilidad civil extracontractual, con la peculiaridad de derivar de vínculo jurídico familiar que relaciona a las partes involucradas en el conflicto judicial, cuya obligación de reparar tiene como fundamento la violación del deber genérico de no causar perjuicio a otro”.

aplican las normas de la responsabilidad civil extracontractual matizada por las características propias del Derecho de Familia y, por otro lado, para el divorcio remedio se aplicaría un tipo de responsabilidad civil familiar y especial<sup>256</sup>. En consecuencia, se puede convenir parcialmente, que en el divorcio sanción, en donde se requiere la culpabilidad de uno de los cónyuges, la indemnización se sujeta a las reglas de la responsabilidad civil extracontractual, y a su vez teniéndose en cuenta las particularidades, características y la naturaleza del Derecho de Familia. Mientras que en el divorcio remedio que analizamos, no le es de aplicación las reglas de la responsabilidad extracontractual ni contractual.

### 8.2.6. Nuestro sistema normativo

- 54.- Para nuestro sistema normativo la indemnización regulada en el artículo 345º-A del Código Civil tiene el carácter de una obligación legal, la misma que puede ser cumplida de una sola vez en cualquiera de las dos formas siguientes: a) el pago de una suma de dinero o, b) la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal. Se opta por dos soluciones de carácter alternativo pero a la vez con el carácter de excluyentes y definitivas. Sin embargo, se debe tener en cuenta que en nuestro sistema esta indemnización no sólo comprende la indemnización por el menoscabo material sino también el daño personal.

El título que fundamenta y justifica la obligación indemnizatoria es la misma ley y su finalidad no es resarcir daños, sino corregir y equilibrar desigualdades económicas resultantes de la ruptura matrimonial; en tal perspectiva Eusebio Aparicio Auñón sostiene que: "(...) en sentido estricto puede definirse como una obligación impuesta por la ley, por motivos de equidad, para equilibrar en todo o en parte una desigualdad económica peyorativa (...) la obligación legal compensatoria tiene por

256 Al respecto, Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre sostienen que: "Es imprescindible, asimismo, delimitar adecuadamente los alcances de la responsabilidad civil extracontractual que pueda derivar del divorcio, para lo que hay que tener en claro que la simple realización de alguna de las causales del divorcio no basta para reclamar la reparación por esta vía. Será necesario que se configure la responsabilidad, para lo que es precisa la concurrencia de sus elementos constitutivos. A esto debemos agregar el hecho de que la responsabilidad civil debe verse matizada por las características propias del Derecho de familia, de modo que se logre la armonía de los intereses superiores en la constitución de un matrimonio, de su estabilidad, y el sentimiento de justicia de la comunidad, junto con el principio general que exige que quien sufre un daño debe ser indemnizado". Responsabilidad Civil derivada del divorcio. Véase el texto completo en el siguiente enlace: [http://www.castillofreyre.com/articulos/responsabilidad\\_civil\\_derivada\\_del\\_divorcio.pdf](http://www.castillofreyre.com/articulos/responsabilidad_civil_derivada_del_divorcio.pdf).

finalidad corregir desigualdades fortuitas (...). El propósito no es resarcir o reparar daños, ni igualar renta o patrimonios, sino equilibrar el agravio comparativo de las situaciones que se comparan sin que dejen de ser desiguales”.<sup>257</sup>

La aplicación de la equidad en la fijación de la indemnización o la adjudicación de bienes, presupone por lo menos algunos elementos de convicción del perjuicio, como las pruebas, las presunciones y los indicios, que sirvan de referentes para identificar al cónyuge más perjudicado, la magnitud del perjuicio y el *quantum* indemnizatorio.

- 55.- Por otra parte, para nuestro sistema la indemnización no tiene un carácter alimentario porque su prestación, además de no ser de tracto sucesivo o de pago periódico, no tiene por finalidad cubrir las necesidades propias de la subsistencia sino el de restablecer, en la medida de lo posible, el mayor perjuicio sufrido por el cónyuge. Se debe tener en cuenta que se ordena la indemnización o adjudicación además de la pensión de los alimentos que pudiera corresponder al cónyuge mencionado.

En el derecho alemán e italiano las prestaciones económicas derivadas de la ruptura matrimonial tienen el carácter de pensión alimenticia, en el derecho español y francés tienen un carácter de pensión compensatoria o prestación indemnizatoria<sup>258</sup>.

- 56.- En el curso de la audiencia pública de este Pleno Casatorio expuso su disertación, en calidad de *amicus curiae* (amigo del Tribunal), el señor **Alex Plácido Vilcachagua**, quien sostuvo, entre otros argumentos, que en el plano de la indemnización en este tipo de divorcio era

257 "La Pensión Compensatoria". En: *Revista de Derecho de Familia* N° 5, octubre-1999, pp. 40 y 41.

258 Cfr. Vidal Olivares. Álvaro Rodrigo, ob.cit., p. 424. El Código Civil italiano (artículo 129º bis) reconoce la denominada *assegnazione per divorzio* que viene a ser una suma correspondiente al mantenimiento durante tres años. El Código Civil francés (artículo 270º) acuerda la llamada prestación compensatoire en virtud de la cual "... uno de los cónyuges puede quedar obligado a abonar al otro una prestación destinada a compensar, en la medida de lo posible, la disparidad que la ruptura del matrimonio crea en las condiciones de vida respectivas". El Código Civil español (artículo 97º) reconoce lo que su doctrina y jurisprudencia han denominado pensión compensatoria; aquella norma dispone que: "El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias (...)". Asimismo, Cfr.: Alfaro Valverde, Luis Genaro. El ser y el deber ser de la denominada indemnización en caso de perjuicio derivada de la causal de separación de hecho. Véase, en: *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 123, diciembre 2007, pp. 150-151.

aplicable –como fundamentos– los criterios de equidad, el principio de enriquecimiento indebido y la solidaridad conyugal. Sin embargo, el enriquecimiento sin causa o indebido<sup>259</sup> debe considerarse subsumido en la equidad; y, por otro lado, en cuanto al tercer fundamento –solidaridad conyugal– consideramos que como la indemnización debe comprender no sólo al cónyuge sino también a las consecuencias perjudiciales recaídas en los hijos, entonces el concepto de solidaridad familiar, como fundamento de dicha indemnización, resulta mucho más apropiado y comprensivo<sup>260</sup>.

En esta posición se descarta que la indemnización constituya una forma de responsabilidad civil, con todos sus elementos que comporta; en consecuencia, no puede considerarse a aquella indemnización dentro de una de las formas de responsabilidad civil contractual o extracontractual.

- 57.- En cuanto a la naturaleza jurídica de la indemnización, resulta apropiado el criterio expuesto oralmente en la Audiencia del Pleno Casatorio por el profesor **Leysser León Hilario**, también en calidad de *amicus curiae*, en el sentido de que la indemnización prevista en el artículo 345º-A del Código Civil no tiene una naturaleza resarcitoria y, por tanto, no es un caso de responsabilidad civil contractual o extracontractual, sino que se trata de una obligación legal basada en la solidaridad familiar, criterio que coincide en parte con el de este Colegiado Supremo, expuesto líneas arriba. En consecuencia, no es pertinente aplicar a la indemnización mencionada las reglas de la responsabilidad civil, y dentro de ésta, ejemplo, las reglas de responsabilidad objetiva, las de fractura del nexo causal o de las concausas, entre otras.

259 El enriquecimiento sin causa (o indebido) es aquel incremento del patrimonio que no se halla arreglado a la justicia y a la equidad; por tanto, la pretensión de enriquecimiento sin causa tiene sustento en la equidad y para nuestro sistema, el artículo 1955º del Código Civil la acción para su indemnización no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para lograr dicha indemnización. Para el caso concreto, el cónyuge más perjudicado puede obtener la indemnización en el proceso de divorcio en atención a lo dispuesto por el artículo 345º-A del citado código. Además, de tomarse como fundamento el enriquecimiento sin causa sería más gravoso para el perjudicado porque requiere probar: 1) el incremento del patrimonio del enriquecido, 2) el correlativo empobrecimiento del perjudicado, c) la ausencia de causa que justifique el enriquecimiento y d) la inexistencia de una norma legal que excluya su aplicación.

260 Jurisprudencia del Tribunal Supremo español hace mención del principio general de “protección del conviviente más perjudicado” (STS de 27 de marzo de 2001, 17 de enero de 2003, 23 de noviembre de 2004) en donde se soslaya la aplicación del principio del enriquecimiento sin causa y únicamente se toma como base el dato objetivo del desequilibrio económico entre las partes. Véase, en: Pinto Andrade, Cristóbal. *Efectos patrimoniales tras la ruptura de las parejas de hecho*, primera edición, Barcelona, Editorial Bosch S.A., 2008, p. 131.



**58.-** Ahora bien, la norma que regula la indemnización (artículo 345º-A) tiene serias deficiencias, pues contiene imprecisiones que hace difícil concluir cuál es la naturaleza jurídica de la misma, sus alcances y si el Juez fija tal indemnización de oficio, a pedido de parte o tiene ambas opciones. Sin embargo, teniendo en cuenta las posiciones doctrinarias aludidas y su regulación en el derecho comparado, puede establecerse válidamente que, la indemnización tiene dos componentes: a) la indemnización por el desequilibrio económico resultante de la ruptura matrimonial, que tiene como objeto velar por la “estabilidad económica” del cónyuge más perjudicado y, b) el daño personal sufrido por este mismo cónyuge<sup>261</sup>.

En cuanto al primer componente, es evidente que la prestación a imponerse tiene una naturaleza legal indemnizatoria, desde que es la propia norma jurídica la que expresamente establece este concepto. En lo relativo al segundo componente, el daño personal, evidentemente no tiene en forma directa un contenido patrimonial, pero también se sujeta a la misma naturaleza jurídica de la indemnización económica, es decir, que es de naturaleza legal.

**59.-** Para establecer la indemnización no se requiere la concurrencia de todos los presupuestos de la responsabilidad civil común<sup>262</sup>, particularmente no es necesario establecer factor de atribución alguno, como es el caso del dolo o la culpa en sentido estricto, ni la conducta antijurídica como requisito de procedencia de esta indemnización. Por el contrario, resulta necesario que concurra la relación de causalidad entre el menoscabo económico (y el daño personal) con la separación de hecho y, en su caso, con el divorcio en sí. No se indemniza cualquier daño o todos los daños producidos en la época de la separación de hecho, sino aquel daño que sea consecuencia directa de dicha separación o del divorcio en sí. En este mismo sentido Luis Zarraluqui apunta que: “En lo que respecta a la *relación de causa a efecto*, es evidente que en cada caso particular habrá de constatarse la realidad de que ese desequilibrio –daño– haya sido producido directamente por la separación o el divorcio y no por cualquier otro hecho o causa, quizás concurrente en el tiempo.

261 Oportunamente, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación Nº 1914-2009-Lima Norte, publicada el 30 de setiembre de 2010, dejó establecido que: “Si bien puede considerarse que la demandada cuenta con un trabajo que le permite solventar sus necesidades, tal circunstancia de ninguna manera incide directamente en la valoración del daño moral o personal que la ausencia o abandono de su cónyuge hubiera causado a su propia autoestima y a la estabilidad de la familia, independientemente de los motivos que lo hubieran generado (como es la alegada infidelidad del esposo)”.

262 La antijuridicidad, el daño, la relación de causalidad y el factor de atribución.

Tiene que ser la separación o el divorcio el que produce directa y efectivamente el desequilibrio, de forma que si no hubiera tal ruptura, el desequilibrio no se produciría”<sup>263</sup>.

- 60.- Respecto a la relación o nexo causal es conveniente anotar que según la teoría de la causalidad adecuada, para determinar la causa de un daño es necesario hacerse, *ex post facto*, un *juicio de probabilidad*, más allá del hecho o evento ocurrido en la realidad, en virtud del cual se formule la pregunta de si la acción u omisión del presunto agente del daño era apta por sí misma para ocasionar el daño según el curso ordinario de los acontecimientos. Si la respuesta es afirmativa se concluirá que la referida conducta es adecuada para producir el daño -hay nexo causal-, caso contrario, habrá una causa ajena<sup>264</sup>.
- 61.- En el presente caso, para que proceda la indemnización (**juicio de procedibilidad**) por los daños producidos como consecuencia -nexo causal- del *hecho objetivo* de la separación de hecho o del divorcio en sí, el Juez debe verificar la relación de causalidad, sin que deba exigir la concurrencia del factor de atribución, *pues que se trata del divorcio remedio*. Por tanto, aquella relación de causalidad debe ser verificada por el Juez en el proceso, para estimar procedente la indemnización o la adjudicación prevista por la norma jurídica bajo análisis. Si se alegara o pretendiera una indemnización de daños, que no tiene ninguna relación de causalidad con el hecho objetivo de la separación o del divorcio en sí, el Juez debe estimar improcedente tal exigencia indemnizatoria. No obstante, es necesario puntualizar que generalmente, salvo situaciones excepcionales<sup>265</sup>, con la ruptura de hecho se produce para ambos cónyuges perjuicios de diversa naturaleza, pero uno de los consortes resulta más perjudicado que el otro. En el contexto del juicio de procedibilidad el Juez verificará si existe en el proceso en concreto un cónyuge más perjudicado, al cual se refiere el artículo 345º-A del Código Civil.

Cosa distinta es que en el ámbito del **juicio de fundabilidad** se tenga en cuenta algunos aspectos de la culpa o dolo del cónyuge para determinar la magnitud de perjuicios y graduar el monto de la indemnización

263 Op.cit., p. 8.

264 Cfr. Abrevaya, Alejandra Débora. *El Daño y su Cuantificación Judicial*, 1ra edición, Buenos Aires, Editorial Abeledo - Perrot, 2008, p. 16.

265 En la hipótesis en que luego de un corto tiempo de celebrado el matrimonio, ambos cónyuges de mutuo acuerdo deciden separarse de hecho, sin haber procreado hijos y renunciando expresamente cualquier indemnización derivada de aquella separación consensuada.

a favor del cónyuge más perjudicado. Así por ejemplo, si uno de los cónyuges se rehusó injustificadamente a cumplir con su obligación alimentaria a favor del otro cónyuge y de sus hijos; o bien, cuando aquél abandonó el hogar conyugal sin acreditar motivo justificado, más aún si se fue del hogar para convivir con tercera persona, dejando desamparados moral y materialmente a su consorte e hijos.

### 8.3. De la indemnización y de la adjudicación de bienes

- 62.- En principio, no es presupuesto *sine quanon* de la causal de separación de hecho imputar ni probar dolo o culpa en el otro cónyuge para ser favorecido con el divorcio ni con la indemnización a que se contrae la norma bajo análisis, pues está legitimado para demandar el divorcio (o la separación de cuerpos) por esta causal, tenga o no culpa –en sentido amplio– cualquiera de los cónyuges<sup>266</sup>, y aún en el caso que haya mediado acuerdo de ambos cónyuges para tal ruptura. No obstante ello, puede alegarse y probarse la culpa del apartamiento fáctico de uno de los cónyuges con el objeto de que el cónyuge perjudicado obtenga una mejor indemnización<sup>267</sup>. Por tanto, la culpabilidad del cónyuge no es presupuesto de esta causal de divorcio, precisamente porque no se trata del divorcio-sanción, sino del divorcio remedio; empero aquella culpabilidad puede ser invocada y probada como elemento trascendente para una decisión judicial más justa respecto de la indemnización o adjudicación<sup>268</sup>.

266 En la Casación Nº 2080-2007-Cusco, publicada el 30 de mayo de 2008, se ha establecido que: "(...) la causal de divorcio por separación de hecho posibilita la invocación del hecho propio (...)".

267 La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación Nº 241-2009-Cajamarca, publicada el 31 de mayo de 2010, señala lo siguiente: "Que, en referencia al segundo supuesto del artículo 345º-A del Código Civil, en cuanto preceptúa la indemnización que correspondería por los daños causados por el divorcio por la causal de separación de hecho, debe señalarse que si bien es cierto, que el divorcio por la causal de separación de hecho a que se refiere el artículo 333º inciso 12 del Código Civil, modificado por la Ley Nº 27495, regula el divorcio remedio, y no se fundamenta en la culpa de uno de los cónyuges o de ambos; sin embargo, al haber contemplado la mencionada Ley el trámite del divorcio en la vía de conocimiento, nada obsta que se analice el supuesto del cónyuge que motivó la separación de hecho, sea porque se alejó del hogar, porque ejerció violencia sobre el otro cónyuge provocando la salida de la casa matrimonial, entre otras".

268 También es del mismo parecer: Zapata Jaén, María Elena. Los daños derivados del divorcio o separación de cuerpos por causal, en el Código Civil peruano. En: AA.VV., *Persona, Derecho y Libertad, Nuevas Perspectivas, Escritos en Homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego*, Lima - Perú, Editora Jurídica Motivensa, 2009, p. 538.

### 8.3.1. De la indemnización y los daños personales

- 63.-** Para los fines de la indemnización, resulta importante distinguir entre: a) los perjuicios que se originaron con ocasión de la separación de hecho producida lógicamente mucho antes de la demanda, b) de los perjuicios que se produzcan desde la nueva situación jurídica creada con el divorcio mismo (sentencia constitutiva), que tiene como referente temporal la sentencia firme emitida en dicho proceso.

En el primer supuesto, la indemnización debe cubrir los perjuicios desde que el apartamiento de uno de los cónyuges resulta lesivo a la persona y a la situación económica del otro consorte más perjudicado. En consecuencia, respecto de éste, se tendrá en cuenta su afectación emocional y psicológica, la tenencia y custodia de hecho de los hijos menores de edad<sup>269</sup>, si tuvo que demandar el cumplimiento de la obligación alimentaria, entre otros. Es pertinente puntualizar que una cosa es la conducta culpable –culpa en sentido amplio– de uno de los cónyuges, que motiva la separación fáctica (por ejemplo el adulterio, la infidelidad, la injuria grave, la violencia física y psicológica, pero cuyos hechos no se invocan para sustentar la causal de separación de hecho) y otra cosa diferente es el hecho objetivo de la separación misma, que puede ser alegada como causal de divorcio incluso por el cónyuge que motivó la separación.

En el segundo supuesto, con el divorcio declarado por sentencia firme, el cónyuge puede resultar perjudicado con la pérdida de pensiones o beneficios de seguros o rentas que tengan como requisito la vigencia del matrimonio, entre otros.

- 64.-** En este orden de ideas, el desequilibrio económico se establece relacionando la situación material de uno de los cónyuges con la del otro y, al mismo tiempo, de la comparación de la situación resultante del cónyuge perjudicado con la que tenía durante el matrimonio. En tal sentido, también se pronuncian Luis Díez Picazo y Antonio Gullón comentando el Código Civil español (artículo 97<sup>º</sup>) al afirmar

269 Nuestra Constitución no ha reconocido exclusivamente un solo modelo de estructura familiar, esto es la familia tradicional que emerge del matrimonio, sino que en su normatividad se protege a la familia, bajo cualquier estructura distinta a la tradicional, como las que provienen de las uniones de hecho, La familia monoparental (formada por cualquiera de los padres con sus hijos), la familia reconstituida. También así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en el Expediente N<sup>º</sup> 06572-2006-PA/TC, Piura. Igualmente puede verse sobre las fuentes u orígenes de la familia monoparental, en: AA.VV. *Familia Monoparental*, Marissa Herrera, Directora, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2008, pp. 24 y ss.

que: “La hipótesis para la que el Código lo establece queda dibujada por la confluencia de un doble factor: un desequilibrio económico de uno de los cónyuges en relación con la posición del otro, es decir, una situación en que tras las crisis uno sale económicamente mejor y otro peor parado y, además, el cotejo de esta situación con la anterior en el matrimonio para decidir si significa un empeoramiento. En definitiva, así no se declare, se trata de compensar a aquel de los cónyuges cuya dedicación a las necesidades de la familia haya supuesto una pérdida de expectativas”<sup>270</sup>.

**65.-** El menoscabo de la estabilidad económica debe ser constatado por el Juez de la pruebas y lo actuado en el proceso; y no debe ser producto de la conducta de uno de los cónyuges sino que provenga del hecho objetivo del apartamiento fáctico, o en su caso, del divorcio en sí<sup>271</sup>, con prescindencia de toda forma de culpabilidad. Cosa distinta es que la separación de hecho haya sido causada por uno de los cónyuges, pero cuya conducta culposa no es presupuesto necesario para que se configure esta causal de divorcio. En este punto cabe preguntarse: si la separación de hecho se ha producido por culpa exclusiva del cónyuge que sufre mayor el perjuicio, ¿es procedente fijar una indemnización a favor de éste? Sería improcedente por falta de interés para obrar en el cónyuge solicitante.

**66.-** Los artículos 345º-A y 351º del Código Civil (el segundo dispositivo aplicable al divorcio remedio por remisión del primero), autorizan la indemnización del daño personal o daño a la persona y del daño moral. En la doctrina y el derecho comparado no hay criterio unánime sobre la relación de estos dos conceptos. Aún más, se ha sostenido que un criterio válido de clasificación es aquel que considera que los daños solamente se clasifican en patrimoniales y morales.

El principio, el “daño personal” a que alude la primera norma citada lo identificamos como el daño a la persona, y cuya formulación ha sido explícita en el artículo 1985º del Código Civil.

**67.-** El concepto de daño a la persona ha sido trabajado con base en la doctrina italiana (Busnelli, Alpa, Franzoni, Bonilini) como bien anota Fernández Sessarego<sup>272</sup>, aunque no hay consenso en la doctrina

270 Ob.cit., pp. 139-140.

271 El solo hecho de demandar el divorcio por la causal de separación de hecho y obtenerlo, sea o no culpable el cónyuge actor; no puede importar una conducta antijurídica y, por tanto, no puede generar ningún tipo de responsabilidad.

272 Cfr. Fernández Sessarego, Carlos, ob.cit., p. 477.

respecto a si este daño comprendería todos los aspectos y componentes de la compleja personalidad humana, se suele distinguir dentro del concepto de daño a la persona, el daño biológico del daño a la salud. El **daño biológico** representa la *faz estática* del daño a la persona y hace alusión, de modo objetivo, a la lesión causada en la integridad psicofísica de la víctima<sup>273</sup>.

**68.- El daño a la salud** representa el *aspecto dinámico* del daño a la persona, y se ha llegado a incluir una variedad de daños con otras tantas denominaciones como el daño a la vida de relación (privación objetiva de la posibilidad de realizar actividades normales, cotidianas como practicar deportes, escuchar música, viajar, asistir o participar a espectáculos de cualquier índole), el perjuicio de afecto (el detrimento subjetivo que experimentan ciertas personas vinculadas a la víctima en los casos de lesión o muertes, tales como los parientes), el daño estético (afecta las posibilidades de afirmación del individuo en la vida social, derivada de la degradación de su aspecto por una deformidad física), el daño sexual (por ejemplo quien resulta contagiado por una enfermedad transmisible por vía sexual o el caso de la mujer violada, etc.), el daño psíquico (perturbación de la personalidad de la víctima de carácter patológico)<sup>274</sup>.

**69.-** También algunos autores, como Carlos Fernández Sessarego, sostienen que el daño al “proyecto de vida” estaría comprendido dentro del daño a la persona, sería el daño más grave a la persona; que tal proyecto de vida se sustenta en la libertad y en la temporalidad del ser humano<sup>275</sup>.

273 Cfr.: Pizarro Ramón, Daniel. *Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición, el daño moral en las diversas ramas del Derecho*, Segunda edición, Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., 2004, p. 66.

274 Cfr. Pizarro, Ramón Daniel, ob.cit., pp. 66-71.

275 Fernández Sessarego sostiene que: “El ser humano, para realizar un proyecto de vida a la par que su posibilidad de vivenciar valores, cuenta con sus propias potencialidades psicosomáticas, con los otros y con las cosas del mundo. Todo ello le ofrece un vasto horizonte de posibilidades. Para realizar un proyecto se vale, desde su yo, de su cuerpo y de su psique, de los otros, de las cosas, condicionado por su pasado. Todo ello le sirve como estímulos y como posibilidades para proyectar su vida (...). No sólo el cuerpo o la psique pueden frustrar el proyecto de vida sino también los obstáculos que le ofrecen las cosas y, por cierto, la acción de los demás en el seno de la sociedad (...). Esta particular situación posibilita que el proyecto se cumpla, total o parcialmente, o que simplemente se frustré. La decisión fue libremente adoptada, pero su cumplimiento depende del mundo, tanto interior como exterior. Por lo demás, en cuanto el ser humano es libre, resulta un ser impredecible. Puede esperarse de él, en consecuencia, la formulación de cualquier proyecto”. En: Derecho PUC, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 50, Lima, diciembre-1996.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Loayza Tamayo, María E., con fecha 27 de noviembre de 1998, ha señalado que el daño al proyecto de vida constituye una noción distinta del daño emergente y del lucro cesante, “pues atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas (...) se asocia al concepto de realización personal que a su vez se sustenta en las opciones para conducir la vida y alcanzar el destino propuesto. Por ende, la pérdida de dichas opciones es reparable aún cuando no se trate de un resultado seguro sino probable –no meramente posible– dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por los hechos violatorios de sus derechos humanos”. Sin embargo, no fue indemnizado este tipo de daño por la Corte Interamericana mencionada bajo el argumento de que: “la evolución doctrinaria y jurisprudencial no reconoce la posibilidad de su cuantificación independiente” y que: “la emisión de la correspondiente sentencia de fondo implica un principio de satisfacción”<sup>276</sup>.

El Juez de la citada Corte Interamericana Oliver Jackman, en el mismo caso Loayza Tamayo, expresó que “la noción del denominado ‘proyecto de vida’ concepto que es nuevo en la jurisprudencia de esta Corte y que, en mi respetuosa opinión, adolece de falta de claridad y fundamento jurídico (...) los precedentes que la Corte ha establecido en su jurisprudencia le permiten, sin necesidad de crear un nuevo rubro de reparaciones, evaluar el daño al que se ha hecho referencia y ordenar las medidas pertinentes de acuerdo con el artículo 63<sup>o</sup> de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...)”<sup>277</sup>. No está demás referir que la misma Corte, en el caso Cantoral Benavides, hace algunos avances respecto al daño al proyecto de vida (se le otorga algunas formas satisfacción pública, una beca de estudios superiores)<sup>278</sup>, precisamente porque dicho concepto aún se viene elaborando en la doctrina y en la jurisprudencia para delimitar su contenido y alcances.

**70.-** En esta línea de argumentación, la aplicación del concepto de proyecto de vida –y por extensión el de proyecto de vida matrimonial– a los

276 Cfr.: Galdós, Jorge Mario. ¿Hay daño al proyecto de vida? En: AA.VV. *Persona, Derecho y Libertad*, op.cit., p. 412.

277 Voto razonado y concurrente del Juez Oliver Jackman.

278 Véase: Díaz Cáceda, Joel. *El Daño a la Persona y el Daño al Proyecto de Vida, una aproximación a la doctrina y su aplicación en el ámbito nacional e internacional*, primera edición, Jurista Editores E.I.R.L., Lima - Perú, 2006, pp. 124 y ss.

efectos de la indemnización en el divorcio sanción y en el divorcio remedio, resulta muy discutible, con poco desarrollo en la doctrina y en la jurisprudencia<sup>279</sup>, como lo reconoce la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, no solamente por la imprecisión de su contenido y alcances sino fundamentalmente porque en muchos de sus aspectos y hechos, sobre todo en los más remotos, la relación de causalidad entre el hecho y el daño sería muy controversial, y en algunos otros extremos hasta carecería de aquella relación de causalidad. Además, para su cuantificación no habría una base objetiva de referencia, tampoco indicadores mensurables, puesto que el proyecto de vida se sustenta en gran parte en probabilidades, es decir en probables realizaciones de la personalidad que tienen un fuerte grado de subjetividad y largo alcance en el tiempo. En cambio, para otras áreas del derecho de daños, como el de la responsabilidad civil extracontractual, podría analizarse la posibilidad de su aplicación razonable en ciertos casos específicos y sobre todo acreditándose la concurrencia del nexo causal entre el hecho y el daño concreto imputado.

En todo caso, para los efectos del divorcio por la causal de separación de hecho en particular, uno de los aspectos esenciales para la procedencia del pago de la indemnización o la adjudicación de un bien está dado por la existencia de la relación o nexo de causalidad entre los perjuicios sufridos por el cónyuge y la separación de hecho o, en su caso, con el divorcio en sí.

- 71.-** De otro lado, según doctrina nacional autorizada, la relación que hay entre daño a la persona y el daño moral es de género a especie<sup>280</sup>. Sin embargo, cabe advertir que el mismo Código Civil de 1984 no es sistemático en utilizar el concepto de daño moral, pues algunas veces lo utiliza como sinónimo de daño a la persona<sup>281</sup>, tal como ocurre en la

279 Se ha sostenido que el daño al proyecto de vida es más específico que el daño a la persona o que el daño a la salud y no puede confundirse con el daño moral-dolor o con el daño psíquico. Cuando se define dicho menoscabo se postula su autonomía, porque “el proyecto de vida a diferencia de todos los demás proyectos que el ser humano se propone en su diario discurrir existencial, es aquel que tiene que ver con el destino mismo de la persona. En él se juega su futuro, su realización personal plena, de acuerdo con su más íntima vocación”. Cfr. Mosset Iturraspe, Jorge. *El valor de la vida humana*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2002, pp. 30 y 31, con cita de Carlos Fernández Sessarego.

280 Cfr.: Espinoza Espinoza, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. Segunda edición actualizada y aumentada, Lima, Perú, Gaceta Jurídica S.A., 2003, p. 181.

281 Cfr.: Osterling Parodi, Felipe. *Las Obligaciones, en: Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios*, Tomo V, Compilación de Delia Revoredo de Debakey, Segunda edición, Grafotécnica Editores e Impresores S.R.L., Lima, 1984, p. 449.



norma contenida en el artículo 1322<sup>282</sup>, y en otros, con un alcance más restringido y específico como en el supuesto del artículo 1984<sup>283</sup> y, aún diferenciándolo del daño a la persona como ocurre en el del artículo 1985<sup>284</sup>.

El daño a la persona es la lesión a un derecho, un bien o un interés de la persona en cuanto tal. Afecta y compromete a la persona en todo cuanto en ella carece de connotación económico patrimonial<sup>285</sup>. En consecuencia, el daño a la persona es toda lesión a sus derechos e intereses, que no tienen contenido patrimonial directo, aunque para ser indemnizado muchas veces tenga que cuantificarse económicamente<sup>286</sup>.

En cuanto al daño a la persona se requiere que sea cierto y personal, que tenga relación de causalidad entre el daño y el hecho generador del daño y debe derivar de la lesión a un interés o derecho no patrimonial del damnificado<sup>287</sup>.

- 
- 282 Artículo 1322<sup>o</sup>.- Daño moral. El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.
- 283 Artículo 1984<sup>o</sup>.- Daño moral. El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.
- 284 Artículo 1985<sup>o</sup>.- Contenido de la indemnización. La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido.  
El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.
- 285 Fernández Sessarego, Carlos. El daño a la persona en el Código Civil de 1984. En: *Libro homenaje a José León Barandiarán*, Lima, Cultural Cuzco, 1985, p. 214.
- 286 La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, al resolver la Casación N<sup>o</sup> 1782-2005-Lima, se ha pronunciado sobre el daño moral y personal; puede ser ubicada en el siguiente enlace: [http://servicios.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/searchResult\\_2.jsp](http://servicios.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/searchResult_2.jsp), ha establecido que: "(...) es necesario recalcar que este daño, que no solamente tiene connotaciones de orden económico - material, que se suscita como consecuencia de la disolución del régimen económico de la sociedad de gananciales, sino fundamentalmente moral y personal, se traduce en el padecimiento psicológico que la separación puede ocasionar en el cónyuge perjudicado y el hecho de ver que el cónyuge inocente ha truncado su proyecto de vida en común con el cónyuge disidente".
- 287 Ramón Daniel Pizarro participa en parte de este criterio, aunque enfoca el daño a la persona como daño moral, ob.cit., p. 122.

Es pertinente puntualizar que el daño a la persona debe comprender al daño moral<sup>288</sup>. Éste viene a estar configurado por las tribulaciones, angustias, aficciones, sufrimientos psicológicos, los estados depresivos que padece una persona<sup>289</sup>. En el caso que nos ocupa, estos padecimientos los sufre fundamentalmente el cónyuge más perjudicado, sin que ello obste que el otro cónyuge también pueda padecerlos en grado menor.

Un sector importante de la doctrina sostiene que el daño psíquico se halla comprendido en el daño moral, pero que ciertamente tienen sustanciales diferencias. Si bien es cierto que ambos afectan el equilibrio espiritual, sin embargo, el daño psíquico comporta un estado patológico (enfermedad), una alteración psicopatológica y, por consiguiente, susceptible de diagnóstico por la ciencia médica<sup>290</sup>.

- 72.- Nuestra legislación propone que el Juez debe velar por el cónyuge más perjudicado y a tal efecto puede hacerlo de dos formas: a) mediante el pago de una suma dineraria indemnizatoria, o b) la adjudicación preferente de uno o varios bienes de la sociedad conyugal. El cónyuge perjudicado elige cuál de las dos formas conviene a sus intereses. Haya o no elección, en todo caso, el Juez puede optar por la alternativa más adecuada al caso concreto<sup>291</sup>.
- 73.- Como regla general, para que la indemnización cumpla su finalidad de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado, debe establecerse en un solo monto dinerario que el Juez estime justo en atención a las pruebas recaudadas y a lo que resulta del proceso. No se trata de una pensión compensatoria como ocurre en el derecho español, en donde el Juez está autorizado a fijar una pensión indemnizatoria,

288 Carlos Fernández Sessarego sostiene que el concepto de daño moral tiene dos acepciones. una de ellas lo identifica con el daño a la persona, y la otra, establece una relación de género a especie. Así expresa que: "En efecto, existen al menos dos acepciones del concepto daño moral. Una amplia, que se confunde con la de daño a la persona en cuanto se refiere a cualquier atentado contra los derechos de la personalidad y otra, más usual en nuestro medio, que la restringe a una dimensión afectiva, al dolor o al sufrimiento que experimenta la persona". En: *Derecho de las personas*, décimo primera edición actualizada y aumentada, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2009, p. 473.

289 Cfr.: Ghersi, Carlos Alberto. *Daño moral y psicológico, daño a la psiquis*, Segunda edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2002, pp. 210-212.

290 Cfr.: Ghersi, Carlos Alberto, ob.cit., pp. 208-212.

291 En la Casación Nº 1484-2007-Huaura, publicada el 3 de diciembre de 2008, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia ha establecido, con respecto a las medidas aplicables a favor del cónyuge perjudicado, que el Juez no está obligado a aplicar todas las medidas, "(...) sino que queda a su criterio razonado aplicar la más conveniente al cónyuge perjudicado en función también a los tipos de perjuicios que se evidencien de acuerdo a los medios probatorios (...)".

de tracto sucesivo, que debe ser a pagada en cuotas y periódicamente, durante un cierto tiempo.

- 74.- Con relación a la indemnización por daño moral, que se halla comprendido dentro del daño a la persona, debe ser fijado también con criterio equitativo pero sobre ciertos elementos de convicción, de tal forma que no puede representar un monto simbólico o irrisorio a la manera de un simple reproche a una conducta, pero tampoco la indemnización o adjudicación puede constituir un enriquecimiento injusto que signifique “un cambio de vida” para el cónyuge perjudicado o para su familia. Tampoco debe establecerse “un mínimo” o “un máximo”. sino que debe estar acorde con el caso concreto, sus circunstancias, la gravedad del daño moral, entre otros<sup>292</sup>.

De otro lado, también se tendrá en cuenta algunas circunstancias como la edad, estado de salud, posibilidad real de reinsertarse a un trabajo anterior del cónyuge perjudicado, la dedicación al hogar, y a los hijos menores de edad, el abandono del otro cónyuge a su consorte e hijos al punto de haber tenido que demandar judicialmente el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, la duración del matrimonio y de vida en común, y aún las condiciones económicas, sociales y culturales de ambas partes<sup>293</sup>.

292 Cfr. Mosset Iturraspe, Jorge. *Diez Reglas sobre Cuantificación del Daño Moral*. Véase; en: Revista Jurídica Argentina LA LEY, AA.VV. *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*, Partes General y Especial, Félix A. Trigo Represas, Director, Tomo III, 1ra Edición, Buenos Aires, 2007, pp. 181 y ss.

293 En el plano del derecho comparado, el artículo 97º del Código Civil español, modificado por el artículo 9º de la ley 15/2005 de 8 de julio de 2005, formula un listado de circunstancias que el juez debe tener en cuenta al momento de fijar una compensación económica:

“Artículo 97º.- El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en la sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

1. Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
2. La edad y el estado de salud.
3. La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
4. La dedicación pasada y futura a la familia.
5. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, Industriales o profesionales del otro cónyuge.
6. La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
7. La pérdida eventual de un derecho de pensión.
8. El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.
9. Cualquier otra circunstancias relevante.

En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad”.

75.- Es cierto que en ejecución de sentencia el Juez, a pedido de la parte beneficiada o de ambas partes, puede fraccionar el monto indemnizatorio, para facilitar su pago en atención a las circunstancias del caso, pero ello no desnaturaliza la indemnización fijada, incluso en esta modalidad de pago se puede convenir algún tipo de garantía personal o real.

### 8.3.2. De la adjudicación de bienes de la sociedad conyugal

76.- Con respecto a la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, debe hacerse una interpretación sistemática y teleológica de las normas contenidas en los artículos 345<sup>o</sup>-A y 323<sup>o</sup> del Código Civil y, en consecuencia, debe concluirse que el Juez al adjudicar un bien al cónyuge perjudicado, deberá hacerlo con preferencia sobre la casa en que habita la familia y, en su caso, el establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar. Dentro de la adjudicación de bienes, el Juez puede disponer también la adjudicación del menaje ordinario del hogar a favor del cónyuge beneficiado siempre que considere que con ello vela por la estabilidad económica de éste, sin perjuicio de la norma contenida en el último párrafo del artículo 320<sup>o</sup> del Código Civil.

La adjudicación de un bien social se hace en satisfacción de las consecuencias dañosas y no debe imputarse a los gananciales que le corresponden de la liquidación al cónyuge beneficiado por el carácter asistencial de la indemnización<sup>294</sup>. De adjudicarse un bien imputando a los gananciales que le corresponderán de la liquidación de la sociedad, no se estaría protegiendo su estabilidad económica ni la de sus hijos. De otro lado, para la adjudicación no se requiere necesariamente que existan otros bienes de la sociedad de gananciales, que aquel que se adjudica. Para hacer efectiva a cabalidad esta adjudicación, el Juez puede ordenar, si fuese el caso, el retiro del hogar de parte del cónyuge que motivó la ruptura de la vida en común y el retomo del cónyuge perjudicado con sus hijos menores<sup>295</sup>.

Ordenada la adjudicación preferente de bienes gananciales, la misma se hará efectiva en ejecución de sentencia, en el marco de la liquidación

294 Del mismo criterio es Alex Plácido V. *Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil*, ob.cit., p. 57.

295 Cfr. Plácido Vilcachagua, Alex. La obligación del órgano jurisdiccional de velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado por la separación de hecho. En: *Diálogo con la Jurisprudencia, actualidad, análisis y crítica jurisprudencial* N° 67, Lima-2004, Gaceta Jurídica S.A.

de la sociedad de gananciales. La elección entre indemnización y adjudicación, en principio corresponde al consorte beneficiado; sin embargo, si la elección no es adecuada, el Juez finalmente decidirá la opción legal más apropiada al interés de la familia.

## **9. LA INDEMNIZACIÓN O ADJUDICACIÓN DE BIENES: DE OFICIO Y A INSTANCIA DE PARTE**

**77.-** La indemnización o adjudicación se fijará a instancia del consorte más perjudicado o de oficio por el Juez. En el primer caso, la parte demandante puede considerarse la más perjudicada con la separación de hecho, y en virtud a ello está facultada para acumular en su demanda la pretensión accesoria, solicitando la indemnización o la adjudicación preferencial de bienes sociales. La parte demandada, también podría considerarse la más perjudicada con la separación, y en tal sentido podrá reconvenir solicitando cualquiera de aquellos extremos señalados. Después de los actos postulatorios, y en cualquier estado del proceso, las partes están habilitadas para alegar y solicitar la indemnización, siempre que se garantice a la otra parte el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural.

El juez también está habilitado para fijar de oficio en la sentencia una indemnización o adjudicación a favor de uno de los cónyuges, siempre que éste haya expresado de alguna forma y en el curso del proceso hechos concretos referidos a su condición de cónyuge más perjudicado con la separación de hecho o con el divorcio en sí. Igualmente, en este supuesto, se garantizará al otro cónyuge el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural.

En consecuencia, es necesario establecer las pautas pertinentes referidas a la carga de alegación así como a la carga de la prueba sobre los perjuicios. También es necesario establecer las condiciones en las que el Juez de oficio fija una indemnización.

### **9.1. La indemnización o adjudicación de oficio**

**78.-** La norma principal que nos ocupa (artículo 345º-A Código Civil) tiene una redacción con imprecisiones y defectos que necesariamente obliga a efectuar una adecuada interpretación para establecer la voluntad objetiva de la norma, tanto en sus aspectos materiales como en los procesales que contiene. En este propósito debe utilizarse los métodos de interpretación postulados por la doctrina, a partir de una interpretación literal o gramatical para usar también los otros métodos

como el sistemático, teleológico, axiológico, entre otros. Interpretación que obviamente debe hacerse desde los principios y valores que consagra la Constitución Política y atendiendo al deber especial de protección a la familia monoparental que surge del divorcio y a la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho. (artículos 4º y 43º de la Carta Política).

- 79.- En principio cabe preguntarse ¿es necesario que la parte interesada solicite –vía demanda o reconvenición– una indemnización o la adjudicación de un bien por considerarse el cónyuge más perjudicado? o bien ¿es suficiente que el cónyuge alegue en cualquier estado del proceso su condición de cónyuge perjudicado para que el Juez tenga el deber de pronunciarse sobre la indemnización o la adjudicación prevista en la norma?, y aún más, sin que exista petición o alegación sobre perjuicios ni prueba alguna ¿puede el Juez fijar un monto indemnizatorio (o la adjudicación de bienes) bajo el simple argumento de cumplir con el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado?
- 80.- En relación a la última interrogante, no es procedente que el Juez bajo el único y simple argumento de que tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado fije a su arbitrio una indemnización o disponga la adjudicación referida, **sin que se haya alegado hechos configurativos de algunos perjuicios**, ni exista prueba alguna en el proceso, o peor aún si existe renuncia expresa del cónyuge interesado. Si el Juez no ha identificado en el proceso cuál es el cónyuge más perjudicado no está obligado a fijar una indemnización; igualmente no está obligado, si no existiera en el proceso ningún elemento probatorio, indicio o presunción sobre ello<sup>296</sup>.

296 La Corte Suprema ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre estos aspectos: en la Casación Nº 3016-2006-Lima, publicada el 3 de enero de 2008 en el diario oficial El Peruano, se ha establecido [sic] que, cuando los jueces deban pronunciarse sobre la existencia o no del cónyuge más perjudicado, deben hacerlo “[...] de acuerdo a su apreciación de los medios probatorios en los casos concretos (...); debiendo precisarse que en caso de que no se pueda determinar el cónyuge perjudicado, no existe obligación en el juzgador de fijar indemnización alguna o [la] adjudicación preferente [de bienes]”. De igual forma, en la Casación Nº 1484-2007-Huaura, publicada el 3 de diciembre de 2008, se ha establecido que: “[...] el solo amparo de una demanda de divorcio por la causal de separación de hecho no convierte automáticamente a uno de ellos en cónyuge perjudicado sino que tal calificación será producto de una correcta valoración de los medios probatorios dentro de una debida motivación fáctica y jurídica (...) de tal modo que de no existir suficientes medios probatorios que acrediten cuál cónyuge es el perjudicado el juzgador no está obligado a declararlo así, ni aplicar las medidas de estabilidad económica que contempla más adelante el mismo dispositivo (...)”.

Si la parte interesada no ha alegado o manifestado hechos referidos a determinados perjuicios, el Juez se pronunciará por la improcedencia de la indemnización en el caso concreto. El Juez no tendría ninguna base fáctica, probatoria ni jurídica para emitir pronunciamiento de fondo en tales circunstancias. Pero además, el Juez vulneraría el principio de contradicción y el derecho de defensa del cónyuge a quien le impone el pago de la indemnización, pues lo sorprendería con una decisión de tal índole y, por tanto, se lesionaría sus derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva reconocidos por el inciso 3 del artículo 139º de nuestra Carta Política. No podría alegarse que el Juez, en este supuesto, esté actuando al amparo del principio *iura novit curia*, pues sin ningún pedido o alegación ni base fáctica acreditada pretendería aplicar la parte de la norma jurídica (artículo 345º-A) referida a los “perjuicios”.

El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad sobre este tópico<sup>297</sup> y ha sostenido que: “... todo lo cual hace presumir a este Tribunal Constitucional que los órganos judiciales demandados –en amparo– habrían emitido resolución contraviniendo el principio de congruencias procesal; máxime si se tiene en cuenta que la demanda doña Marcela Carvajal Pinchi ni siquiera peticionó la indemnización por daño emocional toda vez que fue declarada rebelde en dicho proceso judicial (fojas 8, primer cuaderno). Es de precisar, además, que si se interpreta que la indemnización ordenada viene a ser una consecuencia legal de la estimación de la demanda por causal de separación de hecho, dicha hipótesis, al parecer, no resistiría examen de constitucionalidad alguna dado que rompería el principio de que: “quien alega un hecho tiene que probarlo”, vulneraría la garantía de imparcialidad del juez, así como el derecho de defensa de todo demandante de divorcio por causal de separación de hecho”<sup>298</sup>.

En ese caso, se aprecia que la demandada ni siquiera contestó la demanda y, en consecuencia, no alegó hechos conducentes a poner de manifiesto su condición de perjudicada por la separación de hecho. Lo que esencialmente preocupa al Tribunal Constitucional es que se

297 Es necesario tener presente que, de acuerdo a lo normado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo; siendo el caso señalar que hasta la fecha no se ha emitido ningún precedente vinculante en materia de indemnización derivada de los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho.

298 STC 04800-2009-PA/TC del 5 de marzo de 2010.

habría vulnerado la garantía de imparcialidad del juez, pues éste sin ninguna base fáctica ni alegación pertinente de la parte se pronuncia sobre la indemnización. Así mismo, el Tribunal pone de relieve la lesión al derecho de defensa del demandante, quien no tuvo la oportunidad de alegar, contradecir ni probar en contra de los fundamentos de una indemnización nunca alegada por la otra parte.

En otro caso, el Tribunal Constitucional consideró que: “(...) sin embargo, de ellas no se aprecia fundamentación alguna que evoque el cumplimiento del mandato establecido en el artículo 345º-A del Código Civil respecto a la obligación del juez de señalar una indemnización por daños u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge perjudicado por el divorcio; todo lo cual hace deducir a este Tribunal Constitucional que los órganos judiciales el conocieron el proceso judicial subyacente habrían emitido sentencias contraviniendo el derecho de la recurrente a la debida motivación de las resoluciones judiciales”<sup>299</sup>. El Tribunal citado cambió de criterio y sostuvo que la norma contenida en el artículo 345º-A del Código Civil configura un mandato imperativo para el Juez y, en consecuencia, el juzgador debió pronunciarse sobre la indemnización, al no hacerlo, contravenía el derecho a la debida motivación de la resoluciones judiciales.

En esta situación, resulta por demás razonable, lo que propone al respecto este Supremo Tribunal constituido en Pleno Casatorio: si no hay pretensión deducida en forma (acumulada en la demanda o en la reconvencción), por lo menos debe haber alegación de hechos concretos de la parte interesada referentes a los perjuicios sufridos, y que la contraparte tenga la oportunidad razonable de contradecirlos para que el Juez pueda pronunciarse en la sentencia sobre la estabilidad económica del cónyuge afectado. Será suficiente, por ejemplo, que el cónyuge alegue que su consorte lo abandonó en el hogar conyugal sin causa justificada, con sus hijos menores de edad, y que por ésta razón estuvo obligado a demandar el cumplimiento de la obligación alimentaria en la vía judicial, para que entonces, acreditada esta situación fáctica, el Juez deba considerarlo como el cónyuge más perjudicado, y por tanto, fijar una indemnización o disponer la adjudicación de bienes sociales a su favor.



## 9.2. La indemnización o adjudicación a instancia de parte

- 81.- Según el principio dispositivo, *nemo iudex sine actore*, el proceso sólo se inicia instancia de parte, *nunca ex officio*; por consiguiente, al demandante se le atribuye la carga procesal de presentar la demanda ante el órgano jurisdiccional<sup>300</sup>. No sólo debe alegar hechos y formular petitorios sino también debe probar tales hechos, y por consiguiente, se considera la necesidad de la carga de la prueba<sup>301</sup>. Esto nos conduce a considerar la existencia de la carga de alegar y probar los perjuicios en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, cuando han sido reclamados por la parte interesada, ya sean en los actos postulatorios o en cualquier estado del proceso.

Nuestro proceso civil, está informado por una serie de principios procesales, muchos de ellos de raigambre constitucional y con una inequívoca orientación publicística. No obstante esta orientación, rige el principio dispositivo, con algunas flexibilizaciones, en los procesos de familia.

- 82.- A tenor del principio dispositivo, en el proceso de divorcio en general, y en particular en el que nos ocupa, la parte interesada en principio debe solicitar el pago de una indemnización o la adjudicación, o por lo menos debe alegar hechos relativos al perjuicio sufrido.

Esta petición puede hacerla el cónyuge demandante que se considera perjudicado, acumulando como pretensión accesorias a la principal de divorcio, en cualquiera de las formas ya analizadas (una indemnización o la adjudicación preferente de bien). Por otro lado, si el cónyuge

300 Hernando Devis Echandia define a la carga como: “un poder o una facultad (en sentido amplio), de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propio, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias perjudiciales”. En: *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I, quinta edición, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalaga Editor, 1981, pp. 420-421.

301 En la doctrina más recibida se ha diferenciado entre la carga procesal y el deber u obligación procesal, afirmándose que la distinción radica en “la diversa sanción conminada a quien no realiza el acto; existe sólo obligación cuando la inercia da lugar a una sanción jurídica (ejecución o pena); en cambio si la abstención del acto hace perder sólo los efectos útiles del acto mismo, tenemos la figura de la carga, (...) obligación y carga tienen de común el elemento formal, consistente en el vínculo de la voluntad, pero divergen en cuanto al elemento sustancial, porque cuando media obligación, el vínculo se impone para la tutela de un interés ajeno y cuando hay carga, para la tutela de un interés propio”. Cemelutti Francesco. *Lezione di Diritto Processuale Civile*, Tomo II, Padova, 1938, p. 338, citado por García-Cuerva García, Silvia. Las reglas generales del onus probandi. En: AA W. *Objeto y carga de la prueba civil*, Xavier Abel Llunch y Joan Picó i Junoy (directores), Barcelona, JM Bosch Editor, 2007, pp. 56-57.

demandado se considera perjudicado, puede formular reconvencción en su escrito de contestación, solicitando igualmente la indemnización o la adjudicación.

Si ninguno de los cónyuges ha peticionado expresamente la indemnización o adjudicación, entonces será suficiente que uno de ellos en su escrito postulatorio respectivo (demanda o contestación, según sea el caso) alegue hechos claros y concretos referidos al perjuicio resultante de la separación de hecho; lo que **debe considerarse válidamente como un pedido o petitorio implícito**<sup>302</sup>, como resultado de una interpretación integral de los actos postulatorios de las partes, tal como ya se tiene expuesto anteriormente. En consecuencia, en esta hipótesis, el Juez en la decisión final debe pronunciarse sobre la fundabilidad –positiva o negativa– de los indicados perjuicios y, por consiguiente, si ordena o no una indemnización o la adjudicación según resulte de la valoración de pruebas, así como de los indicios y presunciones que surjan del proceso<sup>303</sup>.

**83.-** Los sucedáneos de los medios probatorios están constituidos por los indicios, las presunciones legales –absolutas y relativas–, las presunciones judiciales, la ficción legal. Así por ejemplo, la rebeldía declarada contra el

302 Un sector importante de la doctrina (Peyrano, Wayar, Fassi, Morello) ha considerado que una de las hipótesis de flexibilización del principio de congruencia es el pedido o petitorio implícito. Cfr: Peyrano, Jorge W. *Nuevas Tácticas Procesales*, 1ra. edición, Rosario Santa Fe Argentina, Nova Tesis Editorial Jurídica S.R.L., 2010, p. 100. El mismo autor propone algunos alcances para la formulación de una teoría de las decisiones implícitas, las mismas que se derivan de varios supuestos. Resolución implícita inferida: a) de la simple omisión decisoria, b) del contexto decisorio, c) de lo decidido en otras cuestiones. Y aun argumenta a favor de la cosa juzgada implícita, véase, en: *Procedimiento Civil y Comercial 1*, Rosario Santa Fe, Editorial Juris, 1991, pp. 105 y ss.

303 Carmen Julia Cabello Matamala sostiene, en principio, que no es procedente que el Juez de oficio señale una indemnización, sino que requiere alegación de la parte interesada formulada necesariamente en la demanda o, en su caso, en la reconvencción: “Considerar por tanto, innecesaria la alegación de indemnización por parte del cónyuge perjudicado, asumiendo que su señalamiento debe ser de oficio, resulta discutible por la naturaleza del derecho en cuestión, como se ha alegado en los párrafos precedentes, pero además dicha interpretación afectaría principios procesales que garantizan el debido proceso, tales como el principio de congruencia que exige que el juez se pronuncie sobre todos y cada uno de los puntos controvertidos, respecto de los cuales se ha producido el debate probatorio, de lo contrario el pronunciamiento en relación a extremos no demandados o reconvenidos afectaría además el derecho de defensa del obligado, que al no ser emplazado no tiene la oportunidad de desvirtuar los argumentos por los cuales debería indemnizar, ni sobre el monto indemnizatorio (...). Por ello consideramos que, tanto la indemnización o adjudicación deben ser derechos alegados por su titular en el proceso judicial, en la demanda o, en su caso, en la reconvencción”. *El Divorcio en el Derecho Iberoamericano*, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Editorial Reus S.A., Madrid - España, 2009, pp. 525-550.

cónyuge demandado o reconvenido causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo que se produzca alguna de las circunstancias previstas en el artículo 461º del Código Procesal Civil<sup>304</sup>.

Según nuestro ordenamiento procesal civil, la conducta procesal asumida por una de las partes en el proceso puede dar lugar a que el Juez extraiga conclusiones en contra de los intereses de tal parte, especialmente cuando sea evidente su falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o su actitud obstructiva según previsión del artículo 282º del citado cuerpo normativo<sup>305</sup>.

- 84.-** Con relación a la forma cómo las partes en el proceso de divorcio introducen sus alegaciones, el principio de congruencia debe flexibilizarse al punto en que no será imprescindible que el cónyuge expresamente peticione la indemnización en la demanda o en vía reconvenional; por el contrario, será suficiente que alegue hechos que configuren su condición de cónyuge más perjudicado y que la otra parte tenga la razonable oportunidad de pronunciarse sobre tales hechos, para preservar el derecho de defensa y el principio del contradictorio<sup>306</sup>. Por tanto, el Juez en este tipo de procesos, como el de divorcio que se analiza, en calidad de director del proceso debe flexibilizar algunos principios como el de congruencia, formalidad, preclusión procesal, entre otros, y atender a los fines del proceso y exigencias humanas de la causa como le impone el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil, pero sin afectar el derecho de defensa de la otra parte ni el debido proceso en general, porque de lo que se trata es de emitir una

- 
- 304 Artículo 461º.- 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 causa convicción.
- 305 Artículo 282º.- Presunción y conducta procesal de las partes.  
El Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas.
- 306 El principio de contradicción se halla comprendido en el derecho de defensa, derecho a que su vez se encuentra reconocido por el Artículo 139º inciso 14, que dispone en su parte pertinente: "El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso..."

sentencia objetiva y materialmente justa<sup>307</sup>, sobre todo atendiendo a la naturaleza del proceso, a los derechos e intereses que se discuten en el marco del Estado democrático y social de Derecho que autoproclama nuestra Constitución.

- 85.-** Ahora bien, como ya se ha anotado anteriormente, la demanda contiene un acto de manifestación de la voluntad, que expresa el requerimiento de tutela jurisdiccional frente al Estado y a la vez la formulación de una pretensión procesal contra el demandado. También hemos anotado que el Juez al interpretar la demanda y, en su caso, la contestación de la demanda, debe determinar la naturaleza de la pretensión del actor o de las defensas del demandado, el tipo de providencia jurisdiccional peticionada y sus bases fácticas. En consecuencia, él debe analizar los hechos relevantes y petitorios formulados por las partes en sus respectivos actos postulatorios, para orientar el debate de la controversia, la producción de pruebas y el contenido de una decisión justa.
- 86.-** Tratándose del tipo de demanda de divorcio que analizamos, el Juez al interpretar la demanda o la contestación, entre otros, debe determinar si se ha formulado expresamente la pretensión indemnizatoria o la adjudicación de bienes. Si ello no ha ocurrido, entonces debe examinar y determinar si la parte –demandante o demandada– implícitamente ha solicitado se le indemnice por los perjuicios que ha sufrido a raíz de la separación de hecho, exponiendo al efecto hechos concretos y claros sobre este tema. Será suficiente, por ejemplo, que la parte interesada manifieste que a consecuencia de la separación de hecho su cónyuge se desentendió de su obligación alimentaria y que por tal razón tuvo que demandar el pago de una pensión alimentaria para ella y sus menores hijos. Con estas expresiones simples de la parte interesada, ésta cumple con su carga de alegación, lo que a su vez habilita la probanza de este hecho y el deber del juez de pronunciarse sobre la existencia del cónyuge más perjudicado. En caso contrario, si no confluyen los elementos de convicción necesarios, el Juez se pronunciará sobre la inexistencia de aquella condición.

307 En esta línea de pensamiento, Guillermo Jorge Enderle pone énfasis en la elasticidad de la forma para la búsqueda de una decisión justa, y expresa: “Cuando hablamos de flexibilización de la congruencia estamos direccionando nuestro análisis a la elasticidad en orden a la valoración de las peticiones: pretensiones-oposiciones, argumentos y pruebas, que el juez moderno deberá poseer y donde el punto nodal de halla en su *decideratum*: la búsqueda de una solución justa dentro del marco de un proceso justo (...). Como ha señalado la doctrina judicial, la conformidad de la sentencia con la pretensión deducida no tiene que ser absoluta y literal sino ajustarse a lo discutido y no a las palabras, vocablos o cursos de discusión con que se ha litigado: la sentencia debe ceñirse a esencia, al contenido de la demanda, siempre claro está sin desmedro de la defensa en juicio”. *La Congruencia procesal*, 1ª edición, Santa Fe, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 330.

Estos hechos también pueden ser alegados por la parte interesada después de sus actos postulatorios. En tal hipótesis, el Juez tiene el deber de considerar en la etapa correspondiente como uno de los puntos controvertidos el referido a los perjuicios.

- 87.- En la interpretación de la demanda y de la contestación es aplicable los principios *pro pretensor y favor processum*, salvo en casos muy excepcionales, como ocurre en la prescripción extintiva. la que en vía de interpretación no puede ser considerada<sup>308</sup>. En consecuencia, los textos de la demanda y contestación de la demanda en el divorcio, se interpretan en su integridad, pero también se puede interpretar las alegaciones que hicieran los litigantes con posterioridad a tales actos postulatorios; por tanto, cabe preguntarnos: ¿hasta qué momento pueden las partes alegar hechos relativos al perjuicio?

En principio pueden hacerlo hasta el momento de la fijación de los puntos controvertidos, con el objeto de que el Juez los incorpore dentro de los puntos que van a ser materia de controversia y particularmente de prueba y de pronunciamiento judicial. No obstante ello, cabe aún la posibilidad de que las partes puedan alegar tales hechos en cualquier estado del proceso, pero en tal caso, debe seguirse ciertas reglas mínimas razonables, con el fin de preservar el derecho de defensa, el contradictorio, el derecho a la instancia plural<sup>309</sup>; en suma, debe respetarse las normas mínimas del debido proceso.

En este orden de ideas, si la parte interesada alega aquellos hechos después de la fijación de los puntos controvertidos, el Juez debe correr traslado a la parte contraria para darle la oportunidad de pronunciarse sobre esos hechos y de presentar la prueba pertinente. Si ya se llevó a cabo la audiencia de pruebas, la prueba pertinente que ofrezca la parte interesada será de actuación inmediata<sup>310</sup>, con el fin de evitar dilaciones y conductas maliciosas, sin perjuicio de la prueba de oficio que el Juez pueda disponer para identificar al cónyuge más perjudicado y establecer la entidad de los perjuicios si fuera el caso. De esta forma se garantiza

- 308 Cfr.: Peyrano, Jorge W. *Problemas y soluciones procesales*. Rosario, Argentina, Editorial Librería Juris, 2008, pp. 103-104.
- 309 La instancia plural prevista en la Constitución (artículo 139º inciso 6) tiene una configuración legal y en tal sentido se reconoce la doble instancia para el proceso civil en el artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Civil que dispone: Principio de doble instancia. El proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta.
- 310 Constituyen pruebas de actuación inmediata aquellas que no requieren de audiencia o diligenciamiento previo para ser objeto de valoración, tales como cualquier prueba que ya ha sido incorporada al proceso principal o a sus acompañados (prueba trasladada, con las condiciones de ley), la prueba documental en cualquiera de sus formas, una pericia de parte, etc.

el derecho al debido proceso de ambas partes con relación al tema de los perjuicios, a la vez que se armoniza el trámite y resultado del proceso con la normas de derecho de familia, se flexibiliza los mencionados principios procesales en el marco del Estado democrático y social de Derecho que reclama nuestra Carta Política y, por tanto, se garantiza una especial protección al matrimonio y a la familia, en particular a la *familia monoparental* que resulta como consecuencia del divorcio<sup>311</sup>.

### 9.3. Carga de la prueba del cónyuge que solicita la indemnización o adjudicación

- 88.-** Para el proceso civil en general, como es obvio, no es suficiente alegar hechos sino que deben ser probados. En esta perspectiva es necesario considerar el principio *onus probandi*, esto es la carga de la prueba<sup>312</sup>, la que en nuestro sistema procesal civil está regulada expresamente<sup>313</sup>.

Hernando Devis Echandía define a la carga de la prueba como la “noción procesal, que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez como debe fallar; cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitar consecuencias desfavorables o favorables a la otra parte”<sup>314</sup>.

- 89.-** La carga de la prueba contiene dos reglas: una de distribución de la carga de probar y otra de juicio. La primera regla está dirigida a las partes, y en virtud de la cual se atribuye a ellas qué hechos deben probar; el

311 Doctrina autorizada admite la posibilidad de que el demandante pueda introducir nuevas causas de pedir, representadas por hechos nuevos pero constitutivos del mismo derecho pretendido por el actor en la demanda. Con semejante criterio también se admite que el demandado, después de la contestación de la demanda, pueda aducir nuevas alegaciones y hechos, siempre que sea sometida al contradictorio. Cfr. Dos Santos Bedaque, José Roberto. *Efectividad del Proceso y Técnica Procesal*, traducción Juan José Monroy Palacios y Christian Delgado Suárez, 1ra edición, Lima-Perú, Librería Communitas E.I.R.L., 2010, pp. 191 y 193.

312 En la doctrina se ha establecido la diferencia entre carga y obligación o deber procesal: en la primera el litigante no tiene el imperativo de cumplir una determinada conducta, sino que es una exigencia de que la cumpla para que obtenga una consecuencia favorable dentro del proceso. En la obligación procesal el sujeto tiene el imperativo de cumplir una conducta, que de no hacerlo se le impone una sanción jurídica; por tanto, en la carga procesal el vínculo se impone al sujeto en su propio interés, en tanto que en la obligación tal vínculo se impone en interés ajeno. Cfr.: Devis Echandía, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I. Bogotá, Temis, 2002, p. 401.

313 Artículo 196º.- Carga de la prueba. Salvo disposición diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

314 *Compendio de derecho procesal. Pruebas judiciales*, Tomo II, novena edición, Bogotá, Editorial ABC, 1988, p. 149.

demandante tiene la carga de probar los hechos en los que funda su pretensión y el demandado los hechos que sustenta sus defensas. La segunda, es una regla de juicio dirigida al Juez que establece cómo debe considerar la probanza de los hechos y, por tanto la fundabilidad de la pretensión o, en su caso, de las defensas, ante la ausencia o deficiencia de pruebas en el proceso que va fallar:

Como se ha visto, en el tipo de divorcio que se viene analizando, la parte demandante puede acumular una pretensión accesoria de indemnización de daños, o la adjudicación de bienes, derivados de la separación de hecho; y, de forma similar, la parte demandada puede reconvenir similar pretensión, alegando ser el cónyuge más perjudicado. Después de los actos postulatorios las partes también pueden solicitar cualquiera de aquellos dos extremos ofreciendo las pruebas pertinentes, o simplemente pueden alegar hechos concretos sobre ello en cualquier estado del proceso. Si esto último ocurre, el Juez correrá traslado a la otra parte, la que también podrá ofrecer pruebas de actuación inmediata.

En el caso concreto que nos ocupa, la carga de probar de la demandada que pretende la indemnización resulta inevitable por haber reconvenido este concepto. En consecuencia, le corresponde la carga de probar los hechos en que se sustenta el perjuicio alegado.

El consorte pretensor tiene la carga de probar que es el más perjudicado con la separación de hecho o con el divorcio en sí. La parte interesada asume la carga de probar los hechos referidos al menoscabo económico y al daño personal. Si la parte no aporta prueba para acreditar el perjuicio invocado, el Juez desestimaré este extremo, salvo que del proceso resulte alegaciones, pruebas, presunciones e indicios idóneos para identificar al cónyuge perjudicado y, por tanto habilitado para pronunciarse sobre la indemnización señalada por la ley<sup>315</sup>.

315 Así también lo estableció la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en la Casación Nº 2366-2009-Lima Norte, publicada el 1 de octubre de 2010, al arribar a determinadas conclusiones producto de la valoración de los hechos y de las pruebas actuadas en el caso concreto, señalando: "Que, en el presente caso, la recurrente denuncia que la Sala Superior no ha tenido en cuenta el espíritu de la norma, el cual es garantizar que el cónyuge perjudicado con la separación no vaya a quedar en desamparo producto de una situación que no ha provocado, y en autos quedó acreditado que la impugnante sufrió el abandono del accionante cuando sus cinco hijos eran menores de edad. Este Supremo Tribunal coincide con la recurrente, pues el Colegiado Superior no ha apreciado adecuadamente esta circunstancia especial, ni los subsecuentes hechos que de ella se derivaron, como son el que la demandada hubiera tenido que recurrir al Poder Judicial para demandar el pago de alimentos para sus menores hijos (lo que significa que el padre fue obligado compulsivamente a prestarlos ante su evidente negativa), así como denunciar el delito de abandono familiar por la falta de pago de pensiones devengadas, obteniendo en ambos casos sentencias favorables que grafican el evidente abandono material que sufrió la impugnante conjuntamente con sus hijos".

**90.-** No obstante la carga de la prueba que tiene la parte interesada, el juez puede disponer de oficio la actuación de la prueba pertinente, de conformidad con la norma contenida en el artículo 194º del Código Procesal Civil; prueba de oficio que debe disponerla si alguna de las partes alegó perjuicios a consecuencia de la separación. No está demás precisar que la iniciativa probatoria del Juez tiene límites: a) se circunscribirá a los hechos alegados por las partes, aún cuando en el tipo de divorcio que analizamos, no se haya formulado pretensión pero si hechos respecto a los perjuicios. b) debe respetarse el derecho de defensa de las partes.

Por tanto, debe existir una comunidad de esfuerzos entre la actividad probatoria de las partes y la iniciativa oficiosa del juez para establecer en el proceso la verdad jurídica objetiva, la que debe constituirse en una de las piedras basales de una decisión justa<sup>316</sup>.

Si bien el artículo 480º, *in fine*, del Código Procesal Civil, dispone que los procesos sobre separación de cuerpos y divorcio por causales sólo deben impulsarse a pedido de parte, esta norma no impide en modo alguno que el Juez pueda ordenar pruebas de oficio, y con mayor razón tratándose de este tipo de procesos.

**91.-** En cuanto al daño moral, a los efectos de la carga probatoria. debe considerarse comprendido dentro del daño a la persona. Por otra parte, la culpabilidad del cónyuge, como se ha anotado, no es requisito para la configuración de esta causal de divorcio. En cambio, la parte que alegó el perjuicio puede probar la culpa del otro cónyuge en los hechos que motivaron la separación de hecho con la finalidad de justificar una mayor indemnización.

## **10. LA RECONVENCIÓN FORMULADA POR LA DEMANDADA EN EL PRESENTE PROCESO**

**92.-** La demandada Catalina Ortiz Velasco en su escrito de fojas 91, subsanado a fojas 111, además de contestar la demanda, ha formulado

316 Con toda razón José Luis Blanco Gómez, con cita de Montero Aroca, concluye en este tema afirmando: "... en consecuencia, los poderes instructorios conferidos al juez convierten la etapa probatoria del proceso civil en una auténtica comunidad de esfuerzos, del juez y las partes. De ahí la acertada diferenciación de Montero Aroca, quien distingue entre actos de demostración y de verificación. En los primeros se incluyen los originados por las partes y, en los segundos, los provenientes de la iniciativa del juzgador, aunque al final tanto los unos, como los otros, confluyen al mismo punto", *Sistema dispositivo y prueba de oficio*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1994, p. 101.



reconvencción, solicitando que el demandante la indemnice por *daño moral y personal*, pagándole por concepto de daños y perjuicios la suma de S/. 250,000.00 (doscientos cincuenta mil nuevos soles), sustentando su pretensión en los hechos que expone en el indicado escrito. Tramitado el proceso según su naturaleza procesal, el Juez expide sentencia a fojas 313 y siguientes, declarando fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho y, en consecuencia, disuelto el vínculo matrimonial celebrado entre las partes, y además, entre otros, fundada en parte la reconvencción sobre indemnización por daño moral; en consecuencia, ordena que el demandante pague por concepto de indemnización a favor de la demandada la suma S/. 10,000.00 (diez mil nuevos soles).

### **10.1. La reconvencción y la sentencia de primera instancia**

- 93.- La sentencia entre otros, ampara la reconvencción de la demandada en la parte referida al *daño moral* y establece que ha sufrido menoscabo en su esfera moral, afectándose sus sentimientos al no continuar vigente el matrimonio y mantener una familia. Se sustenta esencialmente en que de la conducta del demandante se concluye que: a) ha recibido asistencia económica de su esposa para labrarse un futuro mejor, b) ha promovido actos de violencia física en agravio de la demandada, c) ha rehuido el cumplimiento de su obligación alimentaria a favor de la demandada e hijos, motivando se le siga un proceso de alimentos para conminarlo a que cumpla con aquella obligación, d) ha iniciado un proceso judicial de divorcio; por lo que resulta innegable que con la conducta del demandante se ha producido el quebrantamiento de los deberes de asistencia y vida en común.

Así mismo, para los efectos de determinar el monto indemnizatorio, por la propia naturaleza extrapatrimonial: a) se recurre a la discrecionalidad del magistrado, b) se toma en cuenta el tiempo de separación de hecho, c) también el tiempo que desatendió las necesidades básicas de la demandada e hijos y, d) que subsiste la pensión alimenticia a favor de la demandada.

### **10.2. La reconvencción y la sentencia de segunda instancia**

- 94.- La Sala Superior ha revocado sólo en el extremo que declaraba fundada la pretensión de régimen de visitas –en razón de que los hijos eran ya mayores de edad– y reformándola ha declarado sin objeto este pronunciamiento por sustracción de la pretensión del ámbito jurisdiccional. En consecuencia, se confirmó, entre otros, el monto

indemnizatorio de S/. 10,000.00 (diez mil nuevos soles) fijado por el Juez.

En segunda instancia, se ha establecido que la demandada: a) es cónyuge perjudicada, pues no motivó la separación de hecho, b) cumplió con los deberes matrimoniales durante el periodo de vida en común, c) posteriormente asumió la tenencia y educación de los hijos, d) asumió los gastos para la obtención del título de docente del demandante.

Calificando estos hechos, la Sala Superior concluye que la demandada es la cónyuge inocente y además perjudicada, lo que permite al juzgador señalar una indemnización por el *daño y perjuicio* sufrido, debido a la aflicción de los sentimientos y la frustración del *proyecto de vida matrimonial*, y que se trata de un supuesto de *responsabilidad civil familiar de tipo contractual*.

También la Sala estima que le corresponde velar por la *estabilidad económica de la consorte perjudicada* así como reparar los *daños a su persona* fijando una indemnización, más aún si se tiene en cuenta el abandono moral en que se encuentra la demandada y sus hijos, quienes tuvieron que recurrir al Poder Judicial para obtener una pensión alimenticia, incluso vía prorrateo de alimentos, quedando desvirtuados los argumentos de recurso de apelación.

En criterio del Colegiado Superior, el monto indemnizatorio fijado por el Juez corresponde a su prudente arbitrio, habiéndose considerado el interés familiar y lo actuado en el proceso, tanto más que no es posible adjudicarle bienes de modo que compense su mayor perjuicio.

En resumen, el Juez, amparando la reconvención en parte, ha señalado un monto indemnizatorio sólo por concepto de daño moral; mientras que la Sala Superior al confirmar la sentencia del Juez ha considerado a la demandada como cónyuge inocente y perjudicada, estimando que ello permite determinar una indemnización a favor de ésta por el daño y perjuicio sufrido.

Por lo tanto, la Sala concluye que la indemnización debe cubrir el daño y perjuicio sufrido por la demandada, mientras que el Juez reduce el ámbito de la indemnización y lo circunscribe al daño moral.

### 10.3. Análisis de las sentencias de primera y segunda instancia

- 95.- En relación al principio de congruencia, aplicable al tema de la indemnización, debe considerarse que la demandada ha solicitado expresamente el pago de una indemnización y al efecto ha formulado reconvencción en la forma de ley. En tal sentido, se fijó como uno de los puntos controvertidos: “establecer si producto de la conducta asumida por el demandante se han generado daños en la demandada, la[s] que son de responsabilidad del demandante, en su caso cuál es el monto indemnizatorio”.

El Juez y la Sala Superior se han pronunciado sobre esta pretensión reconvenccional, estimándola en parte. Por tanto, las instancias de mérito han observado el principio de congruencia procesal al haberse pronunciado sobre el petitorio y los hechos alegados por la demandada en su reconvencción, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil. Sin embargo, como se tiene anotado, también es suficiente que la parte interesada –demandante o demandada– haya alegado en primera instancia hechos relacionados con su calidad de cónyuge más perjudicada para que el Juez tenga que pronunciarse en la sentencia sobre tal petición implícita y, los hechos concretos alegados por la parte, respetando el derecho de defensa de la parte contraria.

- 96.- No obstante, en cuanto a los argumentos de la sentencia de primera instancia, es necesario precisar lo siguiente:

A) La asistencia económica de la demandada a favor del actor para que estudie y obtenga el título de pedagogo, si bien puede generar un daño moral, también origina un desequilibrio económico en la demandada, pues dicha asistencia fue en el entendido que era para que el demandante se forje un futuro mejor para el bienestar personal no sólo de él sino de la familia; lo que se halla probado con las cartas de fojas 59 a 68, en donde el mismo actor solicita a la demandada diferentes sumas de dinero para sus estudios referidos y así también lo reconoce el propio demandante. Con los documentos de fojas 69, 70, 71 y 72 se prueba que la demandada tuvo que efectuarse un préstamo de dinero en cuatro oportunidades para la tesis y graduación del actor. Esta asistencia y esfuerzo económico de la demandada no fue compensado por el actor; produciéndose un evidente desequilibrio económico; en consecuencia, el perjuicio a la demandada rebasó el daño moral.

- B)** En cuanto a los actos de violencia promovidos contra la demandada, no solamente producen un daño moral en sentido estricto sino que generan un daño a la persona<sup>317</sup>. En el proceso se ha acreditado que la demandada sufrió agresiones físicas y violencia moral, como resulta del acta de conciliación de fojas 74, documento privado de transacción extrajudicial de fojas 75 y 75 vuelta, del acta de compromiso y desistimiento entre las partes y de la manifestación policial de fojas 77, documentos en los cuales el actor reconoce ser autor de los maltratos físicos y morales, aunque alega que la culpa es de la demandada porque es celosa. Así mismo, de las constancias de fojas 83 y 84, de los cuatro certificados médicos legales de fojas 85 a 88 se corrobora las lesiones corporales sufridas por la demandada, tales como equimosis con hematoma peripalpebral izquierdo en pirámide nasal con desviación de tabique nasal hacia la derecha; además de otros hematomas, excoriaciones y equimosis en diferentes partes del cuerpo, en distintas fechas. En consecuencia, no solamente se ha producido perjuicios de carácter moral, por las tribulaciones, sufrimientos psicológicos y angustias sino también daños a la persona por las lesiones corporales y vulneración a la integridad física de la demandada. En consecuencia, y tal como lo ha señalado la sentencia de segunda instancia, por consiguiente se ha producido daños a la persona de la emplazada.
- C)** Sobre el incumplimiento de la obligación alimentaria por parte del demandante a favor de la demandada e hijos, lo que determinó que fuera demandado judicialmente para su cumplimiento (Exp. Nº 177-1997), debe ser tomado en cuenta como elemento de convicción relevante para considerar a la emplazada como cónyuge más perjudicada. Uno de los efectos directos e inmediatos de la separación de hecho fue el incumplimiento de sus obligaciones legales alimentarias del actor a favor de su cónyuge e hijos, casi todos ellos entonces menores de edad, lo que constituye una forma evidente de perjuicio.

317 Como se ha dicho nuestro Código Civil vigente reconoce el daño a la persona y el daño moral, aunque no en forma sistemática; en consecuencia, correlacionando estos dos conceptos, se ha establecido que el daño a la persona es el género y el daño moral es la especie, en el sentido de que el daño moral está comprendido dentro del daño a la persona: empero, en algunos casos el propio Código (artículo 1322º) utiliza ambos conceptos como sinónimos.

**D)** Con relación al inicio del presente proceso de divorcio, en principio ello no puede generar ningún tipo de responsabilidad y por consiguiente ninguna obligación. El requerimiento de tutela jurisdiccional efectuado por el actor mediante el ejercicio regular del derecho de acción no origina perjuicios ilegítimos, no solamente por estar prevista la aludida pretensión de divorcio en el ordenamiento jurídico, sino porque además no se ha acreditado que el derecho de acción fuera ejercitado en forma arbitraria o irregular para que genere tal responsabilidad como lo exige el artículo 4º del Código Procesal Civil<sup>318</sup>. Tan cierto es ello que la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho que da origen a este proceso ha sido amparada por las dos instancias de mérito<sup>319</sup>.

**97.-** En lo referente a los argumentos y fundamentos de la sentencia de vista también se advierte que:

**A)** Como se tiene anotado, la culpabilidad del cónyuge no es requisito del divorcio remedio; empero, este elemento subjetivo puede ser tomado en cuenta en la determinación del *quantum* indemnizatorio, y así lo hace la sentencia. En esta perspectiva, se argumenta que la demandada es cónyuge inocente, pues no dio motivo a la separación de hecho, por el contrario cumplió con los deberes matrimoniales durante el periodo de vida en común y asumió la tenencia y educación de los hijos. También puede observarse que la referida sala, al igual que el juzgado, justifica la indemnización en el hecho de que la demandada es quien asumió los gastos para que el actor obtuviera su título de docente.

318 Artículo 4º.- Consecuencias del ejercicio irregular del derecho de acción civil. Concluido un proceso por resolución que desestima la demanda, si el demandado considera que el ejercicio del derecho de acción fue irregular o arbitrario, puede demandar el resarcimiento por los daños y perjuicios que haya sufrido, sin perjuicio del pago por el litigante malicioso de las costas, costos y multas establecidos en el proceso terminado.

319 El ejercicio arbitrario o irregular del derecho de acción tiene lugar cuando la pretensión es manifiestamente infundada o ambigua, o se sustenta en hechos evidentemente falsos o con intenciones dolosas, tal ocurre cuando se elige la vía más perjudicial para el adversario, la confusión a través del proceso con la intención de provocar una incertidumbre dañosa, o cuando se despliega una actividad procesal que encierra engaño, temeridad o malicia, o cuando se recurre al proceso sin necesidad de ello. El ejercicio abusivo también puede darse en el curso de la actividad procesal (la acción se ejercita durante todo el proceso). Cfr.: Gozáni, Osvaldo Alfredo. *Temeridad y Malicia en el Proceso*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2002, p. 175.

- B)** Así mismo, la Sala Superior estima que le corresponde velar por la estabilidad económica de la consorte perjudicada. Sin embargo, no expone las razones puntuales por cuales habría existido un desequilibrio económico, como sería el de: a) relacionar la situación material de un cónyuge respecto del otro y simultáneamente comparar la situación material resultante del cónyuge que se considera más perjudicado con la que tenía durante el matrimonio. De otro lado, la sentencia mencionada sustenta en parte la indemnización en la frustración del “proyecto de vida matrimonial”; concepto que como hemos visto es discutible y con un fuerte ingrediente de subjetividad, pero que además la Sala no precisa cuáles son en concreto las probabilidades de realización de la persona de la demandada que quedan trunca a consecuencia de la frustración del citado proyecto de vida.

## **11. JUICIO DE FUNDABILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN**

- 98.-** En el recurso de casación interpuesto por el actor, éste invocó como infracción normativa la aplicación indebida del artículo 345º-A del Código Civil, alegando que la reconvencción se sustentó en su presunta infidelidad con otra mujer, pero tal hecho no ha sido acreditado por la demandada. También alegó que la Sala Superior llegó a la convicción de que la demandada es la consorte inocente y perjudicada, sin haberse probado las causales determinantes de los daños y perjuicios ni del daño moral, pues no se probó que el recurrente hubiere contraído compromiso con otra mujer, como sería una partida de nacimiento de hijo extramatrimonial.

También el recurrente invocó como causal casatoria la infracción de la norma contenida en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, alegando que las sentencias del Juez y de la Sala Superior son contradictorias, pues el primero omite pronunciarse sobre la supuesta infidelidad del recurrente, mientras que Sala asevera la inocencia y perjuicios supuestos de la demandada, de lo que concluye que no existe una adecuada motivación.

- 99.-** Como puede apreciarse de la reconvencción, la misma se sustentó esencialmente en que la demandada le remitía dinero al actor para solventar sus estudios y manutención en la ciudad de Juliaca, que además tuvo que efectuarse un préstamo de dinero para remitírselo, que cuando fue a visitarlo a la Escuela de Huancho fue avergonzada y golpeada al extremo de dejarla inconsciente, y que tales maltratos sucedieron continuamente. Dentro de los bienes gananciales adquiridos

afirma que debe considerarse cinco máquinas de tejer y doscientas veinticinco varillas de fierro para construcción, bienes que fueron vendidos por el actor; además de llevarse éste el dinero ahorrado ascendente a US\$. 6,000.00 (seis mil dólares americanos), dejándola en el más completo abandono moral y material.

Si bien se aprecia que en la citada reconvencción la demandada también afirmó que el actor la ha dejado por irse con una profesora y que nunca volvió a preocuparse por sus hijos ni a visitarlos, también es cierto que la supuesta relación con tercera persona no constituye el único hecho sustentatorio de la reconvencción, y en todo caso, ésta ha sido amparada por los otros hechos alegados y probados.

**100-** La Sala Superior ha llegado a la convicción de que la emplazada es la más perjudicada, por los fundamentos que se detallan en la propia sentencia de vista, valorando las pruebas aportadas al proceso, y en donde no se pronuncia sobre la supuesta infidelidad del actor (que sustentaría en parte el daño moral), no obstante dicha omisión no causa la nulidad de la sentencia de vista por no ser un hecho relevante y único de la reconvencción, y además la eventual subsanación no cambiará el sentido de la resolución impugnada.

**101-** En cuanto a la alegada infracción de la norma contenida en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, no se aprecia contradicción entre las dos sentencias de mérito, ya que como se ha anotado la supuesta infidelidad del recurrente no es el único hecho que sustenta la reconvencción y la omisión de su pronunciamiento no constituye causal de nulidad insubsanable. La Sala Superior ha motivado adecuadamente no sólo en cuanto a la pretensión principal de divorcio por separación de hecho sino también en cuanto a la reconvencción, y particularmente ha motivado fáctica y jurídicamente la fundabilidad de la pretensión reconvenccional interpuesta por la demandada, considerando a ésta como la cónyuge perjudicada; en tal sentido, tampoco se verifica infracción a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso tutelado por el artículo 139º inciso 3 de la Constitución Política del Estado.

En conclusión, y por todas estas consideraciones, el recurso de casación interpuesto por el demandante René Huaquipaco Hanco debe ser declarado infundado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 397º del Código Procesal Civil.

## 12. DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA Y EL PRECEDENTE JUDICIAL

**102-** El precedente judicial que se establece en mérito a la presente resolución tiene fuerza vinculatoria para los jueces de todas las instancias y órganos jurisdiccionales de la República<sup>320</sup> de conformidad con lo dispuesto por el artículo 400º del Código Procesal Civil modificado por el artículo 1º de la Ley 29364; por consiguiente, es de observancia obligatoria desde el día siguiente de su publicación oficial para los jueces en procesos pendientes de resolver y cuando resuelvan casos similares y en procesos de naturaleza homóloga (proceso de divorcio por la causal de separación de hecho y proceso de separación de cuerpos por la causal de separación de hecho según lo dispuesto por los artículos 333º inciso 12, 345º-A y 349º del Código Civil). No será vinculante para los casos ya resueltos pasados en autoridad de cosa juzgada.

### IV- FALLO

Por las razones expuestas, este Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República, conformada por los Jueces Supremos integrantes de la Sala Civil Permanente y de la Sala Civil Transitoria, presentes en la vista de la causa, de conformidad con la norma prevista en el artículo 400º del Código Procesal Civil:

**Primero.** Declara **INFUNDADO** en recurso de casación interpuesto por don René Huaquipaco Hanco y, en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas 426 a 430, su fecha 22 de setiembre de 2010, expedida por la Sala Civil de San Román - Juliaca de la Corte Superior de Justicia de Puno.

**Segundo.** Así mismo [*sic*], declara que **CONSTITUYE PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE** las siguientes reglas:

**1.-** En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar; entre otros, el Juez tiene **facultades tuitivas** y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares

320 El precedente judicial establece reglas o criterios cualificados de interpretación y aplicación del derecho objetivo, que resultan de observancia obligatoria por los jueces de todas las instancias; en virtud de cuyas reglas deben resolver los casos esencialmente semejantes de forma similar al resuelto en la casación que origina el precedente.



y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4º y 43º de la Constitución Política del Estado que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho.

- 2.- En los procesos sobre divorcio –y de separación de cuerpos– por la causal de separación de hecho, el Juez tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho así como la de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 345º-A del Código Civil. En consecuencia, a pedido de parte o de oficio señalará una indemnización por daños, el que incluye el daño a la persona, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que pudiera corresponderle.

El daño moral es indemnizable y se halla comprendido en el daño a la persona.

- 3.- Respecto a la indemnización por daños o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal:

- 3.1. A pedido de parte, podrá formularse tal **pretensión** en los actos postulatorios, ya sea en la demanda como pretensión accesorias o en la reconvenición, según sea el caso, salvo renuncia expresa del interesado. El pedido también es procedente después de los actos postulatorios.

- 3.2. De oficio, el Juez de primera instancia se pronunciará sobre estos puntos, siempre que la parte interesada haya **alegado o expresado** de alguna forma hechos concretos referidos a los perjuicios resultantes de la separación de hecho o del divorcio en sí. Aquellos hechos pueden ser alegados o expresados incluso después de los actos postulatorios. En estas hipótesis, el Juez concederá a la otra parte la oportunidad razonable de pronunciarse sobre aquellos hechos y de ofrecer la prueba pertinente. Si ya se llevó a cabo la audiencia de pruebas, los medios probatorios que se ofrezcan serán de actuación inmediata.

- 3.3. En el estado correspondiente del proceso, y de ser el caso, el Juez debe fijar como parte de los puntos controvertidos los extremos ya mencionados.

- 3.4.** En todo caso el Juez se pronunciará sobre la existencia de la condición de cónyuge más perjudicado de una de las partes según se haya formulado –y probado– la pretensión o la alegación respectiva, o sobre la inexistencia de aquella condición, si no existiera elementos de convicción necesarios para ello.
- 3.5.** En el trámite señalado, se garantizará el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, particularmente el derecho de defensa de las partes, el principio de contradicción y el derecho a la instancia plural.
- 4.-** Para una decisión de oficio o a instancia de parte sobre la indemnización o adjudicación de bienes, del proceso debe verificarse y establecerse las pruebas, presunciones e indicios que acrediten la condición de cónyuge más perjudicado a consecuencia de la separación de hecho o del divorcio en sí. El Juez apreciará, en el caso concreto, si se ha establecido algunas de las siguientes circunstancias: **a)** el grado de afectación emocional o psicológica; **b)** la tenencia y custodia de hecho de sus hijos menores de edad y la dedicación al hogar. **c)** si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado; **d)** si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancias relevantes.
- 5.-** El Juez Superior integrará la resolución impugnada de primera instancia cuando se haya omitido pronunciamiento expreso sobre la existencia o inexistencia del cónyuge más perjudicado, siempre que la fundamentación respectiva aparezca de alguna forma en la parte considerativa de la sentencia apelada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 370<sup>o</sup> del Código Procesal Civil.
- 6.-** La indemnización o la adjudicación de bienes tiene la naturaleza de una obligación legal, cuya finalidad es corregir un evidente desequilibrio económico e indemnizar el daño a la persona, resultante de la separación de hecho o del divorcio en sí; su fundamento no es la responsabilidad civil contractual o extracontractual sino la equidad y la solidaridad familiar.

**SE DISPONE LA PUBLICACIÓN** de la presente sentencia en el diario oficial El Peruano, teniendo efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su publicación. En el proceso sobre divorcio por la causal de separación de hecho seguido por René

Huaquipaco Hanco en contra de Catalina Ortiz Velazco. Interviene como ponente el señor Juez Supremo Víctor Ticona Postigo.

**SS.**

LUIS FELIPE ALMENARA BRYSON  
RAMIRO DE VALDIVIA CANO  
VÍCTOR TICONA POSTIGO  
ANA MARÍA ARANDA RODRÍGUEZ  
ANDRÉS CAROAJULCA BUSTAMANTE  
SABINO LEÓN RAMÍREZ  
JOSÉ ALBERTO PALOMINO GARCÍA  
RICARDO GUILLERMO VINATEA MEDINA  
FRANCISCO MIRANDA MOLINA  
ARISTÓTELES ÁLVAREZ LÓPEZ

**Carmen Champac Cabezas**  
Relatora

## **LA SEÑORA RELATORA CERTIFICA QUE LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO RAMIRO DE VALDIVIA CANO, ES COMO SIGUE:**

En Lima, a los dieciocho días del mes de marzo del dos mil once, el Juez Supremo que suscribe ha propuesto el siguiente voto singular, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 143º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Además de las consideraciones planteadas en el voto mayoritario, es necesario enfatizar los siguientes aspectos:

### **I.- EL FIN DE LA COMUNIDAD POLÍTICA**

La persona humana es el fundamento y el fin de la convivencia política. Dotado de racionalidad, el hombre es responsable de sus propias decisiones y capaz de perseguir proyectos que dan sentido a su vida, en el plano individual y social. La apertura a los demás es el rasgo que la caracteriza y la distingue: en relación con los demás, la persona humana alcanza su plena y completa realización. Esto significa que por ser una criatura social y política por naturaleza, la vida social no es, pues, para el hombre sobrecarga accidental. Es una dimensión esencial e ineludible. La comunidad política, realidad connatural a los hombres, existe para obtener un fin de otra manera inalcanzable: el crecimiento más completo de cada uno de sus miembros, llamados a colaborar establemente para realizar el bien común.

La persona es, desde el punto de vista ontológico anterior a la comunidad política. El respeto de su dignidad mediante la tutela y la promoción de los derechos fundamentales e inalienables del hombre tiene que reflejarse en normas objetivas para garantizar la satisfacción de las exigencias humanas fundamentales. Si no hay una acción apropiada de los poderes públicos sólo se produce entre los ciudadanos un mayor número de desigualdades –lo que hace que los derechos de la persona humana pierdan eficacia y se conviertan en propuestas retóricas–.

Estas políticas deben evitar que la preferencia dada a los derechos de algunos particulares venga a cohonestar su posición de privilegio: La posición de privilegio del o la cónyuge que en el interior de la comunidad familiar tiene el poder económico, de quien tiene trabajo remunerado, de quien tiene la posibilidad de coaccionar, chantajear, verter amenazas y cumplirías frente al menos favorecido. En contra de la parte débil de la relación conyugal que,

en el Perú, no puede defenderse de la violencia familiar ni la violencia sexual, ni tiene capacidad económica, social o cultural para acercarse a un abogado, para demandar, para defenderse judicialmente, para ofrecer prueba o actuaría o para reconvenir; o si está interesado/a, procesalmente, en defender la vigencia del matrimonio antes que en reclamar la vigencia de sus derechos personales.

## **II.- LA SOCIEDAD Y EL ESTADO AL SERVICIO DE LA FAMILIA**

La norma legal debe enfatizar una relación correcta y constructiva entre la familia, la sociedad y el Estado; la prioridad social de la familia; el deber fundamental de respetar y promover el matrimonio y la familia; garantizar y favorecer la genuina identidad de la vida familiar y a evitar y combatir todo lo que la altera y daña. El respeto y la promoción de los derechos de la familia.

Todo esto requiere la realización de auténticas y eficaces políticas familiares, con intervenciones precisas, capaces de hacer frente a las necesidades que derivan de los derechos de la familia como tal. En este sentido, es necesario como requisito previo, esencial e irrenunciable, el reconocimiento –lo cual comporta la tutela, la valoración y la promoción– de la identidad de la familia, sociedad natural fundada sobre el matrimonio.

El reconocimiento, por parte de las instituciones civiles y del Estado, de la prioridad de la familia sobre cualquier otra comunidad y sobre la misma realidad estatal, comporta superar las concepciones meramente individualistas y asumir la dimensión familiar como perspectiva cultural y política, irrenunciable en la consideración de las personas.

Esta perspectiva hace posible elaborar criterios normativos para una solución correcta de los diversos problemas sociales, porque las personas no deben ser consideradas sólo singularmente, sino también en relación a sus propios núcleos familiares, cuyos valores específicos y exigencias han de ser tenidos en cuenta.

En un régimen de economía social de mercado, la relación que se da entre la familia y la vida económica es significativa. La familia es protagonista esencial de la vida económica, orientada no por el consumismo sino según la lógica del compartir y de la solidaridad entre las generaciones.

La aportación que la familia puede ofrecer a la realidad del trabajo es preciosa, y por muchas razones, insustituible. Se trata de una contribución que se expresa tanto en términos económicos como a través de los vastos

recursos de solidaridad que la familia posee. Estos últimos constituyen un apoyo importante para quien, en la familia, se encuentra al cuidado de los hijos y de la familia; o sin trabajo remunerado. Pero más radicalmente aún, es una contribución que se realiza con la educación al sentido del trabajo y la responsabilidad social.

En la relación entre la familia y el trabajo, las labores de cuidado familiar, comenzando por las de la madre, precisamente porque están orientadas y dedicadas al servicio de la calidad de la vida, constituyen un tipo de actividad laboral que debe ser socialmente reconocida y valorada y otorgársela las posibilidades para desarrollar plenamente sus funciones maternas. (Juan Pablo II, Carta enc. *Laborem exercens*, 19: AAS 73 1981).

### **III.- LA SOLIDARIDAD Y LOS PROCESOS DE FAMILIA**

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, como lo declara el artículo 1º de la Carta Política de 1993. El fin de la vida social es el bien común históricamente realizable. El bien común de la sociedad no es un fin autárquico, pues sólo tiene valor en relación al logro de los fines últimos de la persona y al bien común de todos, incluyendo a quienes no les es factible la defensa judicial de sus derechos. La responsabilidad de implementar el bien común compete tanto a las personas particulares como al Estado, porque el bien común es la razón de ser de la autoridad política. Esta responsabilidad es aún más clamorosa en sociedades en las que ni la persona ni la familia están en condiciones de alcanzar por sí mismas su pleno desarrollo; en sociedades que son abatidas por el consumismo, el relativismo, el hedonismo y el egoísmo. De ahí deriva la delicada función del poder público y la necesidad de las instituciones políticas de hacer accesibles a todas las personas los medios necesarios para la búsqueda de una vida auténticamente humana; conciliando con la justicia los diversos intereses particulares.

En esta perspectiva, aquellos funcionarios e instituciones a quienes compete la responsabilidad de la administración de justicia están obligados a fomentar el bien común en la perspectiva del bien efectivo de todos los miembros de la comunidad civil.

#### **3.a) La solidaridad como principio social**

Las nuevas relaciones de interdependencia entre hombres deben transformarse en relaciones que tiendan hacia una verdadera y propia solidaridad ético-social. La solidaridad no es sólo una fundamental virtud moral y social. Es también un principio social ordenador de

las instituciones, mediante la creación o la oportuna modificación de ordenamientos jurídicos, políticos y económicos.

La solidaridad es también, “la determinación firme y perseverante de empeñarse por el bien común; es decir, por el bien de todos y cada uno, para que todos seamos verdaderamente responsables de todos”. (Juan Pablo II, Carta enc. Solicitudo rei socialis, 38:1988 565-566).

### **3.b) Solidaridad y crecimiento común de los hombres**

El término «solidaridad», se traduce en la aportación positiva que nunca debe faltar a la causa común, en la búsqueda de los puntos de posible entendimiento incluso allí donde prevalece una lógica de separación y fragmentación.

El principio de solidaridad implica que gobernantes y gobernados cultiven la conciencia de la deuda que tienen con la sociedad. Son deudores de aquellas condiciones que facilitan la existencia humana.

Tal deuda se aligera con las diversas manifestaciones de la actuación de los funcionarios públicos que tienen la posibilidad o la obligación social y ética de contribuir a que el camino de los hombres no se interrumpa, ni aún ante situaciones adversas, sino que permanezca abierto para las generaciones presentes y futuras.

### **3.c) Solidaridad familiar**

La subjetividad social de las familias se expresa también con manifestaciones de solidaridad y ayuda mutua y con mayor razón cuando la enfermedad, la pobreza, la injusticia, la edad o el individualismo atacan la familia y el matrimonio. Se trata de la consecuencia de la realidad familiar. La solidaridad pertenece a la familia como elemento constitutivo y estructural.

Es una solidaridad que puede asumir el rostro del servicio que persigue el derecho y de la atención a cuantos viven las consecuencias del relativismo, el hedonismo, el egoísmo y el consumismo; que se hace voz ante las instituciones de cualquier situación de carencia, para que intervengan según sus finalidades específicas.

Las familias, lejos de ser sólo objeto de la acción política, pueden y deben ser sujeto de esta actividad, movilizándose para «procurar que las leyes y las instituciones del Estado no sólo no ofendan, sino

que sostengan y defiendan positivamente los derechos y deberes de la familia. En este sentido, las familias deben crecer en la conciencia de ser “protagonistas” de la llamada “política familiar” y asumir la responsabilidad de transformar la sociedad». (Juan Pablo II, Exh. ap. Familiaris consortio, 44: (1982) 138; Santa Sede, Carta de los derechos de la familia, artículo 9º).

También debe considerarse que el artículo 335º del Código Civil establece que: “Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio”; pese a que este principio universal haya sido transgredido en el texto del artículo 333º inciso 12 del propio Código Civil.

Por las razones expuestas, de conformidad con la norma prevista en los artículos 143º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 400º del Código Procesal Civil: el Juez que suscribe se adhiere al voto unánime que:

- a) Declara **INFUNDADO** en recurso de casación interpuesto por don René Huaquipaco Hanco y, en consecuencia, **NO CASA** la sentencia de vista que corre de fojas 426 a 430.
- b) Declara que deben **CONSTITUIR PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE** las siguientes reglas:
1. En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, violencia familiar, los jueces tienen obligaciones y facultades tuitivas y se flexibiliza los principios y normas procesales sobre iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, entre otros, en razón de las responsabilidades constitucionales sobre protección de la familia y promoción del matrimonio; la naturaleza de los conflictos que deben solucionar derivados de las relaciones sociales, familiares e interpersonales. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política del Estado cuyos artículos 1º, 2º, inciso 1, 4 y 43 consagran, respectivamente:

Que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado;

La protección especial: al niño, al adolescente, a la madre, y al anciano. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.



Que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en cuanto le favorece.

Así como reconoce la fórmula política del Estado social y democrático de Derecho.

2. En los procesos sobre divorcio y de separación de cuerpos los jueces tienen el deber de velar, de oficio, por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado así como la de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 345º-A del Código Civil; aún si ello no hubiese sido demandado, ni reconvenido ni alegado. Se trata de una obligación constitucional y su fundamento es la equidad y la solidaridad.
3. El derecho reconocido en el artículo 345º-A del Código Civil es irrenunciable pues está referido a una obligación constitucional del Estado, la sociedad y de la parte ofensora, cuyo fundamento es la equidad y la solidaridad.
4. En consecuencia, a pedido de parte o de oficio, los jueces deberán señalar con criterio de conciencia, con arreglo a la sana crítica y de acuerdo a cada caso una indemnización por las responsabilidades en que hubiere incurrido el cónyuge que incumpla sus deberes familiares; lo que incluye el daño a la persona y el daño moral, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos, gananciales, derechos hereditarios, providencias en beneficio de los hijos que pudiera corresponderle.
5. Para que proceda el reconocimiento judicial de los derechos reconocidos por el artículo 345º-A del Código Civil la actuación de oficio o el pedido de parte podrán ser formulados en cualquier estado del proceso. En todo caso, los jueces deberán garantizar a las partes el ejercicio del principio de contradicción, de su derecho constitucional a la instancia plural y de defensa.

**SE DISPONE LA PUBLICACIÓN** de la presente sentencia en el diario oficial El Peruano, teniendo efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su publicación. En el proceso sobre divorcio por la causal de separación de hecho seguido por René Huaquipaco Hanco en contra de Catalina Ortiz Velazco.

**Sr. RAMIRO DE VALDIVIA CANO**

**Carmene Rosa Champac Cabezas**  
Relatora

**Corte Suprema de Justicia de la República  
Pleno Casatorio Civil**

(Publicado en el diario oficial El Peruano el 14 de agosto de 2013)

**SENTENCIA DEL PLENO CASATORIO****CASACIÓN Nº 2195-2011-UCAYALI**

**Demandantes** : Jorge Enrique Correa Panduro; César Arturo Correa Panduro y Luis Miguel Correa Panduro.

**Demandados** : Mirna Lizbeth Panduro Abarca y Euclides Vara Turco.

**Materia** : Desalojo por ocupación precaria.

**Vía procedimental** : Proceso Sumarísimo.

**Sumario:**

- I.- Introducción.
- II.- Materia del recurso.
- III.- Fundamentos del recurso.
- IV.- De la convocatoria al Pleno Casatorio.
- V.- Consideraciones.
  - A.- De la contravención al derecho a un debido proceso.
    - a.1.- El debido proceso: Aspecto formal y sustancial.
    - a.2.- De la motivación de las resoluciones.
    - a.3.- De la causal de casación.

- B.- De la posesión y otras figuras afines.
  - b.1.- La Posesión.
  - b.2.- Clases de posesión.
    - b.2.1.- Posesión mediata e inmediata.
    - b.2.2.- Posesión legítima e ilegítima.
    - b.2.3.- Servidor de la posesión.
  
- C.- Del ocupante precario.
  - c.1.- Consideraciones previas.
  - c.2.- Del ocupante precario en sede nacional.
  - c.3.- Supuestos de posesión precaria.
  
- D.- Naturaleza [*sic*] la sentencia a dictarse.

**VI.-** Conclusiones.

**VII.-** Fallo.

**SENTENCIA DICTADA POR EL PLENO CASATORIO CIVIL REALIZADO  
POR LAS SALAS CIVILES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
DE LA REPÚBLICA**

**Casación Nº 2195-2011-Ucayali**

En la ciudad de Lima, Perú, a los trece días del mes de agosto de dos mil doce, los señores jueces supremos, reunidos en sesión de Pleno Casatorio, por mayoría, han expedido la siguiente sentencia, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 400º del Código Procesal Civil.

Vista que fue la causa en audiencia pública del Pleno Casatorio de fecha veintinueve de diciembre del año dos mil once; oídos que fueron los informes orales de los abogados de ambas partes, así como de los *amicus curiae* invitados; discutida y deliberada que fue la causa:

**I.- INTRODUCCIÓN**

- 1.- A fojas 62 corre la demanda interpuesta por Luis Arturo Correa Linares, apoderado de Luis Miguel Correa Panduro; Jorge Enrique Correa Panduro y César Arturo Correa Panduro, la misma que la dirigen contra Mirna Lisbeth Panduro Abarca y Euclides Vara Turco.

El petitorio de la demanda está dirigido a que se ordene el desalojo por ocupación precaria del inmueble ubicado en el jirón Tarapacá Nº 663 y 665 de la ciudad de Pucallpa.

- 2.- El accionante manifiesta que sus poderdantes son propietarios del inmueble materia de reclamo, cuya titularidad tienen inscrita en los Registros Públicos de la ciudad de Pucallpa, siendo que la numeración del bien fue otorgada por la Municipalidad provincial de Coronel Portillo, el cual está signado como la fracción Lote. 1-A, Mz. 86, del plano regulador de la ciudad de Pucallpa, que corre en la Ficha 1619D, Partida Electrónica DDDD2031, y la Ficha 16189, Partida Electrónica DDDD2050.
- 3.- Finalmente, el actor señala que, como sus poderdantes han adquirido el bien inmueble, los demandados tienen la condición de precarios, dado que antes fue una casa familiar.

- 4.- Mediante resolución del uno, de junio de 2010 (obrante a fojas 67 del principal), se declara inadmisibile la demanda, ordenándose que se precise el petitorio de la misma, siendo subsanada oportunamente (a fojas 71).
- 5.- Admitida a trámite la demanda, por resolución de fojas 73, se corre traslado a los emplazados, siendo contestada a fojas 185 por Mima Lizbeth Panduro Abarca y Euclides Vara Turco, quienes deducen la excepción de Falta de Legitimación para Obrar de los demandantes, señalando que estos han dejado de ser propietarios del inmueble materia de reclamo, por cuanto, a la fecha de interposición de la demanda, los demandados poseen el bien por más de cuarenta años. Posesión que se realiza se *[sic]* forma pacífica, pública y como propietarios, por lo tanto ha operado la prescripción adquisitiva del inmueble.

Por otro lado, indican que los poderdantes del demandante no han poseído nunca el inmueble, el cual perteneció a los padres de la codemandada y de su hermana, quien es madre de los poderdantes.

- 6.- A fojas 192 se declara inadmisibile la contestación de la demanda, siendo subsanada por los emplazados a fojas 197 y 298, respectivamente, por lo que mediante resolución número cuatro, del 5 de junio de 2010, se tiene por deducida la excepción y por contestada la demanda, señalándose fecha para la audiencia única, de acuerdo a ley.
- 7.- La citada audiencia se lleva a cabo el 10 de agosto de 2010, conforme consta del acta de fojas 492, en la que se declara infundada la excepción deducida, y preguntadas que fueron las partes sobre dicha decisión, estas manifestaron su conformidad con lo resuelto (tal como consta a fojas 497). Seguidamente se declaró saneado el proceso y se admitieron los medios probatorios ofrecidos por las partes.
- 8.- Mediante sentencia del 15 de septiembre de 2010 (fojas 526) se declaró fundada la demanda, ordenándose el lanzamiento de los demandados del bien inmueble materia de reclamo, una vez haya quedado consentida o ejecutoriada dicha sentencia.
- 9.- La sentencia aludida fue apelada por ambos demandados, como consta a fojas 536 y 549, respectivamente, alegándose que la demanda se sustentó en artículos 1699º, 1700º y 1704º del Código Civil, referidos a la conclusión del arrendamiento y que el Juez resolvió aplicando dichas normas, incluyendo el artículo 1697º del mismo Código (que

no fue invocado por el accionante), con el fin de dilucidar el fondo de la controversia. Asimismo, que la parte accionante absolvió fuera de tiempo el traslado de la excepción deducida, absolución que tampoco se les notificó. Finalmente, argumentan que se debió hacer referencia al proceso de usucapión que sobre el mismo inmueble siguen ante el mismo Juzgado, el cual también debió acumularse al proceso de desalojo.

- 10.-** La Sala Superior especializada en lo Civil y afines de Ucayali, mediante sentencia de vista del 8 de abril de 2011, confirma la alzada en todos sus extremos, precisando que la demanda debe ampararse conforme a lo resuelto por el *A quo*, acotando que los demandantes han acreditado haber obtenido la titularidad sobre el bien materia de reclamo, al haberlo recibido en anticipo de legítima de parte de la señora Nancy Panduro Abarca, y que en lo que concierne a la posesión a título de propietarios por usucapión que alegan los demandados, se observa que los documentos que se adjuntan, varios de ellos aparecen a nombre de terceros, por lo que no habiéndose desvirtuado la precariedad de la posesión resulta viable el desalojo.

Dicha resolución es la que viene en Recurso de Casación por la demandada Mirna Lizbeth Panduro Abarca conforme se procede a describir seguidamente.

## **II.- MATERIA DEL RECURSO**

Se trata del recurso de casación, interpuesto a fojas seiscientos veintitrés, por doña Mirna Lizbeth Panduro Abarca, contra la sentencia de vista, de fojas seiscientos diez a seiscientos once, expedida el 8 de abril de 2011, por la Sala especializada en lo Civil y afines de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, que resuelve confirmar la sentencia apelada que declara fundada la demanda de desalojo por ocupación precaria.

## **III.- FUNDAMENTO DEL RECURSO**

Por resolución del 8 de septiembre de 2011, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, se declaró procedente el recurso de casación por la causal de infracción normativa de naturaleza procesal –referida al inciso 3 del artículo 122º del Código Procesal Civil y al inciso 3 del artículo 139º de la Constitución Política del Estado–, prevista en el artículo 386º del Código Procesal Civil, al haberse satisfecho los requisitos de fondo regulados por los incisos 2, 3 y 4 del artículo 388º del mismo cuerpo legal, por los fundamentos siguientes:

- **Infracción normativa de naturaleza procesal**

Para sustentar esta denuncia, la recurrente sostiene dos argumentos:

- a) La infracción del inciso 3 del artículo 122º del Código Procesal Civil, puesto que la demanda de desalojo por ocupación precaria se planteó usando normas referidas a la conclusión del arrendamiento, no obstante ello, la sentencia de primera instancia lejos de corregir ese error, incrementó un artículo más, el 1697º del Código Civil, referido a las causales de resolución del arrendamiento, resultando claro que se ha hecho uso indebido de una norma de derecho material, puesto que el caso versa sobre desalojo por ocupación precaria. Incluso que, sobre este punto, la resolución impugnada no hace ninguna referencia, pese a que fue advertido en el recurso de apelación, por tal motivo la sentencia no se encuentra debidamente motivada conforme lo dispone el artículo 122º, inciso 3, del Código Procesal Civil. Finalmente, señala la recurrente, que si bien en la demanda se invocan artículos ajenos al petitorio, el Juez, en aplicación del principio *iura novit curia*, dispuesto por el artículo VII del Título preliminar del Código Civil, debió aplicar los artículos 2º, numeral 16, de la Constitución Política y 896º; 923º y 950º del referido Código Civil.
- b) La infracción del inciso 3 del artículo 139º de la Constitución Política del Estado, dado que durante el desarrollo del proceso no se ha respetado el derecho de las partes, pues no se han cumplido los plazos respecto a la deducción de la excepción de Falta de Legitimación para Obrar, pese a haber sido advertida esta omisión por la recurrente; así como tampoco se les corrió traslado del escrito de absolucón de la citada excepción. Omisiones que, pese a haber sido denunciadas, ninguna de las dos instancias han resuelto este punto de la controversia, lo que atenta contra el derecho al debido proceso previsto en la norma mencionada, toda vez que las resoluciones judiciales deben pronunciarse sobre todos los puntos controvertidos, conforme señala el artículo 122º, inciso 4, del Código Procesal Civil.

#### **IV- DE LA CONVOCATORIA AL PLENO CASATORIO**

- 1.- Mediante resolución del 5 de diciembre de 2011, la Sala Civil Permanente convocó a los integrantes de las salas civiles, Permanente y Transitoria, de la Corte Suprema de Justicia de la República, al Pleno Casatorio, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 400º del



Código Procesal Civil, con el objeto de fijar precedente judicial en atención al caso materia de autos. Interviniendo como Juez Ponente el señor César Castañeda Serrano.

- 2.- A través de sendas resoluciones, del veinte de diciembre de dos mil once, se aceptó la intervención, en calidad de *amicus curiae*, de los señores abogados especialistas en materia civil: Fernando Bustamante Zegarra; Martín Mejorada Chauca, Luis Guillermo Vargas Fernández; Jorge Avendaño Valdez y Alberto Loayza Lazo, quienes hicieron uso de la palabra el día de la vista de la causa para abordar los temas que se les había planteado previamente.

## **V.- CONSIDERACIONES**

- 1.- Habiéndose invocado vicios *in procedendo* como única causal casatoria, es menester realizar el estudio de dicha causal, no sólo atendiendo a sus efectos, sino también como un paso previo al análisis que se realizará de algunas instituciones jurídicas, con fines de sustentar el acuerdo del pleno casatorio.
- 2.- El asunto a dilucidarse en este proceso se centra en esclarecer si se ha incurrido en un errado razonamiento al momento de fundamentar la segunda sentencia de mérito, que confirma la de primera instancia, la cual declaró fundada la demanda de desalojo por ocupación precaria.

Para tal cometido se hace necesario tener como puntos de debate o análisis las instituciones jurídicas vinculadas a la posesión y los títulos legitimantes para alegar tal derecho. Esto en lo que concierne al ámbito del derecho sustancial, en tanto que como cuestión procesal se abordará el debido proceso, la tutela jurisdiccional efectiva y la motivación de las resoluciones judiciales.

## **A. DE LA CONTRAVENCIÓN AL DERECHO A UN DEBIDO PROCESO**

- 3.- Conforme a lo alegado por la recurrente, se acusa que en la sentencia de vista se ha incurrido en contravención al debido proceso por contener una indebida motivación, al no haberse resuelto sobre todos los extremos materia del recurso de apelación.

Como un acto previo a emitir pronunciamiento sobre la denuncia casatoria anotada, se ha visto por conveniente recapitular algunas ideas sobre lo que se entiende por el debido proceso y la motivación de las resoluciones judiciales.

### a.1. El debido proceso: aspecto formal y sustancial

- 4.- Se llega a sostener que la garantía constitucional del debido proceso se remonta al siglo XIII, cuando en 1215, la Carta Magna del rey Juan Sin Tierra otorgó a los nobles ingleses la garantía de que: *“ningún hombre libre podrá ser apresado, puesto en prisión ni desposeído de sus bienes, costumbres y libertades, sino en virtud del juicio de sus pares, según la ley del país”*.

En nuestro medio, esta garantía constitucional está reconocida en el artículo 139º, inciso 3, de la Constitución Política del Estado, y que tiene correlato en el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

- 5.- De su inicial concepto, como garantía procesal de la libertad (*procedural limitation*), el debido proceso ganó profundidad y extensión desde fines del siglo XIX, hasta llegar a constituirse en una garantía de fondo (*general limitation*), garantía sustantiva y patrón de justicia<sup>321</sup> reconocida en los principales pactos y tratados internacionales, entre los que cabe destacar los artículos 8º y 10º de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, artículo 6º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y artículo 14º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- 6.- A nivel doctrinario, se ha señalado que el derecho al debido proceso tiene dos vertientes; la primera referida, de orden procesal, que incluye las garantías mínimas que el sujeto de derecho tiene al ser parte en un proceso. En esta fase se pueden encontrar el derecho al juez natural, el derecho a probar, el derecho a impugnar, el derecho a la doble instancia, el derecho a ser oído, el derecho a la defensa, entre otros. En tanto que el aspecto sustantivo está referido al derecho a exigir una decisión justa<sup>322</sup>.

### a.2. De la motivación de las resoluciones

- 7.- El tema de la motivación de las sentencias y de las resoluciones en general, como es sabido, no ha tenido una alongada práctica en el mundo jurídico, sino que la misma ha sido una conquista de la ciudadanía casi a finales del siglo XVIII. Si bien es cierto que en nuestra tradición jurídico castellana tenemos antecedentes históricos en cuanto

321 Cf. Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las Leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*, Buenos Aires, 1970, pp. 15 - 22.

322 Para una ordenada exposición sobre el debido proceso, vid: Hurtado Reyes, Martín, *La casación civil. Una aproximación al control de los hechos*, Lima, Idemsa, 2012, pp. 299 y ss.

a la exigencia de la motivación de las sentencias, esa no fue una práctica de todos los ordenamientos jurídicos europeos.

- 8.- En efecto, la obligación de motivación de las sentencias es el resultado de una larga y conflictiva evolución histórica<sup>323</sup>, puesto que los reinos europeos, fieles a los principios del *ius commune*, no tenían por función motivar sus sentencias, dado que la actividad de juzgar era una tarea reservada a la nobleza, por lo que el fundamento y respaldo de la actividad de un juez se encontraba en su prestigio social, además que tal comportamiento se debía, también, a la Decretal *Sicut Nobis* de Inocencio III dictada el año 1199, de cuyo texto los comentaristas dedujeron el principio de derecho común según el cual *iudex non tenetur exprimere causam in sententia*<sup>324</sup>.
- 9.- Tal comportamiento judicial, empero, no fue de ordinario proceder en todos los reinos europeos, dado que en algunos de ellos se hacían excepciones a tal regla, como en el reino de Aragón, por el origen contractual de su monarquía, donde sí se llegó a obligar a los jueces y tribunales a motivar sus sentencias<sup>325</sup>; por lo que, en la España tardo medieval coexistieron dos regímenes totalmente diferenciados, por un lado el Castellano que no contemplaba la obligación legal de motivar las sentencias y por el otro, el Aragonés que sí lo exigía, hasta que se dio la unificación normativa en el siglo XVIII, iniciada con la Real Cédula del 23 de junio de 1778, dictada por Carlos III, lo que se tradujo en la generalización de la prohibición de justificar las sentencia [sic] a todo el territorio español<sup>326</sup>.

323 Nos remitimos para todo lo dicho a: Colomer Hernández, Ignacio, *La motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 60 y ss.; Garriga, Carlos y Marta Lorente, "El juez y la ley: La motivación de las sentencias (Castilla, 1489-España, 1855)" en: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Nº 1, 1997, pp. 97 y ss., e Igartua Salaverriá, Juan, *La motivación de las sentencias, Imperativo constitucional*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2003, passim.

324 Cf. Colomer Hernández, ob.cit., p. 64.

325 Cf. Garriga y Lorente, ob.cit., p. 101.

326 Cf. Colomer; ob.cit., p. 69. Por su lado Tomás-Javier Aliste señala que en el reino de Aragón las normas que exigían la motivación de las decisiones judiciales eran explícitas, mientras que en reino de Castilla ello emergía de los textos legales, por lo que no se podría afirmar de manera categórica que en dicho reino no era una [sic] deber el que se justifiquen las decisiones judiciales. Asimismo, este autor llega a sostener que la real intención de Carlos III fue la de erradicar el carácter perjudicial de una praxis motivadora, cuyo entendimiento se reducía a plasmar en la sentencia un mero resumen de lo obrado en autos, no teniendo otro fundamento que el interesado engrose de la fortuna de los escribanos, los cuales por esta vía encontraban una fuente más para incrementar los aranceles cobrados a los litigantes. Cf. Aliste Santos, Tomás-Javier: *La motivación de las resoluciones judiciales*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 100, 101 y 106.

- 10.-** Sea como fuere antes, el punto es que, posteriormente, con la llegada de la Revolución Francesa, se introduce definitivamente la obligatoriedad de fundamentar las sentencias, y se hace a través de la Ley del 24 de agosto de 1790, con la clara intención de someter la actuación del juez a la ley, a diferencia de la antigua forma de actuar del antiguo Régimen, dado que el no motivar constituía un elemento esencial para un ejercicio arbitrario del poder por parte de los jueces<sup>327</sup>.
- 11.-** Bien se dice que cuando se empezó a exigir la motivación de las sentencias, se perseguían tres funciones esenciales: la primera, tutelar el interés público, porque se concebía la posibilidad de anular la sentencia por notoria injusticia; la segunda, era el permitir a las partes y a la sociedad en general que pudiesen apreciar la justicia de la sentencia redactada, con el objeto que los destinatarios pudiesen aprehender y valorar lo ajustado a Derecho de esta, a efectos de ponderar una posible impugnación de la misma, y la tercera, el expresarse en la sentencia la causa determinante de la decisión, resolvía el problema de saber entre las varias acciones o excepciones formuladas cuáles habían sido acogidas por el juez para condenar o absolver<sup>328</sup>.
- 12.-** Nuestro ordenamiento legal no ha sido ajeno a tal exigencia, puesto que desde los albores de nuestra República, en la Constitución de 1828, ya se estipulaba en su artículo 122º que los juicios civiles deberían ser públicos, los jueces deliberarían en secreto, pero las sentencias serían motivadas y se pronunciaban en audiencia pública. Garantía ésta que se ha mantenido incólume hasta nuestros días. Es más, ha tenido un mayor espectro de aplicación, como toda garantía dentro de un Estado Constitucional y Social de Derecho, por lo que el inciso 5 del artículo 139º de nuestra actual Constitución prescribe que es un principio de la función jurisdiccional la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con

327 Cf. Colomer, ob.cit., pp. 65-66.

Bien se dice respecto a la discrecionalidad, como un concepto diferente a la arbitrariedad, que: "... es muy importante recordar que la presencia creciente de discrecionalidad ni proporciona inmunidad no es equivalente a una toma de decisiones arbitraria, por el contrario, su existencia, correlativa, al cambio de funciones operado por muchos sistemas jurídicos es, antes que nada, un desafío para la existencia de controles jurídicos y sociales críticos e inescindible de la exigencia de mayores cuotas de responsabilidad por quienes son titulares de un poder de decisión".

Cf. Añón, José María, "Notas sobre la discrecionalidad y legitimación", en: Doxa, Nºs 15-16, 1994, p. 902.

328 Cf. Colomer, ob.cit., p. 65.

mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan <sup>329</sup>.

- 13.-** En esa misma corriente garantista se encuentran el artículo 12º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y el artículo 122º del Código Procesal Civil, textos normativos que señalan los requisitos esenciales para la validez de toda resolución judicial, prescribiendo que su incumplimiento acarrea la nulidad de la misma, habida cuenta que por mandato constitucional, la argumentación jurídica, constitutiva de la motivación de una resolución judicial, tendrá necesariamente forma escrita y su contenido será tanto de naturaleza jurídica como fáctica inherentes al caso materia de la decisión.
- 14.-** Ahora bien, en doctrina se suele mencionar que la función de la motivación tiene una dimensión endoprocesal y otra extraprocesal. Se dará la primera, cuando esté encaminada a permitir un control técnico jurídico de la decisión judicial, que sucesivamente desarrollarán los litigantes (control privado) y los órganos jurisdiccionales superiores (control institucional); en tanto que la segunda engloba el conjunto de funciones que cumple la motivación fuera del ámbito del proceso, dado que hace referencia a las consecuencias e impacto que el dictado de una resolución jurisdiccional tiene a nivel social<sup>330</sup>, puesto que, como dice Igartua Salaverría, ni las partes, ni sus abogados, ni los jueces que examinan los recursos agotan el destino de las motivaciones de las sentencias, dado que estas también van dirigidas al público<sup>331</sup>.

En suma, motivar significa expresar las razones por las que ha sido dictada una decisión. Por lo que, siendo obligación de los jueces dictar decisiones que sean conformes al derecho, se debe presumir que el motivo por el que ha sido dictada una determinada decisión, en vez de otra distinta, consiste en que el juez que la ha dictado de tal modo, considera que la misma es conforme con el derecho. Por tanto, cuando el

329 Se dice que: “Entendida como instrumento para evitar la arbitrariedad del poder, la motivación adquiere, además, una particular importancia merced a la evaluación que ha conocido el Estado de Derecho en el constitucionalismo, un modelo de Estado que encuentra su legitimidad (externa) en la protección de los individuos y sus derechos, y que, al consagrar esos derechos en el nivel jurídico más alto, la Constitución, condiciona también la legitimidad (interna) de los actos del poder a la protección de esos derechos. La motivación cobra entonces una dimensión político-jurídica garantista, de tutela de los derechos”.

Cf. Gascón Abellán, Marina, *Los hechos en el derecho*. Bases argumentales de la prueba, 2ª ed., Barcelona, Marcial Pons, 2004, p. 192.

330 Cf. Colomer, ob.cit., p. 124.

331 Cf. Igartua Salaverría, ob.cit., p. 24.

Derecho establece que el juez que dicta una decisión debe de motivarla, lo que le está exigiendo es que indique el motivo por el que él considera que dicha decisión es conforme al Derecho<sup>332</sup>.

- 15.-** También, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, se considera que la motivación de las sentencias cumple múltiples finalidades, así por ejemplo: **a)** Permite el control de la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo de este modo con el requisito de publicidad esperado; **b)** Hace patente el sometimiento del juez al imperio de la ley; **c)** Logra el convencimiento de las partes sobre la justicia y corrección de la decisión judicial, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad, al conocer el por qué concreto de su contenido; **d)** Permite la efectividad de los recursos por las partes; y **e)** Garantiza la posibilidad de control de la resolución judicial por los tribunales superiores que conozcan de los correspondientes recursos<sup>333</sup>.
- 16.-** Con igual criterio, se suele distinguir entre motivación formal y motivación sustancial. Entendiéndose por la primera a aquella que está constituida por enunciados colocados topográficamente en la parte que la sentencia dedica a la motivación; en tanto que la segunda (la sustancial), se compone de enunciados cuyo contenido asume, directa o indirectamente, una función justificatoria de lo que se haya decidido. Estando a lo dicho, la existencia de la motivación formal exige la presencia de enunciados, en tanto que la existencia de la motivación sustancial se basa en los significados de los enunciados formulados<sup>334</sup>.
- 17.-** Finalmente, se ha expresado que no se trata de exigir a los órganos jurisdiccionales una argumentación extensa, exhaustiva o pormenorizada que vaya respondiendo, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, ni impedir la fundamentación concisa o escueta que en cada caso estimen suficiente quienes ejercen la potestad jurisdiccional, ya que la exigencia de motivación no implica necesariamente una

332 Cf. Hernández Marín, Rafael, *Las obligaciones básicas de los jueces*, Barcelona, Marcial Pons, 2005, p. 145.

333 Cf. Chamorro Bernal, Francisco, *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24º.1 de la constitución*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 205, y Picó i Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, Bosch, 1997, p. 64. En sede nacional resulta ilustrativo lo desarrollado sobre la motivación por: Hurtado Reyes, Martín, *La casación civil...*, pp. 187 y ss.

334 Cf. Igartua Salaverría, Juan, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2009, pp. 28 y 29.

contestación judicial expresa a todas y cada una de las alegaciones de las partes<sup>335</sup>.

### a.3. De la causal de casación

- 18.- Ingresando específicamente al fundamento del recurso de Casación, la recurrente denuncia que la demanda de desalojo se ha planteado invocando normas referidas a la conclusión del arrendamiento y que el *A quo*, lejos de corregir ello, ha aplicado, además, el artículo 1697<sup>o</sup> del Código Civil, referido a las causales de resolución del arrendamiento. Siendo así, a criterio de la impugnante, el tribunal *Ad quem*, también ha incurrido en el mismo error al no haber resuelto sobre este punto que fue materia de apelación, por lo que estaría indebidamente motivada.
- 19.- En lo que concierne a este extremo de la denuncia casatoria, es menester precisar que en ninguna de las sentencias de mérito se hace alusión alguna –expresa o implícitamente– a los artículos del Código Civil referidos al contrato de arrendamiento que menciona la recurrente, con lo cual, formalmente, no se puede señalar que dichas normas hayan servido de sustento jurídico a los jueces de mérito para resolver sobre el fondo de la litis, dado que han sido otras normas sustantivas y procesales las que se han invocado para amparar la demanda, con lo cual queda sin mayor sustento lo denunciado en el recurso de casación. Es más, conforme a lo alegado, se estaría propiamente ante un caso de aplicación indebida de normas legales más que en uno de motivación indebida, razón adicional para no dar cabida a la denuncia casatoria.
- 20.- Sin perjuicio de lo ya apuntado, y siguiendo a lo descrito en el escrito que contiene el recurso de casación, pareciera que la recurrente hubiera entendido que el *A quo* ha aplicado normas referidas al contrato de arrendamiento –y a la conclusión del mismo por la causal de resolución, al momento de plasmar su razonamiento, en el considerando

335 Cf. Picó i Junoy, ob.cit., p. 61.

tercero<sup>336</sup>-, cuando se menciona cuáles serían los requisitos o supuestos para que prospere una demanda de desalojo. Empero, ello no es así, habida cuenta que siguiendo el razonamiento del magistrado de primera instancia, se ha indicado que para que la posesión de los demandados no se configure como precaria tendrían que haber estado en alguno de los supuestos señalados en el citado considerando tercero. Pero de modo alguno se puede arribar a la conclusión que se aplicaron las normas de la resolución de un contrato de arrendamiento, y menos que la Sala Superior haya sostenido la existencia de una relación contractual de arrendamiento entre las partes. Incluso, el tribunal superior es más específico, cuando alude a casaciones que se refieren a la figura del poseedor precario puntualmente. Por lo tanto, como ya se anotó, este extremo del recurso deviene en inamparable.

336 El citado considerando tercero, en realidad es el fundamento basilar de la sentencia de primera instancia, por lo que, pese a su alongada extensión, conviene consignarlo, el cual se transcribe literalmente como sigue: “**Tercero-** Que, la esencia del proceso de desalojo por ocupación precaria no consiste en determinar o resolver en definitiva el derecho de propiedad, sino la validez de la restitución de la posesión en base a cualquier título válido y suficiente que la justifique, frente a la ausencia o fenecimiento del que tuvo la parte ocupante; título o ausencia o fenecimiento del mismo que por su naturaleza, debe ser elemento de probanza y dilucidación; para que prospere esta acción es necesaria la existencia de tres presupuestos indispensables: **a)** Que los actores acrediten plenamente ser titulares del dominio del bien inmueble, cuya desocupación solicitan; **b)** que se acredite la ausencia de una relación contractual de arrendamiento entre los demandantes; y **c)** que para ser considerado precario debe darse la ausencia absoluta de cualquier circunstancia que justifique el uso o disfrute del bien, por parte de la demandada. Respecto al acápite a) de las pruebas aportadas por los demandantes como son la escritura pública de anticipo de legítima otorgada por Nancy Panduro Abarca a favor de ellos, y la copia literal de la Partida número 00002050, se acredita que los demandantes son los titulares del dominio, situación que no ha sido objetada por los demandados; en cuanto a la letra b) ambas partes no han referido tener relación contractual de arrendamiento; y por último la letra c) respecto a este punto los demandados refieren que “... son poseedores desde hace cuarenta años y que la posesión la realizan de forma pacífica, continua, pública y como propietaria, por lo que ha ganado la propiedad del referido inmueble por efectos de la prescripción adquisitiva de dominio...” [sic], por lo que es menester aclarar que en este proceso no se definirá el derecho de propiedad como lo reclaman los demandantes; éstos presentan entre otros documentos, varios recibos de agua a nombre de Balbina Abarca de Panduro, recibos de luz a nombre de Balbino Abarca de Panduro, diversos auto avalúos a nombre de Teófilo Panduro Ruiz y Abarca Sarmiento Balbina para acreditar que viene poseyendo los inmuebles reclamados; empero, estos documentos acreditan que terceras personas ajenas a los demandados fueron los que pagaron los derechos mencionados, y si bien acreditan con otros documentos como recibos de pago de teléfono y apertura de establecimiento otorgada por la Municipalidad Provincial de Coronel Portillo estar en posesión del bien, esto no constituye circunstancia alguna que justifique el uso o disfrute del mismo, pues los demandados no con inquilinos ni arrendatarios de los propietarios, ejerciendo por ende la posesión de facto, resolviéndose de esta manera el punto controvertido en el sentido de que los demandados no cuentan con algún título para que ejerzan la posesión del inmueble materia de litis’.



- 21.- Siguiendo la línea expositiva de la recurrente, queda por determinar si es que era procedente o no la acumulación de los procesos de desalojo con el de *Usucapión*, que los demandados estaban siguiendo ante el mismo Juzgado. Al respecto se debe precisar que no resultaba viable dicha acumulación, en primer lugar –desde un plano netamente formalista–, porque la normativa procesal no admite la posibilidad de acumular pretensiones que se tramitan en distintas vías procedimentales –ello desde el sólo aspecto formal–. Empero, este tribunal considera que nada impide que ante situaciones especiales puedan acumularse determinados casos, tramitables en vías de cognición diferentes, siempre y cuando el juzgado justifique los motivos por los que resulta atendible dicha acumulación y no se afecte el derecho a la defensa de las partes. Así, por ejemplo, se afectaría el derecho de defensa si se dispone la acumulación de la prescripción adquisitiva, con el ya iniciado proceso de desalojo por ocupación precaria –que por tramitarse en la vía sumarísima, resulta más breve–, con una reconvencción cuya pretensión sea prescripción adquisitiva que, por corresponderle el procedimiento denominado Abreviado, los plazos de su trámite son mucho más latos y la posibilidad de defensa de las partes resulta más amplia. En segundo lugar (en este caso concreto), porque los demandados nunca solicitaron tal acumulación, ni tampoco reconvinieron, sino que se limitaron a señalar que estaban siguiendo un proceso de usucapión ante el mismo Juzgado (Expediente N° 00407-2010-0-2402-JR-CI-01) y que se debía tener en cuenta que la demanda era improcedente porque ya habían adquirido el bien por prescripción adquisitiva; y en tercer lugar, porque en ambas instancias de mérito si se ha hecho alusión a la usucapión alegada, señalándose expresamente, en la sentencia apelada, que en este proceso de desalojo no se estaba discutiendo la titularidad de la propiedad, sino cual de las partes tenía un título que la legitimara para ejercer el derecho a poseer el bien y que cualquier discusión sobre la propiedad se tenía que ventilar en el proceso más lato. Esta apreciación resulta jurídicamente correcta, por cuanto en un proceso de desalojo, por su naturaleza sumaria, dada la simplicidad de su objeto (verificar el derecho a poseer), no es factible ingresar a realizar un análisis pleno respecto de la validez de títulos o a la formas de adquisición de la propiedad, los que deben ser debatidos mediante la realización de actos procesales plenos, de trámite más amplio, sino que tan sólo se analiza cuál de las partes tiene un título que la habilite a poseer. Por lo tanto, este aspecto de la denuncia casatoria tampoco tiene asidero.
- 22.- En lo tocante al segundo argumento –que para efectos didácticos corre bajo el literal b) del capítulo III precedente–, señalan que no se habría respetado el derecho de las partes, al no haberse cumplido con los

plazos señalados para la absolución de la excepción deducida, con lo cual se habría violado el debido proceso contemplado por el inciso 3 del artículo 139º de la Constitución Política del Estado, así como tampoco se les habría notificado con el escrito de dicha absolución, razón por la cual también se les habría privado de su derecho al debido proceso.

- 23.- Sobre ello se debe señalar que no basta con que se denuncie que se ha violado el debido proceso, sino que es menester se precise cuál de los derechos que componen este derecho complejo (continente) se han vulnerado, esto es: qué actos procesales se ha [sic] visto impedida de realizar la parte que alega esa vulneración y de qué manera se le ha causado algún perjuicio, puesto que para alegar nulidades no basta con que se haya infringido alguna formalidad prevista por ley, sino que además se debe haber causado agravio con ello, de lo contrario, al no existir agravio no hay nulidad que declarar (por eso en la doctrina francesa se dice muy gráficamente *pas de nullité sans grief*). Por ello, se sostiene que la finalidad de las nulidades procesales es la de asegurar la garantía constitucional de la defensa en juicio<sup>337</sup>.
- 24.- Ahora bien, la recurrente sostiene que el *Ad quem* no ha advertido que el Juez de primera instancia dio por absuelto el traslado de la excepción deducida, cuando la misma era extemporánea. Al respecto, es necesario remitirnos a los autos para verificar, en primer lugar, si es que aconteció tal hecho y, en segundo lugar, si es que con ello se ha violado algún derecho de la reclamante.
- 25.- Como se puede advertir de los actuados, a fojas trescientos dos obra la resolución número cuatro, del 5 de junio de 2010 –siendo lo correcto que debió consignar el mes de julio de dicho año, puesto que el escrito de subsanación de omisiones de la contestación de la demanda está fechado con el dos de julio, como consta a fojas doscientos noventa y seis del principal–, la cual, además de tener por contestada la demanda, corre traslado de la excepción de Falta de Legitimación para Obrar de los demandantes, que fuera deducida juntamente con la contestación, la que es notificada al demandante apoderado Luis Correa Linares en su casilla procesal el viernes 9 de julio (fojas trescientos doce) y es absuelta mediante escrito del miércoles 14 de julio de 2012 (fojas cuatrocientos sesenta y seis), esto es, dentro de los tres días de plazo que le dio el juzgado para absolver dicho traslado, con lo cual se verifica que la denuncia de la recurrente no tiene sustento alguno.

337 Cf. Maurino, Alberto, *Nulidades procesales*, 2ª reimpresión de la 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 37.

- 26.-** Es cierto que en la resolución número cinco, del 15 de julio de 2010, el Juez señala que la fecha se [sic] absolución del traslado fue el 15 de julio de 2012, pero ello no se ajusta a los actuados, como se ha señalado en el numeral precedente, obedeciendo tal hecho a un error intrascendente del *A quo*, lo que de por sí no es causal de nulidad, puesto que este hecho tampoco fue alegado por la demandada ni ante el mismo Juez de primera instancia, cuando se realizó la audiencia única, ni tampoco en sus alegatos previos a la sentencia. Ergo, es manifiesta la ausencia de sustento real de la denuncia casatoria de la recurrente, tanto más si es que cuando se declaró infundada la excepción que dedujera, ella ni su conviviente apelaron de dicha decisión, así como tampoco alegaron la existencia de alguna invalidez procesal. Por el contrario manifestaron su plena conformidad con la decisión del juzgador, de desestimar la excepción que dedujeron, tal como se observa del acta de fojas cuatrocientos noventa y siete del principal.
- 27.-** Respecto a que no se le habría corrido traslado del escrito de absolución de la excepción deducida, también se debe señalar que estando a la estructura sumaria del presente proceso, y a diferencia de los otros procedimientos más latos, en el caso bajo análisis se busca resolver una litis dentro de los plazos más cortos y con la realización de actos procesales que resulten indispensables para garantizar el derecho de defensa, en aplicación de los principios de economía y sus sub principios celeridad y concentración procesal, por lo que disponer el traslado sin límite de todas las absoluciones o escritos atentaría contra los principios aludidos y la tutela jurisdiccional oportuna.
- 28.-** Estando a ello, conforme a las reglas del artículo 554º del Código Procesal Civil, una vez contestada la demanda, se procede a fijar fecha para la audiencia única, en la cual se resuelven las excepciones y cuestiones probatorias deducidas, no señalándose que se deba de notificar a la parte excepcionante con la absolución del traslado de las excepciones que hubiere formulado la parte excepcionada, ello se debe a la simple razón que, estando a la sumariedad del procedimiento, es la audiencia única el momento preciso donde se llevan a cabo todas las actuaciones procesales pertinentes, se ejercen todas las defensas pertinentes y se emite sentencia inmediatamente o, en todo caso, dentro de un plazo fijado por ley.
- 29.-** Sobre este punto, a mayor abundancia, resulta necesario exponer que tampoco la excepcionante alegó, en el acto de la audiencia única, que se había incurrido en lo que considera causal de invalidez procesal (no habersele corrido traslado del citado escrito presentado por la parte

demandante absolviendo el traslado de la excepción), por lo que, al no haber demostrado que se le causó perjuicio alguno con ello, no se hace atendible la supuesta invalidez argüida. Es más, con su silencio convalidó cualquier eventual agravio que pudo habersele irrogado, pues recién alegó esta supuesta infracción en su recurso de apelación y menos aún resulta oportuno alegar dicho vicio en casación, cuando estuvo en oportunidad de alegarlo en la misma audiencia única aludida. En consecuencia, este extremo de su recurso también deviene en inamparable.

En suma, la causal de contravención al debido proceso no resulta amparable, con sustento en las razones precedentemente expuestas, por lo que debe ser desestimada.

## B. DE LA POSESIÓN Y OTRAS INSTITUCIONES AFINES

Como quiera que en el presente caso constituye materia de controversia únicamente el interés invocado por las partes a disfrutar de la posesión inmediata, conforme al derecho y a los hechos invocados por la demandante y contradicho por la parte demandada, consideramos necesario abordar someramente algunas cuestiones relacionadas con la figura jurídica de la posesión y otras instituciones afines, para luego adentrarnos al tema de la posesión precaria.

### b.1. La posesión

**30.-** Como referente legislativo básico en nuestro ordenamiento civil tenemos que el artículo 896<sup>o</sup> define lo que es la posesión, conforme al texto siguiente:

**“Artículo 896<sup>o</sup>:** La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad”.

Al respecto, como bien comenta Jorge Eugenio Castañeda, la posesión es el poder o señorío de hecho que el hombre ejerce de una manera efectiva e independiente sobre las cosas, con el fin de utilizarlas económicamente; poder que jurídicamente se protege con la prescindencia de la cuestión de saber si corresponde o no a la existencia de un derecho. Más adelante acota que se trata de un poder de hecho, del ejercicio pleno o no de las facultades inherentes a la propiedad, es decir el *usare*, el *fruere* y el *consumere*<sup>338</sup>.

338 El autor sigue la definición del tratadista argentino Daniel Ovejero. Cf. Castañeda, Jorge Eugenio, *Los derechos reales*, 4<sup>a</sup> ed., T. I, Lima, P. L. Villanueva, 1973, pp. 93-94 y 95.

- 31.- En el siglo decimonónico Francisco García Calderón señalaba que la posesión era la tenencia o goce de una cosa o de un derecho, con el ánimo de conservarlo para sí. No debiendo confundirse la posesión con la propiedad, puesto que ésta consiste en el derecho de disponer de las cosas a su arbitrio y la posesión en la mera tenencia, que muchas veces no está acompañada del dominio<sup>339</sup>.
- 32.- Es ya sabido que sobre la posesión existen las dos teorías clásicas, cuyos exponentes fueron Savigny y Ihering, para el primero la posesión es el poder que tiene una persona de disponer físicamente de una cosa, acompañado de la intención de tenerla para sí (*animus domini, animus rem sibi habendi*). Sin el elemento volitivo, la posesión es simple detentación, la intención es simplemente un fenómeno psíquico, sin repercusión en la vida jurídica. Esta posesión es lo que se ha pasado a denominar la teoría subjetivista de la posesión.

Por su lado, Ihering consideraba la posesión como una relación de hecho, establecida entre la persona y la cosa para su utilización económica. No negaba la influencia de la voluntad en la constitución de la posesión, pero encontraba que su acción no era más preponderante que en cualquier relación jurídica<sup>340</sup>.

- 33.- En palabras de Álvarez-Caperochipi, las discrepancias entre estas dos posiciones se afincan fundamentalmente en el análisis del *animus*; mientras que Savigny, en consonancia con su visión de la posesión como imagen de la propiedad, considera que el *animus* consiste en un *animus domini*, esto es en una voluntad de señorío pleno sobre la cosa, Ihering, desde su perspectiva de la realidad de la posesión, consideraba que bastaba un puro *animus possidendi*; lo cual implica afirmar no sólo el valor jurídico de la apariencia, sino también la supremacía (o mejor la realidad) de la apariencia<sup>341</sup>.

En atención a ello, el citado autor opina que lo decisivo en la posesión es ser una apariencia socialmente significativa, que exterioriza (manifiesta) formalmente la propiedad, y a la que se le liga la adquisición, ejercicio y prueba de la propiedad (*traditio*, usucapión, tesoro, frutos, etc.). Es el

339 Cf. García Calderón, Francisco, *Diccionario de la legislación peruana*, T. II, edición facsimilar de la segunda edición de 1879, Lima, Grijley, 2003, p. 1559.

340 Cf. Castañeda, J. E., ob.cit., p. 96, también Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial, volumen tercero. Las relaciones jurídico-Reales, el registro de la propiedad, la posesión*, 4ª ed., Madrid, Civitas, 1995, pp. 548-549.

341 Cf. Álvarez Caperochipi, José A., *Curso de derechos reales. Propiedad y posesión*, T. I, Madrid, Civitas, 1986, p. 84.

reconocimiento social de la voluntad inmediata (ejecutiva) decisoria sobre una cosa, es una atribución primaria fundada en la propia complejidad de la fijación de la titularidad plena. No hay que partir de la posesión con una visión individualista (como voluntad preferente), sino desde una visión global que considera el derecho como generador o tutelador de apariencias significativas<sup>342</sup>.

- 34.-** Por todo ello, la posesión cumple una función de legitimación, en virtud de la cual determinados comportamientos sobre las cosas permiten que una persona sea considerada como titular de un derecho sobre ella y pueda ejercitar, en el tráfico jurídico, las facultades derivadas de aquél, así como que los terceros pueden confiar en dicha apariencia.

## **b.2. Clases de posesión**

- 35.-** Nuestro ordenamiento civil contiene una clasificación de los tipos de posesión y sus efectos, tal como se puede verificar de lo regulado por los artículos 905<sup>o</sup> a 911<sup>o</sup> del Código Civil, siendo que la posesión puede ser mediata o inmediata; legítima o ilegítima, esta última se sub clasifica de buena o mala fe, y finalmente la posesión precaria, la misma que ha suscitado ardorosos debates, tanto en los ámbitos doctrinarios como jurisprudencial, a nivel nacional en cuanto a su conceptualización y alcances, sobre lo que más adelante nos ocuparemos.

- 36.-** La materialización de la posesión se refleja también en la forma de organizar y entender la concurrencia de posesiones, por ello el Derecho alemán concibe la posesión mediata y la inmediata que se disponen superpuestas en concurrencia vertical sobre la cosa, encontrándose en la base la posesión inmediata, que aporta el elemento corporal sobre el que se edifica la pirámide posesoria. En otros términos, el poseedor superior es poseedor por intermediación del sujeto que tiene la cosa, si se prefiere, éste comunica a aquél el *corpus* necesario para elevarlo a la categoría de poseedor<sup>343</sup>.

### **b.2.1. Posesión mediata e inmediata**

- 37.-** El artículo 905<sup>o</sup> del Código Civil regula lo concerniente a la posesión mediata e inmediata, señalando que es poseedor inmediato el poseedor

342 Ibid., p. 86.

343 Cf. Jiménez Horwitz, Margarita, "La concurrencia de posesiones en conceptos diferentes sobre una misma cosa: especial referencia al artículo 463<sup>o</sup> del Código Civil". En: *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, T. LII, 1999, p. 613.

temporal en virtud de un título, mientras que le corresponderá la posesión mediata a quien confirió el título.

- 38.-** Conforme expresa Hernández Gil, la posesión inmediata es la que se ostenta o tiene a través de otra posesión correspondiente a persona distinta con la que el poseedor mediato mantiene una relación de donde surge la dualidad (o pluralidad) posesoria, por lo que el poseedor mediato “ostenta” o “tiene” y no “ejerce”, porque en la posesión mediata predomina la nota de la atribución o el reconocimiento antes que la del “ejercicio” propiamente dicho. El poseedor mediato no posee por sí solo, requiere el concurso (no para compartir, sino para superponerse) de un mediador posesorio, que es el poseedor inmediato. Hay una yuxtaposición vertical y hasta, en cierto sentido, jerárquica de posesiones. Aunque el poseedor inmediato tiene unos poderes directos sobre la cosa (de ahí que sea inmediato), su posición jurídica dentro de la mediación posesoria, viene determinada por otro u otros poseedores (mediatos)<sup>344</sup>.
- 39.-** Lo que específicamente se configura como posesión inmediata no puede darse por sí sola, fuera de la mediación; cuando falta ésta, la inmediatividad no es un grado de la posesión, sino simplemente la única forma de poseer. Si para que haya un poseedor inmediato se requiere de un mediato, también el poseedor mediato requiere del inmediato, no siendo concebible una posesión como mediata sin otra inmediata<sup>345</sup>.

### **b.2.2. Posesión legítima e ilegítima**

- 40.-** De lo regulado por los artículos 906º a 910º del Código Civil, emerge que la posesión es legítima cuando existe correspondencia entre el poder ejercido y el derecho alegado, será ilegítima cuando deja de existir esa correspondencia.
- 41.-** Se ha llegado a sostener que la posesión es legítima cuando el ejercicio de dicho derecho sea de acuerdo a las disposiciones del ordenamiento civil, en tanto que será ilegítima cuando se tenga sin título o por un título nulo o que ha sido adquirido por un modo insuficiente para adquirir los derechos reales, o cuando se adquiere del que no tenía derecho a poseer la cosa o no lo tenía para transmitirla.

344 Cf. Hernández Gil, ob.cit., p. 111.

345 Ibídem, p. 111, Vid. también Díez-Picazo, *Sistema...*, p. 107.

Es posesión legítima en cuanto no se declare la nulidad del título que la produce si se ha adquirido el bien de quien no es su dueño.

### **b.2.3. Servidor de la posesión**

- 42.-** Otro aspecto de relevancia que se debe abordar es el referido al servidor de la posesión que viene regulado por el artículo 897<sup>9</sup> del Código Civil, el mismo que no se concibe como poseedor porque ejerce el poder posesorio de otra persona en relación de dependencia o subordinación, dado que actúa por orden, no por poder; no es representante, sino instrumento de la posesión, toda vez que no está en un plano de igualdad con el poseedor sino que está subordinado a éste, por lo que, al no ser poseedor, está privado de las acciones e interdictos posesorios<sup>346</sup>.
- 43.-** En suma, el servidor de la posesión no participa en la posesión ni ésta se desplaza hacia él. El poder efectivo que ejerce sobre la cosa ni es posesorio en cuanto ejercido por él ni incorpora una representación del que ostenta la posesión, toda vez que ésta queda por entero en el otro, en el único poseedor, en el que imparte las instrucciones<sup>347</sup>.

## **C. DEL OCUPANTE PRECARIO**

### **c.1) Consideraciones previas**

- 44.-** Mucho se ha escrito sobre lo que debemos de entender por la figura del ocupante precario y a pesar de ello nos encontramos ante una realidad con posturas divergentes tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, sea a nivel nacional como en el Derecho comparado. No ubicándose una definición, desde la perspectiva sustantiva, que permita cubrir todas las circunstancias fácticas que se presentan en nuestra realidad y que son planteadas a la Jurisdicción, por los usuarios del servicio, para su justa solución.

Una de esas posturas se ha decantado, por considerar que el concepto de precario solamente puede corresponder a la idea romana que al respecto se tuvo, en el sentido que el origen del precario consistía en el acto por el cual una persona cedía a otra, a petición o ruego de esta, el

346 Cf. Ramírez Cruz, Eugenio María, *Tratado de derechos reales*, T. I, 3<sup>a</sup> ed., Lima, Rodhas, 2007, p. 404, también Díez-Picazo, ob.cit., p. 671.

347 Cf. Hernández Gil, ob.cit., pp. 123-124.



uso y disfrute de cierto bien sin remuneración ni estipendio alguno, pero con la facultad de darle por terminado en cualquier momento<sup>348</sup>.

- 45.- Sólo a manera de referente en la legislación comparada, y siguiendo lo dicho por Guadalupe Cano, en España el artículo 1750<sup>º</sup> del Código Civil de dicho país ha suscitado dos posiciones distintas a nivel doctrinario y jurisprudencial respecto al precario. Una primera tendencia conceptúa al precario como un contrato, pues sostienen que existen reminiscencias del antiguo concepto romano del precario, por la cual el comodante cede a ruego del comodatario y convienen en entregar la cosa por espíritu de liberalidad, gratuitamente, con la obligación de devolverla cuando la reclame el comodante. Por el contrario, el otro sector estima que dicho artículo no contempla la figura de un precario de origen contractual, sino de una simple situación posesoria que autoriza a disfrutar o usar un inmueble ajeno gratuitamente, bien por mera liberalidad o simple tolerancia<sup>349</sup> del titular de la posesión real.
- 46.- Sobre ello, Daniel Ferrer Martín nos dice que existe un doble concepto de precario, uno restringido, coincidente con el fijado en el Derecho romano, que considera precario el disfrute gratuito de una cosa ajena, por tolerancia de su dueño, y otro amplio, que además del anterior, admite en el precario todos los supuestos de ocupación, tenencia o disfrute de un inmueble sin título, ya porque no se ha tenido nunca, bien por extinción del que se tenía, o con título ineficaz frente al del propietario, cuyos casos, a excepción del último, en definitiva, quedan

348 Cf. Cano Moriano, Guadalupe, *Estudio sobre la figura del precario*, Madrid, Edersa, 1999, p. 243. También Ferrer Martín, Daniel, "El precario y el juicio de desahucio por juicio de precario", en: *Revista de Derecho Privado*, Madrid, T. XXXVI, enero-diciembre, 1952, p. 303.

349 Latour señala que liberalidad y tolerancia no son términos o expresiones idénticas. Liberalidad, gramaticalmente, equivale a virtud moral del que da generosamente lo que tiene sin esperar recompensa, al paso que tolerancia vale tanto como acción y efecto de tolerar, de sufrir, llevar con paciencia, y, en última instancia, disimular o permitir algunas cosas sin consentirlas expresamente. Lo primero equivale a un obrar, un hacer, algo positivo, en suma. Lo segundo, a mera abstención, un no obrar o no hacer, simple pasividad en suma. Por tal razón, sigue precisando el autor citado, que el precario sea, por esencia, revocable a voluntad del *precario dans* –en doctrina se denomina como "*precario dans*" al sujeto que concede el uso o posesión de la cosa, bien mediante un acto de liberalidad o concesión graciosa, bien porque tolera los actos de ocupación del precarista o la posesión de quien, por cualquier motivo ha visto desaparecer el título que lo legitimaba, permitiendo de este modo el uso y disfrute gratuito de un inmueble ajeno que puede ser libremente revocado–, no autoriza a catalogar esta institución dentro de la órbita contractual. La revocación en el "*precario dans*" equivale a la negación de su propia liberalidad o tolerancia. Cf. Latour Brotons, Juan, "El precario", en: *Revista de Derecho Privado*, Madrid, T. XLIII, Madrid, 1959, pp. 1074 y 1075. Vid. también: Cano Moriano, ob.cit., p. 110.

resumidos en el primero, puesto que la ocupación sin título y sin pago de renta equivale al disfrute por tolerancia del dueño<sup>350</sup>.

- 47.-** La misma jurisprudencia española ha ido basculando, desde una concepción restrictiva del precario, a una más amplia, sin encontrar aún una posición definitiva, que permita dar una solución a dichos conflictos. Justamente sobre ello, Moreno Mocholi nos dice que el concepto romano de precario ha sido paulatinamente ampliado por la jurisprudencia hasta comprender no sólo la detentación por tolerancia, sino todos aquellos casos en los que el demandado no se apoya en ningún título y su posesión presenta caracteres de abusiva<sup>351</sup>.
- 48.-** Siendo así, hoy en día la jurisprudencia española viene siendo uniforme al considerar como posesión precaria a aquella ocupación de un inmueble ajeno sin pago de renta ni merced y sin título para ello, o cuando el que se invoca es ineficaz frente al poseedor real a título de dueño, usufructuario o cualquier otro que le dé derecho a disfrutarlo o sea poseedor jurídico<sup>352</sup>.
- 49.-** De acuerdo a lo señalado, se puede decir que en lo que respecta a la doctrina y jurisprudencia española, se asume que la figura del precario supone una situación posesoria, razón por la cual esta calificación jurídica del precario es consecuencia del concepto que se tiene de la institución en estos últimos tiempos, cuya esencia radica, como antes, en la gratuidad, pero no nace ya con carácter exclusivo de la concesión del poseedor real, sino también de la ocupación sin título de un inmueble<sup>353</sup>. No es ya el contrato que confiere una tenencia, sino una detentación que si bien es cierto algunas veces tiene su origen en un contrato, pero otras no; lo que ha determinado que se desplace el eje característico de la

350 Cf. Ferrer Martín, Daniel, "El precario y el juicio de desahucio por causa de precario", en: *Revista de Derecho Privado*, Madrid, T. XXXVI, 1952, p. 305.

351 Para esto nos remitimos al prolijo estudio realizado sobre el precario por: Moreno Mocholi, Manuel, *El precario. Estudio histórico-crítico, aplicado al derecho español con ensayo de estructuración y sistematización de fuentes*, 2ª ed., Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S. A., 1976, pp. 355-356. En esa misma línea de análisis se encuentra Guadalupe Cano en su ob.cit., pp. 85 y ss.

352 Cf. Cano Moriano, ob.cit., p. 90.

353 Manuel de la Plaza indicaba que el precario supone una situación posesoria, que, a pesar de su inestabilidad, ha de ser mantenida, mientras no se obtenga el vencimiento del poseedor en el proceso de destitución; la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya sesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo; y a la falta de título que justifique el goce de la posesión, bien porque nos dé una situación de preferencia respecto a un poseedor de peor derecho. Cf. De la Plaza, Manuel, *Derecho procesal civil español*, Vol. II, 2ª edición corregida, aumentada y puesta al día, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1945, pp. 354-355.

institución de la causa al efecto, cifrando en éste –tenencia, detentación, posesión en suma– la esencia de la misma y prescindiendo de la causa originadora que unas veces será el contrato y otra el vicio en la posesión<sup>354</sup>.

## **c.2) Del ocupante precario en sede nacional**

**50.-** Teniendo en cuenta la situación descrita, la Corte Suprema de Justicia de la República, máximo órgano para la resolución definitiva de conflictos, no puede resultar ajena frente a la necesidad de darle un contenido preciso al caso del ocupante precario en sede nacional. Con mayor razón si nos encontramos, ante una legislación no muy precisa, a cuya interpretación no contribuye con mucha precisión la doctrina anteriormente expuesta, al otorgarle un concepto variado, impreciso y, en no muy pocas oportunidades, contradictorio, deviniendo en insuficiente para cubrir todos los supuestos planteados por las partes, generando una jurisprudencia igualmente imprecisa. Esta situación genera inseguridad jurídica en nuestra sociedad, debilidad que es aprovechada por quienes, sin justificación jurídica, vienen disfrutando de la posesión de un gran número de predios, provocando un preocupante problema social (con implicancias económicas), que devienen en conflictos, cuya necesaria solución definitiva, por la jurisdicción civil, generan un alto costo tanto a nuestra sociedad como al Estado, los cuales deben destinar un alto porcentaje de su presupuesto para entender la solución de dichos conflictos, lo que, por experiencia jurisdiccional, se puede afirmar que integra un preocupante y elevado porcentaje, entre los conflictos que se tramitan en el Poder Judicial; recargando aún más la actividad de los jueces, efecto que se incrementa, debido a que las indecisiones anteriormente expuestas, generan inseguridad, trasladando falta de predictibilidad en las decisiones judiciales, debilidades de las cuales buscan aprovecharse, como ya se ha dicho, personas inescrupulosas, pretendiendo ostentar la posesión de un inmueble, por un tiempo prolongado, sin sustento jurídico alguno. Ello se agrava más, cuando observamos que hay una alta incidencia de procesos cuyas pretensiones se declaran improcedentes, bajo la concepción de que en el desalojo por ocupación precaria, basta que se presente cualquier aspecto vinculado a la propiedad o cualquier circunstancia que se alegue no puede ser controvertida y decidida en el proceso sumario de desalojo, para que la jurisdicción la acoja como razón para rechazar la demanda, considerando que previamente tal situación debe ser discutida previamente en un proceso

354 Cf. Ferrer Martín, ob.cit., p. 306.

de trámite más lato, lo cual, desde luego viene afectando el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva, porque con una sentencia que declara improcedente la demanda, mal puede considerarse que está propendiéndose a la protección del derecho sustantivo afectado y menos que se está dando solución al conflicto. Dentro de esta concepción, para ejercer el derecho a poseer resulta necesario se discuta previamente, en otro proceso más lato, la defensa expuesta por el demandado, con la cual pretende justificar su posesión.

- 51.-** Siendo este el diagnóstico, y aprovechando la oportunidad que se presenta para resolverse la controversia sometida a análisis, este Colegiado ha considerado que es impostergable la necesidad de solucionar estos conflictos en forma predecible, precisa y oportuna. Por tal motivo, resulta pertinente efectuar una interpretación del artículo 911º de nuestro Código Civil, otorgándole un contenido que permita establecer por este alto Tribunal, de una manera clara y uniforme, la conceptualización de la figura jurídica del precario, que priorice la efectividad del derecho a la tutela jurisdiccional. Entendiéndose, dentro de una concepción general y básica, que cuando dicho artículo en análisis hace alusión a la carencia de título o al fenecimiento del mismo, no se está refiriendo al documento que haga alusión exclusiva al título de propiedad, sino a cualquier acto jurídico o circunstancia que hayan expuesto, tanto la parte demandante, como la demandada, en el contenido de los fundamentos fácticos tanto de la pretensión, como de su contradicción y que le autorice a ejercer el pleno disfrute del derecho a la posesión<sup>355</sup>; hechos o actos cuya probanza pueden realizarla, a través de cualquiera de los medios probatorios que nuestro ordenamiento procesal admite; entendiéndose que el derecho en disputa no será la propiedad sino el derecho a poseer.
- 52.-** Como se ha mencionado, a nivel de la doctrina comparada se cuenta, principalmente, con dos posiciones sobre lo que debemos de entender por precario, por tal razón, se hace imperativo que en sede nacional, cualquier toma de postura se haga a partir del texto normativo contenido en el artículo 911º del Código Civil, el cual señala que: “La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido”.
- 53.-** Al respecto resulta interesante lo definido por el Diccionario de la Real Academia, cuando señala, en cuanto al término de Derecho, que se

355 Posición que coincide con la expuesta por el *amicus curiae*, Dr. Martín Mejorada Chauca, tanto en la vista de la causa, como en sus artículos publicados.

concibe como precario lo que se tiene sin título, por tolerancia o por *inadvertencia* del dueño.

De lo señalado, surgen dos características básicas, la primera, referida a la necesidad de una tenencia, de una posesión de hecho o material de la cosa ajena y, la segunda, a la ausencia de título jurídico de esa posesión. Pero la ausencia de título puede encontrar su justificación en la tolerancia o en la inadvertencia del dueño.

- 54.-** Siendo así, de la lectura del artículo en análisis queda claro que la figura del precario se va a presentar cuando se esté poseyendo sin título alguno, esto es, sin la presencia y acreditación de ningún acto o hecho que justifique el derecho al disfrute del derecho a poseer –dentro de lo cual, desde luego, se engloba al servidor de la posesión, a quien el poseedor real le encarga el cuidado de un bien, esto es por un acto de mera liberalidad y con carácter gratuito, y que si no atiende el requerimiento del titular para la devolución del bien devendrá en precario–, es decir, en este primer caso, no necesariamente se requiere de la presencia de un acto jurídico que legitime la posesión del demandado, lo que no excluye también el caso aquel en que el uso del bien haya sido cedido a título gratuito, sin existir de por medio el pago de una renta.
- 55.-** El segundo supuesto que contempla la norma es que el título de posesión que ostentaba el demandado haya fenecido, sin precisar los motivos de tal fenecimiento, por lo que resulta lógico concebir que dicha extinción se puede deber a diversas causas, tanto intrínsecas o extrínsecas al mismo acto o hecho, ajenas o no a la voluntad de las partes involucradas; entendiéndose que el acto o el hecho existente, en el que el demandado venía sustentado su posesión, al momento de la interposición de la demanda, ha variado, debido a un acto que puede o no depender de la voluntad de las partes, variación que deja de justificar la posesión del demandado y, por ende, corresponde otorgársela al demandante, por haber acreditado su derecho a tal disfrute.
- 56.-** En efecto, la no existencia de un título o el fenecimiento del que se tenía –con el cual justificaba su posesión el demandado– se puede establecer como consecuencia de la valoración de las pruebas presentadas, de dicha valoración es que surge en el juez la convicción de la no existencia de título o que el acto jurídico que lo originó contiene algún vicio que lo invalida, como es una nulidad manifiesta prevista por alguna de las causales del artículo 219º del Código Civil, o en todo caso, cuando siendo válido el negocio jurídico, éste ha dejado de surtir efectos por alguna

causal de resolución o rescisión, pero sin que el juez del desalojo se encuentre autorizado para declarar la invalidez, nulidad, ineficacia, etc. de dicho acto jurídico, por cuanto ello corresponde al juez donde se discuta tal situación.

- 57.-** Igualmente resulta necesario interpretar de una manera concordada el sentido del artículo 585º del Código Procesal Civil, puesto que su primer párrafo, al ser aplicable a todo tipo de causales de desalojo, hace alusión a la “*restitución*” del bien, lo que debemos entender como entrega de la posesión que protege el artículo 911º del Código Civil, para garantizar al sujeto, a quien corresponde dicho derecho, a ejercer el pleno disfrute del mismo, independientemente de, si el derecho de propiedad se encuentra previamente declarado o no, puesto que en este proceso no se puede discutir –por su sumariedad– sobre dicho extremo, sino tan solo si es que se tiene derecho a la restitución del bien.
- 58.-** Como quiera que el legislador ha precisado que esta pretensión restitutoria de la posesión debe ser tramitada bajo las reglas del procedimiento sumarísimo, debe interpretarse que tal indicación implica que este específico conflicto de intereses no contiene una naturaleza compleja, dado que para la protección del derecho en análisis la controversia debe circunscribirse sustancialmente a la alegación y probanza del derecho al disfrute de la posesión inmediata, independientemente de la determinación de la propiedad o de la validez o vigencia (en sí) del título con el cual se defiende el disfrute de dicho derecho, lo cual será materia de análisis y decisión en los otros procesos pertinentes, los cuales, a pesar de alegarse mantener conexión con el derecho al disfrute del derecho a poseer, para su satisfacción se exige la acreditación de supuestos diferentes<sup>356</sup>, en algunos casos más complejos de tutelarse y de allí la exigencia del cumplimiento de vías procedimentales más amplias.
- 59.-** Dentro de esta línea de interpretación corresponde establecer, concordantemente, en cuanto al artículo 586º del Código Procesal Civil, que el sujeto que goza de legitimación para obrar activa no sólo puede ser el propietario, sino también, el administrador y todo aquel que considere tener derecho a la restitución de un predio, con lo cual se colige que el desalojo por ocupación precaria no exige de modo alguno

356 Ferrer apunta que no puede ser motivo del juicio de desahucio el resolverse incidentalmente cuestiones que tiendan a destruir el dominio y la posesión en que por el momento aparece el demandante, como ocurrirla al pedir la nulidad de las escrituras de la adquisición, ni tampoco pueden decidirse cuestiones de dominio o mejor derecho de poseer, ya que sólo debe atenderse al estado posesorio, sin prejuzgar cuestiones de propiedad.  
Cf. Ferrer Martín, ob.cit., p. 311.

que deba ser incoado únicamente por quien ostenta la propiedad del bien, dado que además de éste, se encuentran legitimados los otros sujetos mencionados, quienes resultan tener calidad para solicitar la entrega en posesión del inmueble, con lo cual cobra fuerza lo dicho respecto al artículo 585º, en cuanto a que el término “restitución” se debe entender en un sentido amplio y no restringido. Quedando entendido que la probanza pe la legitimidad para obrar activa estará referida al supuesto que alegue parte actora (propietario, administrador o que idóneamente considere tener derecho a la restitución del bien).

**60.-** En esa misma línea de ideas, en lo que atañe a la legitimación para obrar pasiva; para mantener la sistematicidad, resulta concordante interpretar conjuntamente el citado artículo 586º con el artículo 911º del Código Civil, por lo que se debe comprender dentro de esa situación a todo aquel que ocupa el bien sin acreditar su derecho a permanecer en el disfrute de la posesión inmediata o que, en todo caso, en la realidad se han producido la desaparición de los actos o hechos, jurídicamente regulados y protegidos, generando como efecto la pérdida del derecho a poseer.

**61.-** Estando a lo señalado, esta Corte Suprema acoge un concepto amplio del precario –a efectos de englobar todas las variables, que en la casuística se viene planteando a la Jurisdicción, de tal manera que se atiendan estas variables y se reduzcan ostensiblemente los casos de improcedencia–, no limitándose únicamente al caso que el propietario cede la posesión de un inmueble para que otro la use y se la devuelva cuando lo reclame, sino también cuando existe una situación de tolerancia de la posesión de hecho sin título (hecho o acto alguno) que la ampare, o cuando sobreviene un cambio de la causa, por cesar la vigencia de un acto jurídico o variar los efectos de los actos o hechos antes existentes, situación que justificaban, al demandado al ejercicio del disfrute del derecho a poseer. En consecuencia, se presentará esta figura en cualquier situación en la que falte un título (acto o hecho), o este haya fenecido, en la cual deberá fundarse o justificarse la condición de precario con el bien, situación que se imputa al demandado y que habilita al reclamante –sea a título de propietario, poseedor mediato, administrador, comodante, etc.– pedir y obtener el disfrute del derecho a poseer. Por ello, una persona tendrá la condición de precaria cuando ocupe un inmueble ajeno, sin pago de renta y sin título para ello, o cuando dicho título, según las pruebas presentadas en el desalojo, no genere ningún efecto de protección para quien ostente la posesión inmediata, frente al reclamante.

**62.-** Ahora bien, estando a lo conceptualizado, y sin que se pretenda hacer una relación con carácter de *numerus clausus*, consideramos necesario,

que, aplicando los criterios anteriormente expuestos y tomando base los casos recurrentes ante la Jurisdicción Civil y que se han venido conociendo y decidiendo en forma contradictoria, en algunos casos por esta Corte Suprema y sobre todo por los demás órganos jurisdiccionales de grados inferiores, establecer criterios para poder discernir aquellos casos que configurarían o no supuestos de ocupantes precarios:

### c.3) Supuestos de posesión precaria

**63.-** Teniendo en cuenta lo dicho, siempre a título de *numerus clausus*, a continuación se plantea un conjunto de casos, que se han evidenciado como los más recurrentes en los procesos de desalojo que se tramitan en los diferentes órganos jurisdiccionales, y que configurarían supuestos de ocupación precaria:

- i) En los casos de resolución extrajudicial de un contrato, conforme a lo dispuesto por los artículos 1429º y 1430º del Código Civil. En estos, se da el supuesto de posesión precaria por haber fenecido el título que habilitaba al demandado para seguir poseyendo el inmueble. Para esto, bastará que el Juez, que conoce del proceso de desalojo, verifique el cumplimiento de la formalidad de resolución prevista por la ley o el contrato, sin decidir la validez de las condiciones por las que se dio esa resolución. Siendo así, no es necesario exigir la previa resolución judicial del contrato, puesto que la terminación del mismo se acordó en los términos contractuales suscritos por las partes o se realizó bajo las reglas del artículo 1429º ya citado. Si el Juez advierte, como consecuencia de la valoración correspondiente, que los hechos revisten mayor complejidad y que no resultan convincentes los fundamentos fácticos y de las pruebas del demandante o del demandado deberá dictar sentencia declarando la fundabilidad o infundabilidad de la pretensión. La declaración de improcedencia de la demanda la efectuará excepcionalmente y sustentándola únicamente en la falta o deficiencia de un presupuesto para la valides [*sic*] de la relación jurídica procesal, mas no por cuestión de fondo.
- ii) También constituirá un caso de título de posesión fenecido, cuando se presente el supuesto previsto por el artículo 1704º del Código Civil, puesto que con el requerimiento de la conclusión del contrato y devolución del inmueble se pone de manifiesto la voluntad del arrendador de poner fin al contrato. Dicha comunicación debe ser indubitable, de lo contrario, dará lugar a que la demanda de desalojo por precario se declare infundada. Por el contrario, no constituirá un caso de título fenecido el supuesto contemplado por



el artículo 1700º del Código Civil, puesto que el solo vencimiento del contrato de arrendamiento no resuelve el contrato sino que, por imperio de la ley, se asume la continuación del mismo hasta que el arrendador le requiera la devolución del bien. Sólo en el caso de existencia de requerimiento, recién se puede asumir que el poseedor ha pasado a constituirse en poseedor precario por fenecimiento de su título.

- iii) Si en el trámite de un proceso de desalojo, el Juez de la causa, del análisis de los hechos y de la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220º del Código Civil, sólo analizará dicha situación en la parte considerativa de la sentencia, al exponer las razones que justifican su decisión, y declarará fundada o infundada la demanda de desalojo por ocupación precaria, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes para sustentar su derecho, a ejercer la posesión inmediata, es el que adolece de nulidad manifiesta.
- iv) La enajenación de un bien arrendado, cuyo contrato no estuviera inscrito en los registros públicos, convierte en precario al arrendatario, respecto del nuevo dueño, salvo que el adquirente se hubiere comprometido a respetarlo, conforme a lo dispuesto por el artículo 1708º del Código Civil. En este caso, para que proceda la demanda de desalojo por precario, se deberá exigir que el demandante haya requerido, en forma previa a la demanda, mediante documento de fecha cierta, la devolución del inmueble o, en todo caso, que en el contrato de compraventa haya manifestado que no continuará el arrendamiento. En este último supuesto, tal decisión debe ponerse en conocimiento del demandado, a partir del momento en que se celebró el contrato de compra venta, acto después del cual el ocupante devendrá en precario.
- v) En los casos en los que el demandado afirme haber realizado edificaciones o modificaciones sobre el predio materia de desalojo –sea de buena o mala fe–, no justifica que se declare la improcedencia de la demanda, bajo el sustento de que previamente deben ser discutidos dichos derechos en otro proceso. Por el contrario, lo único que debe verificarse es si el demandante tiene derecho o no a disfrutar de la posesión que invoca, dejándose a salvo el derecho del demandado a reclamar, lo que considere pertinente, por causa de las edificaciones o modificaciones del predio, utilizando el procedimiento pertinente.

vi) La mera alegación del demandado, en el sentido de haber adquirido el bien por usucapión, no basta para destruir la pretensión de desalojo y declarar la improcedencia de la demanda, correspondiendo al Juez del desalojo valorar las pruebas en las cuales sustenta el demandado su derecho invocado, sin que ello implique que está facultado para decidir sobre la usucapión; por lo tanto, se limitará a establecer si, de la valoración de las pruebas, surge en él la convicción de, si corresponde o no, declarar el derecho de poseer a favor del demandante o del demandado. Es decir, el Juez no debe ingresar a verificar si es que la parte demandada adquirió o no el bien por usucapión, sino que debe limitarse a verificar si del análisis de los hechos y de la valoración de las pruebas presentadas por la parte emplazada surge en él la convicción de la existencia de lo que viene considerándose como un título suficiente, que enerve el derecho que esgrime el demandante. Este hecho (de declararse fundada la demanda de desalojo por precario), en nada afecta lo que se vaya a decidir en el otro proceso donde se verifique la pretensión de usucapión. De ampararse [sic], mediante resolución definitiva, la demanda de prescripción adquisitiva, el usucapiente tendrá expedito su derecho para solicitar la inejecución del mandato de desalojo o en todo caso para solicitar la devolución del inmueble.

- 64.- En todos los casos anteriormente descritos, el Juez del proceso no podrá expedir una sentencia inhibitoria, sino, por el contrario, deberá de pronunciarse sobre el fondo de la materia controvertida, en el sentido que corresponda, conforme a los hechos y la valoración de las pruebas aportadas.
- 65.- En lo que concierne a lo dispuesto por el artículo 601º del Código Procesal Civil, que permite abrir el debate de la posesión en un proceso plenario, cuando ya ha prescrito el plazo para interponer la pretensión interdictal, evidencia, sin duda que el accionante no podrá optar por recurrir al desalojo para lograr la recuperación de su bien, puesto que, al haber sido negligente en la defensa de su posesión durante el plazo de un año, mal puede pretender usar un procedimiento sumario para recuperar su bien, dado que el despojo presupone que ha sido el mismo accionante quien padeció ese acto de desposesión ilegítima.

#### D. DE LA NATURALEZA DE LA PRESENTE SENTENCIA

- 66.- Resulta necesario que este Pleno Casatorio precise cuales son los alcances de la cosa juzgada aplicable a las sentencias definitivas, que pongan fin a este tipo de procesos. Correspondiendo precisar, sin afectar

la sistematicidad de nuestro Código Procesal Civil, que toda sentencia que pone fin a todo proceso, entre ellos, el de desalojo por ocupación precaria, en cuanto se convierte en definitiva, adquiere todos los efectos de la cosa juzgada y por lo tanto la única posibilidad de ser revisada es mediante el proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, dentro de los presupuestos que exige el mismo.

- 67.-** Lo expuesto anteriormente no descarta ni contraviene la posición pacífica existente en la doctrina procesal, respecto a que toda sentencia surte los efectos de cosa juzgada únicamente, en cuanto al ámbito de la pretensión procesal, cuyo contenido hubiere sido materia de conocimiento, debate, prueba y decisión, en la jurisdicción<sup>357</sup>. Así, interpuesta nueva demanda, en la que la nueva pretensión consignada, se sustente en hechos con contenido y efectos diferentes a los planteados en el proceso anterior; no estaremos frente a identidad de pretensiones, supuesto que se exige para que se produzca la cosa juzgada. Así por ejemplo, si en el caso de la usucapión, de la resolución o nulidad del acto o título, situaciones en las cuales sustentó la parte ganadora (o perdedora) su derecho a poseer; hubieren variado, con posterioridad a la demanda y sentencia de desalojo, por la expedición de una sentencia, expedida por el órgano jurisdiccional, en el cual se decidió la usucapión, resolución, nulidad de acto jurídico, etc. no existe impedimento alguno, para que quien obtuvo una sentencia favorable, alegando estos hechos nuevos y diferentes a los alegados en la oportunidad anterior; insistan en la interposición de una demanda nueva en la que se discuta y decida el desalojo por ocupación precaria, si es que se exponen como fundamentos fácticos estos nuevos hechos y se ofrecen las correspondientes pruebas.
- 68.-** Estando a lo señalado, y a la alta incidencia de declaraciones de improcedencia de las demandas de desalojo por precario, resulta necesario que los jueces de toda la República, teniendo en cuenta los criterios establecidos en la presente sentencia, en estricto respeto del derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, eviten emitir sentencias inhibitorias, recomendándosele, resuelvan sobre el fondo, pronunciándose por la fundabilidad o no de la pretensión planteada.
- 69.-** La tutela jurisdiccional efectiva, consagrada tanto en el artículo 139º.3 de la constitución Política como el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, debemos entenderla como la observancia tanto al derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, como a merecer

357 En esto se sigue la idea propuesta por Sonia Calaza. Cf. Calza López, Sonia, "La cobertura actual de la cosa juzgada", en: *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, N° 20, 2009-11, p. 88.

un pronunciamiento sobre el fondo, según el sentido que a justicia corresponda, así como a la eficacia de lo decidido en la sentencia, dentro de una concepción garantista que comprende todo lo concerniente al derecho a accionar, a probar, a la defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, y a la obtención de una resolución fundada en derecho.

## **VI.- CONCLUSIONES**

Estando a las consideraciones expuestas, estimamos que el recurso de Casación es infundado al haberse dictado la sentencia de vista de acuerdo a Derecho, por lo que:

- 1.- No hay contravención al debido proceso conforme ha alegado la recurrente, consiguientemente la resolución impugnada no adolece de motivación aparente o defectuosa.
- 2.- Por otro lado, todo lo analizado representa una evidente utilidad desde el punto de vista de la uniformidad en la aplicación e interpretación de las normas jurídicas, por cuanto se ha venido observando una serie de interpretaciones sobre lo que debe entenderse respecto a la categoría del ocupante precario, por lo que no uniformizar dichos criterios implicaría dejar subsistentes interpretaciones contradictorias, susceptibles de reproducirse en casos posteriores, con evidente peligro para la igualdad, la seguridad y certidumbre jurídicas<sup>358</sup>.
- 3.- Este Pleno Casatorio considera necesario precisar que la correcta interpretación del artículo 911º del Código Civil, así como de los artículos 586º y 586º [sic] del Código Procesal Civil debe hacerse en el sentido que se ha dejado sentado en los numerales precedentes. Reiterándose que los mismos no son *numerus clausus*, sino que se han establecido en atención a los casos recurrentes que se presentan en la judicatura y que han suscitado mayores discrepancias en los diferentes niveles judiciales.

## **VII.- FALLO**

Por tales razones, el Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República, de conformidad con lo normado por el artículo 400º del Código Procesal Civil:

358 Cf. Guzmán Flujá, Vicente C., *El recurso de casación civil (control de hecho y de derecho)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 104 y 110.

a) Declara, por unanimidad, **INFUNDADO** el recurso de Casación interpuesto por doña Mirna Lizbeth Panduro Abarca; en consecuencia **NO CASARON** la resolución de vista, obrante de fojas seiscientos diez a seiscientos once, su fecha ocho de abril de dos mil once, expedida por la Sala Especializada en lo Civil y afines de la Corte Superior de Ucayali;

b) **Por mayoría ESTABLECE como doctrina jurisprudencial vinculante lo siguiente:**

1. Una persona tendrá la condición de precaria cuando ocupe un inmueble ajeno, sin pago de renta y sin título para ello, o cuando dicho título no genere ningún efecto de protección para quien lo ostente, frente al reclamante, por haberse extinguido el mismo.
2. Cuando se hace alusión a la carencia de título o al fenecimiento del mismo, no se está refiriendo al documento que haga alusión exclusiva al título de propiedad, sino a cualquier acto jurídico que le autorice a la parte demandada a ejercer la posesión del bien, puesto que el derecho en disputa no será la propiedad sino el derecho a poseer.
3. Interpretar el artículo 585º del Código Procesal Civil, en el sentido que por “*restitución*” del bien se debe entender como entrega de la posesión que protege el artículo 911º del Código Civil, para garantizar al sujeto a quien corresponde dicho derecho a ejercer el pleno disfrute del mismo, independientemente si es que es propietario o no.
4. Establecer, conforme al artículo 586º del Código Procesal Civil, que el sujeto que goza de legitimación para obrar activa no sólo puede ser el propietario, sino también, el administrador y todo aquel que se considere tener derecho a la restitución de un predio. Por otra parte, en lo que atañe a la legitimación para obrar pasiva se debe comprender dentro de esa situación a todo aquel que ocupa el bien sin acreditar su derecho a permanecer en el disfrute de la posesión, porque nunca lo tuvo o el que tenía feneció.
5. Se consideran como supuestos de posesión precaria a los siguientes:
  - 5.1 Los casos de resolución extrajudicial de un contrato, conforme a lo dispuesto por los artículos 1429º y 1430º del Código Civil. En estos casos se da el supuesto de posesión precaria por haber fenecido el título que habilitaba al demandado para seguir poseyendo el inmueble. Para ello, bastará que el Juez,

que conoce del proceso de desalojo, verifique el cumplimiento de la formalidad de resolución prevista por la ley o el contrato, sin decidir la validez de las condiciones por las que se dio esa resolución. Excepcionalmente, si el Juez advierte que los hechos revisten mayor complejidad, podrá resolver declarando la infundabilidad de la demanda, mas no así la improcedencia.

- 5.2** Será caso de título de posesión fenecido, cuando se presente el supuesto previsto por el artículo 1704º del Código Civil, puesto que con el requerimiento de la devolución del inmueble se pone de manifiesto la voluntad del arrendador de poner fin al contrato. No constituirá un caso de título fenecido el supuesto contemplado por el artículo 1700º del Código Civil, dado que el solo vencimiento del contrato de arrendamiento no resuelve el contrato sino que, por imperio de la ley, se asume la continuación del mismo hasta que el arrendador le requiera la devolución del bien. Dada esta condición, recién se puede asumir que el poseedor ha pasado a constituirse en poseedor precario por fenecimiento de su título.
- 5.3** Si en el trámite de un proceso de desalojo, el Juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220º del Código Civil, sólo analizará dicha situación en la parte considerativa de la sentencia –sobre la nulidad manifiesta del negocio jurídico–, y declarará fundada o infundada la demanda únicamente sobre el desalojo, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta.
- 5.4** La enajenación de un bien arrendado, cuyo contrato no estuviera inscrito en los registros públicos, convierte en precario al arrendatario, respecto del nuevo dueño, salvo que el adquirente se hubiere comprometido a respetarlo, conforme a lo dispuesto por el artículo 1708º del Código Civil.
- 5.5** Cuando el demandado afirme haber realizado edificaciones o modificaciones sobre el predio materia de desalojo –sea de buena o mala fe–, no justifica que se declare la improcedencia de la demanda, bajo el sustento de que previamente deben ser discutidos dichos derechos en otro proceso. Por el contrario, lo único que debe verificarse es si el demandante tiene derecho o no a disfrutar de la posesión que invoca, dejándose a salvo el derecho del demandado a reclamar en otro proceso lo que considere pertinente.

**5.6** La mera alegación del demandado, en el sentido de haber adquirido el bien por usucapión, no basta para desestimar la pretensión de desalojo ni declarar la improcedencia de la demanda, correspondiendo al Juez del desalojo valorar las pruebas en las cuales sustenta el demandado su derecho invocado, sin que ello implique que está facultado para decidir sobre la usucapión. Siendo así, se limitará a establecer si ha surgido en él la convicción de declarar el derecho de poseer a favor del demandante. De declararse fundada la demanda de desalojo por precario, en nada afecta lo que se vaya a decidir en otro proceso donde se tramite la pretensión de usucapión, puesto que el usucapiente tendrá expedito su derecho para solicitar la inejecución del mandato de desalojo o en todo caso para solicitar la devolución del inmueble.

6. En todos los casos descritos, el Juez del proceso no podrá expedir una sentencia inhibitoria, sino que deberá de pronunciarse sobre el fondo de la materia controvertida, en el sentido que corresponda, conforme a los hechos y la valoración de las pruebas aportadas.

7. En lo que concierne a lo dispuesto por el artículo 601<sup>o</sup> del Código Procesal Civil, cuando ya ha prescrito el plazo para interponer la pretensión interdictal, el accionante no podrá optar por recurrir al desalojo para lograr la recuperación de su bien.

c) **ORDENARON** la publicación de la presente sentencia en el diario oficial El Peruano, teniendo efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su difusión.

**SS.**

RAMIRO DE VALDIVIA CANO  
ANA MARÍA ARANDA RODRÍGUEZ  
EVANGELINA HUAMANÍ LLAMAS  
ANDRÉS CAROAJULCA BUSTAMANTE  
RICARDO VINATEA MEDINA  
CÉSAR CASTAÑEDA SERRANO

**Leslie Sotelo Zegarra**  
Secretaria de la Sala Civil Permanente  
de la Corte Suprema de Justicia de la República





**Corte Suprema de Justicia de la República**  
**Quinto Pleno Casatorio Civil**

(Publicado en el diario oficial El Peruano el 9 de agosto de 2014)

**SENTENCIA DEL PLENO CASATORIO****Casación Nº 3189-2012-LIMA NORTE.**

**Demandante** : Rodrigo Sánchez de la Cruz.

**Demandados** : Asociación de Vivienda Chillón.  
Homero Castillo Alva.

**Materia** : Nulidad de Acto Jurídico.

**Vía Procedimental** : Conocimiento.

**Sumario:**

- I.- Introducción.
- II.- Resumen del Proceso.
- III.- Materia del recurso.
- IV.- Fundamentación del recurso.
- V.- De la convocatoria al Pleno Casatorio.
- VI.- Consideraciones.
  - 1.- Con relación a la causal de contravención al derecho a la tutela jurisdiccional y la motivación de resoluciones judiciales.

2. Los derechos fundamentales a la Asociación y a la Libertad de Contratación.
  - 2.1. El derecho fundamental a la Asociación.
    - 2.1.1. Desarrollo Jurisprudencial del Tribunal Constitucional.
  - 2.2. El derecho fundamental a Contratar.
    - 2.2.1. Desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional a propósito de los principios de libertad de contratar y libertad contractual.
3. Sujeto de Derecho.
  - 3.1. Persona Natural.
  - 3.2. Persona Jurídica.
    - 3.2.1. Persona Jurídica Lucrativa.
    - 3.2.2. Persona Jurídica No Lucrativa.
      - 3.2.2.1. Fundación.
      - 3.2.2.2. Comité.
      - 3.2.2.3. Asociación.
        - 3.2.2.3.1. Finalidad de la Asociación.
        - 3.2.2.3.2. El derecho de voto de los asociados.
        - 3.2.2.3.3. Los acuerdos de las Asociaciones o actos asamblearios.
          - a) Quórum y formación de acuerdos.
  - 3.3. Situaciones Jurídicas Subjetivas.

Definición del Negocio Jurídico y su tratamiento en nuestro ordenamiento.
4. Definición del Negocio Jurídico y su tratamiento en nuestro ordenamiento.
  - 4.1. Origen y evolución del Negocio Jurídico.
    - 4.1.1. Tesis Voluntarista.
    - 4.1.2. Tesis Declaracionista.
    - 4.1.3. Desarrollos posteriores.
  - 4.2. El artículo 1075º del Código Civil de 1936.
  - 4.3. El artículo 140º del Código Civil de 1984.

- 4.4. La ineficacia del negocio jurídico.
  - 4.4.1. Ineficacia Estructural.
    - 4.4.1.1. Nulidad.
    - 4.4.1.2. Anulabilidad.
  - 4.4.2. Ineficacia Funcional.
- 4.5. Inexistencia.
- 5. La impugnación de acuerdos.
  - 5.1. La pretensión impugnatoria asociativa prevista en el artículo 92º del Código Civil.
  - 5.2. Tramitación de la pretensión de impugnación de acuerdos.
- 6. Interpretación Normativa.
  - 6.1. Las metareglas de la interpretación jurídica.
    - 6.1.1. Jerarquía.
    - 6.1.2. Temporalidad.
    - 6.1.3. Especialidad.
  - 6.2. Los valores supremos del ordenamiento jurídico.
    - 6.2.1. Justicia.
    - 6.2.2. Seguridad Jurídica.
  - 6.3. Los métodos sistemático y teleológico a partir de la metaregla de la norma especial con referencia a la pretensión de impugnación de los acuerdos de Asociaciones.
- 7. Respecto de la infracción normativa material alegada.
  - 7.1. Inaplicación de los numerales 1 y 5 del artículo 219º del Código Civil.
  - 7.2. Interpretación errónea del artículo 92º del Código Civil.
- 8. Efectos de la presente sentencia.

## VII.- Conclusiones Finales.

## VIII.- Fallo.



# SENTENCIA DICTADA POR EL PLENO CASATORIO CIVIL REALIZADO POR LAS SALAS CIVILES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE PERÚ

## Casación Nº 3189-2012-Lima Norte

En la ciudad de Lima, Perú, a los 3 días del mes de enero de dos mil trece los señores Jueces Supremos, reunidos en sesión de Pleno Casatorio, han expedido la siguiente sentencia, conforme a lo establecido por el artículo 400º del Código Procesal Civil. Vista que fue la causa en audiencia pública del Pleno Casatorio de fecha 16 de octubre de 2012, escuchados los informes orales de los señores abogados de las partes y la exposición de los señores abogados invitados en calidad de *amicus curiae* (Amigos del Tribunal), discutida y deliberada que fue la causa, designándose magistrada ponente a la señora Jueza Suprema **Aranda Rodríguez**, de los actuados, resulta:

### I.- Introducción

- 1.- Es importante destacar que: *“(...) los fines tradicionales y hasta históricos de la casación se han centrado siempre en el llamado fin nomofiláctico, el cual busca la correcta aplicación del derecho y la de uniformizar la jurisprudencia, es decir, el dictado de sentencias que establezcan criterios jurisprudenciales que den cumplimiento al principio de predictibilidad (...) no hay una única interpretación de una norma, lo que debe primar en materia de interpretación, es elegir a la mejor interpretación (...)”*<sup>359</sup> por ello es que el Pleno Casatorio Civil busca a través del presente pronunciamiento la uniformidad de la jurisprudencia analizando el tema que nos convoca, cual es la interposición de demandas de nulidad de acto jurídico de acuerdos asociativos, acudiendo a los órganos jurisdiccionales luego de vencido el plazo regulado taxativamente en el artículo 92º del Código Civil, referido a la pretensión impugnatoria asociativa de ineficacia de acuerdos, lo cual ha producido disímiles pronunciamientos. Se establecerá por ello una interpretación normativa a partir de la disposición antes señalada, en salvaguarda del derecho fundamental de asociación, en atención a la predictibilidad de los fallos emitidos por nuestra institución así como a la seguridad jurídica de todo nuestro sistema.

359 HURTADO REYES, Martín. *La Casación Civil. Una aproximación al control de hechos*, Lima: Idemsa, 2012, pp. 112 a 114.

- 2.- La interposición de las demandas antes precisadas, aparentemente consignan un conflicto de dos valores muy acendrados en nosotros, cuales son la seguridad y la justicia y es por ello que: “(...) el juez, el hombre de derecho, no puede evitar un estremecimiento al encontrarse en la difícil disyuntiva de tener que optar, en el caso concreto, por uno de esos valores. Los dos interpelan profundas convicciones y sentimientos en el ser humano y los dos podrían motivar, sino son utilizados adecuadamente, consecuencias lamentables para la vida en sociedad (...)”<sup>360</sup>. Por ello es absolutamente indispensable, para la judicatura analizar y meditar concienzudamente las implicancias de toda decisión emitida, independientemente del presente caso; toda vez que el impacto de nuestras decisiones puede reforzar nuestro ordenamiento jurídico o tener un resultado demoledor en nuestra sociedad, más allá del caso concreto resuelto.
- 3.- Las Asociaciones Civiles realizan diversas actividades a fin de cumplir sus más amplias finalidades, las cuales pueden ser culturales, sociales, deportivas entre otras. Estas reflejan el amplio espectro de los fines valiosos que realiza en nuestra comunidad, y por tanto encarnan el desarrollo de los mismos, los cuales deben ser promovidos por el ordenamiento jurídico al estar sustentados en la dignidad humana, fundamento último del derecho fundamental de asociación.
- 4.- La regulación de las citadas personas jurídicas no lucrativas ha considerado una serie de disposiciones normativas, pero ellas en manos de la judicatura deben a través del proceso de interpretación, construir soluciones del caso concreto a la luz de los límites impuestos por la normativa vigente. El derecho es una reinención del texto normativo pero en base a lo estatuido entre nosotros, lo contrario sería ingresar en el caos y la anarquía interpretativa que finalmente redundaría en la deslegitimación del sistema jurídico mismo.
- 5.- Siendo ello así, “(...) no creemos que el desarrollo sea posible sin instituciones legales eficientes al alcance de todos los ciudadanos (...)”<sup>361</sup>, sería ilusorio pensar que nuestra sociedad se desarrollará si es que se imponen costos excesivos a la legalidad y se tamiza el esfuerzo de los sujetos de derecho, como es el caso de las Asociaciones Civiles, ello implicaría no sólo desconocer los esfuerzos valiosos de todos quienes se agrupan en ellas, sino incluso afectar gravemente el derecho de éstos de lograr los fines antes precisados, que son el reflejo del derecho fundamental de asociación.

360 BENAVIDES TORRES, Eduardo. *La Excesiva Onerosidad de la Prestación*, Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores, 1990, pp. 39 a 40.

361 DE SOTO, Hernando. *El Otro Sendero*. Lima: Editorial El Barranco, 1986, p. 236.

- 6.- En ese sentido, “(...) *el derecho de nuestro tiempo no abandona la justicia; sólo que la reivindica desde una perspectiva social, sistémica, antes que desde una visión diádica e intersubjetiva (...)*”<sup>362</sup>, con la emisión de una decisión jurisdiccional además de resolver el caso concreto, legitimamos una y otra vez nuestro sistema, por ello los fallos judiciales deben ser el fiel reflejo de la normativa vigente, pero sobre todo de los valores y principios que inspiran a nuestro sistema jurídico, ello es lo que ha sido el fundamento de la decisión del Pleno Casatorio Civil, el lograr la seguridad jurídica pero con justicia.

## II.- Resumen del Proceso

- 1.- La demanda, obrante a folios 101, fue interpuesta por Rodrigo Sánchez de la Cruz ante el Juzgado Mixto de Puente Piedra de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, con fecha 16 de mayo de 2006, conforme se aprecia del escrito en el expediente principal; fue calificada y admitida a trámite en la vía de proceso de conocimiento conforme al Código Procesal Civil, así se aprecia del auto de fecha 23 de mayo de 2006 de folios 118.
- 2.- La citada demanda tiene como pretensión principal, la nulidad por las causales de falta de manifestación de voluntad del agente y adolecer de simulación absoluta respecto del acto jurídico contenido en el Acta de Asamblea General Extraordinaria de Asociados de fecha 10 de octubre de 2004, referida al nombramiento del Comité Eleccionario que nombra como Presidente del Consejo Directivo a Homero Castillo Alva y 9 personas componentes del mismo cuerpo asociativo para el período 2004 a 2007; plantea como pretensiones accesorias:
- a) Se declare la nulidad del acto jurídico contenido en el Acta de Asamblea General Extraordinaria de fecha 2 de octubre de 2005, referida a la aprobación del otorgamiento de los más amplios poderes y facultades especiales a favor de Homero Castillo Alva y;
  - b) Se declare la nulidad de los asientos registrales de los citados actos jurídicos, inscritos en la Partida N<sup>o</sup> 01975773 del Registro de Personas Jurídicas de Lima. La parte demandante agrega que es socio de la Asociación de Vivienda Chillón según el acta de entrega de posesión de lote, la cancelación de fecha 6 de septiembre de 1996 y los contratos de compraventa; anota que en el mes de marzo de 2005 tomó conocimiento que el codemandado Homero Castillo Alva había

inscrito una Junta Directiva en forma fraudulenta y que convocó a los asociados para la realización de la Asamblea General Extraordinaria de Asociados de fecha 10 de octubre de 2004, señalándose que se había designado a Ricardo Palencia Torres como Presidente del Comité Electoral que llevó a cabo el proceso eleccionario; sin embargo, refiere, que ello deviene en un acto fraudulento e ilegal por cuanto no han participado en las citadas asambleas la gran mayoría de los asociados que se mencionan en las referidas actas, incurriendo dichos actos en falta de manifestación de voluntad, acarreado la nulidad del acto jurídico objeto de la demanda; asimismo, sostiene, que dichas Asambleas no fueron convocadas bajo las normas estatutarias de la Asociación, sustentándose la inscripción en simples declaraciones juradas emitidas por el codemandado Homero Castillo Alva en calidad de Presidente de la citada persona jurídica no lucrativa.

- 3.- Mediante escrito a folios 134, la Asociación de Vivienda Chillón contesta la demanda manifestando que el acto jurídico cuestionado cuenta con todos los requisitos para su validez de conformidad con el artículo 140º del Código Civil, precisando que a la Asamblea General asistieron 300 asociados y en la misma se adoptaron los acuerdos que son impugnados por el demandante; el objeto de dicha Asamblea fue tratar lo referido al nombramiento del Comité Electoral y la elección del Consejo Directivo para el período 2004 a 2007; sostiene que la Asamblea se llevó a cabo conforme a ley, el Presidente realizó la convocatoria mediante publicación en el diario oficial quedando instalada ésta con el número de miembros previsto en los artículos 87º del Código Civil y 23º de los estatutos de la Asociación, aprobándose los acuerdos por la mayoría de los asistentes, inscribiéndose éstos en los Registros Públicos. Resalta que la persona jurídica no lucrativa está conformada por 930 socios, el 90% está conforme con la Junta Directiva, por lo que la voluntad unilateral del demandante no puede privilegiarse en oposición a los acuerdos válidamente adoptados por la mayoría en la Asamblea General, celebrados con la convocatoria, quórum de asistencia y aviso de publicidad en el diario oficial, respectivamente. Refiere que su derecho de oposición debió constar en el acta respectiva en caso hubiera asistido y en su defecto contaba con 60 días para hacerlo valer judicialmente, por lo que la demanda resulta improcedente. Finalmente anota que no se acredita la inasistencia de los 121 socios que se indican en la demanda, no existe coherencia en su petitorio, no es requisito de la convocatoria a la Asamblea la notificación personal, bastando la publicación en el diario oficial, las publicaciones en el local y los llamados por megáfono; respecto de la causal de simulación deducida en autos agrega que el



accionante se limita a señalar que no estuvo presente en la Asamblea lo que no resulta arreglado a ley.

- 4.- Por resolución de folios 151, se declaró la rebeldía del codemandado Homero Castillo Alva, quien no contestó la demanda pese a estar notificado de la misma.
- 5.- Mediante sentencia de fecha 25 de julio de 2011, corriente a folios 262, el Juzgado Civil de Puente Piedra, de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte declara fundada la demanda, en consecuencia nulas las Actas de Asamblea General Extraordinaria de Asociados de fechas 10 de octubre de 2004 y 2 de octubre de 2005, ordenándose la cancelación de las inscripciones registrales de las mismas. Se ha establecido en esta sentencia que en el caso de autos nunca se realizaron las citadas Asambleas Generales, conforme a la declaración jurada de Pascual Narvaja Condor quien señala que su padre Martín Narvaja Guitérrez falleció el 15 de junio de 2000; sin embargo, éste aparece incluido en la lista de supuestos asistentes a la referida asamblea presentada a los Registros Públicos por el codemandado Homero Castillo Alva obrante a folios 16. Agrega que otra situación similar se presenta con Justo Solía Leyva quien aparece fallecido el 18 de enero de 2001 a folio 37; sin embargo, se le consigna también en la citada lista. Asimismo, se indica que en la presunta acta de asamblea general del 10 de octubre de 2004 según declaración jurada de Homero Castillo Alva habría participado como Presidente del Comité de ese entonces Ricardo Palencia Torres, pero de la revisión del libro padrón de la Asociación obrante de folios 22 a 29, en ninguna parte aparece dicha persona, máxime cuando el demandante expresó que éste antes de la celebración de dicha Asamblea había transferido el bien inmueble que le confería la calidad de asociado a favor de Román Poma Mamani, folios 71 a 78. Adicionalmente a ello se han presentado las declaraciones de otros asociados, folios 38 a 57, quienes sostienen desconocer la existencia de la referida asamblea y que nunca asistieron a ella; sin embargo, en la declaración jurada que presentó Homero Castillo Alva a los Registros Públicos los incluye como presuntos asistentes.
- 6.- A folios 286, la Asociación de Vivienda Chillón interpone recurso de apelación alegando que no se ha valorado la voluntad de 940 socios quienes no han puesto de manifiesto su disconformidad con el contenido en las actas de asamblea general materia de autos. Agrega que en forma tardía el accionante cuestiona la validez de las referidas actas de asamblea sin respetar la voluntad mayoritaria de los asociados. Añade que del contenido de las actas se advierte la existencia de un acto jurídico válido.

7.- La Sala Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte expide sentencia el 22 de junio de 2012 a folios 452 declarando nula e insubsistente la sentencia apelada, nulo todo lo actuado incluido el auto admisorio e improcedente la demanda. Se estableció que con relación a la pretensión demandada que se viene tramitando como un proceso de conocimiento, cuyo objeto es la nulidad del acto jurídico, existe una pretensión específica y una vía procedimental, determinadas expresamente por la ley con carácter imperativo para discutir la validez de los acuerdos de una asociación, por lo que no procede su tramitación en una vía distinta pese a la voluntad en contrario de la parte demandante. El incumplimiento de la normativa vigente, artículo 92º del Código Civil, afecta de nulidad todo el proceso, por lo que no corresponde adaptar la demanda a la vía procedimental específica, en razón que el derecho de impugnación judicial de acuerdos de la parte demandante ha caducado, por cuanto los acuerdos de nombramiento de Comité eleccionario y Consejo Directivo para el período 2004 a 2007 fueron inscritos el 7 de enero de 2005 a folios 32 y 230, y el acuerdo de otorgamiento de amplios poderes y facultades especiales corrió igual suerte el 12 de octubre de 2005 a folios 58, en tanto que la demanda fue interpuesta el 16 de mayo de 2006, luego de transcurrido el plazo de caducidad de 30 días de inscrito el acuerdo.

### **III.- Materia del recurso**

Se trata del recurso de casación interpuesto a folios 475 por Rodrigo Sánchez de la Cruz contra la sentencia de vista de folios 452, de fecha 22 de junio de 2012, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, que declaró nula e insubsistente la sentencia apelada, nulo todo lo actuado incluido el auto admisorio e improcedente la demanda de nulidad de acto jurídico.

### **IV.- Fundamentos del recurso**

Por resolución de fecha 16 de septiembre de 2012, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, se declaró procedente el recurso de casación por las causales de infracción normativa procesal y material, referidas en el primer caso a la infracción de los artículos I del Título Preliminar y numeral 6 del artículo 50º del Código Procesal Civil, y en el caso de la infracción normativa material se denuncia la inaplicación de los numerales 1 y 5 del artículo 219º del Código Civil, así como la interpretación errónea del artículo 92º de la norma anotada, por los siguientes fundamentos:

## **i) Infracción normativa de naturaleza procesal**

Refiere que la resolución impugnada ha infringido los artículos I del Título Preliminar y Numeral 6 del artículo 50º del Código Procesal Civil, referidos a los principios de observancia del debido proceso y motivación de las resoluciones judiciales, por cuanto no se han apreciado adecuadamente los medios probatorios aportados al proceso, consistentes en la declaración jurada emitida por 121 asociados de la Asociación demandada y las partidas de defunción de los supuestos asistentes a las asambleas, lo cual permite determinar la inexistencia de las asambleas materia de autos, por lo que no se ha efectuado una debida valoración probatoria.

## **ii) Infracción normativa de naturaleza material**

- a)** La resolución de vista inaplica lo dispuesto en los numerales 1 y 5 del artículo 219º del Código Civil, por cuanto la simulación absoluta del acto jurídico está probada con la ausencia de voluntad de los asociados que supuestamente celebraron el acto jurídico contenido en las asambleas cuestionadas, en las que no se encontraban presentes algunos de los asociados por estar fuera del país o porque habían fallecido con anterioridad a la celebración de las mismas. Ello implica que la supuesta manifestación de la voluntad de los asociados declarada por el propio Presidente de la Asociación no corresponde a su verdadera intención, por lo que las asambleas materia de autos no han sido convocadas bajo las normas estatutarias de la Asociación y sólo se sustentan en la inscripción registral de éstas, efectuadas mediante una simple declaración jurada ante los Registros Públicos por parte del codemandado Homero Castillo Alva.
- b)** La citada resolución de vista interpreta erróneamente lo previsto en el artículo 92º del Código Civil por cuanto la pretensión demandada resulta distinta a la impugnación de acuerdos, no habiendo efectuado ninguna referencia a algún acuerdo tomado por la Asociación demandada, por tanto no pueden señalarse plazos de caducidad si nunca existieron las asambleas de la citada entidad, lo cual ha sido señalado en la demanda.

## **V.- De la convocatoria al Pleno Casatorio**

- 1.-** Mediante resolución de fecha 17 de septiembre de 2012, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República convocó

a los Jueces Supremos integrantes de las Salas Civiles Transitoria [sic] y Permanente [sic] de la Corte Suprema de Justicia de la República, al Pleno Casatorio, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 400º del Código Procesal Civil, con el objeto de fijar precedente judicial en atención al caso materia de autos.

- 2.- Por resolución de fecha 3 de octubre de 2012, se aceptaron los pedidos de *amicus curiae* (amigos del tribunal) de los señores abogados Jairo Cieza Mora, Juan Espinoza Espinoza y Juan Morales Godo, quienes hicieron uso de la palabra el día de la fecha de la vista de la causa 16 de octubre de 2012 para abordar los temas que se les había planteado previamente.

## **VI.- Consideraciones**

- 1.- Habiéndose invocado infracciones normativas procesales y materiales conforme se aprecia de [sic] la fundamentación del recurso interpuesto, corresponde realizar el análisis de la primera infracción, dado que de ampararse la misma no tendría objeto pronunciarse por las infracciones materiales denunciadas.

- 2.- En el caso de la infracción normativa procesal alegada, ésta se ampara en la vulneración del artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, argumentando para ello el derecho de acceso de todo sujeto de derecho a la tutela jurisdiccional efectiva; adicionalmente, se invoca la afectación del numeral 6 del artículo 50º de la norma anotada, referido al deber del magistrado de fundamentar los autos y sentencias que emita bajo sanción de nulidad, lo cual incide en la motivación de las resoluciones judiciales, que constituye uno de los contenidos del debido proceso.

### **1. Con relación a la causal de contravención al derecho de la tutela jurisdiccional y la motivación de resoluciones judiciales**

- 1.- Respecto de la tutela jurisdiccional, corresponde señalar que es un derecho fundamental, conforme lo establece el numeral 3 del artículo 139º de la Constitución que precisa "(...). *Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación*".

- 2.- Reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como la consignada en el fundamento jurídico 8 de la STC 763-2005-AA-TC ha precisado que “(...) cuando el ordenamiento reconoce el derecho de todo justiciable de poder acceder a la jurisdicción, como manifestación de la tutela judicial efectiva, no quiere decir ello que la judicatura prima facie, se sienta en la obligación de estimar favorablemente toda pretensión formulada, sino que simplemente sienta la obligación de acogerla y brindarle una sensata como razonada ponderación en torno a su procedencia o legitimidad. No es pues que el resultado favorable esté asegurado con solo tentarse un petitorio a través de la demanda, sino tan solo la posibilidad de que el órgano encargado de la administración de justicia pueda hacer del mismo un elemento de análisis con miras a la expedición de un pronunciamiento cualquiera que sea su resultado (...)”.
- 3.- Sobre el particular, cabe precisar que uno de los contenidos del derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, al tratarse de “(...) un derecho fundamental del ciudadano, inviolable por parte de los poderes estatales. Y realmente constituiría una incongruencia insuperable si, asegurado el acceso a la jurisdicción, frente a la lesión o amenaza de lesión a un derecho (aunque sea meramente afirmada), no se previera el ejercicio del derecho de invocar y obtener tutela jurisdiccional adecuada y efectiva (...)”<sup>363</sup>. Este es el correlato al ejercicio del derecho de acción, toda vez que sería ilusorio contar con este derecho fundamental si es que los órganos jurisdiccionales no garantizaran el acceso a recibir tutela, y con ello nos referimos a la respuesta de éstos a partir de las demandas interpuestas, estimándolas o no, dado que el acceso no es garantía de que la parte que interpone la demanda reciba un fallo estimatorio necesariamente, estadio [sic] de la historia del derecho procesal, referido a la acción concreta, largamente superado en nuestros días.
- 4.- En cuanto a las alegaciones relativas a la denuncia casatoria por la causal de infracción normativa procesal, es del caso destacar que el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil establece que: “*Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses con sujeción al debido proceso; adicionalmente, el numeral 6 del artículo 50º de la norma anotada precisa que son deberes de los jueces en el proceso: (...) 6. Fundamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetado [sic] los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia (...)*”.

363 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoría y Práctica de la Tutela Jurisdiccional*, Lima Communitas, 2008, p. 142.

- 5.- Reiteramos que uno de los contenidos del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional es el de acceso a los órganos jurisdiccionales, derecho que no ha sido vulnerado en autos, conforme puede apreciarse de los presentes actuados, toda vez que el recurrente transitó por dos instancias y ha recibido la respuesta de los órganos jurisdiccionales a la pretensión interpuesta, más aún cuando el contenido de acceso a la tutela jurisdiccional no implica que la pretensión incoada sea declarada fundada, por lo que este extremo de la infracción normativa procesal denunciada debe desestimarse.
- 6.- El principio de motivación de las resoluciones judiciales constituye una de las garantías de la impartición de Justicia incorporada en el numeral 5 del artículo 139<sup>º</sup> de la Constitución, el mismo que establece la exigencia de *“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”*. En ese sentido, el numeral 3 del artículo 122<sup>º</sup> del Código Procesal Civil prevé la exigencia que en las resoluciones judiciales se expresen los fundamentos de hecho y derecho que la sustentan según el mérito de lo actuado en el proceso, destacándose que la motivación no es solo un deber de orden constitucional sino que es además un derecho del justiciable quien a través del discurso argumentativo que el Juez emita podrá conocer las razones de su decisión a efecto que si no las encuentra conforme a derecho las pueda impugnar por [sic] ante el órgano Superior, para que este último proceda a efectuar el debido control del razonamiento judicial.
- 7.- En el caso de autos examinada la resolución de vista se aprecia que la Sala Superior al revocar la resolución de primer grado y declarar la improcedencia de la demanda ha precisado que: *“(…) Este derecho esencial está regulado por el artículo 92º del Código Civil, que incorpora el derecho de los asociados a impugnar judicialmente los acuerdos contrarios a las disposiciones estatutarias o legales; esto quiere decir que, dentro de las causales de impugnación, se incluyen los supuestos previstos en el artículo 219º de la citada norma. Asimismo, se establece que la vía procedimental para dicha impugnación, es el proceso abreviado, (…). Al existir una acción específica y una vía procedimental determinadas de manera expresa por la ley y de carácter imperativo por ser de orden público, para discutir la validez de los acuerdos de una asociación; no procede su tramitación en una vía distinta a la establecida, pese a la voluntad en contrario del accionante. El incumplimiento afecta gravemente de nulidad todo el proceso (…)*”.

- 8.- De lo expuesto, se determina que la Sala Superior de acuerdo a su criterio, ha motivado las razones fácticas y jurídicas por las cuales considera que debe desestimarse por improcedente la presente demanda, por lo que el recurso de casación en cuanto a la infracción normativa procesal denunciada no ha prosperado de acuerdo a las razones precedentemente señaladas, desestimándose ésta; debiéndose analizar ahora la infracción normativa material, para lo cual realizaremos un estudio de todas las instituciones que consideramos pertinentes para la resolución del caso y la emisión de la doctrina jurisprudencial aplicable a todas las instancias.
- 9.- Con relación a la infracción normativa material alegada, el asunto a dilucidarse con la interposición del presente medio impugnatorio tiene como objeto esclarecer, en primer término si se han inaplicado los numerales 1 y 5 del artículo 219º del Código Civil, así como en haber incurrido en errónea interpretación del artículo 92º de la norma anotada.
- 10.- Para tal efecto se hace necesario tener como puntos de debate y análisis las instituciones jurídicas de Sujeto de Derecho, Negocio Jurídico, Ineficacia del Negocio Jurídico, Impugnación de Acuerdos de Asociaciones Civiles, Interpretación Normativa, entre otros temas. Sin embargo, previamente a analizar instituciones jurídicas, apreciaremos el desarrollo constitucional del derecho fundamental a la Asociación y a la Libertad de Contratación, así como sus contenidos constitucionalmente protegidos conforme a nuestra Constitución y al desarrollo de la jurisprudencia constitucional correspondiente, que constituyen el punto de inicio de interpretación del derecho civil a partir de la tutela de los derechos fundamentales.

## 2. Los derechos fundamentales a la Asociación y a la Libertad de Contratación

- 11.- En todo Estado constitucional de derecho, como es el caso del estado peruano, se debe partir de una noción fundamental “(...) *el Estado de Derecho quiere expresar el sometimiento del Estado a un conjunto de normas e instituciones jurídicas, sin embargo, el Estado Constitucional específica que es a la Constitución a lo que ante todo y primariamente se somete el Estado (...)*”<sup>364</sup>; y en razón a ello es coherente afirmar que todo nuestro orden jurídico se organiza e interpreta como una unidad, fundamentándose en la Constitución de 1993; toda vez que el desarrollo

364 AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique. *Constitución y Democracia: Fundamentos Políticos del Estado de Derecho*, Lima: Editora Jurídica Grijley, 2011, p. 34.

legislativo de las normas infraconstitucionales se interpreta con referencia a la tutela de los derechos fundamentales, y por ende es que a partir de éste enfoque analizaremos el derecho a la Asociación.

- 12.-** Pero ello no implica la inamovilidad del texto constitucional, así como de los desarrollos legislativos en la normativa ordinaria, pues *"(...) la Constitución de un Estado democrático, para Peter Haberle, constituye 'una obra abierta' con un carácter necesariamente falible y, por tanto revisable. No es un documento histórico muerto, sino un proyecto de sociedad justa que señala el horizonte de expectativas de una comunidad política y que sus miembros mediante sus diferentes lecturas deben ir adaptando a los cambios sociales más allá del papel de meros destinatarios de las normas (...)"*<sup>365</sup>. Ello resulta coherente, dado que el desarrollo de los derechos fundamentales es un constante redescubrir nuevos ámbitos objeto de tutela, conforme se puede apreciar a lo largo de las últimas décadas, teniendo en cuenta el avance de la sociedad así como de las nuevas tecnologías; soslayar ello implicaría aceptar que la Constitución y todo el ordenamiento jurídico es un texto que debe permanecer inalterado, e incluso, que no es susceptible de interpretación de conformidad con los derechos fundamentales de progresivo desarrollo.
- 13.-** En atención a que todo Estado Constitucional de Derecho desarrolla sus actividades y funciones, con y desde la Constitución, corresponde la aplicación de la normativa vigente a partir de la norma fundamental de 1993, y por tanto debe revisarse y destacarse la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, en torno al tema que nos convoca, a propósito del cual se han establecido las líneas normativas que corresponde seguir a todos los operadores del derecho, para realizar un desarrollo interpretativo que considere la tutela de los derechos fundamentales, y nos sirva de fundamento a la labor que realiza la Corte Suprema de Justicia de la República en la realización del presente Pleno Casatorio Civil.
- 14.-** Todo lo cual se produce porque en la lectura inacabada de los derechos fundamentales a través de la Constitución, ésta debe efectuarse de manera dinámica a la tutela de nuestra comunidad, y por ello la interpretación normativa que se realice debe llevar internamente la defensa de los derechos fundamentales, en nuestro caso del derecho fundamental de asociación, buscando no sólo preservar este derecho sino también su promoción.

365 AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, op.cit., p. 38.



- 15.- Ahora bien, los criterios hermenéuticos y argumentativos del derecho civil, deben permitirnos una lectura en base a la unidad sistemática y coherencia del desarrollo legislativo de los derechos estatuidos en la normativa vigente, a partir de los conceptos antes precisados, que nos permitan realizar una lectura sin contradicciones de nuestro sistema jurídico.
- 16.- Es por ello que, antes de proceder al análisis interpretativo y dogmático propio del derecho civil, presentamos a continuación el desarrollo normativo realizado por el Tribunal Constitucional a partir de los derechos fundamentales de Asociación y de Libertad de Contratar.

## 2.1. El derecho fundamental a la Asociación

- 17.- De conformidad con el numeral 13 del artículo 2º de la Constitución (...). *Toda persona tiene derecho: 13. A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa (...).*
- 18.- La constitución de 1993 ha establecido “(...) al más alto nivel de jerarquía del ordenamiento jurídico, el derecho de cualquier persona (natural o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera) a constituir organizaciones jurídicas sin fines de lucro (...)”<sup>366</sup>. De esta manera, por previsión constitucional se encuentra tutelado el derecho de constituir estructuras organizacionales sin fines de lucro, para el desarrollo de la libre iniciativa privada en atención a los altos valores de la dignidad del ser humano.
- 19.- Corresponde destacar que: “(...) el derecho de asociación, como ha dicho el Tribunal, comprende no sólo el derecho de asociarse, sino también el de establecer la propia organización del ente creado por el acto asociativo, dentro del marco de la Constitución y de las leyes (...)”<sup>367</sup>. Al establecerse el derecho de la libre iniciativa de los sujetos de derecho para agruparse por fines altruistas, como es el caso de una Asociación, también es importante señalar que éstos son libres para adoptar la forma asociativa que elijan, y es a partir de esta concepción que podemos afirmar la autonomía de la voluntad de quienes han decidido conformar una

366 VEGA MERE, Yuri. Numeral 13 del artículo 2º de la Constitución. En: *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo*, Lima: Gaceta Jurídica, Segunda Edición aumentada, actualizada y revisada, Tomo I, Enero 2013, p. 248.

367 RUBIO CORREA, Marcial. El Derecho Constitucional de Asociación. En: *El notario peruano*, Lima: Colegio de Notarios del Perú, 1998, p. 20. La cita corresponde a Francisco Fernández Segado comentando una jurisprudencia del Tribunal Constitucional español.

persona jurídica no lucrativa para coordinar sus esfuerzos, en pos de un interés no lucrativo, que puede ser de índole social, cultural, deportivo, etc.

- 20.-** La existencia de una persona jurídica, como lo veremos más adelante, importa la reducción de la pluralidad de sujetos de derecho, personas naturales o incluso personas jurídicas, a un sujeto de derecho diferente de sus integrantes, de conformidad con el artículo 78º del Código Civil.
- 21.-** De esta manera el derecho de asociación es un derecho fundamental y se encuentra reconocido en una serie de instrumentos internacionales de los cuales es signatario el Estado peruano, tal como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>368</sup>, a tal punto que goza de reconocimiento constitucional conforme se ha precisado precedentemente.
- 22.-** El derecho de asociación sustentado en la dignidad humana tiene múltiples expresiones, entre ellas religiosas, culturales, sociales, históricas, deportivas, o de otra índole, con los cuales abarca los más variados ámbitos de la iniciativa privada a efectos de satisfacer los diversos intereses de quienes las conforman.
- 23.-** Siendo ello así, presentamos a continuación jurisprudencia que nos permite apreciar la manera de tutelar este derecho en la vía constitucional por parte del Tribunal Constitucional.

### **2.1.1. Desarrollo Jurisprudencial del Tribunal Constitucional**

- 24.-** Diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional se han producido con relación al derecho de asociación y temas conexos, razón por la cual consideramos pertinente destacar:

368 Artículo 16º.- Libertad de Asociación

1. Todas las personas tienen derecho de asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.
2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.
3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aún la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

- a) Los fundamentos jurídicos 3 y 4 de la STC 3978-2007-AA-TC, en la que se ha establecido:

***“Alcances y Características del Derecho de Asociación***

3. (...) este Colegiado anota que el citado atributo puede ser concebido como aquel derecho por el cual toda persona puede integrarse con finalidades, los mismos que aunque pueden ser de diversa orientación tienen como necesario correlato su conformidad con la ley (...).”

(...)

***“Libertad de asociarse, de no asociarse y de desvincularse asociativamente***

4. (...) Se trata de un derecho que no sólo implica la libertad de integración (libertad de asociarse en sentido estricto) sino que por correlato también supone la facultad de no aceptar compulsivamente dicha situación (libertad de no asociarse) o, simplemente, de renunciar en cualquier momento, pese haberla aceptado en algún momento o circunstancia (libertad de desvincularse asociativamente).”

- 25.- En los fundamentos antes precisados se consigna en primer lugar el concepto, a través de la interpretación del Tribunal Constitucional, de lo que se considera como derecho de asociación y su absoluta subordinación a lo que establece la normativa vigente, de allí que estén proscritas las asociaciones contrarias al ordenamiento estatuido.
- 26.- Asimismo, corresponde puntualizar en la jurisprudencia previamente reseñada, la amplia libertad que goza el asociado no sólo para formar personas jurídicas, en especial las no lucrativas, como es el caso de la Asociación Civil, tratada a propósito del presente Pleno Casatorio Civil, sino también, como correlato de ello, está el derecho a desvincularse de la persona jurídica.
- 27.- Al respecto cabe precisar, que así como existe un principio de autonomía privada y de libre iniciativa en la formación de entes colectivos, a efectos de aunar esfuerzos, también debe tenerse en cuenta la voluntad de las personas naturales o jurídicas, que deciden apartarse del desarrollo de las actividades y la puesta en marcha de los objetivos dignos de tutela que han considerado pertinentes, razón por la cual también debe considerarse la libertad de desvinculación del ente jurídico.

b) En el fundamento jurídico 19 de la STC 2389-2009-AA-TC, el supremo intérprete de la Constitución precisa la doble dimensión del derecho de asociación en los siguientes términos:

*“a. Una dimensión positiva que abarca las facultades de conformar asociaciones (derecho a formar asociaciones), la de afiliarse a las organizaciones existentes y la de permanecer asociado mientras no se incumplan las normas estatutarias.*

*Dentro de la facultad de conformar organizaciones, se encuentra comprendida la posibilidad de estructurar, organizar y poner en funcionamiento la asociación (principio de autoorganización [sic]), la que se materializa a través del estatuto, que debe establecer como mínimo reglas acerca del comportamiento exigido a los socios y de las cargas que se le imponen, así como de los derechos que pueden ejercer y, por supuesto, sobre la manera de terminar el vínculo con la asociación, por parte del afiliado, y de excluir al socio, por parte de la asociación.*

*En este contexto, puede señalarse que el ejercicio del derecho de asociación supone un número plural de personas que acuerdan de manera autónoma, libre y espontánea la creación de un ente a través del cual realizarán un proyecto de interés, propósitos, ideas o metas colectivo, común, pacífico y lícito.*

*Desde esta perspectiva, este Tribunal considera que el derecho de asociación se concreta en la existencia de personas jurídicas, libres y capaces para ejercer derechos y contraer obligaciones, a fin de responder autónomamente por su devenir social, en aras de lograr la satisfacción de un interés u objetivo común, no siempre ligado a la obtención de lucro.*

*b. En su dimensión negativa, comprende la facultad de toda persona para negarse a formar parte de una determinada asociación, así como el derecho a no ser obligado a integrar una asociación o el derecho a no seguir asociado contra su voluntad o retirarse de una, cuando así lo desee”.*

**28.-** En el caso del Estado peruano, debemos destacar, conforme se ha señalado en la primera jurisprudencia anotada, la interpretación del Tribunal Constitucional, que se ve reforzada en esta segunda sentencia, al establecer la dimensión positiva del derecho de asociación en sus contenidos de conformar una persona jurídica y organizar la misma en

base a un estatuto estableciendo, y ello es lo importante, no solamente los derechos de los que se encuentra premunido el asociado, sino también las cargas de éste, lo que importa un actuar diligente no sólo en la marcha de la asociación, sino y sobre todo en el ejercicio de sus derechos en el marco asociativo, uno de ellos es el derecho de impugnar los acuerdos de la Asociación Civil, que tiene que ser ejercitado diligentemente dentro de lo regulado por la normativa vigente, como lo veremos más adelante.

- 29.- Adicionalmente, la sentencia antes precisada, establece la dimensión negativa del derecho de asociación, que se expresa a través, de la facultad de negarse a conformar esta persona jurídica o en dejar de pertenecer a la misma.

## 2.2. El derecho fundamental a contratar

- 30.- De conformidad con el numeral 14 del artículo 2º de la Constitución de 1993 "(...) *Toda persona tiene derecho: 14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público (...)*".
- 31.- La libre iniciativa privada es tutelada en nuestro ordenamiento, y es a partir de la regulación estatuida en la norma fundamental que podemos establecer la protección constitucional a la regulación de conductas realizadas por las partes que intervienen en la constitución de personas jurídicas y las posteriores relaciones civiles patrimoniales establecidas a propósito de su desarrollo, tanto en el ámbito no lucrativo, como es el caso del presente Pleno Casatorio Civil, como en el ámbito lucrativo.
- 32.- Por ello es que: "*(...) todo contrato es, al propio tiempo, ejercicio de libertad y recorte de la misma. Cuando hablamos de contratación debe tenerse presente que en el contrato lo que se comprometen son conductas que las partes se obligan a realizar para llevar a cabo una operación económica, por lo tanto, el contrato es también un recorte voluntario de la libertad. De ahí que la Constitución (Arts. 2º, inc. 14, y 62º) reconozca que quienes decidan celebrar un contrato lo hagan sin más limitaciones que las impuestas por el ordenamiento; esto es, con la mayor libertad legal posible (...)*"<sup>369</sup>.

369 GUTIERREZ CAMACHO, Walter. Numeral 14 del artículo 2º de la Constitución. En: *la Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo*. Lima: Gaceta Jurídica, Segunda Edición aumentada, actualizada y revisada, Tomo I, Enero 2013, p. 255.

- 33.- De manera que la libertad de contratar, estatuida como derecho fundamental expresa un principio general del derecho, como lo veremos posteriormente, la autonomía de la voluntad, que responde a la libertad de todos para establecer las relaciones civiles patrimoniales que consideren adecuadas para la satisfacción de sus necesidades, que tiene una expresión típica en el contrato, el negocio jurídico por excelencia, por medio del cual las partes se encuentran de acuerdo en la producción de los efectos jurídicos a los que han llegado, fruto del consentimiento de ambas partes.
- 34.- Al respecto, cabe precisar que: *"(...) el poder jurídico de la autonomía de la voluntad se halla reconocido en el artículo 1354º del Código Civil peruano que declara que: "Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo", (...) la autonomía privada, base de la libertad de contratar, es un Principio General del Derecho, porque es una de las ideas fundamentales que inspira toda la organización de nuestro derecho privado (...)"*<sup>370</sup>.
- 35.- La lectura del Derecho civil debe realizarse a partir del desarrollo progresivo de los derechos fundamentales, que se encuentra recogido en los precedentes vinculantes y la reiterada jurisprudencia constitucional desarrollados por el máximo intérprete de la Constitución. De esta manera, si bien la libertad de contratar es una de las expresiones del principio de autonomía de la voluntad, propio del derecho civil, no podemos soslayar la lectura que realiza el Tribunal constitucional con y desde la Constitución.

### **2.2.1. Desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional a propósito de los principios de libertad de contratar y libertad contractual**

- 36.- En el fundamento jurídico 8 de la STC 004-2004-AI-TC se ha establecido que:

*"(...) el derecho a la libre contratación establecido en el inciso 14 del artículo 2º de la Constitución, ha sido enunciado por este Tribunal como: (...) el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y (o jurídicas) para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo –fruto de la*

370 KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho Constitucional Económico*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, pp. 277 a 278.

*concertación de voluntades- debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público.*

*Tal derecho garantiza, prima facie:*

- *Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co celebrante [sic].*
- *Autodeterminación para decidir, de común acuerdo [entiéndase: por común consentimiento], la materia objeto de regulación contractual (...)" (STC 0008-2003-AI-TC, FJ 26)".*

**37.-** El Tribunal Constitucional ha desarrollado, a través de la tutela de los derechos fundamentales, los contenidos propios de la libertad de contratar, los cuales tienen su desarrollo legislativo en los artículos 1351<sup>º</sup> y siguientes del Código Civil de 1984.

**38.-** Respetuosos del desarrollo de esta línea normativa del supremo intérprete de la Constitución, el presente Pleno Casatorio Civil también realizará la interpretación y emitirá sus reglas en base al análisis hermenéutico de la Constitución y las leyes efectuada por este órgano constitucional autónomo, a efectos de dar coherencia y seguridad jurídica a nuestro ordenamiento.

### **3. Sujeto de Derecho**

**39.-** En los sistemas jurídicos se establece que el sujeto de derechos y obligaciones es la persona; sin embargo, como lo veremos posteriormente, la persona jurídica siempre resulta ser un grupo de personas que buscan la consecución de fines comunes, ya sean altruistas o lucrativos; lo cual significa que nos encontramos frente a un ente distinto del ser humano entendido como persona, y por ende el concepto que nos brinda el ordenamiento jurídico abarca mucho más de lo que podemos definir como tal.

**40.-** Para la mayoría de los autores un sujeto de derecho viene a ser "(...) un centro unitario de imputación de derechos y deberes, o más en general, de situaciones jurídicas subjetivas (...)"<sup>371</sup>, razón por la cual deben dejarse de lado aquellas concepciones que lo identifican con el hombre de manera

371 BRECIA, Humberto, Lina BIGLIAZZI GERI, Ugo NATOLI, Francesca D. BUSNELLI. *Traducción de Fernando Hinestrosa. Derecho Civil*, Tomo I, volumen 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1992, p. 96.

ontológica sin tener en cuenta lo que significa para el ordenamiento jurídico la categoría de sujeto de derecho.

- 41.- Entonces, claramente se ha distinguido entre nosotros “(...) *la expresión ‘sujeto de derecho’ de aquella de ‘persona’ (...)*”<sup>372</sup>, por lo que no puede establecerse ninguna sinonimia ni confusión en cuanto a lo que significa el concepto dogmático de un sujeto de derecho como categoría que engloba tanto a las personas naturales como a las personas jurídicas con el concepto de persona entendida como ser humano. Las personas jurídicas, son un sujeto de derecho distinto de sus miembros, razón por la cual este centro ideal normativo es también sujeto de obligaciones y derechos.
- 42.- Pues bien, “(...) *los sujetos jurídicos pueden distinguirse en sujetos individuales o entes colectivos. Los primeros se identifican con las personas físicas (...). Los segundos, se dividen a su vez en entes colectivos reconocidos como personas jurídicas y entes desprovistos de reconocimiento formal (...)*”<sup>373</sup>. Pero estos entes colectivos, que entendemos como personas jurídicas, existen para el ordenamiento jurídico a pesar de ser abstracciones o entequeias, se encuentren o no inscritas en los Registros Públicos, y en consecuencia éstas tienen una realidad jurídica innegable como titulares de situaciones jurídicas subjetivas de ventaja o desventaja.
- 43.- Nosotros consideramos que la categoría jurídica genérica de sujeto de derecho recae tanto en el ser humano y en lo que entendemos como persona jurídica, más allá de ser una creación del derecho que simplifica las situaciones jurídicas subjetivas. Es cierto que el ser humano, ha sido, es y será el actor principal en el desarrollo del derecho, pero negar la existencia de un sujeto de derecho como la persona jurídica porque no es un ser humano implicaría desconocer el desarrollo del derecho a la fecha.

### 3.1. Persona Natural

- 44.- Es indispensable precisar que: “(...) *nos referimos con el término ‘persona’ al hombre, una vez nacido, como individuo, o colectivamente organizado (...)*”<sup>374</sup>; siendo ello así, la persona natural o individual, es el ser humano

372 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas*, Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano, Lima: Grijley, Onceava edición, 2009, p. 3.

373 BRECIA, Humberto y otros, op.cit., p. 107.

374 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, op.cit., p. 3.



nacido, teniendo siempre en cuenta que al concebido se le considera sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, de conformidad con el artículo 1º del Código Civil.

- 45.- La persona natural o “(...) *individual es la categoría jurídica que se le atribuye al ser humano individualmente considerado (...)*”<sup>375</sup>, y que por tanto es un centro unitario de imputación de deberes y derechos.

### 3.2. Persona Jurídica

- 46.- La existencia de un sujeto de derecho como es el caso de la persona jurídica, responde a que ésta resulta ser distinta a los sujetos de derecho que la integran, desarrollándose con ello no sólo una dinámica de las actividades propias de aquélla en la realidad jurídica a través de las situaciones jurídicas subjetivas de ventaja o desventaja en que se encuentre, sino también en la relación interna de quienes conforman la misma; toda vez que no son susceptibles de confusión las voluntades de los integrantes con el acuerdo y posterior manifestación del mismo, por parte de la persona jurídica, al establecerse dos esferas jurídicas diferenciadas, tanto en la adopción de decisiones como en la manifestación de las mismas, así como en la existencia del patrimonio diferenciado de cada uno de estos sujetos de derecho.
- 47.- De esta manera, que: “(...) *estos entes colectivos, queremos puntualizar, existen para el derecho a pesar de ser abstracciones jurídicas, éstos tienen una realidad innegable a tal grado que pueden contraer obligaciones y tener derechos (...)*”<sup>376</sup>. No puede soslayarse el desarrollo de la vida en relación de las personas naturales que constituyen sujetos de derechos individuales, quienes utilizando el ordenamiento jurídico a efectos de facilitar el desarrollo de sus actividades, para obtener fines altruistas o lucrativos, buscan agruparse utilizando para ello los mecanismos que establece el ordenamiento jurídico a fin de realizar en conjunto fines comunes, sean lucrativos o no.
- 48.- Sobre el particular, cabe precisar que: “(...) *en la vida observamos cómo se dan supuestos de hecho en los que hay una pluralidad de personas*

375 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas*, Lima: Editora Jurídica Grijley, Tomo I, Sexta edición, mayo 2012, p. 172.

376 ARANDA RODRÍGUEZ, Ana María. *Responsabilidad Civil de las Personas Jurídicas*. El caso de los daños producidos a través de los órganos constitutivos de las Sociedades Anónimas: Aportes para la modificación del artículo 78º del Código civil de 1984. Tesis con la que optó el Grado de Maestra [sic] en Derecho Civil y Comercial 2006, p. 11.

que se agrupan para conseguir un fin común a todas ellas (...)”<sup>377</sup>. Esta abstracción, en cuanto a la génesis de la persona jurídica, permite que su desarrollo se produzca independientemente de las personas naturales que la componen; sin embargo, la adopción de los acuerdos de éstas deben realizarse en atención a la normativa vigente, teniendo en cuenta que nos encontramos frente a un negocio jurídico, adoptado en base al quórum y mayoría establecida en la ley y los estatutos propios de la persona jurídica, como lo veremos más adelante.

- 49.-** Por ello es que el Código Civil de 1984 estableció en su artículo 78º que: *“La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas”*. No es extraño concluir que existe en la persona jurídica una separación de patrimonios y de responsabilidades, dado que las actividades del ente y su patrimonio son independientes a los integrantes de ésta.
- 50.-** Para efectos del origen de una persona jurídica, se requiere un negocio jurídico plurilateral, que implica una manifestación de voluntad por parte de quienes integran este sujeto de derecho, y que por tanto, buscan los efectos jurídicos que contienen un interés común que deberá ser satisfecho mediante la actividad constante de la persona jurídica, sea ésta lucrativa o que busca fines altruistas. De esta manera, si bien la manifestación de voluntad que se necesita para formar a la persona jurídica, proviene de distintos sujetos de derecho, independientes entre sí, sin embargo, todos ellos tienen como fin la formación de la persona jurídica.
- 51.-** Una vez formado este centro unitario de derechos y deberes, persona jurídica, las voluntades de sus integrantes ya no son independientes, sino dependientes entre sí para la formación de las decisiones que se tomen en los órganos de gobierno de este sujeto de derecho, con la característica de ser un intercambio de opiniones e ideas que emanan de cada uno de los integrantes de la persona jurídica; produciéndose la toma de decisiones a través del quórum y la votación correspondiente de conformidad con la ley y los estatutos respectivos.

377 DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil. Introducción, Derecho de la Persona, Autonomía Privada, Persona Jurídica*, Madrid: Editorial Tecnos, Volumen I, Décima Edición, Segunda reimpresión, 2002, p. 575.

### 3.2.1. Persona Jurídica Lucrativa

- 52.- Con relación a este tipo de persona jurídica, corresponde señalar que: *“(...) la nueva LGS opta por un criterio diferente (...) al definir el objeto de todas las sociedades como el ejercicio común de actividades económicas, elimina de plano las distinciones tradicionales sobre fines de lucro o de especulación mercantil (...)”*<sup>378</sup>. Si bien excede al presente Pleno Casatorio Civil el tratamiento de las personas jurídicas lucrativas, resulta pertinente destacar que su finalidad se orienta al reparto de utilidades entre sus socios, dado que para ello se han conformado éstas, a través del negocio jurídico plurilateral de quienes han decidido su constitución a través del contrato de sociedad, en base a la manifestación de sus integrantes.
- 53.- Corresponde puntualizar también que: *“(...) la finalidad económica de las sociedades civiles, la actual LGS, en su artículo 295º, ratifica expresamente que estas tienen un fin común de carácter económico, el cual debe ser realizado mediante el ejercicio personal de una profesión, oficio, pericia, práctica u otro tipo de actividad personal, por alguno, algunos o todos los socios, estando dicho requisito formal relacionado con el modo en que tales sociedades ejecutan sus operaciones, a efectos de alcanzar su finalidad común (...) el fin económico de las sociedades mercantiles, este es inherente a su propia naturaleza, motivo por el cual se suele utilizar en los negocios y, en general, en todo tipo de actividad económica (...)”*<sup>379</sup>.
- 54.- No deben confundirse los ámbitos propios de una persona jurídica no lucrativa con lo que implica una persona jurídica lucrativa, entendida como sociedad civil o sociedad mercantil, dado que los fines que buscan ambos tipos de personas jurídicas son distintos; en el caso de las personas jurídicas lucrativas el reparto de utilidades entre sus socios resulta ser inherente a su naturaleza, en cambio, en el caso de una persona jurídica no lucrativa su objeto se orienta a la consecución de fines comunes altruistas.

378 ELIAS LAROZA, Enrique. *Ley general de Sociedades Comentada*. Fascículo Primero (artículos Nº 01 al Nº 49), Lima: Editorial Normas Legales, 1998, p. 10.

379 HUNDSKOPF EXCEBIO, Oswaldo. *Manual de Derecho Societario*. Lima: Gaceta jurídica Segunda Edición Actualizada, revisada y aumentada, febrero 2012, p. 25.

### 3.2.2. Persona Jurídica No Lucrativa

- 55.-** Con relación a la persona jurídica no lucrativa, “(...) el carácter lucrativo o no de una persona jurídica está definido en la relación entre los integrantes y la persona jurídica. Los miembros de una persona jurídica lucrativa buscan en el desarrollo de la actividad de la misma, la generación de un excedente con el propósito de dividirse entre sí las utilidades (...). En cambio, en las personas jurídicas no lucrativas, la actividad que éstas desarrollan no descarta la generación de excedentes (p. ej. un bingo o espectáculo organizado por un club). Lo que ocurre es que dichos excedentes no pueden estar destinados a la división y reparto de los mismos entre quienes integran la persona jurídica (en nuestro ejemplo, entre los socios del club) (...) debe diferenciarse la realización de actividades económicas por la persona jurídica de la búsqueda de un fin lucrativo. Que una persona jurídica sea o no lucrativa no depende de la actividad que realice, sino de la manera cómo sus integrantes se relacionan con ella; es decir, si estos buscan o no en la realización de dichas actividades un beneficio propio mediante el reparto de utilidades (...)”<sup>380</sup>.
- 56.-** Sobre el particular, cabe precisar que es a partir de las relaciones internas de la persona jurídica, en donde se podrá apreciar el reparto o no de utilidades entre sus miembros a propósito de la actividad que desarrolla; sin embargo, lo característico de las personas jurídicas no lucrativas es justamente la realización de las actividades que le son propias pero no a propósito de la distribución de excedentes económicos o utilidades, como es el caso de las personas jurídicas lucrativas, se trate de sociedades civiles o sociedades mercantiles, conforme lo hemos señalado precedentemente.
- 57.-** La persona jurídica no lucrativa no tiene como finalidad repartir utilidades de los excedentes que genera en base a las actividades económicas que realiza. Establecer ello como premisa desnaturalizaría, como en nuestro caso, la finalidad altruista que se propone desarrollar este sujeto de derecho por intermedio de esas actividades económicas; toda vez que, no podemos esperar que una persona jurídica no lucrativa despliegue sus actividades sin que exista de por medio una fuente de financiamiento para lograr su finalidad.
- 58.-** Presentamos a continuación, a las principales personas jurídicas no lucrativas desarrolladas por la normativa vigente, cuyo tratamiento

380 DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, Javier. *Invirtiendo en el Perú*, Lima: Editorial Apoyo, 1994, pp. 336 a 364.

sucinto en el presente Pleno Casatorio Civil, no implica una enumeración cerrada de éstas por parte de nuestro ordenamiento jurídico:

### 3.2.2.1. Fundación

- 59.- Este sujeto de derecho parte del supuesto de hecho de la existencia de *“(...) un patrimonio afectado a un fin, al cual se dota de una organización cuyo rol es administrar dicho patrimonio para los propósitos fijados por los fundadores (...)”*<sup>381</sup>. La constitución de este sujeto de derecho busca la consecución de un fin altruista fijado de antemano por quien es el fundador que justamente constituye a la fundación.
- 60.- Por tanto, es *“(...) una organización creada para la gestión de un patrimonio autónomo destinado y vinculado de manera tendencialmente perpetua a la obtención de un fin socialmente relevante preestablecido por el fundador (...)”*<sup>382</sup>, en ello estriba el carácter no lucrativo de este sujeto de derecho; toda vez que la afectación del patrimonio está destinado a la consecución de un fin valioso fijado de antemano por el titular o fundador, el cual es ineludible para el logro de su finalidad.
- 61.- La fundación se constituye en *“(...) un sujeto de derecho que administra uno o más bienes que dejaron de pertenecer al patrimonio del fundador o de los fundadores y que, por tanto, responde por las obligaciones contraídas por dicho sujeto en el curso de sus actividades (...)”*<sup>383</sup>; teniendo en cuenta que las obligaciones existentes deben ser cumplidas en los términos pactados, a lo cual no puede sustraerse el patrimonio afectado por el fundador.

### 3.2.2.2. Comité

- 62.- Con relación a este sujeto de derecho se puede afirmar que *“(...) se constituye por la libre iniciativa de una pluralidad de personas que se organizan para recaudar aportes del público destinados a la realización de una finalidad altruista (...)”*<sup>384</sup>.
- 63.- Este aparato organizativo cobra titularidad para el derecho, a efectos de canalizar los aportes de quienes buscan un fin altruista, y su finalidad

381 DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, Javier, op.cit., pp. 367 a 368.

382 BRECIA, Humberto y otros, op.cit., p. 256.

383 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, op.cit., p. 425.

384 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, op.cit., p. 434.

es justamente constituirse como un ente que brinde la seguridad que otorga el ordenamiento jurídico para la aportación de fondos para estos fines.

### 3.2.2.3. Asociación

- 64.- Es “(...) una organización de personas que es el único modo en que los hombres actúan cuando se reúnen para cumplir determinados fines valiosos (...)”<sup>385</sup>. Constituye una agrupación de personas naturales y/o jurídicas agrupadas en torno a un fin no lucrativo, a efectos de canalizar un esfuerzo altruista común a todos sus integrantes.
- 65.- Sin embargo, debemos tener presente que una persona jurídica no lucrativa también realiza actividades económicas a propósito del fin que persigue, lo cual es diferente al típico reparto de utilidades propio de las personas jurídicas lucrativas, porque en este caso constituye su finalidad ineludible, lo cual no se produce en este sujeto de derecho, máxime cuando de requerirles cuotas a sus asociados, ello se debe al mantenimiento propio de la Asociación, a efectos de darle continuidad en el tiempo a ésta y a sus actividades; asimismo, de producirse un excedente, éste se dedicará al logro del fin altruista fijado en sus estatutos.
- 66.- Uno de los puntos que debemos destacar respecto de esta persona jurídica no lucrativa es que: “(...) la organización es nota esencial de toda asociación, distinguiéndola de un mero conglomerado de personas, y es el entramado normativo por el que se va a regir la actividad de los asociados en cuanto tales, entramado en el que se contienen las prescripciones correspondientes a los órganos que van a dirigir y representar al ente jurídico creado (...)”<sup>386</sup>. No solamente los agrupa un fin altruista, los agrupa este tipo especial de organización para el logro de este fin.

#### 3.2.2.3.1. Finalidad de la Asociación

- 67.- La existencia de cooperación en las relaciones intersubjetivas no es ajena al desarrollo de los ordenamientos jurídicos, máxime cuando el reconocimiento del derecho de asociación es constitucional en sede interna e incluso supranacional si apreciamos los tratados de derechos

385 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, op.cit., p. 283.

386 DÍEZ-PICAZO, Luis y otro, op.cit., p. 589.

humanos de los que es signatario el Perú, y que por tanto constituyen norma vigente entre nosotros.

- 68.-** Nos encontramos frente a personas jurídicas no lucrativas, en donde el reparto de utilidades no es la razón de la conformación de éstas, y en caso que se produjeran, las mismas pasarán a sustentar el logro de la finalidad altruista de la Asociación; toda vez que en estos sujetos de derecho no existe ánimo de lucro, lo que existe en ellas es la promoción de valores sustentados en la dignidad humana, desarrollando actividades culturales, científicas, deportivas, sociales, entre otras, para lo cual se requiere de dinero, por los gastos necesarios no sólo para su inscripción en los Registros Públicos, cuando ello se produce, sino también la implementación de su funcionamiento, sea a través de locales, recursos materiales y humanos, con los cuales buscará la realización de sus propósitos valiosos, pero ello no implica un afán crematístico, todo lo contrario, se requiere de dinero para realizar esta finalidad.
- 69.-** Una persona jurídica no lucrativa como es el caso de la Asociación Civil tiene siempre como fundamento a su estatuto, en el cual se regula “(...) *su organización, en el mismo se precisa sus fines, su sistema operativo, el rol o funciones de sus diversos órganos, la persona jurídica es a nivel sociológico-existencial, un grupo humano que se reúne para perseguir una finalidad de suyo valiosa (...) que sólo se logra mediante una adecuada organización (...)*”<sup>387</sup>. De esta manera la Asociación se constituye para lograr fines culturales, sociales, deportivos, científicos, y para ello la estructura de la misma está claramente establecida a fin de lograr la consecución de estos fines dignos de tutela por el ordenamiento jurídico los cuales están claramente establecidos en el estatuto de la Asociación, conforme lo hemos señalado precedentemente, y que por cierto, no deben ser contrarios a las normas que interesan al orden público ni a las buenas costumbres, que constituyen cláusulas de exclusión establecidas para la salvaguarda del sistema en su conjunto, y por ende, constituyen la expresión del esfuerzo conjunto de sus integrantes.
- 70.-** Sin perjuicio de lo antes mencionado, el fin de toda Asociación es lícito, de lo contrario, no podrá ser creada conforme lo establece la normativa vigente, por cuanto ésta se constituye con una declaración de voluntad, la cual debe contar con los requisitos propios de todo negocio jurídico, y si ello no es así, si el fin resulta ser ilícito, ésta puede y tiene que ser necesariamente disuelta.

387 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, op.cit., p. 425.

71.- Reiteramos entonces que la finalidad no lucrativa de una asociación no se define por la actividad que realiza, sino por la relación interna entre los asociados y la persona jurídica asociativa. Lo que se produce en todo caso, cuando se realiza una actividad económica, a propósito de la finalidad altruista, es la reinversión de todos los excedentes a su objeto social; toda vez que no se prohíbe que la asociación genere utilidades, cuando éstas deben utilizarse para pagar a sus trabajadores, etc., y de existir una diferencia positiva no se la debe distribuir entre sus miembros, a diferencia de lo que sucede en una sociedad mercantil regulada por la Ley General de Sociedades.

72.- EL artículo 80º del Código Civil señala que *La [sic] asociación es una organización estable de personas naturales o jurídicas, o de ambas, que a través de una actividad común persigue un fin no lucrativo, y es en base a esta definición de la citada disposición normativa que podemos establecer asociaciones deportivas, religiosas, culturales, etc., e incluso puede ser utilizada para representatividad de gremios empresariales o sindicales, buscando la tutela de sus intereses y su representatividad frente al Estado.*

73.- En ese sentido, toda persona jurídica, independientemente que sea lucrativa o no, tiene una organización interna; sin embargo, en el caso de las personas jurídicas no lucrativas el Código Civil es escueto a diferencia de la Ley General de Sociedades.

74.- Sobre el particular, cabe precisar que el numeral 4 del artículo 82º de la norma anotada se refiere al Consejo Directivo (órgano de administración) y a la Asamblea General, que se constituye como órgano máximo de la Asociación, cuyas atribuciones se encuentran establecidas en el artículo 86º del Código Civil, constituyendo ambos órganos asociativos los mínimos legales obligatorios.

75.- Adicionalmente, es pertinente referir que la competencia de la Asamblea General de asociados es indelegable, al ser acuerdos de competencia exclusiva, por la trascendencia de los acuerdos a adoptarse.

### **3.2.2.3.2. El derecho de voto de los asociados**

76.- El artículo 88º del Código Civil establece que: *“Ningún asociado tiene derecho por sí mismo a más de un voto”*. De esta manera, el legislador ha regulado el derecho al voto que corresponde a cada uno de los integrantes de la Asociación y que en concordancia con el quórum y mayoría correspondientes, establecidas conforme a ley, permiten



señalar la existencia de los acuerdos para la marcha de la Asociación, por tanto esta es la declaración de voluntad de la persona jurídica no lucrativa Asociación Civil, centro de imputación de derechos y deberes.

- 77.- Estas decisiones adoptadas por la Asociación son las que posteriormente se externalizarán por medio de actos que realizan los órganos que constituyen la persona jurídica no lucrativa, a fin de lograr el objeto por el cual se ha formado, sea para fines culturales, deportivos, sociales, etc.
- 78.- Cada asociado tiene un solo voto, buscando con ello evitar el entorpecimiento de la marcha de esta persona jurídica y con ello el inmovilismo, que justamente es contrario a su establecimiento y promoción; toda vez que su existencia se debe a la confluencia de esfuerzos a fin de dinamizar el entramado social en aras de un fin altruista.
- 79.- El ponente del Libro de Personas en el Código Civil de 1984 ha señalado, con relación al artículo 88º de la norma antes precisada que: *“(...) se estimó adecuado establecer una norma que prescribiera imperativamente que cada asociado tiene derecho, por sí mismo, a sólo un voto. La limitación en el ejercicio de tal derecho salvaguarda el principio de la igualdad de todos los asociados y el respeto a la decisión de la mayoría (...)”*<sup>388</sup>. De lo contrario, la marcha de la Asociación en los términos de realización de fines altruistas de sus integrantes encontraría limitaciones en la adopción de acuerdos.
- 80.- De esta manera, la relación entre el integrante de la Asociación y la Asociación es intuición persona, es una relación personal, desde que un asociado implica un voto en la adopción de los acuerdos, máxime cuando la calidad de asociado es intransferible de conformidad con el artículo 89º del Código Civil. Es más, el ejercicio de este derecho de voto también debe ser ejercitado de manera diligente en el marco de la normativa asociativa y los estatutos de la Asociación Civil.

### 3.2.2.3.3. Los acuerdos de las Asociaciones o actos asamblearios

- 81.- La manifestación de la voluntad de los actos emitidos en una persona jurídica, sea esta lucrativa o no, debe ser debidamente meditada en su formación y sobre todo en su declaración.
- 82.- Por ende los actos de la Asociación solamente se externalizan sí y solo sí se adoptan adecuadamente, es decir si sus acuerdos provienen de

la votación de sus integrantes en el marco del quórum y la mayoría establecida por sus estatutos y la normativa vigente; y es partir de ello que los terceros pueden llegar a correlacionarse con la persona jurídica asociativa, pero nunca influyendo en las decisiones que ésta adopta.

- 83.-** Este Pleno Casatorio Civil aprecia que los vicios denunciados y que serán materia de análisis, se encuentran en los acuerdos adoptados por la Asociación de Vivienda Chillón, al indicarse que se presentan defectos en su manifestación de voluntad y que incluso incurrir en simulación absoluta, y es a partir de ello que podemos señalar que el cuestionamiento de tales acuerdos inciden en la declaración de voluntad de esta persona jurídica no lucrativa.
- 84.-** Sobre este punto, cabe señalar que: “(...) *al modo de formación del acuerdo, el llamado método colegial o de asamblea, se atribuye la virtud de transformar una pluralidad de declaraciones individuales, los votos de los socios singulares, en una nueva voluntad unitaria: la ‘voluntad colectiva’, formada por la asamblea (...)*”<sup>389</sup>, por ello es que esta voluntad colectiva tiene como fundamento a la voluntad de los integrantes del órgano colegiado, como en el presente caso, de la asamblea general, voluntad que se forma a partir de las reglas del quórum y mayorías establecidos en la normativa vigente, y que son el resultado del debate interno de los asociados, lo que finalmente produce el acuerdo. La particular abstracción de la que el ordenamiento ha dotado a la persona jurídica no lucrativa, asociación, se aprecia a través de la forma de expresarse de ésta.
- 85.-** Se debe tener presente que: “(...) *cuando el negocio subjetivamente complejo no se configura bajo la especie de un contrato entre dos partes contrapuestas entre sí, y asume, más bien, como acuerdo en sentido estricto, la forma de un acto “colegial” –el acuerdo de una asamblea, por ejemplo– se tiene un haz de declaraciones concordantes (...)*”<sup>390</sup>. Por ello, cuando los integrantes individuales de la persona jurídica adoptan los acuerdos, con el quórum y mayoría requerida por la ley, conforme al artículo 87º del Código Civil, lo que realizan no puede ser calificado como un contrato, acuerdo de voluntades a través del consentimiento, sino que es la declaración de voluntad de la persona jurídica no lucrativa, a través de una votación con el quórum correspondiente

389 GALGANO, Francesco. *El Negocio Jurídico*, Traducción realizada por Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa, Valencia: Tirant lo Blanch, 1992, p. 238.

390 BETTI, Emilio. Reflexiones Sobre la Noción Negocio Jurídico. Traducción de Leysser L. León. En: *Teoría General del Negocio Jurídico. Cuatro Estudios Fundamentales*, Lima: ARA Editores, 2001, p. 47.

para señalar el camino de la asociación en la prosecución de sus fines altruistas, es por tanto un negocio jurídico unilateral como veremos posteriormente.

- 86.-** Se forma de esta manera “(...) un negocio unitario atribuible a la comunión, sin importar el hecho de que ésta hubiera llegado a erigirse, o no, en un organismo distinto de los miembros. Lo que ocurre es que las declaraciones concordantes se suman y se funden en una síntesis únicamente en relación con la decisión a adoptar para la tutela del interés común, o para el cumplimiento de la función; la estructura de intereses plasmada por la mayoría de los votos es evaluada, a su vez, por el ordenamiento jurídico, pero sólo como un negocio o acto imputable a la comunión y vinculante para ella (...)”<sup>391</sup>. Con ello apreciamos que la declaración de voluntad de este sujeto de derecho constituye un negocio jurídico imputable a éste y no a la pluralidad de miembros del órgano colegiado, como en nuestro caso, la asamblea de la Asociación Civil, persona jurídica no lucrativa.

### **a) Quórum y formación de acuerdos**

- 87.-** En el caso específico de las Asociaciones Civiles, el artículo 87º del Código Civil establece que:

*“Para la validez de las reuniones de asamblea general se requiere, en primera convocatoria, la concurrencia de más de la mitad de los asociados. En segunda convocatoria, basta la presencia de cualquier número de asociados. Los acuerdos se adoptan con el voto de más de la mitad de los miembros concurrentes.*

*Para modificar el estatuto o para disolver la asociación se requiere, en primera convocatoria, la asistencia de más de la mitad de los asociados. Los acuerdos se adoptan con el voto de más de la mitad de los miembros concurrentes. En segunda convocatoria, los acuerdos se adoptan con los asociados que asistan y que representen no menos de la décima parte.*

*Los asociados pueden ser representados en asamblea general, por otra persona. El estatuto puede disponer que el representante sea otro asociado.*

*La representación se otorga por escritura pública. También puede conferirse por otro medio escrito y sólo con carácter especial para cada asamblea”.*

391 Ibid.

- 88.-** Al encontrarnos frente a una Persona Jurídica, sea lucrativa o no lucrativa, “(...) *el voto es la máxima expresión de la voluntad del asociado (...)*”<sup>392</sup>; y es justamente en el ejercicio de ese derecho al voto, que debe ser ejercitado de manera responsable y diligente, que cada uno de los miembros de la asociación, personas naturales ó [sic] jurídicas, en cuanto a su voluntad individual, forman la voluntad de la persona jurídica asociativa, conforme al método colegial precedentemente citado.
- 89.-** Si bien la persona jurídica no lucrativa, Asociación Civil, es un sujeto de derecho diferente de las personas naturales o incluso jurídicas que la conforman, de acuerdo al artículo 78º del Código Civil, su voluntad se forma en la asamblea general de asociados, y se expresa en la adopción de acuerdos, los cuales se obtienen a partir de mayorías y quórum establecidos por la ley. En nuestro caso particular, ello se encuentra estatuido en el artículo 87º de la norma anotada.
- 90.-** Conforme puede apreciarse, la adopción de acuerdos en la asamblea general es por mayoría simple, al establecerse que el voto con el cual se adoptan éstos corresponde a los de más de la mitad de los miembros concurrentes, con lo cual no nos encontramos frente a una mayoría calificada, de más de la mitad de los asociados inscritos; toda vez que ello implicaría la inmovilidad de la asociación, y su total obsolescencia, cuando no su inutilidad.
- 91.-** Con relación “(...) *al número de asistentes, debe tomarse en cuenta que se trata de un quórum mínimo y nada obsta para que el estatuto solicite mayorías más altas para la toma de acuerdos, incluso, podría llegar a requerir la presencia del total de asociados para tal efecto (...)*”<sup>393</sup>. La paralización de las actividades de la asociación o de cualquier otra persona jurídica, no es el objetivo de la normativa vigente, todo lo contrario, se busca que su actuación sea dinámica dentro del marco del orden jurídico, y lo que se ha establecido es un mínimo para que desarrollen sus actividades, pudiéndose fijar en el estatuto números mayores en cuanto a la adopción de acuerdos, teniendo al principio de autonomía de la voluntad en resguardo de tal objetivo. Siendo ello así, la previsión normativa establece un mínimo legal para efectos de la marcha de la asociación dentro de los cánones regulatorios actuales.

392 SALAZAR GALLEGOS, Max. Artículo 87º.- Quorum y Representación de Asociados. En: *Código Civil comentado. Comentan 209 especialistas en las diversas materias del derecho civil*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo I, Segunda Edición, Primera reimpresión, Agosto de 2007, p. 331.

393 SALAZAR GALLEGOS, Max, op.cit., p. 332.

- 92.- Lo que debemos tener presente en una persona jurídica, lo reiteramos, es que la formación de su voluntad es muy especial, no es una persona natural la que va a señalarnos a través de un proceso volitivo y comunicacional su decisión, no, lo que tenemos son márgenes legales previamente establecidos, con los cuales se precisa mínimamente la formación de esta voluntad de la entelegalia jurídica, a efectos de expresar esta decisión a través de la adopción del acuerdo, primero verificando el quórum, y luego con la votación correspondiente; requisitos que son copulativos en la formación de la voluntad de la Asociación Civil.
- 93.- Asimismo, “(...) *el método asambleario opera como instrumento de protección de las minorías: les permite ser previamente informadas del objeto de los acuerdos, de participar en una discusión que preceda a la votación y en el curso de la cual defender, en contradicción con la mayoría, su propio punto de vista. Pero el acuerdo, en cuanto tomado en una asamblea regularmente convocada y fruto de la discusión entre mayoría y minoría, es siempre voluntad de la mayoría, y vinculante también para la minoría (...)*”<sup>394</sup>. En efecto, la adopción del acuerdo por la mayoría expresa finalmente la voluntad de la Asociación, pero ésta tiene que ser regularmente decidido a través de los quóruns y mayorías establecidas en la normativa vigente, así como con el total respeto a las posiciones de la minoría contrarias al acuerdo. Sin embargo, una vez que se ha tomado el acuerdo que regula el desenvolvimiento de la Asociación Civil, éste somete a la minoría quedando a salvo el derecho de ésta para impugnarlo dentro de los plazos preestablecidos en la norma sustancial, si es que vulnera la ley o el estatuto, en el ejercicio diligente de su derecho conforme lo veremos más adelante.
- 94.- Corresponde destacar también, que por previsión normativa se ha establecido la reserva de un quórum calificado para “(...) *dos temas o decisiones de particular importancia: la modificación del estatuto y la disolución de la asociación (...)*”<sup>395</sup>. Los asuntos precedentemente señalados son absolutamente trascendentes en la marcha de la Asociación Civil, y constituyen hitos en la continuación o no de esta persona jurídica no lucrativa, por ello la preocupación del legislador en establecer un número mínimo de votación, en la primera convocatoria de más de la mitad de los miembros concurrentes, y en la segunda convocatoria de asociados que representen no menos de la décima parte.

394 GALGANO, Francesco, op.cit., p. 240.

395 SALAZAR GALLEGOS, Max, op.cit., p. 333.

### 3.3. Situaciones Jurídicas Subjetivas

- 95.- Todo sujeto de derecho, sea una persona natural o jurídica, despliega sus actividades de acuerdo a “(...) ‘situaciones’, o ‘posiciones’ en las cuales las reglas del derecho ‘colocan’ a una persona (...)”<sup>396</sup>, es decir, se produce un determinado modo o manera de estar de los sujetos de derecho en la vida social que el ordenamiento jurídico valora y tutela a través de la juridicidad.
- 96.- Es importante destacar que las situaciones jurídicas subjetivas abarcan incluso a las relaciones jurídicas; toda vez que pueden existir situaciones jurídicas subjetivas en donde el sujeto de derecho ocupa una situación que merece la tutela del ordenamiento jurídico, sin que exista una relación jurídica intersubjetiva, lo cual en el caso de una persona natural, en términos generales, se da al adquirir la capacidad como sujeto de derecho, que en nuestro caso se produce a los 18 años de edad.
- 97.- La mayoría de los supuestos en el ordenamiento jurídico constituyen situaciones jurídicas relacionales, fruto del carácter social y dinámico del derecho, y es a partir de aquí en donde podemos encontrar a la relación jurídica, que implica la vinculación de dos sujetos de derecho.
- 98.- Pueden establecerse por ello situaciones jurídicas subjetivas de ventaja o situaciones jurídicas subjetivas activas, en donde el titular de la misma se encuentra con preeminencia en función a la tutela que recibe del ordenamiento jurídico, y situaciones jurídicas subjetivas de desventaja o situaciones jurídicas Subjetivas pasivas, en este último supuesto se limita la libertad de la persona mediante la realización de un comportamiento determinado.
- 99.- Siendo ello así, son casos de situaciones jurídicas de ventaja el derecho subjetivo<sup>397</sup>, el poder<sup>398</sup>, la facultad<sup>399</sup>, y el derecho potestativo<sup>400</sup>.

396 ZATTI, Paolo. Las Situaciones Jurídicas. En: *Revista Jurídicas del Perú*, Lima: Editora Normas Legales, Año LV, N° 64, Setiembre/Octubre 2005, p. 358.

397 ZATTI, Paolo, op.cit., p. 365. *El derecho subjetivo es la situación jurídica de una persona a la cual una norma asegura la posibilidad de satisfacer un cierto interés económico o moral.*

398 ZATTI, Paolo, op.cit., p. 362. *El poder es la situación del sujeto que puede eficazmente realizar un acto.*

399 ZATTI, Paolo, op.cit., p. 361. *La facultad es la situación del sujeto que puede lícitamente realizar un acto.*

400 ZATTI, Paolo, op.cit., p. 376. *En el derecho potestativo el titular del derecho, en estos casos, tiene el poder de determinar un cambio de la situación jurídica, que la otra parte sufre.*

Asimismo, son situaciones jurídicas subjetivas de desventaja el deber<sup>401</sup>, el estado de sujeción<sup>402</sup> y la carga<sup>403</sup>.

**100.-** Una persona jurídica no lucrativa como es el caso de la asociación puede encontrarse en las situaciones jurídicas de ventaja o desventaja, como es el caso del derecho subjetivo, en donde “(...) una norma asegura la posibilidad de satisfacer un cierto interés económico o moral (...)”<sup>404</sup> a un determinado sujeto de derecho, por consiguiente nos encontramos frente a una situación jurídica de ventaja, dado que puede producirse el supuesto en que la Asociación Civil se desenvuelva en el ordenamiento jurídico a fin de satisfacer su fin altruista, desplegando por ello la actividad que le permita la normativa vigente.

**101.-** También puede darse el caso que la Asociación Civil se encuentre frente a una situación jurídica de desventaja en el caso del “(...) deber jurídico [obbligato] para indicar la situación de la persona que debe tener un cierto comportamiento; el que supone obviamente, que una norma jurídica califica la conducta de aquella persona como obligatoria (...)”<sup>405</sup>; sin embargo, se habla de “(...) obligación [obbligazione] (...) cuando un sujeto está obligado a una prestación, es decir un comportamiento directo a satisfacer el interés de otro sujeto; esta prestación, debe ser susceptible de valoración económica, incluso si el interés, que se trata de satisfacer, no es en sí ni de por sí de naturaleza patrimonial (...)”<sup>406</sup>.

**102.-** En conclusión, la Asociación Civil puede encontrarse tanto en una situación jurídica subjetiva de ventaja o desventaja, y por ende, incura en que se realicen conductas que tiendan a satisfacer su interés a través de las relaciones que pueda entablar con terceros o que ésta realice conductas para satisfacer el interés de otro sujeto de derecho, al encontrarse en una situación jurídica de desventaja.

401 ZATTI, Paolo, op.cit., p. 359. *El deber implica la situación de la persona que debe tener un cierto comportamiento.*

402 ZATTI, Paolo, op.cit., p. 363. *La sujeción implica la situación de un sujeto que, sin estar obligado a un determinado comportamiento, sufre la consecuencia del ejercicio de un poder ajeno.*

403 ZATTI, Paolo, op.cit., p. 364. *La carga se refiere a que un cierto resultado puede ser obtenido solo por quien realice (sin estar obligado) un detenido comportamiento.*

404 ZATTI, Paolo, op.cit., p. 366.

405 ZATTI, Paolo, op.cit., p. 359.

406 ZATTI, Paolo, op.cit., p. 377.

## 4. Definición del Negocio Jurídico y su tratamiento en nuestro ordenamiento

**103.-** En el presente punto corresponde tratar al negocio jurídico y su origen como institución, y por ello es pertinente destacar que es a partir del Código Civil Alemán de 1900 (*Bürgerliches Gesetzbuch*) que se lo regula como resultado del desarrollo doctrinario del Foro alemán, por lo tanto corresponde acudir a este ordenamiento a fin de establecer la compatibilidad de esta institución con nuestra normativa vigente y los principios que la inspiran.

### 4.1. Origen y evolución del negocio jurídico

**104.-** Conforme lo hemos anotado precedentemente, la “(...) *doctrina alemana del siglo XIX construyó las bases de la doctrina moderna del Negocio Jurídico (Rechtsgeschäft). La categoría del negotium iuridicum había hallado su primera formulación doctrinal en el Systema Elementare Universae Jurisprudentiae Positivae publicado por Nettelbladt (1719-1791), en 1749 (...)*”<sup>407</sup>.

**105.-** La categoría del negocio jurídico, tiene su origen en la evolución del pensamiento germano, y es la regulación de éste la que nos debe proporcionar los enfoques necesarios para una adecuada interpretación del negocio jurídico aplicable a nuestra cultura jurídica, máxime cuando éste es ajeno a nuestra evolución cultural y normativa, por lo que sólo es posible una adecuada integración a nuestro sistema si la interpretación que se realiza se sustenta en los principios que fundamentan la normativa vigente, toda vez que: “(...) *en ocasiones el legislador toma prestada una regla o una institución esperando que luego pueda aprender como aplicarlas apropiadamente (...)*”<sup>408</sup> con lo cual se desnaturaliza el negocio jurídico, tal cual se entiende en el ordenamiento del que es originario, y que se pretende regular entre nosotros, peor aún, se importan problemas que nos son desconocidos.

**106.-** Es por ello que los conceptos de hecho jurídico, acto jurídico en sentido estricto y negocio jurídico, que cotidianamente tratamos y desarrollamos,

407 MORALES HERVIAS, Rómulo. Código Civil de 1936 y Doctrina peruana: Recepción de la Teoría General del Negocio Jurídico. En: *Proceso & Justicia, Revista de Derecho Procesal*, editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, Nº 05, p. 134.

408 SAAVEDRA VELAZCO, Renzo E. *El negocio Jurídico Testamentario. Contribución al Estudio del Negocio de Última Voluntad*, Lima: Jurista Editores, 2013, p. 50, Cita que corresponde a Rodolfo Sacco.



tanto en las aulas de clase como en el Foro Nacional, así como en la judicatura, deben ser apreciados con actitud crítica respecto del origen y fundamento de éstas en el ordenamiento del cual provienen, a fin de compatibilizarlo con el nuestro, de lo contrario correremos el riesgo de haber realizado una “importación normativa fallida”.

**107-** Teniendo en cuenta lo antes precisado, el negocio jurídico es definido en el Código Civil alemán de 1900, y para ello debe puntualizarse que éste “(...) consolidó legislativamente la teoría sobre el negocio jurídico al regularla en la Sección Tercera del Libro II (Parte General). Así, en la Exposición de Motivos se definió al negocio jurídico como la declaración de voluntad privada, dirigida a un resultado jurídico, que de acuerdo con el orden jurídico se realiza por ser querido (...)”<sup>409</sup>. Lo característico, desde el origen de este cuerpo normativo, con relación al negocio jurídico, de donde lo hemos importado, ha sido la gran importancia que se asigna a la voluntad privada a fin de obtener un resultado jurídico, ello es lo propio del negocio jurídico en los términos de Savigny, para quien “(...) el negocio jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir las relaciones jurídicas (...)”<sup>410</sup>. Pero ello se produjo en los orígenes del negocio jurídico, y debemos tener en cuenta que el ordenamiento jurídico es dinámico así como también lo es la sociedad a la que se pretende regular.

#### 4.1.1 Tesis Voluntarista

**108-** La tesis voluntarista del negocio jurídico, fue la tesis primigenia de éste, estableciéndose como premisa el dogma de la voluntad; toda vez que: “(...) se exige para el negocio jurídico una manifestación cuyo efecto corresponda al contenido de la voluntad (...)”<sup>411</sup>, por ello es que no puede soslayarse que desde un comienzo se ha precisado que: “(...) el negocio jurídico es el instrumento que utilizan las partes para reglamentar sus relaciones jurídicas dentro del límite que la ley les permite. La modificación del estado jurídico es siempre el objeto del negocio y también su efecto, si lo realiza válidamente (...)”<sup>412</sup>. Es a partir de la autonomía privada que los sujetos de derecho pueden reglamentar sus intereses buscando los efectos previstos en la normativa vigente.

409 MORALES HERVIAS, Rómulo, op.cit., p. 135.

410 Ibid.

411 VON THUR, A. *Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán. Los Hechos Jurídicos*. Traducción directa del alemán por Tito Ravá, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Volumen II, 2005, p. 98.

412 VON THUR, A., op.cit., p. 97.

- 109.-** Sin perjuicio de lo antes señalado, el ordenamiento alemán, de donde es originario el negocio jurídico, también se ha pronunciado con relación a los actos jurídicos en sentido estricto, y por ello es que: “(...) si en la noción de negocio se acepta cualquier manifestación de voluntad que tenga efectos jurídicos, también las manifestaciones cuyo efecto no corresponde a la voluntad de las partes entran en la misma categoría y forman en ella un grupo a parte (...) si de acuerdo con la opinión de los redactores del código y de la doctrina desde entonces dominante, se exige para el negocio jurídico una manifestación cuyo efecto corresponda al contenido de la voluntad, las manifestaciones a que acabamos de referirnos no entran en este concepto. Se pueden designar, con un término que aún se emplea en un sentido más amplio, como actos jurídicos (...) integran esta categoría de actos jurídicos, en el sentido más restringido a que nos referimos, las numerosas manifestaciones de voluntad, importantes para la vida jurídica que procuran la realización o la conservación de un derecho (...)”.<sup>413</sup>
- 110.-** Resulta por tanto coherente y sistemática la distinción entre negocio jurídico y acto jurídico en sentido estricto, a partir de la lectura de cómo ambas están reguladas en el ordenamiento jurídico de donde son originarias, conforme a la tesis del voluntarismo antes precisada.
- 111.-** En consecuencia, no se trata de una sustitución de términos jurídicos de manera indistinta ni del uso de términos sinónimos, por lo que no corresponde equiparlos, si es que nos atenemos a la lectura del negocio jurídico y del acto jurídico en sentido estricto reguladas en el ordenamiento del cual fueron trasladados al nuestro. Adicionalmente, puede establecerse que el negocio jurídico “(...) fue delineado por los jusnaturalistas alemanes hacia finales del siglo XVIII y recogida a continuación por los pandectistas, también después de surgir la escuela histórica (...)”<sup>414</sup>, resultando el negocio jurídico un producto de la cultura alemana y de la dedicación de sus juristas al estudio de esta institución.
- 112.-** En ese sentido, la voluntad originaria del negocio jurídico como institución, es decir el fuero interno, correspondía a un efecto previsto en el ordenamiento jurídico, y era lógica consecuencia, que si la voluntad constituía un dogma, ésta dejaba en segundo plano a la declaración de

413 VON THUR, A., op.cit., p. 98.

414 STOLFI, Giuseppe. *Teoría del Negocio Jurídico*. Traducción y notas del Derecho Español por Jaime Santos Briz, Juez de Primera Instancia e Instrucción, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p. XVIII.

la voluntad, esto es a lo que se expresaba, porque lo importante era lo que ocurría en el primer estadio, la formación de la voluntad, no en el segundo estadio, su declaración.

#### 4.1.2. Tesis Declaracionista

**113-** La evolución propia de los ordenamientos positivos, en el caso del negocio jurídico, produjo la contrapartida a la tesis precedentemente señalada, esta es la tesis declaracionista, *“(...) Zitelmann indica que la voluntad y la declaración realizada por los particulares son admitidas por el Derecho positivo como los elementos del negocio jurídico pero la ley era siempre la que creaba los efectos jurídicos. El negocio constituye según su opinión, el supuesto de hecho de los efectos queridos por las partes, el cual sin embargo no coincide siempre con la declaración de voluntad, postulando a veces la ley ulteriores elementos para la producción de tales efectos jurídicos (...) Lehmann especificaba al negocio como el supuesto de hecho cuya parte constitutiva esencial estaba integrada por una o más declaraciones de voluntad, y cuyos efectos se determinaban de acuerdo con el contenido de esas declaraciones (...)”*<sup>415</sup>. Los ordenamientos jurídicos al igual que las sociedades se encuentran en permanente evolución, y la construcción declaracionista muestra ésta para permitir no sólo el desarrollo de la autonomía privada sino la pervivencia de las declaraciones de los sujetos de derecho, más allá de lo que se forma en la voluntad de éstos, para con ello tutelar el contenido de lo que expresan, por lo que el negocio jurídico es más que todo objetividad antes que intencionalidad del sujeto de derecho. Razón por la cual, lo que debe prevalecer para el ordenamiento jurídico es la voluntad declarada antes que la voluntad contenida en el fuero interno.

**114-** Por ello es que: *“(...) el ordenamiento jurídico atribuye efectos jurídicos a la declaración de la voluntad: el comportamiento de los sujetos sociales al realizar intercambios de bienes y de servicios es contemplado en el supuesto de hecho de la norma jurídica para la calificación jurídica por parte del Derecho positivo. Es decir, el negocio jurídico definido como supuesto de hecho y por consiguiente como elemento de la norma jurídica, adquiere una dimensión diferente de las definiciones savignianas y francesas. (...)”*<sup>416</sup>; de esta manera el establecimiento de la normativa declaracionista negocial, responde a la necesidad de intercambios civiles patrimoniales, a fin que los mismos se realicen de manera ágil y segura en base a lo expresado por los sujetos de derecho,

415 MORALES HERVIAS, Rómulo, op.cit., pp. 136 a 137.

416 MORALES HERVIAS, Rómulo, op.cit., p. 137.

toda vez que: “(...) con la teoría de la declaración comienza un proceso de objetivación del intercambio, el cual tiende a perder parte de sus caracteres originarios de voluntariedad (...)”<sup>417</sup>. Buscándose con ello la seguridad en la objetividad que brindan las declaraciones de los sujetos de derecho.

#### 4.1.3. Desarrollos posteriores

- 115-** Las teorías precedentemente señaladas son las iniciales del desarrollo del negocio jurídico; sin embargo, su evolución y estudio, tanto doctrinario como legislativo, han continuado en diferentes ordenamientos extranjeros.
- 116-** Si bien excede al presente Pleno Casatorio Civil desarrollar en extenso las diversas teorías posteriores a las antes reseñadas, es pertinente señalarlas y tenerlas en cuenta, sí y sólo sí la interpretación de las mismas es compatible con nuestro ordenamiento jurídico.
- 117-** Frente a las irreconciliables posiciones voluntaristas y declaracionistas surgieron “(...) las teorías de la confianza y de la responsabilidad, buscando aminorar las consecuencias extremas de la aplicación de la teoría voluntarista, que admite ilimitadamente cualquier supuesto de discrepancia, y de la teoría declaracionista, que no acepta ninguno de esos supuestos de conflicto (...)”<sup>418</sup>, estas nuevas posiciones pretenden acercar las teorías iniciales radicalmente opuestas, y establecer puntos más ponderados al momento de evaluar al negocio jurídico.
- 118-** La teoría de la responsabilidad “(...) busca suavizar los efectos de la teoría voluntarista, en casos de discrepancia prevalecerá la voluntad declarada si dicha discrepancia ha sido querida por el autor de la declaración de voluntad, pues si la misma ha sido involuntaria deberá prevalecer la voluntad interna (...)”<sup>419</sup>, razón por la cual en esta teoría los sujetos de derecho deben respetar lo que declaran, toda vez que son responsables de lo que expresan; en cambio, en el caso de la teoría de la confianza, “(...) debe prevalecer la voluntad interna si el destinatario de la declaración de voluntad, en caso de haber discrepancia, no confió porque se percató de la falta de coincidencia, pues de haber confiado por no haber podido

417 GALGANO, Francesco, op.cit., p. 44.

418 TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Voluntarismo y Declaracionismo dentro del Código Civil peruano. En: *Negocio Jurídico, Contrato y Responsabilidad Civil*, Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, p. 226.

419 TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, op.cit., pp. 226 a 227.

*advertir discrepancia prevalecerá la voluntad declarada (...)*<sup>420</sup>, como regla general privilegia la seguridad jurídica, es decir, lo que está recogido en el negocio jurídico es lo que se tiene en cuenta.

**119.-** Otro de los enfoques del negocio jurídico ha permitido el desarrollo de la teoría preceptiva del mismo, por medio del cual “(...) *el negocio se desenvuelve a través de una declaración o de un comportamiento de naturaleza preceptiva, que no son simples relaciones de la voluntad interna, sino disposiciones ‘con las cuales el particular dicta reglas a sus propias relaciones con otros, (...)*”<sup>421</sup> y ha señalado que el negocio jurídico es “(...) *el acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros (acto de autonomía privada), y al que el Derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico social que caracteriza su tipo (típica en este sentido) (...)*”<sup>422</sup>, el negocio jurídico se presenta en esta teoría como un precepto o mandato interprivado.

**120.-** La teoría axiológica del negocio jurídico es la que propone que: “(...) *en relación con el negocio jurídico, la dificultad surge del hecho de que este es un valor (...) cuyo destino es ser confrontado con el sistema de valores que expresa el ordenamiento jurídico estatal (...)*”<sup>423</sup>, con lo cual los encontramos frente a la compatibilidad de valores privados frente a los que sustentan un ordenamiento jurídico determinado. Siendo ello así, “(...) *la compatibilidad del actuar negocial con los principios del ordenamiento estatal puede ser constatada ex post; el actuar negocial, por decirlo así (y eventualmente) es ‘encontrado’ en los hechos concretos, pero no deriva –como afirma difundidamente en la doctrina– del reconocimiento de un control, ni mucho menos de una autorización (...)*”<sup>424</sup>, de esta manera el negocio jurídico se transforma en un valor que requiere de un análisis posterior para saber si éste resulta ser inválido al no sustentarse en los valores de un ordenamiento jurídico determinado.

**121.-** Con relación a la teoría normativista del negocio jurídico corresponde precisar que: “(...) *estudia las nociones de la autonomía privada y del*

420 TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, op.cit., p. 227.

421 SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico*. Edición, traducción y notas de Leysser L. León, Lima: Editorial Jurídica Grijley, 2004, pp. 84 a 85.

422 BETTI, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico*, Traducción y concordancias con el Derecho español, por A. Martín Pérez, Granada: Editorial Comares. S.L., 2000, p. 57.

423 BATTISTA FERRI, Giovanni. *El Negocio Jurídico*, Traducción y notas de Leysser L. León, Lima: Ara Editores, 2002, p. 135.

424 BATTISTA FERRI, Giovanni, op.cit., p. 134.

*negocio jurídico desde la experiencia normativa excluyendo el 'criterio de la producción de las obligaciones queridas' o el 'criterio de la producción de los efectos jurídicos queridos' (...)*<sup>425</sup>, se dejan de lado las posiciones voluntaristas iniciales del negocio jurídico y la doctrina alemana en esta teoría en particular define "(...) *al negocio jurídico como una norma jurídica (...)* Manigk añadió en su definición un dato relevante en su teoría: *el negocio jurídico como norma jurídica es un elemento del Derecho positivo como fuente de derecho y como supuesto de hecho (...)*"<sup>426</sup>, ingresando de esta manera el negocio jurídico al sistema de fuentes del derecho positivo de todo ordenamiento jurídico. En la misma línea, en Italia se puntualizó que: "(...) *el negocio, y por tanto el contrato, nacen ya como actos normativos en el plano jurídico, porque los privados expresan con el contrato, la potestad, atribuida a ellos por el ordenamiento, de crear normas jurídicas. El contrato nace como fuente de obligaciones, y es tal porque tiene naturaleza de fuente normativa (...)*"<sup>427</sup>, precisando con ello que el negocio jurídico, como en el caso del contrato, constituye una norma jurídica privada.

**122.-** Con relación a todas las posiciones y teorías antes precisadas, u otras que no hayan sido mencionadas, el presente Pleno Casatorio Civil no pretende imponer ninguna teoría ni corriente de pensamiento en especial, únicamente hace notar que corresponde a todos los operadores del derecho, en especial a la judicatura, establecer las lecturas compatibles con nuestro ordenamiento jurídico, a partir de lo que significa el negocio jurídico en su legislación de origen, pero sobre todo de acuerdo a nuestra normativa vigente y los valores que la sustentan.

#### **4.2. El artículo 1075º del Código Civil de 1936**

**123.-** Entre los antecedentes de la regulación que acogió al negocio jurídico en la normativa nacional, concretamente en el ordenamiento civil peruano, citamos el artículo 1075º<sup>428</sup> del Código Civil de 1936, cuyo texto señalaba:

425 MORALES HERVIAS, Rómulo. *Estudios sobre la Teoría General del Negocio Jurídico*, Lima: Ara Editores, 2002, p. 138.

426 MORALES HERVIAS, Rómulo, op.cit., pp. 139 a 140.

427 FERRI, Luigi. *Lecciones sobre el Contrato*. Curso de Derecho Civil. Presentación notas y edición al cuidado de Rómulo Morales Hervias y Leysser L. León, Traducción de Nelvar Carreteros Torres, Lima: Editorial Jurídica Grijley, 2004, pp. Ivi a Ivil [sic].

428 La Exposición de Motivos del Código Civil de 1936, concretamente la que se refiere al libro Quinto, de donde se regula al artículo 1075º del Código Civil.

*Artículo 1075º.- Para la validez del acto jurídico se requiere agente capaz, objeto lícito y observancia de la forma prescrita o que no esté prohibida por la ley.*

**124.-** Esta disposición normativa se refería al acto jurídico, y es por ello que resulta pertinente revisar la exposición de motivos del Código Civil de 1936, en la parte referida al Libro V, elaborada por el Dr. Manuel Augusto Olaechea, quien fuera el ponente del mismo, en donde se encontraba el texto normativo antes precisado.

**125.-** El ponente anotó que: *“(…) el antiguo Código [refiriéndose al Código Civil de 1852] ignora la teoría del acto jurídico y la materia de las obligaciones (...). El Libro Quinto se subdivide en seis secciones que tratan, respectivamente de los actos jurídicos (...) la sección primera se ocupa de los actos jurídicos. Sólo requiere el proyecto para la validez del acto jurídico, agente capaz, objeto lícito y observancia de la forma prescrita, o no prohibida por la ley (...). El Anteproyecto que someto [sic] a la Comisión se ocupa de los actos jurídicos desde el punto de vista de su aptitud para afectar de alguna manera las relaciones de derecho (...). Los hechos humanos que no engendran, modifican o extinguen derechos no interesan realmente al legislador, y se consideran como manifestaciones necesarias del ser racional que los ejecuta en cumplimiento de su destino para satisfacer las aspiraciones inconexas con el derecho (...) si el vínculo jurídico reposa de modo eminente sobre una relación de naturaleza personal, es necesario examinar, en primer término, la capacidad de las personas entre las que se crea el vínculo de derecho. Es igualmente necesario que la cosa esté en el comercio y sea, por lo tanto susceptible de adquirirse o de transmitirse. Y, finalmente, que la forma externa en que la voluntad debe manifestarse sea conforme a ley. (Actas, Fase IV, pág. 206. Ponencia del Dr. M. A. Olaechea)”*<sup>429</sup>

**126.-** La disposición normativa antes señalada y la respectiva exposición de motivos nos presentan los requisitos de validez del negocio jurídico, mas no la concepción dogmática del mismo, la cual será consignada en el artículo 140º del Código Civil de 1984 como lo veremos más adelante.

**127.-** Los estudios doctrinarios con relación al Código Civil de 1936, en especial respecto del artículo 1075º de la norma anotada, establecieron que: *“(…) los hechos voluntarios cuyo efecto es querido por el agente,*

429 GUZMÁN FERRER, Fernando. *Código Civil*, Antecedentes-Concordancias-Exposición de Motivos-Comentarios-Doctrina-Jurisprudencia, Lima, Tomo III, Segunda Edición, 1971, p. 808.

*trátase entonces de lo que se denomina acto jurídico. Este es pues un hecho voluntario, cuyo efecto es querido por el agente (...)*<sup>430</sup>.

**128.-** Al respecto, cabe precisar que es a partir de los conceptos esbozados que incluso puede establecerse que para cierto sector de la doctrina de aquel momento, el acto jurídico, que debemos entender como negocio jurídico, se caracterizaba, por lo que décadas después se estatuyó como la voluntad de los efectos queridos en la realización del mismo, concepción inicial del negocio jurídico en su ordenamiento de origen, de acuerdo a la tesis voluntarista antes precisada.

**129.-** Adicionalmente, la doctrina señaló que: *“(...) es propio de todo acto jurídico que se produzca una manifestación consciente de la voluntad del agente (...)*”<sup>431</sup>, siendo ello así, nunca fue desconocido para el Foro Nacional la existencia de una manifestación de voluntad, la cual justamente no se encuentra taxativamente regulada en la norma en comento, y en razón de ello se precisó que: *“(...) el artículo 1075º es en cierta forma diminuto. No basta la capacidad del agente, la licitud del objeto y la observancia –en su caso– de la forma, para que surja un acto jurídico válido. Se requiere también que la declaración de voluntad, en que se manifiesta el negocio, responda a una determinación seria, destinada a crear un resultado jurídico (...)*”<sup>432</sup>

**130.-** Por ello es que el artículo 1075º del Código Civil de 1936 se encontraba incompleto; toda vez que consignaba a los elementos de validez del acto jurídico, pero no se refería a la manifestación de voluntad que justamente es la que debe reunir a éstos, calificados como *“(...) los elementos esenciales del acto (...)*”<sup>433</sup>. Siendo ello así, éstos se enmarcan en lo que es *“(...) propio de todo acto jurídico que se produzca una manifestación consciente de la voluntad del agente (...)*”<sup>434</sup>, soslayar ello, implica desconocer al negocio jurídico mismo como expresión de la autonomía privada.

**131.-** Es pertinente referir que: *“(...) la Exposición de Motivos del Código Civil alemán define así al negocio jurídico: una declaración privada de voluntad dirigida a la producción de un resultado jurídico, el cual llega a ser tal*

430 LEÓN BARANDIARÁN, José. *Comentarios al Código Civil peruano* (Derecho de obligaciones), Lima: Librería e Imprenta Gil S.A., 1938, p. 10.

431 LEÓN BARANDIARÁN, José, op.cit., p. 11.

432 LEÓN BARANDIARÁN, José, op.cit., p. 27.

433 LEÓN BARANDIARÁN, José, op.cit., p. 21.

434 LEÓN BARANDIARÁN, José, op.cit., p. 11.



conforme al orden jurídico, porque él es querido, (...)”<sup>435</sup>. En ese sentido, era de conocimiento de la doctrina nacional la noción voluntarista del negocio jurídico, sin embargo, se han producido una serie de confusiones lamentables en sus conceptos que no han permitido su desarrollo adecuado.

**132.-** Corresponde señalar que: “(...) en general, la doctrina nacional del Código Civil de 1936 no recepcionó adecuadamente las premisas de las doctrinas francesas y alemanas. Esta inadecuación se centró en la confusión de las teorías voluntaristas y declaracionistas del acto jurídico del negocio jurídico (...)”<sup>436</sup>, apreciándose con ello el uso equivocado de conceptos que corresponden a distintos ordenamientos, sean desde la óptica francesa o alemana, los cuales han ocasionado disimiles interpretaciones por parte de los operadores jurídicos nacionales, que pretendieron corregirse con la regulación del Código Civil de 1984.

### 4.3. El artículo 140º del Código Civil de 1984

**133.-** Artículo 140º del Código Civil de 1984:

El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

1. Agente capaz.
2. Objeto física y jurídicamente posible.
3. Fin lícito.
4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

**134.-** Los antecedentes del artículo 140º del Código Civil de 1984 son los siguientes:

#### **“(...) Proyecto de la Comisión Revisora (1984)**

*Artículo 140º.- El acto jurídico es la manifestación de voluntad, destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez, se requiere:*

1. Agente capaz.
2. Objeto física y jurídicamente posible.

435 LEÓN BARANDIARÁN, José, op.cit., p. 12.

436 MORALES HERVIAS, Rómulo, op.cit., p. 147.

3. *Fin lícito.*
4. *Observancia de la forma prescrita con carácter necesario.*

### **Proyecto de la Comisión Reformadora (1981)**

*Artículo 1º.- Para la validez del acto jurídico se requiere capacidad, declaración de voluntad, objeto físico y jurídicamente posible, finalidad lícita y observancia de la forma prescrita con carácter necesario o que no esté prohibida por la ley.*

### **Anteproyecto de la Comisión Reformadora (Dra. Susana Zusman Tinman y Dr. Manuel de la Puente y Lava/le [sic], 1980)**

*Artículo 1º.- El acto jurídico es la declaración de una o varias voluntades destinadas a crear, regular, o extinguir relaciones amparadas por el Derecho.*

*El acto jurídico produce los efectos jurídicos queridos por el agente y los que eventualmente queda asignarle la ley.*

### **Proyecto de la Comisión Reformadora (1975)**

*Artículo 1º.- Para la validez del acto jurídico se requiere capacidad, consentimiento, objeto físico y jurídicamente posible, finalidad lícita y observancia de la forma prescrita con carácter necesario o que no esté prohibida por la ley (...)"<sup>437</sup>.*

- 135.-** En base a los sucesivos proyectos que presentamos precedentemente es que se llegó a la definición que ahora tenemos en el artículo 140º del Código Civil, que ha sido objeto de disímiles interpretaciones, tal como puede apreciarse en los Proyectos de la Comisión Reformadora de 1975 y 1981 sólo se establecen los requisitos de validez del negocio jurídico; sin embargo, es en el Anteproyecto de 1980 de la citada Comisión en que en primer lugar se habla de declaración de voluntad para luego en la Comisión Revisora de 1984 cambiar el término por manifestación de voluntad a fin de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas.
- 136.-** Si bien "(...) se ha considerado necesario dejar establecido que el acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, supliéndose, así el vacío

437 REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. Código Civil, *Antecedentes Legislativos. Comparación con el Código de 1936*, Tomo I, Segunda Edición, 1988, pp. 139 a 140.

del Código de 1936 (...)”<sup>438</sup>, ello no ha sido óbice para señalar la inadecuada interpretación de la institución del negocio jurídico en nuestra normativa vigente, razón por la cual incluso cierto sector de la doctrina ha señalado “(...) que debe eliminarse la definición de acto jurídico contenida en el artículo 140º, debiendo mantenerse únicamente la segunda parte referida a los requisitos de validez (...)”<sup>439</sup>, premisa con la que estamos en desacuerdo, requiriéndose en cambio la correcta interpretación de la citada disposición normativa de manera que sea compatible con nuestro ordenamiento y los principios que lo sustentan.

**137-** A propósito de lo antes señalado, debe tenerse en cuenta que en el negocio jurídico “(...) no es el sujeto el que decide cuándo un hecho es o no un acto jurídico, o cuándo es un acto jurídico en sentido estricto o un negocio jurídico, sino que ello depende exclusivamente de la valoración del ordenamiento jurídico. Los efectos jurídicos son siempre atribuidos o concedidos por el derecho, no son nunca creación de la voluntad del sujeto o de las partes (...)”<sup>440</sup>, por consiguiente, los sujetos de derecho son los que establecen el propósito o finalidad que quieren alcanzar pero finalmente será el ordenamiento jurídico quien acogerá éstos o no. Este es el negocio jurídico que tenemos regulado, no la anarquía del individualismo que pretende convertir todo lo que se acuerda en un estatuto negocial sin tomar en cuenta lo que establece el ordenamiento, cual si éste sólo tuviera un papel meramente referencial, lo cual es falso.

**138-** Lo que ocurre finalmente con el negocio jurídico es la autorregulación de intereses privados de los sujetos de derecho, y con ello no nos estamos refiriendo a una regulación del sistema de fuentes legales de nuestro ordenamiento, sino que se establece este estatuto negocial a partir del ejercicio de la autonomía privada de los sujetos de derecho, a efectos de obtener una finalidad práctica que éstos buscan en base a la normativa vigente a fin de satisfacer sus intereses y será en último término el ordenamiento jurídico el que establecerá si este propósito o finalidad perseguida se adecua o no a éste.

438 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Exposición de Motivos y Comentarios al Libro II del Código Civil Acto Jurídico. Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*, Tomo IV, Tercera Edición, 1988, p. 272.

439 TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato*, Lima: Editora Jurídica Grijley, 2002, p. 33.

440 TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, op.cit., p. 36.

**139.-** Sin perjuicio de lo antes señalado, tal cual se encuentra nuestro Código Civil “(...) *la orientación adoptada es claramente declaracionista sobre la base del artículo 168º, que señala que para interpretar el acto jurídico se debe tomar en cuenta únicamente la voluntad manifestada, debidamente concordado con los artículos 201º y 194º, que al haber optado por la teoría de la confianza, están admitiendo de manera implícita el sistema declaracionista, no existiendo ningún artículo dentro de este libro que nos permita sugerir que la orientación es voluntarista (...)*”<sup>441</sup>

**140.-** Siendo ello así, de conformidad con la normativa vigente, una de las interpretaciones posibles nos muestra que tanto el artículo 140º como lo regulado en el Libro II del Código Civil de 1984, responden a la teoría declaracionista del negocio jurídico.

#### **4.4. La Ineficacia en los negocios jurídicos**

**141.-** Las categorías jurídicas muchas veces son áridas en su explicación y desarrollo dogmático pero “(...) *la relevancia particular del negocio jurídico no constituye una mera abstracción conceptual; ella repercute, por el contrario, en la producción de sus efectos (...)*”<sup>442</sup>, que constituyen el propósito de la celebración del negocio jurídico, y justifican plenamente tanto su regulación como su tutela a través de los mecanismos previstos en la normativa vigente, en aras de la autonomía negocial de las partes; sin embargo, la aparición de negocios que contienen vicios también es objeto de un tratamiento específico por parte del ordenamiento.

**142.-** Por ello es que la validez de todo negocio jurídico implica el cumplimiento de los elementos, presupuestos y requisitos propios de la estructura negocial, los cuales de no producirse implican la ineficacia del negocio jurídico que: “(...) *es ante todo, una sanción, si por sanción entendemos la reacción del ordenamiento jurídico ante una infracción (...)*”<sup>443</sup>, esta infracción ocasiona que el sistema jurídico, a efectos de corregir el surgimiento de negocios con vicios, sean originarios o sobrevenidos, procure eliminarlos, como regla general del sistema a través del ejercicio de las pretensiones reguladas por la normativa vigente, tanto de nulidad como de anulabilidad.

441 TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, op.cit., p. 229.

442 SCOGNAMIGLIO, Renato. El Negocio Jurídico: Aspectos Generales. En: *Teoría General del Negocio Jurídico. 04 Estudios Fundamentales*, Lima: Ara Editores, 2001, p. 177.

443 DÍEZ-PICAZO, Luis y otro, op.cit., p. 533.

**143.-** Tomando en cuenta lo antes precisado, un negocio jurídico es ineficaz “(...) cuando no produce los efectos jurídicos que las partes declaran como su propósito. La falta de efectos puede tener motivos diversos y manifestarse en diversas formas (...)”<sup>444</sup>. De esta manera si es que no surgen los efectos jurídicos establecidos en el estatuto negocial privado, que constituye el propósito de las partes del negocio jurídico, ello se origina como consecuencia de la existencia de factores intrínsecos o extrínsecos del mismo negocio jurídico.

**144.-** De esta manera “(...) la ineficacia puede producirse por muy diversas causas; pero, en el entender de la doctrina más coherente y avanzada, se debe distinguir entre ineficacias estructurales y funcionales, atendiendo primordialmente al origen de la falta de consecución de los efectos negociales (...)”<sup>445</sup>; sea que nos encontremos frente a vicios desde la misma conformación del negocio jurídico, por tanto vicios originarios, o producidos de manera sobrevenida, y que por tanto son susceptibles de ser impugnados por ineficaces.

#### 4.4.1. Ineficacia estructural

**145.-** Por la ineficacia negocial estructural “(...) (también llamada invalidez) entendemos la carencia de efectos del negocio producida por hechos inherentes a su estructura. El ordenamiento, al faltar algún requisito, elemento o presupuesto necesario para la eficacia del negocio, lo sanciona con la ausencia de efectos o la posibilidad de que dicha ausencia se produzca. Se caracteriza esta especie de ineficacia por ser originaria (...)”<sup>446</sup>; esto quiere decir que desde la emisión del negocio jurídico el mismo se encuentra afectado por vicios en su conformación originaria que ocasionan su ineficacia o invalidez, por lo que dentro de los supuestos de esta especie de ineficacia se presentan: i) Nulidad y ii) Anulabilidad.

##### 4.4.1.1. Nulidad

**146.-** Con respecto a la nulidad, “(...) son nulos los negocios que carecen de eficacia y no pueden ser validados. El negocio nulo no produce los efectos que las partes declararon como su propósito, ni los complementarios que

444 VON THUR, A., op.cit., p. 247.

445 PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico (concepto, interpretación, ineficacia)*, Lima: Jurista Editores, 2002, p. 165.

446 PALACIOS MARTÍNEZ, Eric, op.cit., p. 166.

*establece la ley (...)*<sup>447</sup>, nos encontramos frente a negocios cuyos vicios son insubsanables, en donde los efectos trazados por las partes como propósito negocial no pueden producirse en el ordenamiento jurídico.

**147.-** En ese sentido, “(...) *se define el acto nulo como aquel que carece de algún elemento, presupuesto o requisito, o como aquel cuyo contenido es ilícito por atentar contra los principios de orden público, las buenas costumbres, o una o varias normas imperativas (...)*”<sup>448</sup>, por lo que el carácter originario del vicio insubsanable se produce desde la conformación del negocio mismo, de allí que: “(...) *dentro de los supuestos de nulidad tenemos las denominadas nulidades textuales y virtuales. Las primeras se hallan caracterizadas por la literalidad de la norma que las ha previsto; mientras que las segundas se consideran sobreentendidas por la contravención de alguna norma imperativa que no necesita la prevención específica de la nulidad (...)*”<sup>449</sup>, lo cual puede deducirse de la interpretación del numeral 8 del artículo 219º del Código Civil y del artículo V del Título Preliminar de la norma anotada, razón por la cual, la nulidad de un negocio jurídico no sólo es textual sino que puede deducirse también a partir de la normativa precedentemente señalada.

**148.-** A continuación trataremos algunas de las causales de nulidad previstas en la normativa vigente, que tienen relación con el objeto del presente proceso:

### **a) Falta de Manifestación de Voluntad**

**149.-** Esta causal se encuentra regulada en el numeral 1 del artículo 219º del Código Civil, en la cual se establece que *El acto jurídico es nulo: 1. Cuando falta la manifestación de voluntad del agente (...)*.

**150.-** Este vicio estructural originario comprende “(...) *todas aquellas declaraciones que no tienen efectos vinculantes (...)* *declaraciones hechas en broma, escénicas, realizadas con fines didácticos o por cortesía (...)* *la denominada incapacidad natural (...)*”<sup>450</sup>, y todos aquellos puestos en los cuales se presentan vicios en la manifestación de voluntad, que impiden la

447 VON THUR, A., op.cit., p. 249.

448 TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Nulidad del Acto Jurídico*, Lima: Editora Jurídica Grijley, Segunda edición, Primera reimpresión, 2002, p. 83.

449 PALACIOS MARTÍNEZ, Eric, op.cit., p. 167.

450 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Acto Jurídico Negocial, Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*, Lima: Gaceta Jurídica, Segunda Edición, 2010, p. 500.

producción de los efectos jurídicos fijados como propósito por las partes; sin embargo, debemos tener en cuenta que: “(...) *el enunciado del inciso es ancho porque hay casos de verdadera falta de declaración de voluntad, pero por propio mandato de otros artículos no acarreamos nulidad (...)*”<sup>451</sup>, estos serían supuestos en que si bien el ordenamiento señala vicios en la voluntad del agente, esta voluntad declarada no se encuentra afecta a nulidad sino de anulabilidad, como es el caso de los supuestos de error, dolo, violencia o intimidación previstos en el numeral 2 del artículo 221<sup>o</sup> del Código Civil.

## **b) Simulación Absoluta**

**151.-** La citada causal se encuentra regulada en el numeral 5 del artículo 219<sup>o</sup> del Código Civil, en la cual se establece que: “*El acto jurídico es nulo: (...) 5.- Cuando adolezca de simulación absoluta (...)*”.

**152.-** Es pertinente referir que: “(...) *la simulación no consiste sino en un caso de discrepancia entre la voluntad declarada y la voluntad interna, realizada de común acuerdo entre las partes contratantes, a través del acuerdo simulatorio, con el fin de engañar a los terceros (...)*”<sup>452</sup>. De esta manera lo que se produce en el caso de la simulación absoluta es la proscripción con relación a que las partes utilicen el ordenamiento jurídico para afectar los intereses de terceros; toda vez que no tienen la menor intención de celebrar ningún negocio jurídico, porque nunca quisieron celebrar ningún estatuto negocial para buscar los efectos del ordenamiento jurídico.

**153.-** Por ello fue que: “(...) *León Barandiarán consideró siempre a la simulación absoluta como causal de nulidad absoluta. Si se simula un acto –escribió–, sin que tras él se encubra ninguno real, no hay acto alguno, nada es querido, nada es verdadero, el consentimiento no existe (...)*”<sup>453</sup>, no existe entonces ningún propósito para lograr los efectos previstos en el ordenamiento jurídico con la celebración de un negocio jurídico simulado.

451 LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Negocio Jurídico*, Lima: Studium ediciones, Segunda edición, Junio 1987, p. 393.

452 TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, op.cit., p. 118.

453 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El Acto Jurídico en el Código Civil Peruano*, Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores, 1989, p. 416.

#### 4.4.1.2. Anulabilidad

- 154.-** Con relación al acto anulable, “(...) se verifica ésta cuando el negocio, que ha producido sus efectos desde el principio, puede posteriormente ser declarado inválido (nulo) a consecuencia de la impugnación propuesta por el sujeto legitimado para ello. Esto nos refleja el carácter incompleto de la anulabilidad como forma de ineficacia estructural, que, incluso, se revela en la existencia de un sistema taxativo de anulabilidades (...)”<sup>454</sup>. A diferencia de la nulidad que por la calidad del vicio estructural del negocio interesa al orden público, pudiendo ser solicitada su declaración por cualquiera que tenga interés, en el caso de la anulabilidad el pedido es de parte, dado que existe una gradación [sic] de menor gravedad por la comisión de este vicio estructural, el cual debe estar taxativamente regulado.
- 155.-** En el caso del negocio anulable, éste “(...) produce los efectos que persiguen las partes, pero de tal suerte que éstos pueden ser extinguidos (...)”<sup>455</sup>, en efecto “(...) el negocio anulable, en cambio produce sus efectos, así éstos puedan ser removidos con eficacia retroactiva (...) cuando media un pronunciamiento de anulación por tanto, los efectos se dicen provisionales o inestables o interinos (...)”<sup>456</sup>, esto quiere decir que estos efectos del negocio jurídico son precarios en tanto que la parte que se considere afectada no solicite la anulabilidad del negocio celebrado, que de producirse ello, finalmente tendrá como efecto la declaratoria de nulidad del negocio jurídico, la cual operará retroactivamente al encontrarnos frente a un vicio estructural originario.

#### 4.4.2 Ineficacia funcional

- 156.-** La ineficacia funcional es la que se refiere a los negocios que habiendo producido efectos dejan de hacerlo, por un vicio sobreviniente a su emisión. En ese sentido, “(...) a diferencia de la ineficacia estructural o invalidez, supone en todos los casos un acto jurídico perfectamente estructurado, en el cual han concurrido todos sus elementos, presupuestos y requisitos de orden legal, sólo que dicho acto jurídico por un evento ajeno a su estructura debe dejar de producir efectos jurídicos (...)”<sup>457</sup>, ciertamente que: “(...) se comprende la decadencia de efectos negociales por hechos extraños a la estructura del negocio, por lo que sus supuestos

454 PALACIOS MARTÍNEZ, Eric., op.cit., p. 167.

455 VON THUR, A., op.cit., p. 269.

456 BRECIA, Humberto y otros, op.cit., pp. 1046 a 1047.

457 TABOADA CÓRDOVA, Lizardo., op.cit., p. 32.



*tienen como característica el ser sobrevinientes y, a su vez provocar la ausencia de efectos finales del negocio (...)*<sup>458</sup>.

**157-** En efecto, el negocio jurídico deja de surtir los efectos que venía produciendo, a pesar de encontrarse exento de vicios en su conformación estructural originaria, sólo que un evento externo afecta al mismo de manera sobrevinida, como sería el caso de la resolución, la inoponibilidad, la revocación, etc.

#### **4.5. Inexistencia**

**158-** No se encuentra regulada en la normativa civil vigente el supuesto de la inexistencia negocial, pero esta institución surge “(...) *por vez primera, en la doctrina francesa, la cual se vale de ella para el fin práctico de eludir un principio tradicional de su propio ordenamiento: ‘pas de nullité sans text’.* Se observa que en algunas hipótesis, en las cuales no puede dudarse de la absoluta ineficacia del acto jurídico, la ley no dispone nada; esta aparente laguna es explicada con el argumento de que en dichos casos el acto (el contrato) ni siquiera existe, por lo cual no hay ninguna necesidad de establecer su nulidad. En la práctica, la cuestión se plantea, originalmente, para el matrimonio entre personas del mismo sexo: es evidente que tal matrimonio no puede tener ningún efecto jurídico, y se considera –en defecto, precisamente, de una específica disposición legislativa– que es del todo inexistente (...)”<sup>459</sup>.

**159-** Sobre el particular, cabe precisar que el Código Civil de 1984 si bien en algunos supuestos no establece taxativamente la nulidad del negocio, ello no significa que no sea de aplicación a negocios jurídicos con vicios originarios, máxime cuando “(...) *la nulidad tácita o virtual es aquella que sin venir declarada directamente por el supuesto de hecho de una norma jurídica, se deduce o infiere del contenido de un acto jurídico, por contravenir el mismo el orden público, las buenas costumbres o una o varias normas imperativas (...)*”<sup>460</sup>.

**160-** De esta manera, el supuesto de la inexistencia, el cual implica la reacción del ordenamiento ante un supuesto de vicios sumamente grave, y que, conforme lo hemos precisado precedentemente, fue originalmente ideada respecto de supuestos normativos en donde no se establecía la nulidad del negocio, no es de aplicación entre nosotros,

458 PALACIOS MARTÍNEZ, Eric, op.cit., p. 168.

459 SCOGNAMIGLIO, Renato., op.cit., p. 427.

460 TABOADA CÓRDOVA, Lizardo., op.cit., p. 97.

primero porque no se encuentra regulada en la normativa civil, y en segundo término porque en nuestro caso particular no existe ninguna laguna normativa; toda vez que es de aplicación, ante los supuestos que no señalan taxativamente la nulidad, la aplicación de la nulidad tácita o virtual.

## 5. La impugnación de acuerdos

**161.-** El correlato del derecho al voto, a efectos de formar el acuerdo de una persona jurídica, sea lucrativa o no, tiene al derecho a la impugnación como el mecanismo a través del cual el socio o asociado pueden mostrar su disconformidad con el acuerdo adoptado a fin de buscar la adecuada marcha de la sociedad o asociación, el cual debe ser ejercido diligentemente.

**162.-** La impugnación de acuerdos, “(...) garantiza los derechos inherentes al asociado y le permite ejercer un control sobre las decisiones que adopten tanto la asamblea general de asociados como el consejo directivo, facultándolo para actuar judicialmente contra los acuerdos que sean contrarios a la ley y el estatuto (...)”<sup>461</sup>

**163.-** Se ha establecido por ello la tutela del derecho del asociado preocupado por la marcha de la Asociación Civil a través del ejercicio diligente del derecho de impugnación; toda vez que este derecho no tiene como finalidad proteger al asociado que pretende el entorpecimiento ni la inmovilidad de la marcha de la citada persona jurídica no lucrativa, ni tampoco protege a quien ha mostrado descuido y desinterés en la tutela de sus derechos.

### 5.1. La pretensión impugnatoria asociativa prevista en el artículo 92º del Código Civil

**164.-** La impugnación de acuerdos de Asociaciones Civiles, personas jurídicas no lucrativas, se produce de conformidad con el artículo 92º del Código Civil de 1984, el cual precisa que:

***Todo asociado tiene derecho a impugnar judicialmente los acuerdos que violen las disposiciones legales o estatutarias.***

***Las acciones impugnatorias deben ejercitarse en un plazo no mayor de sesenta días contados a partir de la fecha del acuerdo. Pueden***

461 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos., op.cit., pp. 309 a 310.

***ser interpuestas por los asistentes, si hubieran dejado constancia en acta de su oposición al acuerdo, por los asociados no concurrentes y por los que hayan sido privados ilegítimamente de emitir su voto.***

***Si el acuerdo es inscribible en el registro, la impugnación puede formularse dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que la inscripción tuvo lugar.***

***Cualquier asociado puede intervenir en el juicio, a su costa, para defender la validez del acuerdo.***

***La impugnación se demanda ante el Juez Civil del domicilio de la asociación y se tramita como proceso abreviado.***

**165.-** Por ende, “(...) el derecho de impugnación es un derecho complementario al derecho de voto que sirve para cautelar la correcta formación de la voluntad social que, como se sabe, es distinta e independiente de la voluntad de los accionistas que forman la junta general, derecho que le es conferido al accionista que no contribuyó a su formación ya sea porque votó en contra del acuerdo, dejando constancia en acta de su oposición, porque no estuvo presente en la junta en la que se aprobó el acuerdo, o porque fue privado ilegítimamente de su derecho de voto (...)”<sup>462</sup>.

**166.-** Al respecto, cabe precisar que si bien la cita textual, precedentemente consignada se refiere a una persona jurídica lucrativa, el derecho a impugnar el acuerdo comparte la misma naturaleza que en el caso de la persona jurídica no lucrativa, Asociación Civil. En realidad, la tutela de los socios, y en nuestro caso de los asociados, se condice con el derecho a la revisión de los acuerdos adoptados, razón por la cual se promueve la pretensión señalada en la norma anotada. Ello se debe a la especial naturaleza de la persona jurídica; toda vez que la formación de su voluntad se produce en la asamblea general, con los quórums y mayorías preestablecidas para ello, conforme lo hemos apreciado precedentemente; sin embargo, lo reiteramos, los sujetos de derecho, que forman la voluntad de la persona jurídica, tienen la prerrogativa, conforme a ley para impugnar los acuerdos adoptados en supuestos taxativamente establecidos, como los regulados en el artículo 92º del Código Civil.

462 HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, op.cit., p. 399.

- 167.-** Siendo ello así, debemos recordar que el fundamento constitucional del derecho de acción, que sirve de fundamento a la pretensión impugnatoria asociativa de ineficacia, se encuentra en el numeral 20 del artículo 2º de la Constitución de 1993, el cual establece que: *"Toda persona tiene derecho: (...) 20. A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad"* (...). De esta manera, el derecho de acción, conforme a la evolución propia de los Estados Constitucionales de Derecho, se integra al elenco de los derechos fundamentales, cuya lista no es cerrada, de conformidad con el artículo 3º de la norma fundamental.
- 168.-** Por ello es que: *"(...) la garantía de acceso al judicial –poder, al entender de algunos; derecho, para otros– está prevista en sede constitucional (...) y se denomina acción. Vista desde ese ángulo, constituye la garantía de acceso al mecanismo estatal de solución de controversias, denominado "proceso". A todos se les asegura la posibilidad de ser oídos en juicio, situación que no puede ser negada aunque al pedido le falten condiciones mínimas para ser examinado (...)"*<sup>463</sup>.
- 169.-** Al promoverse el ejercicio del derecho de acción formulando una pretensión de impugnación de acuerdos, debe tenerse en cuenta que si bien se trata de un derecho fundamental, en concordancia de la norma antes señalada, éste no es un derecho absoluto, y por tanto admite limitaciones, como todo derecho fundamental, las cuales han sido desarrolladas legislativamente, entre ellas el plazo para interponer la demanda, que constituye el ejercicio diligente del derecho de acción.
- 170.-** El desarrollo de este derecho se plasma en la normativa vigente, así el Código Procesal Civil de 1993 en su artículo 2º establece que: *"Por el derecho de acción todo sujeto, en ejercicio de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y en forma directa o a través de representante legal o apoderado, puede recurrir al órgano jurisdiccional pidiendo la solución a un conflicto de intereses intersubjetiva o a una incertidumbre jurídica (...)"*.
- 171.-** Al respecto, es pertinente acotar que: *"(...) si el Estado tiene el deber jurídico público de prestar su función jurisdiccional en los casos concretos, las personas físicas y jurídicas tienen un derecho subjetivo*

463 DOS SANTOS BEDAQUE, José Roberto. *Efectividad del Proceso y Técnica Procesal*. Lima: communitas, 2010, pp. 326 a 327.

y de derecho público (emanado de la constitución nacional y de las normas procesales) a que aquél les preste el servicio público de justicia cuantas veces considere necesario obtener una sentencia mediante un proceso para resolver un litigio (tomando el concepto con la mayor amplitud) o darle certeza a una situación jurídica. Éste es el derecho de acción; lo definimos así: el derecho subjetivo, público, cívico, abstracto y autónomo que tiene toda persona natural o jurídica, para obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado a un caso concreto, mediante una sentencia, a través de un proceso (...)”<sup>464</sup>. Sin embargo, reiteramos que el ejercicio de este derecho fundamental, admite restricciones, como es el plazo establecido por la normativa infraconstitucional, a efectos de interponer la demanda, así como los requisitos para emitir un pronunciamiento válido sobre el fondo del proceso de ineludible revisión por parte de un magistrado, expresándose ambas situaciones en la aplicación de las disposiciones normativas imperativas por parte de la judicatura frente a un caso concreto, que no conlleva a la vulneración del derecho de acción ni mucho menos denegación de justicia.

**172.-** La contrapartida al derecho de acción, es el derecho de contradicción de la parte demandada, que es “(...) el derecho subjetivo, público, cívico, abstracto y autónomo que tiene toda persona natural o jurídica, para ser oída y gozar de verdadera oportunidad de defensa, por el sólo hecho de ser demandada, imputada o procesada judicialmente (...)”<sup>465</sup>. Por consiguiente, el “(...) derecho subjetivo de acción y derecho subjetivo de contradicción, son dos caras de la misma institución jurídica (...)”<sup>466</sup>.

**173.-** El ejercicio del derecho de acción se materializa en la demanda, la cual contiene la pretensión que será el objeto del proceso. En la misma etapa postulatoria, luego de interpuesta la demanda, corresponderá al magistrado, en caso de encontrar defectos o ausencias de los presupuestos procesales, la inadmisibilidad o improcedencia de la demanda, y en caso de subsanación de la inadmisibilidad o de calificar positivamente la demanda, admitida ésta, se procede al traslado a la parte demandada.

464 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. "Derecho y Deber de Jurisdicción, y la Igualdad de las Personas ante Aquélla y en el Proceso". En: *Ius Et Veritas*. Revista editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 10, 1995, pp. 15 a 16.

465 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. , op.cit., p. 16.

466 Ibid.

- 174.-** La pretensión de impugnación de acuerdos se constituye en “(...) un derecho potestativo ya que el accionista tiene la facultad o no de ejercerlo; es, además, un derecho personal porque es inherente a la condición de accionista la que, como veremos, no sólo debe ostentarse al momento de tomarse el acuerdo materia de la impugnación, sino que debe mantenerse durante todo el proceso y, finalmente, es un derecho subjetivo por cuanto se le concede al accionista dicho derecho para formular su pretensión, basándose en su apreciación personal, la que debe compatibilizarse con el interés social (...)”<sup>467</sup>.
- 175.-** Nuevamente, reiteramos que dada la naturaleza del derecho de impugnación de acuerdos relativo a las sociedades comerciales, la cita anteriormente consignada nos trae a colación las características de este derecho en la Ley General de Sociedades, que guarda similitud en nuestro caso, con el derecho a impugnar los acuerdos adoptados por los miembros de las Asociaciones Civiles, siendo este un derecho personal, de conformidad con el artículo 89º del Código Civil, en donde cada asociado tiene un voto, no siendo transmisible por regla general, y ciertamente, es un derecho potestativo por parte de quien no está conforme con el acuerdo adoptado, dado que puede interponer la pretensión de impugnación de acuerdos o no, pero teniendo en cuenta siempre el ejercicio diligente del derecho.
- 176.-** Siendo el objeto del proceso la pretensión, como es el caso de la pretensión impugnatoria de acuerdos, conforme al artículo 92º del Código Civil, ésta tiene elementos que son identificables tanto respecto de los sujetos como del objeto de la misma. Con relación a los sujetos nos estamos refiriendo a la parte demandante, la cual está constituida únicamente por los legitimados ordinarios referidos en la citada norma, esto es “(...) pueden ser interpuestas por los asistentes, si hubieran dejado constancia en acta de su oposición al acuerdo, por los asociados no concurrentes y por lo que hayan sido privados ilegítimamente de emitir su voto (...)”; “(...) cualquier asociado puede intervenir en el juicio, a su costa, para defender la validez del acuerdo (...)”.
- 177.-** Conforme puede apreciarse, no cualquiera puede interponer la pretensión de impugnación de acuerdos regulada en el artículo 92º del Código Civil, sólo son aquellos asociados que mostraron su

467 HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. El Derecho de Impugnación de Acuerdos de Juntas Generales de Accionista en la Ley General de Sociedades y su Ejercicio a través de Acciones Judiciales. En: *Manual de Derechos Societario*. Lima: Gaceta Jurídica, Segunda edición, Febrero de 2012, p. 339.

disconformidad, no asistieron o quienes han sido privados del derecho a participar de manera ilegítima.

- 178.-** El derecho de impugnación de acuerdos se produce por una razón, es la contrapartida del derecho al voto del asociado, y por ende de la toma de los acuerdos en la persona jurídica no lucrativa, Asociación Civil, dado que la participación del asociado no puede ser soslayada de manera ilegítima al privarse del derecho de participar en la adopción de acuerdos a quien se encuentra apto para hacerlo o cuando no participó e incluso cuando participó y señaló su negativa; no en el caso del asociado que votó a favor del acuerdo y no dijo nada contra la adopción del mismo, porque se entiende que dicho acuerdo ha sido plasmado en observancia de lo que establece el estatuto y la normativa vigente.
- 179.-** En el Pleno Casatorio Civil se ha llegado a determinar que el asociado expulsado, y que justamente impugna el acuerdo que decidió su expulsión, también se encuentra legitimado para impugnarlo.
- 180.-** La norma incluso permite la legitimación pasiva del asociado que quiera defender la “validez del acuerdo”, con lo cual se resalta nuevamente la trascendencia de los acuerdos vulnerados y el vicio materia de impugnación, toda vez que un acuerdo inválido es un acuerdo que no produce efectos en la realidad al haberse estructurado indebidamente, y por tanto, de estimarse la impugnación la resolución que declare la invalidez del acuerdo no es otra cosa que la declaración de nulidad de éste.
- 181.-** Con relación al objeto de la pretensión, cuya estructura tiene un pedido y una causa de pedir, corresponde señalar que a través de la pretensión impugnatoria se realiza un pedido de ineficacia, esto es de nulidad o de anulabilidad, precisándose en la causa de pedir la fundamentación correspondiente a dichas ineficacias estructurales, las causales en que se sustenta que puede ser de nulidad, anulabilidad, así como las normas que permitan establecer vicios estructurales en el acuerdo impugnado.
- 182.-** La pretensión impugnatoria de asociación busca finalmente la ineficacia del acuerdo adoptado, estableciéndose en el artículo 92º del Código Civil los acuerdos que pueden ser cuestionados a través de la misma, esto es “(...) *acuerdos que violen las disposiciones legales o estatutarias (...)*”, los cuales, como consecuencia de la impugnación serán declarados nulos, al contravenir la normativa vigente y el estatuto de la Asociación Civil, vulnerando la voluntad de los que conforman la persona jurídica en su acto originario.

- 183.-** Con respecto a ello, cabe precisar que constituyen por tanto supuestos de suma gravedad, que en caso de estimarse la impugnación del acuerdo, el efecto que se producirá conforme al ordenamiento jurídico, lo reiteramos, será la declaración de nulidad del mismo.
- 184.-** En cuanto a la vulneración del estatuto, éste refleja las actividades altruistas que realiza, que pueden ser finalidades culturales, deportivas, sociales, etc., estableciéndose por tanto un texto ordenado de cláusulas que sirven de sustento a las actividades que se llevan a cabo, y es en razón de ello que los acuerdos adoptados no pueden ser contrarios a lo expresado en el negocio jurídico originario de constitución de la asociación.
- 185.-** Esta situación, sin embargo, no implica que el estatuto permanezca inalterado, máxime si las vicisitudes y avatares propios del devenir de un ente asociativo son insospechados, razón por la cual se permite la modificación de los estatutos, conforme se ha establecido en el artículo 86º del Código Civil.
- 186.-** Son susceptibles de impugnación los acuerdos de la Asamblea General, Consejo Directivo, así como de todo órgano creado en la citada persona jurídica no lucrativa.
- 187.-** El juez que califica la demanda puede adaptar ésta, si se percata que el petitorio y de la norma jurídica alegada nos encontramos frente a una pretensión de impugnación de acuerdos, siempre y cuando ésta se encuentre dentro del plazo regulado en el artículo 92º del Código Civil; sin embargo, de encontrarse vencido de plazo, el mismo es insubsanable, correspondiendo la declaratoria de improcedencia de la demanda.

## 5.2. Tramitación de la pretensión de impugnación de acuerdos

- 188.-** El ámbito en que, tanto el derecho de acción como el de contradicción se despliegan es en el proceso, que: *"(...) 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 (...)"*<sup>468</sup>.
- 189.-** El desarrollo del proceso, es por tanto una sucesiva unión de actos que tienen por finalidad resolver el conflicto de intereses con relevancia

468 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, Traducción de Gómez Obraneja, Volumen I, p. 41.



jurídica, y por ello es que el proceso también es considerado “(...) un método de trabajo desarrollado por el Estado para permitir la solución de los litigios (...)”<sup>469</sup>. De esta manera “(...) proceso implica la existencia de situaciones jurídicas subjetivas, que se traducen en cargas, facultades, poderes (...)”<sup>470</sup>. Es en el proceso en donde se desarrolla el debate dialéctico y argumentativo de las partes, las cuales tienen facultades, poderes y cargas que son propias de la posición que ocupan en la relación jurídica procesal, por lo que no corresponde a la normativa vigente establecer cargas adicionales, que no se condicen con el ejercicio del derecho de acción o contradicción, en perjuicio de la parte actora o de la demandada, ni tampoco corresponde a los órganos jurisdiccionales actuar como abogados de parte de quien fue negligente en la tutela de sus derechos.

**190.-** Los estudios del derecho procesal son relativamente nuevos, si tenemos en cuenta que sus inicios datan desde la segunda mitad del siglo XIX con la polémica Wiendscheid con Muther; respecto, en el caso del primero, que el derecho material era indesligable del derecho de acción y que en el segundo era todo lo contrario, pero que con la Prolución de Bologna de 1903, es decir el discurso de apertura del año lectivo en la Universidad de Bologna del citado año, realizado por Giuseppe Chiovenda, se fundamenta de manera contundente la existencia del derecho de acción de manera autónoma, así como el sustrato constitucional del que se encuentra premunido.

**191.-** Dentro de las instituciones que se vienen estudiando y desarrollando desde aquella fecha, podemos señalar respecto al proceso, que éste se expresa a través del desarrollo armonioso de los actos que se producen en su interior y que permite expedir el pronunciamiento de mérito correspondiente.

**192.-** Nos encontramos con una concatenación de actos que tienen por finalidad resolver el conflicto de intereses con relevancia jurídica, a propósito de la interposición de una demanda en el ejercicio diligente del derecho de acción.

**193.-** El procedimiento implica la realización de actividad procesal, tanto de las partes como del órgano jurisdiccional, las cuales “(...) están sujetas a determinadas reglas concernientes a su modo de expresión, su contenido, tiempo, lugar (términos y formas procesales), y se siguen en un orden

469 DOS SANTOS BEDAQUE, José Roberto, op.cit., p. 49.

470 DOS SANTOS BEDAQUE, José Roberto, op.cit., p. 51.

*establecido por la ley, que se llama procedimiento (...)*<sup>471</sup>. De esta manera la suma de actuaciones que se producen en el devenir y desarrollo del proceso, con la consiguiente resolución del conflicto de intereses, o el despejar la incertidumbre jurídica, no se realiza de manera improvisada ni caótica, se encuentra preordenada y preestablecida por el legislador; como es el caso del procedimiento abreviado regulado en el artículo 92º del Código Civil, y por tanto constituye norma imperativa de insoslayable cumplimiento.

- 194.-** Estando a que el procedimiento es una secuencia de actos ordenados que tienen como norte la solución del conflicto de intereses, éste “(...) es una especie de técnica procesal destinada a permitir la tutela de los derechos (...)”<sup>472</sup>, por ende, el procedimiento debe responder a la finalidad última del proceso, restableciendo la paz con justicia.
- 195.-** Debemos tener en cuenta que la pretensión de impugnación de acuerdos, de conformidad con el artículo 92º del Código Civil tiene como vía procedimental la abreviada. Asimismo, la citada norma ha establecido de antemano que el juez civil es competente.
- 196.-** Finalmente destacamos que en la tramitación de la pretensión de impugnación de acuerdos de asociación, se han establecido dos plazos de caducidad, por los cuales se extingue la posibilidad de interponer una pretensión determinada y el derecho mismo que la fundamenta, por lo que: “(...) lo característico de la caducidad es que la acción emana del derecho –aunque deba interpolarse la pretensión–, el que tiene un plazo de vigencia predeterminado en la ley, ya que nace con un plazo prefijado. Si el plazo transcurre, el derecho no puede ser ejecutado y su titular lo pierde, pues se trata de pretensiones cuyo ejercicio está señalado con un término preciso (...)”<sup>473</sup>, es decir “(...) la caducidad viene configurada por el Código Civil como la extinción de un derecho no actuado, cual efecto automático del mero transcurso del plazo legal (...)”<sup>474</sup>. Y ciertamente como fundamento de la caducidad se encuentra el descuido y negligencia en el ejercicio de los derechos del titular de los mismos.

471 CHIOVENDA, Giuseppe, op.cit., p. 59.

472 MARINONI, Luis Guilherme. *El Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva*, Lima: Communitas, 2007, p. 236.

473 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *La Prescripción y la Caducidad en el Código Civil peruano*, Lima: Cultural Cuzco S.A. editores, 1985, p. 202.

474 ARIANO DEHO, Eugenia. “Prescripción” y Código Procesal Constitucional (Los mecanismos constitucionales de protección entre las garras del tiempo)”. En: *Proceso & Justicia*. Revista de Derecho Procesal, Editada por la Asociación Civil Proceso & Justicia, N° 5, 2005, p. 38.

- 197.-** El primer plazo de caducidad establece que: “(...) las acciones impugnatorias deben ejercitarse en un plazo no mayor de sesenta días contados a partir de la fecha del acuerdo (...)”, razón por la que su término se inicia a partir de la adopción del acuerdo, con lo cual el transcurso de los sesenta días naturales produce no solamente la pérdida del derecho de impugnación, sino también se origina la imposibilidad de alegarlo vía el ejercicio del derecho de acción.
- 198.-** Esta situación jurídica es consecuencia de la negligencia del legitimado ordinario en el ejercicio y defensa de sus derechos en la asociación, máxime si se tiene en cuenta que así como el asociado tiene derechos, también tiene el deber de diligencia en el ejercicio de los mecanismos que le ha premunido la normativa vigente para tutelar sus intereses, ejercitando el derecho de acción, formulando la pretensión de impugnación de acuerdos de asociación en los términos del artículo 92º del Código Civil, teniendo en cuenta que el asociado, de ordinario, es el que participa activamente en la marcha de la asociación, por ende está en la posibilidad de tener conocimiento pleno de su desenvolvimiento.
- 199.-** El segundo plazo de caducidad se produce “(...) si el acuerdo es inscribible en el registro, la impugnación puede formularse dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que la inscripción tuvo lugar (...)”. En este caso, los Registros Públicos actúan en la salvaguarda de los acuerdos adoptados.
- 200.-** El acuerdo inscribible tiene la virtud de tener un plazo corto en cuanto a su impugnación, como también es el plazo de sesenta días en el caso de acuerdos adoptados pero no inscritos, a efectos de lograr la funcionalidad y desarrollo normal de las actividades de la asociación. Lo contrario significaría su inmovilidad e inutilidad en cuanto a la finalidad altruista que se busca con ella, sea cultural, social, deportiva, etc., más aún cuando la misma tiene sustrato constitucional a través del derecho fundamental de asociación.
- 201.-** La existencia de estos plazos en el artículo 92º del Código Civil responden a ese derecho de quien se encuentra legitimado por no estar a favor de lo acordado en la asamblea en supuestos predeterminados por ley. Sin embargo, transcurridos los mencionados plazos, si bien ya no es posible solicitar a través del proceso civil de impugnación de acuerdos, la ineficacia de los mismos, el ordenamiento jurídico peruano tiene previstas otras soluciones para quien se considera afectado por el acuerdo de la Asociación Civil alegándose la suplantación o incluso la falsificación de los acuerdos, en este caso, está expedita la vía ordinaria

penal u otras que se consideren pertinentes para la salvaguarda de sus derechos, denuncias que también están afectas a los plazos predeterminados por ley, lo cual implica, una vez más, el ejercicio diligente del derecho del titular en la salvaguarda de sus intereses.

## 6. Interpretación normativa

- 202.-** Debe quedar claro que una interpretación jurídica es “(...) *la atribución de sentido (o significado) a un texto normativo. Llamo ‘texto normativo’ a cualquier documento elaborado por una ‘autoridad normativa’ (...)*”<sup>475</sup>, por ello es que la asignación de los sentidos interpretativos corresponden ser elaborados por quienes se encuentran investidos de las facultades para realizarlas.
- 203.-** Sobre el particular, cabe precisar que: “(...) llamo ‘disposición’ a cada enunciado que forme parte de un documento normativo, es decir, a cada enunciado del discurso de fuentes (...) llamo ‘norma’ a cada enunciado que constituye el sentido o significado atribuido (por alguien) a una disposición (o a un fragmento de disposición, o a una combinación de disposiciones, o a una combinación de fragmentos de disposiciones (...))”<sup>476</sup>. Para efectos de realizar una adecuada interpretación normativa debe puntualizarse que los enunciados lingüísticos, disposiciones, pueden encerrar en ellos varios significados, y que justamente es a partir de éstos en donde el intérprete del derecho puede establecer el significado compatible con el ordenamiento jurídico así como con los valores que lo fundamentan.
- 204.-** De manera que: “(...) *las interpretaciones de los enunciados prescriptivos (es decir, ‘significados’ atribuibles a los enunciados prescriptivos; desde otro punto de vista, las ‘normas’ expresadas por tales enunciados), en cuanto segmentos de lenguaje prescriptivo, no son (no pueden ser) ni verdaderos ni falsos (...)*”<sup>477</sup>, porque el intérprete del derecho busca el sentido interpretativo no a partir de juicios de valor que se sustenten en lo verdadero o falso de las normas resultantes de los métodos interpretativos; lo que busca es que la interpretación sea compatible con el sistema jurídico. Por consiguiente la labor que desarrolla la judicatura nacional a través de la resolución de los casos concretos constituye una

475 GUASTINI, Riccardo. Disposición Vs. Norma. En: *Disposición Vs. Norma*, Lima: Palestra Editores, 2011, pp. 133 a 134.

476 GUASTINI, Riccardo, op.cit., p. 136.

477 TARELLO, Giovanni. *El 'Problema' de la Interpretación: Una Formulación Ambigua*. En: *Disposición Vs. Norma*, Lima: Palestra Editores, 2011, p. 120.

labor interpretativa de la mayor importancia que legitima a nuestro sistema, de allí la importancia del presente Pleno Casatorio Civil.

**205.-** En consecuencia, “(...) *el derecho hacia afuera, es un gran universo de principios y normas jurídicas que tiene una estructura general y funciona con ciertas reglas de sistema, que lo hacen distinto a otros sistemas normativos (costumbres sociales, moral, etc.); y, hacia dentro, que se va conformando en conjuntos, sub-conjuntos y grupos, hasta llegar a las unidades normativas más elementales: las normas jurídicas individualmente consideradas (...)*”<sup>478</sup>. Nuestro ordenamiento jurídico, para ser tal, se encuentra premunido de una organización intrínseca, y por ende responde de manera orgánica a los supuestos de hecho y consecuencias regulados a partir de la norma jurídica, la cual constituye la estructura primigenia de lo que se encuentra estatuido en los distintos cuerpos normativos vigentes, caracterizándose éstos, y todo Estado Constitucional de Derecho, por la coerción para el cumplimiento de sus disposiciones y mandatos a través del Poder Judicial.

**206.-** Por tanto, la norma jurídica es la “(...) *expresión de un juicio hipotético, o bien de un juicio de valor o, inclusive, que es el criterio de calificación que sirve para imprimir en los hechos el sello del derecho (...)*”<sup>479</sup>. Sin embargo, ese supuesto de hecho normativo y su respectiva consecuencia, son establecidos a partir de un ordenamiento jurídico determinado, como en nuestro caso, a partir de todas las normas que se encuentran vigentes, y que son objeto de determinación en la aplicación de la norma pertinente a una situación jurídica producida.

**207.-** Dentro de los métodos de interpretación jurídica tenemos al método sistemático por ubicación de la norma, que: “(...) *interpreta aplicando el conjunto de principios, conceptos, elementos y contenidos que sirve de ‘medio ambiente’ a la norma dentro de su grupo o conjunto normativo. El método reposa en la concepción del Derecho como un sistema estructural y discrimina la interpretación en función a ello y no del ‘cuerpo legislativo’ en el que se halla la norma jurídica (...)*”<sup>480</sup>. De esta manera es necesario reiterar que nuestro ordenamiento jurídico ha sido y es una unidad, y así ha sido interpretado por el Foro y la judicatura nacional, desde sus diversos ámbitos; negar ello implica negarnos a nosotros mismos, y deslegitimar a nuestro propio ordenamiento desde sus propios operadores jurídicos.

478 RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Sexta reimpresión, Febrero de 2006, p. 251.

479 BRECCIA, Umberto y otros, op.cit., p. 20.

480 RUBIO CORREA, Marcial, op.cit., p. 271.

**208.-** Es pertinente referir que: *“(…) un sistema legal es coherente cuando o es posible encontrar en él normas que se contradigan, es decir, que no tiene antinomias; o para decirlo en otros términos, que el ordenamiento es un verdadero sistema y que por lo tanto sus elementos guardan una relación coherente (…)”*<sup>481</sup>. La exigencia misma de establecer un ordenamiento jurídico, como expresión de la convivencia pacífica de los sujetos de derecho, nos lleva a señalar su extensión y complejidad, lo cual permite la construcción y destrucción continua del mismo; toda vez que nos encontramos ante una sociedad dinámica a la par de un sistema jurídico inacabado que debe encontrarse a la altura de ésta. Por tanto no es propio del ordenamiento jurídico la existencia de incoherencias y contradicciones.

**209.-** Adicionalmente, *“(…) el derecho debe ser predecible a fin que no origine opacidades en la actividad racional de los individuos; por eso debe tener un carácter genérico y sistemático, es decir, constituir un orden cerrado, sin lagunas, de aplicación uniforme (…)”*<sup>482</sup>, lo contrario implicaría que no tendríamos un sistema sino un conjunto de normas inconexas que entre otras consecuencias, no permiten la predictibilidad en los fallos judiciales, soslayando la seguridad jurídica, como lo veremos más adelante, y afectando con ello la legitimidad del Estado Constitucional de Derecho.

**210.-** Sin perjuicio de lo antes señalado, pueden presentarse situaciones en las que: *“(…) estamos frente a una antinomia no cuando hay ausencia de una norma sino presencia de dos o más normas cuyos contenidos colisionan. Tal situación, como hemos adelantado, no es un vacío legal, pero igualmente no es posible admitir su permanencia en el ordenamiento, pues sería absurdo que el sistema legal contenga al mismo tiempo una norma que prohíba una conducta y otra que la permita. Tal incoherencia es intolerable (…)”*<sup>483</sup>. De manera que la existencia de estas incoherencias sacaban [sic] el ordenamiento jurídico y tienen que ser extirpadas a efectos de evitar contradicciones sistémicas que ocasionan no sólo el colapso del ordenamiento jurídico y por tanto una respuesta inadecuada, sino, sobre todo, la falta de seguridad jurídica y de predictibilidad en los fallos emitidos por el Poder Judicial.

481 GUTIERREZ CAMACHO, Walter. "Artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil". En: *Código Civil comentado. Comentan 209 especialistas en las diversas materias del derecho civil*, Lima: Gaceta Jurídica, Tomo I, Segunda edición, Primera reimpresión, Agosto 2007, p. 63.

482 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, op.cit., p. 26.

483 Ibid.

**211.-** La necesidad de encontrar una interpretación adecuada permite a la Corte Suprema de Justicia de la República, a través del Presente Pleno Casatorio Civil dar una respuesta contundente al apreciar distintos pronunciamientos que expresan de manera disímil el artículo 92º del Código Civil en los casos que se vienen presentando a propósito de lo que es objeto del presente proceso, conforme lo veremos en los siguientes puntos, y la razón de ello es la proscripción de la contradicción en el sistema mismo, más aún cuando las normas alegadas aparentemente regulan el mismo supuesto.

### **6.1. Las metareglas de la interpretación jurídica: jerarquía, temporalidad y especialidad**

**212.-** A efectos de resolver los conflictos normativos puede señalarse el “(...) *criterio jerárquico, consistente en que la norma de mayor jerarquía deroga a la de menor nivel en el sistema, criterio de la especialidad, consistente en que la norma especial deberá derogar a la general; criterio cronológico, tratándose de normas de igual jerarquía, la norma más contemporánea deroga a la más remota (...)*”<sup>484</sup>. Como se puede apreciar la respuesta del ordenamiento jurídico es coherente con su estructura así como los valores que defiende, más aún cuando no nos encontramos frente a conflictos que podamos calificar de puramente lógicos, y que supondrían una aplicación cuasi mecánica de la normativa vigente, lo cual es incorrecto.

**213.-** Corresponde a los operadores del derecho, más aún a la judicatura, resolver los conflictos normativos de manera racional y razonable, lo que implica que la respuesta que emitan los órganos jurisdiccional es no sólo debe tener la coherencia propia de un razonamiento lógico, además debe estar imbuido axiológicamente de los valores que nuestro sistema tutela, tanto a través de la seguridad jurídica como de la justicia, lo cual presenta un panorama enriquecedor de las normas que se derivan de la disposición normativa interpretada, más aún cuando “(...) *los desafíos actuales exigen una revalorización de la imaginación creativa de los juristas. En realidad, este dinamismo creador fue siempre una característica del Derecho Civil (...)*”<sup>485</sup>, la cual tiene como fundamento y límite a nuestro sistema jurídico así como a sus valores, tarea en la cual todos los magistrados deben volcar toda su dedicación y esfuerzo para estar a la altura de este gran reto.

484 Ibid.

485 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, op.cit., p. 51.

**214-** Los órganos jurisdiccionales, cuya potestad de impartir justicia emana de nuestro pueblo, de conformidad con el artículo 138º de la Constitución de 1993, se encuentran comprometidos en el logro de los más altos valores del sistema jurídico, pero sobre todo en la defensa de su unidad y coherencia, por ello las decisiones emitidas por los órganos jurisdiccionales no sólo buscan un razonamiento lógicamente impecable, dado que no existe ámbito del desarrollo del pensamiento humano que soslayen su aplicación, sino, sobre todo, la defensa de decisiones razonables, que sopesen las implicancias de optar por una línea de interpretación y en el caso del Poder Judicial, sus jueces deben cuidar su respectiva decisión, porque finalmente la emisión de sus pronunciamientos jurisdiccionales implican valores y principios recogidos nuestro ordenamiento jurídico, entre ellos la seguridad jurídica y la justicia.

### 6.1.1. Jerarquía

**215-** Este principio es aplicable en primer término, y por tanto corresponde señalar que: “(...) las jerarquías normativas abstractamente consideradas. l) Jerarquía de las fuentes: a) la ley constitucional vale por sobre la ley ordinaria infraconstitucional; b) la ley ordinaria prevalece sobre la costumbre; c) la ley ordinaria prevalece por sobre la norma producida no en forma de ley ordinaria (...)”<sup>486</sup>.

**216-** Al respecto, es importante destacar que este principio cobra realce y es de aplicación ineludible con relación al sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, nos estamos refiriendo a “(...) fuente formal de derecho es aquel procedimiento a través del cual se produce válidamente, normas jurídicas que adquieren el rasgo de obligatoriedad propio del Derecho y, por lo tanto la característica de ser impuesta legítimamente a las personas mediante los instrumentos de coacción del Estado (...)”<sup>487</sup>.

**217-** El sistema de fuentes formales de producción de disposiciones normativas, que tiene como norma suprema a la Constitución, elaborada por el poder constituyente, permite a los operadores del derecho la aplicación normativa ordinaria teniendo como base y fundamento a ésta; por ende, las normas infraconstitucionales, normas con rango de ley, sean leyes orgánicas, decretos legislativos, decretos de urgencia,

486 TARELLO, Giovanni, *La Interpretación de la Ley, Traducción y nota introductoria de Diego Dei Vecchi*, Lima: Palestra Editores, 2013, p. 292.

487 RUBIO CORREA, Marcial, op.cit., p. 271.



tratados, la ley misma, así como los decretos y resoluciones emitidas por los diversos sectores del Estado peruano, permiten establecer una jerarquía, atendiendo sobre todo a las fuentes precedentemente reseñadas en cuanto a su emisión, con lo cual los diferentes planos estructurales del Estado peruano, ejercen las competencias que les son propias, al punto que, a través de la diversa y abundante normativa vigente, pueden establecerse jerarquías en cuanto al órgano emisor de la misma y sobre todo, atendiendo al rango que ocupa la disposición normativa emitida.

**218-** La consecuencia general de la aplicación de este principio es que la norma superior jerárquicamente es de aplicación preferente con relación a la norma de inferior jerarquía; asimismo, toda vez que la norma de jerarquía superior, es de aplicación para todos los operadores del derecho, “(...) *una norma jurídica no puede ser derogada por una de inferior categoría, sí puede ocurrir que sea invalidada por una norma de rango superior que dicta una disposición incompatible con ella* (...)”<sup>488</sup>. La estructura misma de nuestro sistema de fuentes, permite de manera coherente y previsible, establecer la aplicación de la norma que corresponde atendiendo a la jerarquía de ésta.

### 6.1.2. Temporalidad

**219-** Con relación al principio de temporalidad de la norma jurídica, “(...) *cuando una materia de ésta –norma anterior– es íntegramente regulada por aquella –la nueva norma–* (...)”<sup>489</sup>, y pueden ocurrir, como de hecho sucede en el quehacer de los operadores del derecho, que: “(...) *en el caso de los conflictos entre normas del mismo grado debe distinguirse, a su vez, entre conflictos diacrónicos (esto es, entre normas promulgadas en momentos diferentes) y conflictos sincrónicos (es decir entre normas promulgadas simultáneamente)* (...)”<sup>490</sup>.

**220-** La derogación tácita “(...) *resulta de la incompatibilidad, contradicción o absorción, entre las disposiciones de la ley nueva y de la antigua. Este principio se deriva del aforismo romano: lex posterior derogat priori. Así, la incompatibilidad entre dos normas resulta de la imposibilidad*

488 RUBIO CORREA, Marcial. *El Título Preliminar del Código Civil*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Décima Edición, 2008, pp. 20 a 21.

489 RUBIO CORREA, Marcial, op.cit., p. 23.

490 RUIZ MANERO, Juan. *Jurisdicción y Norma. Dos Estudios Sobre Función Jurisdiccional y Teoría del Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 58.

*de su aplicación concurrente (...)*<sup>491</sup>. Este es el caso de los conflictos diacrónicos de normas, el cual se soluciona con la aplicación de la ley posterior en el tiempo, en cuanto a su emisión; toda vez que, no corresponde aplicar las dos normas al mismo tiempo.

### 6.1.3. Principio de especialidad

**221.-** Dentro de los principios de interpretación normativa que venimos desarrollando, destacamos al principio de especialidad, como uno de los fundamentos que nos permitirán establecer la línea hermenéutica del Pleno Casatorio Civil, por lo que corresponde señalar que pueden producirse “(...) *conflictos entre normas del mismo grado (...) conflictos sincrónicos (es decir, entre normas promulgadas simultáneamente) (...)*”<sup>492</sup>. Ello implica que se descarta en primer término el principio de jerarquía en la interpretación normativa, por cuanto nos encontramos frente a la emisión de una disposición normativa del mismo grado; asimismo, se deja de lado el principio de temporalidad, dado que dichas disposiciones normativas fueron promulgadas simultáneamente, como en nuestro caso, razón por la cual corresponde la aplicación del principio de especialidad en la interpretación de la norma.

**222.-** Por ello “(...) *los conflictos sincrónicos entre normas del mismo nivel pueden ser de dos tipos: el primero de ellos se da ‘cuando las dos normas sólo se contradicen parcialmente’, en cuyo caso hay que entender que una norma limita la validez de la otra (...) la (...) ‘contradicción parcial’ entre normas es lo que A. Ross llama inconsistencia total-parcial: esto es, del tipo de conflicto que tiene lugar ‘cuando una de las dos normas no puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra, mientras que ésta tiene un campo adicional de aplicación en el cual no entra en conflicto con la primera’ (...). Este tipo de conflicto –en el que una de las normas es, en relación con la otra, particular– puede disolverse (y ésta es la solución kelseniana) por medio del principio de lex specialis, que ordena la prevalencia de la norma particular en la zona de conflicto de ambas (...) no todos los conflictos parciales entre normas permiten la aplicación del principio de lex specialis. La aplicación de este principio requiere, en efecto, que una de ambas normas sea particular en relación a la otra (...)*”<sup>493</sup>.

491 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Los Principios Contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984*, Lima: Editora Jurídica Grijley, 2011, p. 80.

492 RUIZ MANERO, Juan, op.cit., pp. 57 a 58.

493 RUIZ MANERO, Juan, op.cit., pp. 58 a 59.

**223.-** Al respecto, cabe precisar que la emisión de normas en nuestro ordenamiento jurídico, al producirse de manera constante, ocasionan múltiples conflictos normativos, que se pueden dar de manera sincrónica, esto es, por la emisión simultánea de normas, y con ello, conforme lo hemos señalado precedentemente, quedan descartadas la aplicación de los principios de jerarquía y temporalidad, siendo aplicable a partir de ello el principio de especialidad de la norma; toda vez que se presenta una limitación en la validez de una de las normas en conflicto a partir de la relación de norma particular a norma general.

**224.-** Cabe precisar que: *“(…) la interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. El tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única (...)”*<sup>494</sup>. La interpretación positivista entonces reconoce en primer lugar que pueden presentarse varias interpretaciones posibles de la disposición normativa, y todas tienen el mismo valor; sin embargo, corresponderá a los órganos jurisdiccionales decidir la más apropiada para el caso concreto, lo cual se produce por consideraciones externas al ordenamiento jurídico, que más allá de ser descrito como política o moral, consideramos que de lo que se trata finalmente es de establecer los valores que priman en un sistema jurídico determinado, valores supremos como son la justicia y la seguridad jurídica.

**225.-** Por ello es que: *“(…) todos los métodos de interpretación que hayan sido propuestos solo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes (...)”*<sup>495</sup>. Es importante destacar que ni siquiera el mismo positivismo ha establecido una única respuesta interpretativa a la aplicación de la norma jurídica; toda vez que sus

494 KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*, Lima: Ediciones Wisla, 1987, p. 123.

495 KELSEN, Hans, op.cit., p. 124.

métodos de interpretación admiten la influencia de agentes externos a la construcción positivista, como excepción, este es el caso de los valores, que permiten establecer la interpretación aplicable a la controversia puesta en consideración de los órganos jurisdiccionales. Con lo cual, al aplicar únicamente el método sistemático por ubicación sobre la base del principio de especialidad de la norma, nos encontramos frente a un método incompleto de interpretación.

- 226.-** Siendo incompleta la interpretación positivista, corresponde complementar ésta en base a otro método de interpretación, conforme lo veremos en el siguiente punto.

## 6.2. Los valores supremos del ordenamiento jurídico

- 227.-** Al constatar que la respuesta del ordenamiento jurídico, desde su propia estructura orgánica, resulta ser incompleto para efectos de establecer una interpretación que nos permita la coherencia sistémica de nuestro ordenamiento jurídico, en base a las reglas de validez en la producción normativa, propia de una interpretación positivista, es ineludible acudir complementariamente a la aplicación de otro método de interpretación.

- 228.-** Como es el caso del método teleológico que define al criterio teleológico como aquel donde “(...) *el intérprete asume que la interpretación debe ser realizada de manera tal que, en la medida de lo posible se obtenga una finalidad predeterminada de la aplicación de la norma jurídica (...)*”<sup>496</sup>. La manera de realizar una interpretación por el método teleológico es a partir de apreciar que nuestro ordenamiento jurídico se sustenta en la búsqueda de valores supremos, que particularmente para nosotros son la justicia y la seguridad jurídica, los les [*sic*] se encuentran insertos no solamente en las normas jurídicas sino también en las decisiones de la judicatura nacional.

- 229.-** Por lo tanto, “(...) *los valores jurídicos se constituyen en uno de los elementos del derecho y se traducen en un conjunto de criterios que poseemos para juzgar tanto a los sujetos como a los objetos. El valor supremo del derecho es la justicia y no es el único (...)*”<sup>497</sup>. Dentro de los valores supremos de nuestro ordenamiento jurídico consideramos también a la seguridad jurídica, la cual debe ser aplicada conjuntamente

496 RUBIO CORREA, Marcial, op.cit., p. 261.

497 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Los Principios Contenidos en el Título Preliminar del Código Civil de 1984*. (Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial), Lima: Editora Jurídica Grijley, 2011, p. 563.

con el valor justicia, estableciéndose de esta manera un criterio hermenéutico no sólo de resolución de los casos concretos a través de la judicatura nacional, sino que a la vez también se constituyen en líneas orientadoras del desenvolvimiento del Estado Constitucional peruano a través de todos sus órganos en las distintas funciones que cumplen, sean legislativas, ejecutivas, judiciales, así como en el caso de los organismos constitucionales autónomos.

**230-** Esta manera no sólo de aplicar la normativa vigente a los casos concretos, sino de ver el derecho en su conjunto no ha sido ajena al Foro nacional, más aún cuando desde hace un buen tiempo a través de la Teoría Tridimensional del Derecho se propone “(...) *una relación dinámica entre tres objetos heterogéneos pero que cobran unidad conceptual a raíz de dicha interrelación. De ahí que en la estructura del derecho se hallen presentes, ineludiblemente y al lado de la vida coexistencial, los valores y las normas jurídicas (...)*”<sup>498</sup>. La virtud de este planteamiento es, en primer lugar, reconocer que los valores no pueden ser ajenos a la norma jurídica, y en segundo lugar, precisar que: “(...) *los valores resultan ser, dentro del planteamiento kelseniano, elementos de naturaleza meta-jurídica (...)*”<sup>499</sup>, conforme lo señalamos precedentemente en el caso especial del positivismo jurídico; toda vez que no forman parte del entramado normativo y constituyen injerencias externas al mismo.

### 6.2.1. Justicia

**231-** Si bien excede al Pleno Casatorio Civil establecer una definición de lo que es el valor supremo de la justicia, su presencia es innegable a lo largo de distintas épocas y lugares en la historia de la humanidad; asimismo, resulta ser trascendental que desde siempre su definición ha estado unida indesligablemente al quehacer jurídico, para ello nos basta recordar que desde un inicio el derecho siempre ha sido “(...) *vivir honestamente, no dañar a nadie, y dar a cada uno lo que es suyo (...)*”<sup>500</sup>. Esto ha sido el derecho hace más de dos mil años y aún tiene vigencia entre nosotros, y podemos apreciar en estas viejas máximas las nociones de justicia que tienen que ver con el discurrir de toda persona en sus relaciones con los demás.

498 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho y Persona. Introducción a la Teoría del Derecho*, Lima: Grijley, Cuarta Edición, 2001, p. 39.

499 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Op.cit.*, p. 59.

500 INSTITUCIONES DE JUSTINIANO, traducción de Francisco Pérez de Anaya y Melquiades Pérez Rivas, Lima: Cultural Cuzco S.A., 1995, p. 11.

- 232.-** No nos vamos a detener en la diferentes nociones que desde la antigüedad han definido a la justicia, pero si vamos a puntualizar que: “(...) *en su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independiente del espacio y el tiempo: es eterna e inmutable (...)*”<sup>501</sup>. Siendo un valor absoluto, para el positivismo la justicia se convierte en un valor ajeno al ordenamiento jurídico pero que sin embargo ejerce una influencia externa. Es entonces que podemos afirmar que ni siquiera el positivismo más clásico ha podido negar a la justicia como un valor que ejerce una influencia pero desde fuera del ordenamiento jurídico.
- 233.-** Los desarrollos posteriores que han tratado sobre el valor de la justicia nos señalan incluso que: “(...) *la conducta justa es una conducta que, generalmente beneficia a los demás y a la sociedad (según se define en el principio de utilidad) y para su realización carecemos comúnmente, de un estímulo eficaz (...)*”<sup>502</sup>. Constituye entonces una conducta relacional y coexistencial de los sujetos de derecho, no es una conducta en solitario, pero su realización no se produce de manera automática.
- 234.-** Por ello es que en el desarrollo de lo que es el valor supremo de la justicia, en esta teoría en particular se ha señalado que: “(...) *el objetivo de la teoría de la justicia no es dar con la ‘verdad moral’, entendida como la correspondencia de un sistema de enunciados con algún orden moral independiente (cualquiera que sea lo que esto signifique), sino construir las bases de un acuerdo operativo entre ciudadanos libres por medio del ejercicio público de la razón (...)*”<sup>503</sup>. Pues bien, en esta concepción del valor supremo de la justicia se debe construir a partir del acuerdo o consenso de los sujetos de derecho, dado que finalmente a través de éste se produce la legitimidad de este valor; alejándose con ello de concepciones morales del mismo.
- 235.-** En suma, es indudable que la justicia irradia a todo nuestro ordenamiento jurídico, más allá de los desarrollos teóricos; podemos apreciar que nuestra norma fundamental se pronuncia una y otra vez sobre este valor supremo, como es el caso del artículo 44º de la Constitución de 1993 cuando establece que: “(...) *son deberes del Estado (...) promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación*. Asimismo, el artículo 138º

501 KELSEN, Hans, op.cit., p. 45.

502 RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*, Madrid: Fondo de Cultura Económica, Primera Reimpresión, 1997, p. 414.

503 RAWLS, John. *Justicia como Equidad*, Madrid: Tecnos, 2002, p. 24.

de la norma fundamental establece taxativamente que: “(...) 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 (...)”. Adicionalmente se puede señalar que este valor supremo se encuentra presente de manera ineludible en el artículo 139º de la Constitución, referido a los principios y derechos de la función jurisdiccional, en especial en los numerales 8 y 16, así como también en diversos extremos de la norma fundamental. Por ende la aplicación de este valor supremo a nuestro ordenamiento no puede ser dejado de lado ni tampoco soslayado.

### 6.2.2. Seguridad Jurídica

**236.-** La seguridad jurídica “(...) viene a ser una especie del género seguridad, y se entiende como la seguridad proporcionada por el derecho (entendiendo derecho como orden jurídico), lo cual implica la afirmación del ordenamiento aún contra los intereses individuales (...) la predictibilidad, en esta medida, es el eje de la seguridad (...)”<sup>504</sup>. Convenimos entonces en que la seguridad jurídica puede presentar, por lo menos, dos contenidos, uno de ellos está referido a la información que todo sujeto de derecho debe tener en la emisión de la normativa vigente, lo cual se produce por la publicación de ésta a efectos de que la misma no sólo entre en vigencia, como regla general, sino que a la vez constituye el fundamento de conocimiento de todos los sujetos de derecho de dicha normativa y por tanto es de aplicación obligatoria. Un segundo contenido de la seguridad jurídica es el de la predictibilidad de los fallos judiciales en base a la correcta aplicación de las disposiciones normativas.

**237.-** En cuanto al primer contenido de lo que es la seguridad jurídica, ningún sujeto de derecho puede alegar la ignorancia de la normativa vigente, con lo cual el ordenamiento jurídico se transforma en un todo orgánico al que corresponde calificar como orden jurídico cierto. Por ello es que: “(...) resulta necesario entender que no es la norma jurídica la que proporciona o resta seguridad jurídica a la sociedad sino el ordenamiento como tal (...)”<sup>505</sup>, toda vez que es el ordenamiento el que regula las conductas intersubjetivas como un todo y no solo a través de normas puntuales. De esta manera los sujetos de derecho pueden establecer,

504 JIMÉNEZ VARGAS MACHUCA, Roxana. La Seguridad Jurídica. En: *Revista del Magíster en Derecho Civil*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, Volumen 2-3, 2002, p. 255.

505 JIMÉNEZ VARGAS MACHUCA, Roxana, op.cit., p. 257.

con el conocimiento del ordenamiento jurídico de antemano, las consecuencias que las situaciones jurídicas que desarrollen sobre la base de las disposiciones jurídicas que consideren aplicables.

- 238.-** En la vigencia de los valores supremos del ordenamiento jurídico, cabe precisar que: “(...) *la seguridad sin justicia carece de sentido jurídico (...)*”<sup>506</sup>. Así como hemos precisado que la justicia es indesligable del derecho, también el valor de la seguridad jurídica es consustancial a la justicia, y es hacia ello que debe orientarse la totalidad del ordenamiento jurídico, a fin de establecer la seguridad jurídica con justicia.
- 239.-** El segundo contenido que consideramos de la seguridad jurídica viene a estar dado por la predictibilidad en la aplicación del ordenamiento jurídico, y es a partir de allí que: “(...) *la confianza en el orden está relacionada a la eficacia del sistema que abarca a los preceptos legales. Esta dimensión no se limita á exigir el cumplimiento de las normas por los individuos, sino que ‘demanda la correcta aplicación de aquéllas por los órganos del poder público’ (...)* es por ello que *la efectividad de las reglas ordenadoras engendra un sentimiento de confianza en el orden, en cuyo interior coinciden la vigencia, la justicia y la eficacia (...)*”<sup>507</sup>. Es de suma importancia que todos los sujetos de derecho conozcan a qué atenerse; en el caso del poder judicial, en la resolución de procesos judiciales en donde se analizan situaciones similares, como es el caso de la resolución que se emite en el Pleno Casatorio Civil; toda vez que a través de ello se legitima el sistema en el entramado social de nuestra comunidad y la discrecionalidad judicial no se ejerce de manera arbitraria sino en base a los parámetros del ordenamiento vigente, éstos serán brindados en el presente fallo en estricto respeto de la Constitución, la normativa vigente así como de los valores supremos de nuestro ordenamiento jurídico, como es el caso de la seguridad jurídica.
- 240.-** El valor supremo de la seguridad jurídica al igual que la justicia también tiene fundamento constitucional, como lo podemos apreciar en el artículo 62º de la Constitución que establece “(...) *la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase (...)*; también se denota en el numeral 1 del artículo 118º de la norma fundamental que establece “(...) *corresponde al Presidente de la República: 1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones*

506 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, op.cit., p. 96.

507 JIMÉNEZ VARGAS MACHUCA, Roxana, op.cit., p. 273.



legales (...), así como el numeral 9 de la norma anotada que precisa "(...) cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales (...), se encuentra inserto en el artículo 139º en los principios y derechos de la función jurisdiccional.

### **6.3. Los métodos sistemático y teleológico a partir de la metaregla de la norma especial con referencia a la pretensión de impugnación de los acuerdos de Asociaciones**

**241.-** Es importante destacar que: "(...) cuando entran en juego relaciones teleológicas estamos ante un argumento sistemático-teleológico (...)"<sup>508</sup>, que justamente es lo que se produce en el caso de autos así como en una serie de casos similares puestos a consideración de los órganos jurisdiccionales; por ello la impartición de justicia no se puede realizar de manera discrecional y arbitraria, todo lo contrario, debe partir de la existencia de disposiciones normativas a través de las cuales la judicatura fundamenta sus decisiones, las cuales no están exentas de valores que inspiran al ordenamiento jurídico en su conjunto; sin embargo, éstos deben ser aplicados de manera razonable y en atención al impacto socio económico de la decisión que se emitirá por nuestros jueces.

**242.-** Un caso de aplicación conjunta de los métodos sistemático por ubicación y teleológico se produce en la resolución de este caso, para lo cual también será de aplicación el principio de especialidad; toda vez que, en primer lugar, existe una contraposición de las normas generales relativas a las causales de ineficacia del negocio jurídico reguladas en el Libro II del Código Civil, frente a lo establecido en el artículo 92º de la norma anotada, referida a la pretensión de impugnación de acuerdos de asociación, que constituye una norma especial. Sin embargo, más allá de este argumento estrictamente kelseniano según las reglas que establecen la validez parcial de una norma en la relación general a particular, es de suma importancia referirnos a los valores que se encuentran insertos en dichas normas, que son la justicia y la seguridad jurídica que irradian a todo el ordenamiento jurídico.

**243.-** Debemos partir por señalar que nos encontramos frente a un caso difícil desde que se produce "(...) la existencia de una discrepancia en cuanto cuáles sean las normas aplicables al caso (...)"<sup>509</sup>. Esta situación en cuanto

508 ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Lima: Palestra Editores, 2010, p. 331.

509 ATIENZA, Manuel. *Tras la justicia*, Barcelona: Ariel, 2003, p. 24.

a la decisión de aplicar una u otra disposición normativa para resolver el caso concreto, sea a partir de lo regulado en el Libro II del Código Civil o sea a través del artículo 92º de la citada norma, que estatuye la impugnación del acuerdo de la Asociación, nos permite señalar la presencia de un caso difícil, por cuanto, aparentemente existirían dos normas aplicables a este caso.

- 244.-** A propósito de ello, es pertinente referir que los sujetos de derecho integrantes de una Asociación Civil así como se han constituido en titulares de derechos, también son titulares de deberes, uno de ellos es la diligencia en ejercer sus derechos dentro de los plazos establecidos en la normativa vigente, que en el caso que nos convoca se han regulado en el artículo 92º del Código Civil, consignándose el plazo de 30 días de inscrito el acuerdo o de 60 días de adoptado el mismo, para efectos de la impugnación de acuerdos, que ha sido tratada en los puntos precedentes.
- 245.-** Es sobre la base del método sistemático teleológico de ubicación de la norma, que podemos aplicar el principio de especialidad, por cuanto “(...) el método reposa (...) en la idea de que el Derecho es un sistema que responde a un proyecto racional del legislador, donde las normas y decisiones están dotadas de congruencia y unidas entre sí por unos valores o fines comunes (...)”<sup>510</sup>, por estas razones podemos señalar en primer lugar que nos encontramos frente a una norma particular frente a otra que es general, y ello se puede apreciar, desde que la regulación de las causales de ineficacia del acto jurídico se encuentran en los artículos 219º y 221º del Código Civil del Título IX, referidas a la Nulidad del Acto Jurídico del Libro II del Código Civil, que trata del Acto Jurídico, y en toda norma que sin señalar la ineficacia estructural, ésta es deducida de conformidad con el artículo V del Título Preliminar y el numeral 8 del artículo 219º del Código Civil. En ese sentido, nos encontramos frente a una disposición normativa que establece una regulación general para los vicios estructurales de los negocios jurídicos, y por consiguiente, es de aplicación a todos los Libros del Código Civil. Resultando una norma de aplicación particular y por tanto especial, el artículo 92º de la norma anotada; toda vez que ésta se encuentra ubicada en el Título II, referido a la Asociación, de la Sección Segunda, que trata de las Personas Jurídicas, del Libro I, referido al Derecho de las Personas, en el supuesto de impugnación de acuerdos de asociación. Este análisis es hasta este punto positivista, sin embargo, son de aplicación también los valores supremos del ordenamiento jurídico.

510 PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre Principios y Normas. Problemas del Razonamiento Jurídico*, Lima: Palestra, 2013, p. 210.

**246.-** En segundo lugar, la aplicación de la seguridad jurídica y la justicia al caso concreto como valores supremos que irradian a todo nuestro ordenamiento resuelven la antinomia presentada en el presente caso del Pleno Casatorio Civil, máxime, conforme lo hemos señalado, la seguridad jurídica en su contenido de predictibilidad de los fallos judiciales tiene que ser defendida a fin de eliminar fallas sistémicas que produzcan antinomias en nuestro sistema, una de las cuales estamos resolviendo a partir del Pleno Casatorio Civil; asimismo, otro de los contenidos de la seguridad jurídica, referido a la certeza en la producción normativa y su plena vigencia debe ser destacada, por cuanto los sujetos de derecho no pueden sustraerse a la aplicación de la misma a las situaciones jurídicas subjetivas en las que se encuentran involucrados, pretendiendo ignorar que no fueron diligentes en el ejercicio de sus derechos, cuando, conforme a las disposiciones normativas en las que se involucraban, el sistema ha supuesto, sin admitir prueba en contrario, que tenían conocimiento de todos los derechos y deberes de los que se encontraban premunidos, así como de los plazos para su cabal ejercicio.

**247.-** En el caso de la ley especial debe tenerse en cuenta que: *“(...) la incompatibilidad no es real: todo se reduce a que se excluye del dominio de la ley general lo que corresponde al campo de aplicación restringido a la ley especial (...) si a una ley general sucede una de índole especial, no hay incompatibilidad sí es posible la coexistencia de las excepciones con la regla; sólo que la regla absoluta anterior se convierte en regla limitada por excepciones (...)”*<sup>511</sup>. Por consiguiente la interpretación de la disposición normativa especial implica un ámbito más reducido con relación a lo regulado en la disposición normativa general, y por ende la interpretación normativa nos permite compatibilizar coherentemente la validez de ambas normas pero teniendo en cuenta los valores supremos de la seguridad jurídica y la justicia en la resolución de los casos puestos a conocimiento del Poder Judicial.

**248.-** Asimismo, es a partir de la justicia en el caso concreto que logramos seguridad jurídica en nuestra comunidad, valor supremo que no sólo es un soporte de la convivencia pacífica de los sujetos de derecho sino que es también el fundamento de la existencia del ordenamiento jurídico. El ideal de justicia tiene y debe expresarse en el máximo respeto a la dignidad humana y en la promoción y desarrollo de los derechos fundamentales, que sirven de bases inquebrantables de todo el ordenamiento jurídico vigente, como es el caso del derecho fundamental de asociación.

511 ESPINOZA ESPINOZA, Juan, op.cit., p. 82.

**249.-** Es, indispensable y no es iluso pensar en el caso de “(...) un juez que, sin incurrir en inconsistencia alguna, fuera hartiano en el terreno de la teoría del Derecho y dworkiniano a la hora de fundamentar sus decisiones (...)”<sup>512</sup>, este magistrado ciertamente apreciará la normativa vigente y los límites que le establece pero también, a la vez, el juicio para la resolución del caso propuesto debe responder a la cultura jurídica y los valores que inspiran a nuestro ordenamiento para llevarlos a su máxima expresión, más aún cuando nuestra sociedad se expresa a través de éstos.

**250.-** En consecuencia este Pleno Casatorio Civil considera que es de aplicación en todos los casos en donde se promueva una pretensión de impugnación de acuerdos de asociación, el artículo 92º del Código Civil en observancia de los métodos sistemático y teleológico, aplicando para ello el principio de especialidad de la norma.

## **7. Respeto de la infracción normativa material alegada**

**251.-** A efectos de absolver la infracción normativa material denunciada, tendremos en cuenta las instituciones analizadas en extenso en los puntos precedentes al caso concreto objeto de este Pleno Casatorio Civil, a fin de establecer la interpretación normativa correspondiente.

### **7.1. Inaplicación de los Numerales 1 y 5 del Artículo 219º del Código Civil**

**252.-** Con relación a la denuncia casatoria relativa a la infracción normativa material referida a la inaplicación de los numerales 1 y 5 del artículo 219º del Código Civil, debemos precisar que por previsión constitucional se tutela el derecho a constituir estructuras organizativas sin fines de lucro, con el fin de alentar con ello la promoción de los más altos valores que se fundamentan en la dignidad del ser humano, sin soslayar con ello que estas organizaciones actúen de conformidad con la normativa vigente y en el ejercicio diligente de sus derechos; asimismo, el desarrollo de sus actividades no lucrativas se encuentran amparadas en otro derecho con previsión constitucional, la libertad de contratar; a efectos de que con ello puedan lograr los fines altruistas que se proponen, este es el caso de la Asociación de Vivienda Chillón.

**253.-** Conforme a los presentes actuados y al desarrollo precedente podemos establecer que la Asociación de Vivienda Chillón, fundada

512 RUIZ MANERO, Juan, op.cit., p. 198.

el 2 de diciembre de 1984, inscrita en el Asiento 01 de la Ficha 6691 del Registro de Asociaciones de Lima, es un sujeto de derecho, específicamente una persona jurídica no lucrativa, distinta de sus miembros, cuyo objeto de conformidad con el artículo segundo de su estatuto es promover la adquisición de vivienda propia para sus asociados, para lo cual, de acuerdo al artículo 55º del referido estatuto, las cotizaciones mensuales de los miembros de la asociación serán destinadas tanto para la administración de la Asociación Civil como para la adquisición de terrenos en donde se construirán las viviendas de sus asociados.

**254.-** Se establece en el artículo décimo noveno del estatuto que los órganos de dirección, administración y control de la Asociación de Vivienda Chillón están constituidos por la Asamblea General y el Consejo Directivo, consignándose en su artículo 20º que la Asamblea General es la autoridad máxima y sus acuerdos obligan a todos los asociados presentes o ausentes, si es que el acuerdo fue tomado de conformidad con la ley y el estatuto de la Asociación, precisándose en el artículo 23º, que el quórum de las asambleas ordinarias o extraordinarias estará legalmente constituido por la mitad más uno de los socios y si una hora después de la señalada en la convocatoria no existiera quórum, la asamblea quedará constituida por los asociados presentes, a efectos de que no se vea entorpecida la marcha de esta persona jurídica no lucrativa.

**255.-** El estatuto también ha previsto en el artículo 24º referido a las atribuciones de la asamblea general ordinaria, entre otros, autorizar los contratos de cualquier índole que celebre el Consejo Directivo y elegir a los miembros de éste, y en el artículo 26º señala que a la Asamblea Extraordinaria le corresponde tratar la reforma de los estatutos, la modificación de los fines de la institución, la resolución de reclamaciones contra los miembros del Consejo Directivo y el establecimiento de cuotas extraordinarias, y para la adopción de los acuerdos respecto de los dos primeros temas, conforme al artículo 26º del citado documento, se requiere del voto favorable de las dos terceras partes de los socios hábiles; en el caso de las asambleas generales ordinarias, para adoptar el acuerdo se requiere de la votación de una mayoría simple.

**256.-** En ese sentido, la adopción del acuerdo en la Asociación de Vivienda Chillón debe realizarse de conformidad con la ley y el estatuto antes precisado, a través de los quórums y mayorías establecidas precedentemente, con lo cual se expresa la voluntad de esta persona

- jurídica no lucrativa, a través del método colegial o asambleario, lo que se produce siempre y cuando se hubieran respetado los derechos de las minorías en la adopción del acuerdo, quedando a salvo su derecho de impugnar el mismo conforme a los plazos establecidos en la normativa vigente, para lo cual debe tenerse en cuenta que los acuerdos consignados en las actas de Asambleas Extraordinarias de Asociados de fecha 10 de octubre de 2004, fue inscrito en el Asiento A00004, y el del 2 de octubre de 2005, fue inscrito en el Asiento A00005, de la Partida 01975773 del Registro de Personas Jurídicas de la Zona Registral IX, Sede Lima.
- 257.-** De haberse adoptado el acuerdo en base a la normativa antes precisada, la Asociación de Vivienda Chillón puede encontrarse en una situación jurídica de ventaja o de desventaja, a efectos de promover la adquisición de vivienda propia para sus asociados, finalidad que se establece taxativamente en el artículo segundo de su estatuto.
- 258.-** A partir del desarrollo teórico precedente, podemos establecer que el negocio jurídico de origen alemán debe ser aplicado en nuestro ordenamiento jurídico de conformidad con nuestra normativa vigente y los principios que la sustentan; si bien son los sujetos de derecho los que establecen el propósito o finalidad que quieren alcanzar a través de la autorregulación de sus intereses al establecer un estatuto negocial para lograr una finalidad práctica, finalmente será el ordenamiento jurídico quien acogerá los efectos del mismo, toda vez que es la normativa vigente quien los otorga o no.
- 259.-** En ese sentido, conforme se ha podido apreciar, a partir del método colegial o asambleario se reduce la pluralidad de declaraciones individuales de los asociados, a través de su asamblea general, a lo que finalmente es la voluntad de la Asociación de Vivienda Chillón, la cual se expresó, en lo que es objeto de este proceso, tanto en el Acta de Asamblea General Extraordinaria de Asociados de fecha 10 de octubre de 2004, referida al nombramiento del Comité Eleccionario que posteriormente nombra como Presidente del Consejo Directivo a Homero Castillo Alva y 9 personas componentes del mismo cuerpo Directivo para el período 2004 a 2007, inscrita el 7 de enero de 2005 en el Asiento A00004 de la Partida 01975773 del Registro de Personas Jurídicas de Lima, así como en el Acta de Asamblea General Extraordinaria de fecha 2 de octubre de 2005, referida a la aprobación del otorgamiento de los más amplios poderes y facultades especiales a favor de Homero Castillo Alva, inscrita el 12 de octubre de 2005 en el Asiento A00005 de la citada partida registral.

- 260.-** Sobre el particular, cabe precisar que ambos acuerdos, materia del presente proceso referidos en las actas antes precisadas, son negocios jurídicos unilaterales, toda vez que los asociados autorregulan sus intereses buscando de conformidad con sus estatutos los efectos previstos en la ley; la doctrina establece que estos acuerdos vinculan incluso a los asociados disidentes, siempre y cuando hubieran sido tomados respetando la ley y el estatuto; en el caso en análisis, los indicados acuerdos fueron inscritos en los Registros Públicos, por ende existiría presunción legal de la veracidad de su contenido.
- 261.-** Adicionalmente, este Pleno considera que el régimen de ineficacia negocial es plenamente aplicable a los negocios jurídicos unilaterales emitidos por las asociaciones, si es que los mismos se encuentran incurso en vicios en sus elementos, presupuestos o requisitos, no siendo óbice por ello la alegación de la institución de la inexistencia, toda vez que si bien ésta no se encuentra regulada y es propia de ordenamientos en donde la nulidad debe constar taxativamente, no como en nuestro caso, entendemos que la inexistencia que se proponga se encuentra incurso en las causales previstas en los artículos quinto del título preliminar y el numeral 8 del artículo 219º del Código Civil; por ello la referida pretensión debe plantearse de conformidad con lo regulado en la normativa vigente.
- 262.-** Debe observarse que el petitorio de la presente demanda respecto a la pretensión principal, busca que se declare la nulidad del Acta de Asamblea General Extraordinaria de Asociados de fecha 10 de octubre de 2004 invocándose falta de manifestación de voluntad del agente y simulación absoluta; asimismo, dentro de las pretensiones accesorias también peticiona la declaración de nulidad del Acta de Asamblea General Extraordinaria de fecha 02 de octubre de 2005, precisando en sus fundamentos de hecho que no participó en las citadas asambleas ni tampoco muchos de los asociados, lográndose una falsa participación y toma de acuerdos en las mismas.
- 263.-** Al respecto es necesario precisar, que la parte demandante Rodrigo Sánchez de La Cruz tiene la calidad de socio y por ende expedita la pretensión de impugnación de acuerdos prevista en el artículo 92º del Código Civil, es decir para cuestionar los acuerdos antes precisados por los supuestos de hechos que menciona, dentro de los plazos que el indicado dispositivo establece, pero en lugar de ello decidió interponer la pretensión precedentemente señalada en base a las normas de ineficacia estructural del Libro II del Código Civil de 1984, soslayando con ello la normativa especial imperativa vigente y con ello el ejercicio

de la acción predeterminada por ley, lo cual expresamente fluye de los términos de la demanda, al precisar la parte demandante que: “(...) dejamos expresa constancia que nuestra pretensión no se refiere de ningún modo a la impugnación de acuerdos arribados por nuestra asociación, sino por el contrario, cuestionamos los requisitos de validez del Acto Jurídico contenido en ellas (...)”.

**264.-** Conforme a los argumentos precedentemente señalados, la resolución impugnada no ha incurrido en la infracción material denunciada, referida a la inaplicación de los numerales 1 y 5 del artículo 219º del Código Civil.

## 7.2. Interpretación errónea del artículo 92º del Código Civil

**265.-** En cuanto a la infracción material referida a la interpretación errónea del artículo 92º del Código Civil, debemos mencionar que el derecho de impugnación de acuerdos se complementa con el derecho al voto de cada asociado, porque constituye un derecho potestativo y personal, para de esta manera velar por la adecuada formación de la voluntad de la asociación, la cual conforme a los puntos anteriores reduce la pluralidad de declaraciones de los asociados a la voluntad de la asociación, y ésta es obtenida a través de la asamblea general debidamente convocada y en base a los quórums y mayorías establecidas de conformidad no sólo con la ley sino también con su estatuto.

**266.-** Los hechos materia del presente proceso se subsumen también en la disposición normativa prevista en el artículo 92º del Código Civil, constituyéndose en un legitimado ordinario la parte demandante en el presente proceso, Rodrigo Sánchez de la Cruz, al tener la calidad de asociado de la Asociación de Vivienda Chillón, toda vez que sostiene que no concurrió a las Asambleas Generales Extraordinarias de fechas 10 de octubre de 2004 y 2 de octubre de 2005, cuyas actas fueran inscritas el 7 de enero de 2005 y el 12 de octubre del citado año en los Asientos A00004 y A00005 de la Partida 01975773 del Registro de Personas Jurídicas de Lima respectivamente, las cuales son objeto de esta demanda de nulidad de acto jurídico, demanda interpuesta con fecha 16 de mayo de 2006, por las causales de falta de manifestación de voluntad y simulación absoluta, de conformidad con los numerales 1 y 5 del artículo 219º del Código Civil, en atención a que el objeto de una pretensión de ineficacia negocial se encuentra regulada de conformidad con el Libro II de la norma sustancial.



**267.-** Sin embargo, debe tenerse presente que con arreglo a la norma contenida en el artículo 92º del Código Civil, la pretensión de impugnación de acuerdos de asociación, establece dos plazos de caducidad para el ejercicio de la respectiva acción, razón por la cual se extingue la posibilidad de interponer esta pretensión y el derecho mismo que la sustenta vencidos los mismos, resultando aplicable en el presente caso la disposición normativa antes señalada, en el extremo del plazo de caducidad que consigna hasta el lapso de 30 días de inscrito el acuerdo en los Registros Públicos; teniendo en cuenta las fechas antes referidas ha transcurrido en exceso. Este actuar demuestra negligencia del legitimado ordinario, ahora demandante en el ejercicio y defensa de sus derechos en la Asociación de Vivienda Chillón, más aún cuando se parte de la regla general que este asociado es el que participa activamente en la marcha cotidiana del ente asociativo, por tanto está en la posibilidad de conocer de todas sus actividades.

**268.-** Como consecuencia del debate en el presente Pleno Casatorio Civil se presentó el tema de la calidad jurídica de los miembros de la Asociación expulsados por el acuerdo de esta persona jurídica no lucrativa, y la factibilidad de éstos para impugnar el mismo. Luego del debate se llegó a la conclusión que éstos tienen interés para interponer la pretensión regulada en el artículo 92º del Código Civil, máxime cuando justamente el acuerdo los expulsa de la Asociación. De manera que si bien la norma establece que están legitimados los miembros de la asociación, no debe perderse de vista que en el caso de los expulsados el agravio se fundamentará en la irregularidad de su salida en base al acuerdo adoptado. También se ha llegado al acuerdo que un asociado legitimado ordinario no puede interponer indistintamente pretensiones de impugnación de acuerdos de asociación, promoviendo su demanda en el plazo que se confiere para los casos de nulidad del acto jurídico respecto a las causales previstas en el Libro II del Código Civil. Sólo tiene expedita la demanda de impugnación asociativa cuyos plazos específicos de caducidad están establecidos en el artículo 92º del Código Civil y la vía procedimental es la abreviada.

**269.-** Este Pleno Casatorio Civil además ha acordado que son susceptibles de impugnación tanto los acuerdos de la Asamblea General, los del Consejo Directivo y de todo órgano creado en la Asociación Civil. Del mismo modo, se acordó que el juez que califica la demanda puede adaptar ésta, si la misma se encuentra dentro del plazo previsto por la norma especial (artículo 92º del Código Civil) y si del petitorio invocado advierte que se trata de un caso referido a cuestionar los acuerdos de asociación; sin embargo si el plazo hubiese transcurrido en exceso, ello no puede

realizarse, correspondiendo por ende la declaración de improcedencia de la demanda, como ha sucedido en el presente caso.

**270.-** Adicionalmente se destaca que todo magistrado a efectos de impartir adecuadamente justicia realiza una labor interpretativa a partir de las disposiciones normativas reguladas orgánicamente en nuestro sistema jurídico, de donde extrae las normas a fin de que sean aplicadas a los supuestos de hecho con sus respectivas consecuencias jurídicas, establecidas con anterioridad por nuestro ordenamiento jurídico.

**271.-** Por ello es que a partir de los métodos de interpretación jurídica se puede determinar la norma aplicable al caso concreto, uno de esos métodos es el sistemático por ubicación de la norma jurídica, que se fundamenta en la existencia de una estructura orgánica del ordenamiento jurídico, como así lo ha entendido el Foro peruano y la judicatura nacional, dado que nuestro ordenamiento es un sistema de normas y principios que busca la coherencia, a fin de permitir dar respuestas armoniosas a todas las situaciones jurídicas subjetivas que se presentan.

**272.-** En el caso de autos aparentemente se presentan dos normas aplicables al mismo supuesto de hecho, cuales son el artículo 92º del Código Civil, referido a la interposición de la pretensión de impugnación de acuerdos de asociaciones y el artículo 219º del mismo cuerpo normativo, que establece taxativamente las causales de ineficacia estructural en el supuesto de nulidad del negocio jurídico.

**273.-** La existencia de esta figurada incoherencia socaba el ordenamiento jurídico y tiene que ser solucionada a través de los métodos interpretativos, a fin de eliminar las contradicciones sistémicas, que afectan la predictibilidad de los fallos judiciales y por tanto la seguridad jurídica, así como la justicia, valores supremos de nuestro ordenamiento jurídico.

**274.-** Al respecto, debemos tener presente que son de aplicación a estos conflictos interpretativos las metareglas, tales como la jerarquía, temporalidad así como la especialidad. Siendo de particular aplicación al presente proceso y a casos similares como el de autos, el criterio de la especialidad de la norma jurídica; sin embargo, esta interpretación se encuentra inacabada, razón por la cual se requiere también la aplicación del método teleológico, dado que constituyen valores supremos del ordenamiento la justicia y la seguridad jurídica.

- 275.-** Por la aplicación del principio de especialidad, podemos afirmar que nos encontramos frente a la emisión de una disposición normativa del mismo grado, por lo que no es aplicable el principio de jerarquía; asimismo, se deja de lado el principio de temporalidad, dado que dichas disposiciones normativas fueron promulgadas simultáneamente, razón por la que corresponde la aplicación del principio de especialidad en la interpretación de la norma como en el presente proceso y en todos los procesos con pretensiones similares.
- 276.-** De manera complementaria, podemos afirmar que el método teleológico de interpretación resalta los valores que sustentan nuestro ordenamiento jurídico, en especial la seguridad jurídica y la justicia, y con ello, la predictibilidad de los fallos judicial es se ve reforzada y permite apreciar un ordenamiento coherente y sistemático, sin antinomias, más aún teniendo en cuenta el impacto negativo que supondría establecer líneas interpretativas que socavarían la existencia misma de la Asociación Civil, si es que se determinara que sus acuerdos pueden ser impugnados a la pendencia de 10 años, lo que traería como consecuencia el desaliento en su desarrollo y promoción, soslayando el mandato constitucional de tutelar el derecho fundamental de asociación, dado que a través de ellas se promocionan una serie de valores culturales, históricos, sociales, deportivos, científicos, etc, que tienen como fundamento al derecho principio de dignidad del ser humano.
- 277.-** En atención a los métodos sistemático por ubicación y teleológico se puede aplicar correctamente el principio de especialidad de la norma, que en nuestro caso es el artículo 92º del Código Civil, de observancia por tanto a todos los supuestos de hecho similares que son objeto de procesos como el incoado en autos, toda vez que la pretensión de impugnación de acuerdos de asociación, regulada en la norma antes precisada es de aplicación preferente a las normas generales de ineficacia del negocio jurídico reguladas en el Libro II del Código Civil u otras normas que regulan la ineficacia negocial.
- 278.-** El asociado únicamente puede impugnar los acuerdos de la asociación de conformidad con el artículo 92º del Código Civil y no indistintamente en base a los supuestos de ineficacia estructural estatuidos en el Libro II del Código Civil u otras normas.
- 279.-** Si bien en autos la parte demandante ha interpuesto una demanda, cuyo petitorio es la nulidad de los acuerdos asociativos, corresponde a los órganos jurisdiccionales la correcta calificación de la misma y por ende, en atención a que la aplicación de la normativa vigente es imperativa,

no puede dejar de cumplirse, máxime cuando el plazo de caducidad establecido en el artículo 92º antes anotado se encuentra vencido, como en el presente caso, esto es, 30 días de inscritos los acuerdos.

- 280.-** Tengamos en cuenta además que aún en el caso de los acuerdos adoptados por las personas jurídicas lucrativas cuando se invocan las causales de nulidad de acuerdos societarios en base al artículo 150º de la Ley General de Sociedades, el plazo para impugnarlos es de un año desde la adopción del acuerdo; aceptar que pueda hacerse valer fuera del plazo antes precisado, generaría afectación y desmedro de los entes asociativos, y en lugar de buscar su promoción y desarrollo se estaría logrando su desaliento, razones por las que este extremo de la infracción denunciada debe desestimarse.
- 281.-** En cuanto a que nunca han existido las asambleas materia del presente proceso, razón por la cual no pueden establecerse plazos de caducidad, corresponde señalar en primer término que la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico no se encuentra regulada, toda vez que: *“(...) el Código Civil peruano solamente reconoce dos modalidades de invalidez o ineficacia estructural: la nulidad y la anulabilidad, y en modo alguno se refiere a la inexistencia como categoría principal o accesoria de ineficacia. Ello es así por cuanto la inexistencia es una categoría de ineficacia que sólo se acepta en los sistemas que no aceptan la nulidad virtual (...)”*<sup>513</sup>, como es el caso del ordenamiento peruano; no obstante, en el caso que se alegue la inexistencia del acto jurídico, como en el presente proceso, se reitera que deberá entenderse que se están alegando los supuestos de ineficacia estructural regulados en el Libro II del Código Civil, empero la pretensión deberá formularse dentro de los plazos establecidos por el artículo 92º del Código Civil.
- 282.-** En consecuencia, al haberse inscrito los acuerdos de nombramiento del Comité electorario y del Consejo Directivo para el periodo 2004 a 2007, el 7 de enero de 2005, y el acuerdo de otorgamiento de amplios poderes y facultades a favor de Homero Castillo Alva con fecha 12 de octubre de 2005, y teniendo en cuenta que la presente demanda que interpuesta con fecha 16 de mayo de 2006, el plazo de caducidad previsto en el artículo 92º del Código Civil, referido a los 30 días para impugnar el acuerdo luego de su inscripción, ya habían transcurrido en exceso, razón por la que la infracción denunciada no puede ser amparada.

513 TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, op.cit., p. 102.

**283.-** Sin perjuicio de lo antes señalado, aún en el supuesto que en la emisión de los acuerdos asociativos se hubiera incurrido en hechos tipificados como conductas típicas, antijurídicas y culpables, el ordenamiento jurídico, como unidad, ha previsto en la normativa penal vigente solución dispositiva, la que también puede encontrarse en otras materias si las contravenciones son de distinta naturaleza, empero en la situación antes descrita, no existe causa justificante para sostener que si el plazo previsto por el artículo 92º del Código Civil ha transcurrido puede recurrirse al proceso civil de nulidad de acto jurídico que contempla el plazo de 10 [sic] para ejercitar el derecho de acción a efectos de privar de validez a los acuerdos.

**284.-** No debe quedar duda alguna que la aplicación de la normativa vigente de ninguna manera implica que los órganos jurisdiccionales toleren la iniquidad ni mucho menos la injusticia, todo lo contrario, existen previsiones legales que regulan en su propio ámbito los supuestos de conductas ilícitas u otras en las que los hechos alegados por las partes pueden ser subsumidos, y que corresponderá a éstas el ejercicio diligente de sus derechos al buscar la tutela jurisdiccional efectiva por parte de los órganos jurisdiccionales.

## 8. Efectos de la presente sentencia y precedente judicial

**285.-** El precedente judicial que se consigna en la presente resolución tiene fuerza obligatoria para los magistrados de todas las instancias a nivel nacional, conforme a lo establecido en el artículo 400º del Código Procesal Civil modificado por el artículo 1º de la Ley 29364, por ende, es de observancia obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano para los jueces con procesos pendientes de resolver y cuando resuelvan casos similares. No será vinculante para los casos resueltos y con la calidad de cosa juzgada.

## VI.-\* CONCLUSIONES FINALES

Estando a las consideraciones expuestas, estimamos que el recurso de Casación es infundado al haberse dictado la sentencia de vista de acuerdo a Derecho:

**1.-** No hay contravención a la tutela jurisdiccional en su contenido de acceso ni tampoco al debido proceso en su contenido de motivación de resoluciones judiciales, por lo que la infracción procesal alegada debe desestimarse.

\* En el presente Pleno Casatorio, publicado en el diario oficial El Peruano, se lee los numerales: "VI" y "VII"; debiendo decir: "VII" y "VIII".

- 2.- Las Asociaciones Civiles, personas jurídicas no lucrativas, realizan fines altruistas en diversos ámbitos de nuestra sociedad, sean culturales, sociales, deportivos entre otros, fundamentados en el derecho fundamental de asociación y la dignidad humana, por lo que corresponde a la legislación y la judicatura nacional su tutela y promoción.
- 3.- Todo lo analizado en extenso en los 6 ítems anteriormente explicitados resulta ser de utilidad desde el punto de vista de la uniformidad en la aplicación e interpretación de la normativa vigente, a fin de determinar con claridad los alcances y preferencia de la norma especial, es decir del artículo 92º del Código Civil respecto a las normas de alcance general previstas en el Libro II u otras.
- 4.- Este Pleno Casatorio Civil considera necesario precisar la aplicación e interpretación del artículo 92º del Código Civil que resulta de ineludible cumplimiento para la interposición de pretensiones de impugnación de acuerdos de asociación.

## **VII.- FALLO**

414

Por tales razones, el Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República, de conformidad con lo normado por el artículo 400º del Código Procesal Civil:

- a) Declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Rodrigo Sánchez de la Cruz; en consecuencia NO CASARON la resolución de vista, obrante a folios 452, su fecha 22 de junio de 2012, expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte.
- b) ESTABLECE como doctrina jurisprudencial vinculante lo siguiente:
  1. La impugnación de todo acuerdo emitido por una Asociación Civil, persona jurídica no lucrativa, se fundamenta de manera obligatoria e insoslayable en base a lo dispuesto por el artículo 92º del Código Civil, conforme a los métodos sistemático y teleológico que permiten observar adecuadamente el principio de especialidad de la norma.
  2. El procedimiento predeterminado por ley para la tramitación de la pretensión de impugnación de acuerdos de Asociación Civil, regulado en el artículo 92º del Código Civil de 1984 es en la vía abreviada y de competencia de un Juez Civil.

3. Se encuentran legitimados para impugnar el acuerdo asociativo, tal como señala el artículo 92º del Código Civil, el Asociado que asistió a la toma del acuerdo si dejó constancia de su oposición en el acta respectiva, los Asociados no concurrentes, los Asociados que fueron privados ilegítimamente de emitir su voto, así como el Asociado expulsado por el acuerdo impugnado.
  4. Los legitimados antes precisados no pueden interponer indistintamente pretensiones que cuestionen los acuerdos asociativos, sustentados en el Libro II del Código Civil u otras normas, fuera del plazo previsto en el artículo 92º del citado cuerpo normativo; sólo y únicamente pueden impugnar los acuerdos de la Asociación Civil en base al citado artículo 92º que regula la pretensión de impugnación de acuerdos de asociación.
  5. Toda pretensión impugnatoria de acuerdos de Asociación Civil debe realizarse dentro de los plazos de caducidad regulados en el artículo 92º del Código Civil, esto es:
    - 5.1. Hasta 60 días a partir de la fecha del acuerdo.
    - 5.2. Hasta 30 días a partir de la fecha de inscripción del acuerdo.
  6. El Juez que califica una demanda de impugnación de acuerdos asociativos, fundamentados en el Libro II del Código Civil u otra norma que pretenda cuestionar la validez del acuerdo, puede adecuar ésta, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, siempre y cuando, conforme al petitorio y fundamentos de hecho, se cumplan los requisitos previstos en el artículo 92º del Código Civil; sin embargo si los plazos previstos en la norma acotada se encuentran vencidos ello no podrá realizarse de ninguna manera, dado que se ha incurrido en manifiesta falta de interés para obrar de la parte demandante, conforme a lo previsto en el numeral 2 del artículo 427º del Código Procesal Civil, al interponerse la demanda fuera del plazo establecido en la normativa vigente, lo cual insubsanable, correspondiendo la declaración de improcedencia de la demanda incoada.
- c)** ORDENARON la publicación de la presente sentencia en el diario oficial El Peruano, teniendo efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su difusión.

**SS.**

FRANCISCO ARTEMIO TÁVARA CÓRDOVA  
VÍCTOR LUCAS TICONA POSTIGO  
JULIO JACINTO RODRÍGUEZ MENDOZA  
ANA MARÍA ARANDA RODRÍGUEZ  
EVANGELINA HUAMANÍ LLAMAS  
HÉCTOR WILFREDO PONCE DE MIER  
ANA MARÍA VALCÁRCEL SALDAÑA  
CÉSAR GILBERTO CASTAÑEDA SERRANO  
JORGE BAYARDO CALDERÓN CASTILLO  
FRANCISCO MIRANDA MOLINA



## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

## SEXTO PLENO CASATORIO

(Publicado en el diario oficial El Peruano el 1 de noviembre de 2014)

## SENTENCIA DEL PLENO CASATORIO

## Casación N° 2402-2012-LAMBAYEQUE

**Demandante** : Corporación Financiera de Desarrollo Sociedad Anónima.

**Demandados** : Marciano Fernández Gonzáles (+).  
Aura Violeta Salas Gonzáles.

**Materia** : Ejecución de Garantías.

**Vía Procedimental** : Proceso de Ejecución.

**Sumario:**

- I.- Introducción.
- II.- Materia del Recurso.
- III.- Fundamentos del Recurso.
- IV.- De la convocatoria al Pleno Casatorio.
- V.- Consideraciones.
  - 1.- De la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso.
    - 1.1.- El debido proceso: aspecto formal y sustancial.

- 1.2.- De la motivación de las resoluciones judiciales.
- 1.3.- Finalidad de la motivación.
  
- 2.- Clasificación de los procesos atendiendo a la tutela satisfactiva.
  - 2.1.- Proceso de Conocimiento.
  - 2.2.- Proceso de Ejecución.
  
- 3.- Ejecución de Garantías Reales.
- 4.- Escritura Pública y Testimonio de Escritura Pública.
- 5.- Estado de Cuenta de Saldo Deudor.
- 6.- Mandato de Ejecución.
- 7.- Contradicción.
- 8.- Causales que sustentan la contradicción.
- 8.\* Hipoteca como derecho real de garantía.
  - 8.1.- Concepto.
  - 8.2.- Requisitos.
  - 8.3.- Cobertura.
  
- 9.- Hipoteca Abierta.
- 10.- De las obligaciones y la imputación al pago.
- 11.- Intereses.

## **VI.- Conclusiones.**

## **VII.- Fallo - Precedentes Vinculantes.**

\* En el sumario del Sexto Pleno Casatorio, publicado en el diario oficial El Peruano, se lee: "8", "8.1", "8.2", "8.3", "9", "10" y "11"; debiendo decir: "9", "9.1", "9.2", "9.3", "10", "11" y "12".

**SENTENCIA DICTADA POR EL PLENO CASATORIO CIVIL REALIZADO  
POR LAS SALAS CIVILES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA  
REPÚBLICA**

**Casación Nº 2402-2012-LAMBAYEQUE**

En la ciudad de Lima, Perú, a los tres días del mes de enero de dos mil trece, los señores jueces supremos, reunidos en sesión de Pleno Casatorio, integrado por los señores Jueces Supremos Távora Córdova (Presidente), Rodríguez Mendoza, Aranda Rodríguez, Huamaní Llamas, Ponce de Mier, Valcárcel Saldaña, Castañeda Serrano, Chaves Zapater, Calderón Castillo y Miranda Molina, han expedido la siguiente sentencia, conforme a lo establecido en el artículo 400º del Código Procesal Civil. Vista que fue la causa en Audiencia Pública del Pleno Casatorio de fecha seis de noviembre de dos mil doce, escuchados los informes orales y la exposición de los señores abogados invitados en calidad de *amicus curiae* (Amigos del Tribunal), discutida y deliberada que fue la causa, siendo el magistrado ponente el Señor Juez Supremo **Távora Córdova**, de los actuados, resulta:

**I.- INTRODUCCIÓN**

**1.- Demanda de ejecución**

**1.1.** Mediante escrito de fecha trece de mayo de dos mil ocho corriente a fojas setenta y tres, CORPORACIÓN FINANCIERA DE DESARROLLO S.A. - COFIDE (en adelante LA EJECUTANTE), interpone demanda de ejecución de garantías en contra de MARCIANO FERNÁNDEZ GONZÁLES y AURA VIOLETA SALAS GONZÁLES, para que cumplan con abonarle la suma de TRESCIENTOS ONCE MIL NOVECIENTOS QUINCE Y 61/100 NUEVOS SOLES (S/. 311,915.66) más los intereses compensatorios devengados y por devengarse, costos y costas del proceso.

**1.2.** Alega LA EJECUTANTE que:

**1.2.1.** En virtud de la Formalización de Cesión, Transferencia de Bienes y Garantías celebrado entre el NBK Bank y LA EJECUTANTE, de fecha tres de octubre de dos mil cinco, elevada a escritura pública ante el Notario Público de Lima Fernando Medina Raggio, los intervinientes formalizaron la cesión de las garantías correspondientes a las operaciones

referidas en dicho contrato, entre las que se encuentra la operación de crédito N° 93-1574.

- 1.2.2.** En su condición de acreedor de las operaciones de crédito N° 93-1574, cumplió con poner en conocimiento a los demandados, mediante carta notarial de fecha cuatro de enero de dos mil ocho, la cesión de crédito y garantía hipotecaria otorgada a favor del Banco Regional del Norte-Sucursal Chiclayo.
- 1.2.3.** Mediante escritura pública de fecha ocho de mayo de mil novecientos noventa y ocho los demandados constituyeron primera y preferente hipoteca a favor del Banco Regional del Norte-Sucursal Chiclayo, con la finalidad de garantizar las operaciones de crédito que el Banco hubiera concedido o concediera a los hipotecantes como a terceros.
- 1.2.4.** La garantía hipotecaria se ha constituido hasta por la suma de veintiún mil dólares americanos (\$ 21,000.00) sobre el bien de propiedad de los demandados ubicado en el Lote 19, Mz. 0-3 del Sector 1 del AA-HH Distrito La Victoria, Provincia de Chiclayo, inscrita en la Partida Registral N° P10007265 del Registro de Propiedad Inmueble de Lambayeque, inmueble valorizado en cuarenta mil cuatrocientos setenta y ocho dólares americanos (\$ 40,478.00).
- 1.2.5.** Pese a los continuos requerimientos, los demandados no han cumplido con la cancelación del préstamo otorgado en el modo y forma pactados, por lo que se han declarado vencidos los plazos convenidos.
- 1.2.6.** Funda su demanda en los artículos 1097º, 1242º, 1243º y 1246º del Código Civil, y 424º, 425º, 428º y 720º del Código Procesal Civil, entre otros artículos.
- 1.2.7.** En su tercer otrosí, se reserva el derecho de recurrir a la vía ejecutiva para efectuar el cobro del saldo deudor que resultare a su favor, una vez que sea imputado el producto del remate del bien gravado al pago de la deuda puesta a cobro.
- 1.2.8.** Acompaña a su demanda, entre otros documentos: Testimonio de Formalización de Cesión, Transferencia de Bienes y de Garantías; Escritura de constitución de hipoteca;

Estado de Cuenta de saldo deudor; Tasación actualizada del inmueble hipotecado y Certificado de Gravamen.

## 2.- Mandato de ejecución

2.1. Mediante auto de fecha catorce de mayo de dos mil ocho, corriente a fojas setenta y nueve, se admite a trámite la demanda en la vía del proceso de ejecución de garantías, dictándose mandato de ejecución y disponiendo que los codemandados, en un plazo de tres días, cumplan con pagar en forma solidaria a LA EJECUTANTE la suma de trescientos once mil novecientos quince nuevos soles con sesentiún céntimos de nuevo sol (S/. 311,915.66), más intereses compensatorios y moratorios pactados, costas y costos demandados, bajo apercibimiento de sacarse a remate el bien dado en garantía en caso de incumplir el mandato.

2.2. Como fundamento del mandato de ejecución se señala que:

2.2.1. LA EJECUTANTE adquiere la titularidad de los derechos y obligaciones que le correspondían al Banco Regional del Norte, mediante la formalización de Cesión, Transferencia de bienes y garantías celebradas entre NBK Bank y la entidad ejecutante dentro de las cuales se encuentra la operación N° 93-1574, la misma que se refiere al contrato de constitución de garantía hipotecaria materia de la demanda, contenida en la Escritura Pública de Constitución de Hipoteca de fecha ocho de mayo de mil novecientos noventa y ocho.

2.2.2. La garantía fue constituida hasta por la suma de veintiún mil dólares americanos (\$ 21,000.00) inscrito en los Registros Públicos en el asiento 00004 de la Partida N° P10007265.

2.2.3. La demanda de ejecución de garantía hipotecaria cumple con los requisitos establecidos por el artículo 720° del Código Procesal Civil, pues se ha anexado (i) el documento que contiene la garantía hipotecaria; (ii) el estado de cuenta de saldo deudor; (iii) el certificado de gravamen correspondiente; y, (iv) tasación comercial actualizada; pudiendo el acreedor exigir el cumplimiento de la obligación dineraria en el proceso de ejecución.

## 3.- Contradicción de LA EJECUTADA

Mediante escrito de fecha diez de junio de dos mil ocho, corriente a fojas ciento dieciséis, doña Aura Violeta Salas Gonzáles (en adelante

LA EJECUTADA) plantea contradicción, fundándose en las siguientes causales:

### **3.1. Extinción de la obligación por fallecimiento del titular obligado**

Señala que:

**3.1.1.** En el año 1994 el ex Banco Regional del Norte Sucursal Chiclayo le otorgó a su difunto esposo MARCIANO FERNÁNDEZ GONZÁLES, un sobregiro de DOS MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y 00/100 NUEVOS SOLES (S/. 2,750.00), el mismo que por el transcurrir del tiempo y por la aplicación de los elevados intereses compensatorios y moratorios, en el año de mil novecientos noventa y ocho se elevó a treinta y dos mil nuevos soles (S/. 32,000.00), monto por el cual se les conminó a suscribir con fecha ocho de mayo de mil novecientos noventa y ocho, la Escritura Pública de Hipoteca hasta por la suma de veintiún mil dólares americanos (\$ 21,000.00), así como el Pagaré N° 045519 a favor de NORBANK el treinta y uno de agosto de ese año, cuya última fecha de vencimiento fue el veintiuno de noviembre de dos mil.

**3.1.2.** Su difunto esposo fue realizando pagos parciales en las oficinas del NBK BANK y del Banco Financiero para cancelar el adeudo, habiéndose cancelado en total la suma de TREINTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y SIETE 99/100 NUEVOS SOLES (S/. 38,977.99), pagos que no han sido tomados en cuenta por LA EJECUTANTE.

**3.1.3.** La única deuda que mantenía con la entidad bancaria era el Pagaré N° 093-1574, el mismo que se aceptó el treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y ocho, y que vencía el treinta de octubre de ese mismo año.

**3.1.4.** El titular de la obligación ha fallecido, por lo que la obligación ha quedado extinguida.

### **3.2. Inexigibilidad de la obligación por extinción**

Argumenta que:

**3.2.1.** Al suscribir el Pagaré N° 093-1574 asumieron un seguro de desgravamen, el que fueron pagando en cada uno de los recibos de pagos efectuados.

**3.2.2.** Al haber fallecido su cónyuge, era legal y procedente que sea la propia entidad demandante la que haga efectivo el seguro de desgravamen y extinga la deuda.

### **3.3. Inexigibilidad de la obligación por prescripción**

Sostiene que:

**3.3.1.** La obligación se originó con el Pagaré N° 093-1574, suscrito el treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y ocho, por lo que al haber tomado conocimiento de la presente demanda el seis de junio de dos mil ocho ha transcurrido más de diez años del plazo establecido en el artículo 2001º inciso 1 del Código Civil, por lo que la deuda ha prescrito.

**3.3.2.** En vista de la defunción de su cónyuge, ocurrida el doce de octubre del dos mil cinco, pide se emplace a la sucesión intestada del co-ejecutado.

**3.3.3.** Adjunta a su demanda, entre otros documentos, la copia del Pagaré N° 093-1574, el acta de defunción de su cónyuge, así como cuarenta y dos recibos de pago.

## **4.- Pronunciamiento sobre la contradicción**

Emplazada la sucesión de Marciano Fernández Gonzáles mediante edictos y designado el correspondiente curador procesal, el Octavo Juzgado Civil de la Sub Especialidad Comercial, siguiendo con el desarrollo del proceso, mediante resolución N° 26, de fecha once de agosto de dos mil once, corriente a fojas doscientos noventa y siete, declara INFUNDADA la contradicción propuesta por Aura Violeta Salas Gonzáles, sustentada en la causal de Inexigibilidad de la Obligación; consecuentemente, siguiendo adelante con la ejecución, se dispone sacar a remate el bien inmueble dado en garantía.

Sus fundamentos son:

**4.1.** El fallecimiento de uno de los obligados no determina la extinción de la obligación, pues conforme al artículo 660º del Código Civil,

desde la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a los sucesores; por lo que el argumento de la extinción de la obligación por el fallecimiento de uno de los obligados carece de sustento.

- 4.2.** LA EJECUTADA reconoce que conjuntamente con quien en vida fue su cónyuge firman el Pagaré N° 093-1574 por la suma de treinta y dos mil nuevos soles (S/. 32,000.00), pagaré que corre en copia a fojas noventa y cuatro, el mismo que fue sucesivamente renovado, siendo su última renovación por la suma de veintitrés mil doscientos cincuenta y tres nuevos soles con dieciocho céntimos de nuevo sol (S/. 23,253.18), con fecha de vencimiento el veintiuno de noviembre del dos mil.
- 4.3.** De las constancias de pago presentadas por LA EJECUTADA se acredita que el pagaré fue renovado hasta en cuarenta oportunidades, siendo su último saldo por el monto de veintidós mil setecientos setenta nuevos soles con ocho céntimos de nuevo sol (S/. 22,770.08), con fecha de vencimiento al diecisiete de noviembre del dos mil uno, suma que es mayor al saldo de capital que se consigna en el saldo deudor; con lo cual debe concluirse que todos los pagos a cuenta ya han sido consignados al momento de liquidar la obligación, por lo que los ejecutados se encuentran en la obligación de honrar la suma puesta a cobro.
- 4.4.** LA EJECUTADA ha reconocido el incumplimiento en el pago, y si bien de las constancias de pagos se aprecia que se incluía el pago por concepto de seguro de desgravamen, no se ha acreditado la existencia de póliza alguna y, en todo caso, debe entenderse que el seguro de desgravamen se mantiene vigente mientras la parte obligada se encuentre al día en el cumplimiento de sus obligaciones; situación que no ha ocurrido en el presente caso, pues al fallecimiento del obligado ya había operado el incumplimiento.
- 4.5.** Mediante el presente proceso no se está ejerciendo la acción cambiaria regulada por la Ley de Títulos Valores vigente a la fecha de la emisión del título, por lo que no resultan aplicables los plazos de prescripción allí establecidos.
- 4.6.** El plazo de prescripción de la acción no debe computarse desde la fecha de suscripción del documento que contiene la obligación, sino desde la fecha de su vencimiento; por lo que atendiendo a las sucesivas renovaciones del pagaré obrante en copia a fojas



noventa y cuatro, a la fecha de notificación de la demanda no han transcurrido diez años.

## 5.- Resolución de vista

Apelada que fue la resolución de primera instancia, mediante resolución de fecha dos de mayo del dos mil doce, la Primera Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, CONFIRMA la resolución de primera instancia que declaró INFUNDADA la contradicción planteada por LA EJECUTADA, ordenando que se saque a remate el bien dado en garantía.

En aquella resolución, se consideran los siguientes fundamentos:

- 5.1. Del “contrato de préstamo con garantía hipotecaria” [sic], corriente a fojas cincuenta y uno, se aprecia que los ejecutados constituyen hipoteca sobre el inmueble materia de remate, para garantizar el pago de todas sus operaciones de crédito que el banco hubiese concedido o que concediera en adelante a los hipotecantes, ya sea que tales operaciones se realicen o se hayan realizado en cuenta corriente o pagarés, descuentos de pagarés, letras, adelanto de cuenta, hasta por la suma de veintiún mil dólares americanos (\$ 21,000.00).
- 5.2. El saldo deudor de fojas cincuenta y cinco, al tres de abril de dos mil ocho, registra una obligación ascendente a veintidós mil quinientos ochenta y siete dólares americanos con cincuenta y seis centavos de dólar (\$ 22,587.56), al que aplicado la tasa de interés compensatorio y moratorio pactado en un periodo de setecientos sesenta y dos (762) días, hace el monto materia de cobranza.
- 5.3. LA EJECUTADA sostiene haber realizado pagos parciales de la obligación materia de cobranza; sin embargo, tales pagos, de acuerdo a las sucesivas renovaciones del pagaré de fojas noventa y cuatro, han sido aplicados a amortizar la deuda dando lugar a que el veintiuno de noviembre del dos mil disminuya a treinta y tres mil doscientos cincuenta y tres dólares americanos con dieciocho centavos de dólar (\$ 33,253.18) (última renovación), en tanto que los pagos realizados con posterioridad han sido deducidos para establecer el monto del capital que figura como deuda en el saldo deudor; por lo que parte de la deuda que contiene el saldo deudor se encuentra garantizada por la hipoteca cuya realización pretende LA EJECUTANTE.

- 5.4. La obligación objeto de cobranza resulta exigible por ser cierta, expresa y líquida, pudiéndose establecer a partir de ella un monto determinado, como registra el saldo deudor, cumpliéndose así la garantía con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 1099<sup>º</sup> del Código Civil: resultando suficiente la liquidación de saldo deudor presentada con la demanda.
- 5.5. Al fallecimiento del coejecutado, los obligados se encontraban en mora, por lo que no les alcanza el seguro de desgravamen.
- 5.6. Si bien la obligación se encuentra contenida en un título valor, no está de por medio el ejercicio de la acción cambiaría sino la pretensión de ejecución de garantías reales, donde el título de ejecución lo constituye el documento de constitución de garantía y el saldo deudor; por lo que a la prescripción de la obligación puesta a cobro se aplican las reglas de la prescripción de las acciones personales a que se contrae el artículo 2001<sup>º</sup> inciso 1 del Código Civil, de lo cual se aprecia que la obligación aún no ha prescrito.

## **II.- MATERIA DEL RECURSO**

Se trata del recurso de casación interpuesto a fojas trescientos cincuenta, por Aura Violeta Salas Gonzáles viuda de Fernández contra la resolución de vista de fecha dos de mayo del dos mil doce obrante a fojas trescientos cuarenta y cuatro, que confirmando la apelada declara Infundada la contradicción interpuesta por la recurrente, sustentada en la causal de inexigibilidad de la obligación; en consecuencia, siguiendo adelante con la ejecución, se dispone sacar a remate el bien inmueble otorgado en garantía hipotecaria, en el proceso de Ejecución de Garantías seguido por la CORPORACIÓN FINANCIERA DE DESARROLLO - COFIDE.

## **III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO**

La recurrente denuncia

- a) Contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, por infringirse el artículo 139<sup>º</sup> inciso 5 de la Constitución Política del Estado, concordante con el artículo 3<sup>º</sup> del Código Procesal Civil, en cuanto existe una insuficiente motivación, pues la supuesta obligación puesta a cobro y cuyo incumplimiento ha originado la acción, es “demasiado mayor” [*sic*] que la expresamente consignada en la escritura pública. Se exige el pago de una suma superior tomando como sustento el pagaré que asciende a treinta y dos mil nuevos soles

(S/. 32,000.00) y el estado de cuenta del saldo deudor que es de veintidós mil seiscientos setenta nuevos soles con ocho céntimos de nuevo sol (S/. 22,770.08); resultando inexigible e improcedente la ejecución.

- b) Aplicación indebida del artículo 1099º inciso 2 del Código Civil, ya que la obligación determinada debe constar expresamente, pues si bien es cierto que el título de ejecución lo constituye la garantía hipotecaria –que es un derecho real de carácter accesorio– no debe olvidarse que por el principio de especialidad es requisito sustancial que se individualice o especifique la obligación garantizada.
- c) Inaplicación del artículo 1099º del Código Civil, el cual señala que la hipoteca se constituye pero para garantizar un supuesto préstamo, el cual nunca existió sino que fue un sobregiro, pero por el cual se firmó un pagaré así como la hipoteca.

#### **IV.- DE LA CONVOCATORIA AL PLENO CASATORIO**

- 1.- Por resolución de fecha veintitrés de julio de dos mil doce, corriente a fojas veintinueve del cuaderno de casación, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, declara PROCEDENTE el recurso de casación obrante a fojas trescientos cincuenta y uno, por la denuncia consistente en la contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, al infringirse el artículo 139º inciso 5 de la Constitución Política del Estado, concordante con el artículo 3º del Código Procesal Civil; y, en aplicación del artículo 392º-A del Código Procesal Civil, también se declaró PROCEDENTE de manera excepcional por infracción normativa del artículo 1099º incisos 1, 2 y 3 del Código Civil.
- 2.- Por resolución de fecha dieciocho de setiembre de dos mil doce, publicada en el diario oficial El Peruano el día veintinueve de setiembre de ese mismo año, la Sala Suprema mencionada convoca a los integrantes de las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República para el PLENO CASATORIO, a realizarse el día martes treinta de octubre del dos mil doce, a horas 9:00 a.m., día y hora que se señala para la vista de causa en audiencia pública a fin de resolver el recurso de casación, de conformidad con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 391º del Código Procesal Civil y el tercer párrafo del artículo 400º del mismo cuerpo normativo.
- 3.- Por resolución de fecha veinticinco de setiembre de dos mil doce, publicada en el diario oficial El Peruano el día veintinueve de setiembre de dos mil doce, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia

de la República, resuelve reprogramar la fecha del pleno casatorio y vista de la presente causa para el día seis de noviembre de dos mil doce, a horas 9:00 am.

## **V.- CONSIDERACIONES**

- 1.- Habiéndose invocado infracciones normativas procesales y materiales, y atendiendo a sus efectos, es menester realizar primero el estudio de las procesales (de acuerdo con el orden mencionado en el auto que califica el recurso interpuesto), dado que en caso de ampararse la misma, esto es, si se declara fundado el recurso por dicha causal, deberán reenviarse los actuados al grado respectivo para que proceda de acuerdo a lo resuelto, no teniendo objeto pronunciarse con relación a la otra causal.
- 2.- El asunto a dilucidarse en este proceso se centra en esclarecer si se ha incurrido en alguna infracción que vulnere el debido proceso, es decir, por una falta de motivación, por un pronunciamiento extra petita, por incongruente, etc.; y, además, al haberse concedido el recurso de manera excepcional, establecer si existe infracción normativa del artículo 1099<sup>o</sup> incisos 1, 2 y 3 del Código Civil, referidos a los requisitos de validez de la hipoteca.

Para tal cometido, se hace necesario tener como puntos de debate o análisis las instituciones jurídicas del proceso ejecutivo, título de ejecución, mandato de ejecución, saldo deudor y la hipoteca en el ámbito del derecho material, en tanto que como cuestión procesal se abordará el debido proceso y la motivación de las resoluciones judiciales.

### **1. De la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso**

- 3.- El debido proceso es un derecho fundamental que contiene un conjunto de derechos que tienen las partes durante el proceso. El cumplimiento del debido proceso garantiza la eficacia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Estas garantías, principios procesales y derechos, son *numerus apertus*, teniendo como parámetro la valoración jurídica de la justicia y la dignidad humana, es decir, el ser humano como centro de la sociedad y su convivencia dentro de un Estado de Derecho basado en una democracia sustancial como presupuesto para el desarrollo y eficacia del debido proceso. El debido proceso se materializa en el cumplimiento de un conjunto de derechos mínimos e ineludibles que aseguran el resultado justo, equitativo e imparcial en un proceso.

- 4.- Es un reconocimiento al derecho a la igualdad que tienen las partes y el órgano jurisdiccional de utilizar la ley para su defensa y para el correcto juzgamiento. Ni uno más ni otro menos. Su finalidad es lograr el máximo respeto de los derechos fundamentales de la persona que afronta un proceso. A través de él, se logra la plena satisfacción de los intereses individuales de las partes. Como derecho, el debido proceso no admite excepciones y corresponde a todo tipo de causas, sean públicas o privadas. El debido proceso legal se manifiesta, entre otros, en los principios de bilateralidad y contradicción, ejercicio efectivo del derecho de defensa y garantías suficientes para la independencia e imparcialidad del juez que interviene en el conflicto.

### 1.1. El debido proceso: aspecto formal y sustancial

- 5.- El debido proceso sustantivo está dirigido a evitar un comportamiento arbitrario de quien cuenta con alguna cuota de poder o autoridad. En sede judicial significa la conformación de un concepto de razonabilidad referido a un elemento fundamental al cual debe ceñirse la función de impartir justicia. La proporcionalidad de los medios utilizados será consecuencia de analizar la utilidad, idoneidad y el equilibrio de dichos mecanismos. La utilidad del medio, implica el responderse si dicho mecanismo facilita el obtener el fin buscado. La interrogante por su idoneidad busca acreditar la adecuación de aquél medio para conseguir dicho fin. Por último, el determinar si se respeta una consideración de equilibrio será consecuencia de evaluar si lo efectuado es o no lo menos perjudicial para la plena vigencia de diversos derechos fundamentales.
- 6.- En cuanto al debido proceso en su aspecto procesal, la perspectiva o dimensión normalmente más conocida del debido proceso en el Perú tradicionalmente ha sido la procesal, e incluso circunscribiéndola al escenario del proceso judicial. Desde su formulación inicial, la dimensión procesal del debido proceso fue entendida como el derecho que tiene cualquier ciudadano de acudir a una autoridad competente e imparcial para que dicha autoridad resuelva un conflicto de intereses que tiene con otra persona o personas (la determinación de si se ha contraído o no una deuda, por ejemplo) o una situación de incertidumbre con relevancia jurídica (una sucesión intestada, por citar un caso), dentro de las mayores condiciones de igualdad y justicia posibles para las partes involucradas, y dentro de un plazo razonable. En suma, como señala Ledesma Narváez: “El debido proceso es apreciado como principio general del derecho, como garantía constitucional y como derecho fundamental... Actualmente, la mayor parte de instrumentos internacionales sobre derechos humanos reconocen al debido proceso

–sea en forma explícita como implícita– como un derecho humano o fundamental”<sup>514</sup>.

## 1.2. De la motivación de las resoluciones judiciales

- 7.- La función jurisdiccional, como actividad exclusiva del Estado, es un instrumento de paz y de seguridad social. Sin embargo, una buena parte de sus instituciones judiciales están diseñadas para impedir que la autoridad del Estado se convierta en dictadura, es decir, para que los derechos del ciudadano no sean burlados por el ejercicio arbitrario del imperio del Estado en sede judicial. No hace más de dos siglos los jueces no estaban obligados a fundamentar sus decisiones, esto es, ejercían sus funciones y resolvían a partir de su intuición de lo justo. Todo el sistema de resolución de conflictos se sustentaba en cuán afinada tuviera un juez su *sindéresis*. Sin embargo, una de las conquistas más importantes, no solo procesales sino del constitucionalismo moderno, ha consistido en la exigencia dirigida al juez en el sentido de que debe fundamentar todas y cada una de sus decisiones, salvo aquellas que, por su propia naturaleza, son simplemente impulsoras del tránsito procesal.
- 8.- Cuando se afirma como principio constitucional la obligación de motivar las resoluciones judiciales, se ratifica la condición de garantía que tiene para el justiciable, y la toma de posición entre las coberturas que tiene que sumar el debido proceso. En conjunto, es un sistema de resguardo que se crea para la tutela de los individuos frente al poder estatal; además, apunta también a un principio jurídico-político que expresa la exigencia de control a cargo del mismo pueblo, depositario de la soberanía y en cuyo nombre se ejercen los poderes públicos. Las dos funciones que se observan, la procesal que propicia fiscalizar desde el control jerárquico de instancias superiores y la función política que con la democracia admite el control de la opinión pública, determinan como un elemento necesario e ineludible en el debido proceso, que toda decisión judicial sea razonable y plenamente motivada. La ventaja que tiene esta condición coloca en primera línea la actitud preventiva, que impide consagrar arbitrariedades al imponer una motivación plena y suficiente de lo resuelto. Por eso, al juez no solo le corresponde controlar que el deber legal de motivar se cumpla, como si este fuera un requisito formal, sino le incumbe igualmente el deber de comprobar si las razones que contiene la motivación están dotadas de vigor o rigor suficiente como para desterrar la arbitrariedad. Carnelutti sostiene

514 LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. “Comentarios al Código Procesal Civil”, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, pág. 31.

que: “la motivación de la sentencia consiste en la construcción de un razonamiento suficiente para que de los hechos que el juez percibe, un hombre sensato pueda sacar la última conclusión contenida en la parte dispositiva (...). La motivación está impuesta para que muestre el juez que ha razonado”.<sup>515</sup>

- 9.- La necesidad de la motivación en las sentencias se encuentra establecida en el artículo 139º inciso 5 de la Constitución Política del Estado, como un derecho constitucional y, por ende, un derecho fundamental a un debido proceso. Asimismo, el T.U.O. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 12º, hace referencia a la motivación como un principio general, es decir, como una pauta que guía todo ese sector del ordenamiento jurídico, todo aquel proceso orgánico. En el Código Procesal Civil encontramos en el artículo 50º numeral 5 como un deber del juez el de motivar las sentencias, es decir que su incumplimiento origina sanciones de diversa índole, y el artículo 122º numeral 4 también prescribe y contempla la necesidad de motivar y fundamentar los autos y sentencias, cuyo incumplimiento por el juez es causal de nulidad. Como señala Ariano Deho: “La introducción del deber de motivar las sentencias va de la mano con la evolución del moderno Estado de Derecho, uno de cuyos postulados es el sometimiento de todo órgano depositario de poder a la normatividad vigente. No por nada la obligatoriedad de la motivación de las sentencias es un legado de la Revolución Francesa, a la que le debemos las principales bases sobre las cuales un poco todos hemos construido nuestro sistema de legalidad”<sup>516</sup>.

### 1.3. Finalidad de la motivación

- 10.- La prestación del servicio jurisdiccional se obtiene cuando después de un procedimiento válido, el juez o tribunal expiden una resolución que pone fin al grado o proceso. Esta resolución implica un acto decisorio a través de un juicio racional y voluntario, que conlleva la apreciación de conformidad o disconformidad con la pretensión o defensa ejercida por los sujetos de derecho. Entonces, mediante esta resolución (sentencia), se materializa la tutela jurisdiccional efectiva, la cual debe reunir una serie de requisitos, pero como mínimo debe estar motivada y fundamentada en derecho.

515 CARNELUTTI, Francesco. “Derecho y Proceso”, EJEA, Bs. As., 1986, pág. 187.

516 ARIANO DEHO, Eugenia. En: “La Constitución Comentada”, Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, pág. 504.

- 11.-** La motivación, implica algo más que fundamentar: la explicación de la fundamentación, es decir, explicar la solución que se da al caso concreto, no bastando una mera exposición, sino la manifestación de un razonamiento lógico. La sentencia debe mostrar, tanto el propio convencimiento del juez como la descripción de las razones dirigidas a las partes; ha de explicar el proceso lógico-volitivo de su decisión y las razones que motivaron la misma. Mientras la falta de motivación conduce a la arbitrariedad en la resolución, la falta de fundamentación comporta una resolución anclada fuera del ordenamiento jurídico. La motivación es, pues, una prohibición de arbitrariedad.
- 12.-** Nos dice Chamorro Bernal, basándose en una sentencia del Tribunal Constitucional español que: "... la finalidad de la motivación en un Estado democrático de Derecho legitima la función jurisdiccional y, es múltiple ya que: 1. Permite el control de la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo así con el requisito de publicidad. 2. Logra el convencimiento de las partes, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad, al conocer el por qué concreto de la resolución. 3. Permite la efectividad de los recursos. 4. Pone de manifiesto la vinculación del juez a la ley. No basta el simple encaje de los hechos en la norma, porque las razones de la decisión pueden seguir manteniéndose desconocidas, sino que hay que precisar por qué encajan"<sup>517</sup>.

Entonces, si el juez decide, está llamado a dar las razones por las cuales ha tomado la decisión que corresponda, con una justificación interna que es un razonamiento lógico interno y una justificación externa, que se refiere a la motivación y argumentación judicial. De producirse una motivación con una argumentación suficiente y coherente, tendremos resoluciones justas y de calidad, que pueden pasar airoosas cualquier examen y crítica a las resoluciones judiciales realizadas por los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos constitucionales.

**Debida Motivación.-** La motivación de una resolución –en especial de una sentencia– supone una justificación racional, no arbitraria de la misma, expresada mediante un razonamiento lógico-concreto, no abstracto, particular, no genérico. Esta justificación debe incluir: i) Un juicio lógico; ii) Motivación razonada del derecho; iii) Motivación razonada de los hechos; y, iv) Respuesta a las pretensiones de las partes.

517 CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La Tutela Judicial Efectiva. Derechos y Garantías Procesales derivados del artículo 24º.1 de la Constitución*, Bosch, Barcelona, 1994, pág. 205.



- 13.-** La motivación del juez, así como la fundamentación de la sentencia, debe expresarse de tal manera que pueda ser verificada, esto es que los motivos deban ser claros y expresos, lo cual proscribire toda formulación manifestada en lenguajes oscuros, vagos y ambiguos o tácitos. Asimismo, desde el punto de vista formal (lógico-formal) la decisión debe ser fruto de un acto de la razón, no fruto de la arbitrariedad, debe conformarse con las reglas que rigen el pensar y de las que surgen de la experiencia cotidiana; y finalmente lo que debe tenerse en cuenta es que el fallo debe dar respuesta a las pretensiones y defensas de las partes.

## **2. Clasificación de los procesos atendiendo a la tutela satisfactiva**

### **2.1. Proceso de Conocimiento**

- 14.-** El proceso de conocimiento tiene, en el Perú, su antecedente en el juicio ordinario regulado en el anterior Código de Procedimientos Civiles de 1912 y en el Código de Enjuiciamientos Civiles en materia civil de 1852. Perla Velaochaga<sup>518</sup> sobre el proceso ordinario, comenta: «El tema tratado se limita al proceso llamado en nuestro Código Procesal, Juicio Ordinario, cuya denominación conservamos sólo por tratarse de un nombre propio y reconociendo que le corresponde la de proceso ordinario. Su estudio tiene una especial importancia por ser patrón de todos los demás juicios y procedimientos establecidos en nuestra legislación, pues unos y otros son solo ampliaciones o reducciones del juicio ordinario».
- 15.-** En suma, el proceso ordinario no es otro que el proceso de conocimiento y, en muchas legislaciones, ha sido base de los procedimientos menores, como actualmente ocurre con los procedimientos abreviado y sumarísimo.
- 16.-** En el anterior juicio ordinario la postulación del proceso estaba regulado en forma muy limitada. Para el nuevo Código Procesal la regulación es trascendente. Toda una sección especial sirve no solo para el proceso de conocimiento, sino para los otros procedimientos regulados por el Código (abreviado, sumarísimo, de ejecución, cautelar y no contencioso), inclusive supletoriamente sirve a los procesos constitucionales, laborales, comerciales y otros.

518 PERLA VELAOCHAGA, Ernesto. *Juicio Ordinario*, 5ta. Edición, Lumen S.A., Lima, 1979, pág. 11.

- 17.- La Tercera Disposición Final del Código Procesal Civil establece que el proceso de conocimiento es equivalente al juicio ordinario<sup>519</sup>.
- 18.- Existen marcadas diferencias entre lo que significa «juicio», «procedimiento» y «proceso». En síntesis el juicio se confundía con el procedimiento y, posteriormente con el proceso, pero este criterio fue más tarde abandonado a través del estudio científico del proceso, que considera el juicio como una operación lógica de discernir entre la verdad y el error, entre la justicia y la injusticia, como apunta Alzamora Valdez<sup>520</sup>.
- 19.- El procedimiento, es el conjunto de normas o reglas de conducta que regulan la actividad, participación y las 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. Es decir, son los actos internos del proceso realizados por los sujetos procesales que impulsan el trámite y le dan formalidad.
- 20.- En definitiva, el proceso de conocimiento es un proceso de pretensión discutida y aquél que tiene una litis y cuya finalidad es componer la misma. En otras palabras, es la fase del juicio consistente en obtener del juez o del Tribunal una declaración de voluntad de las que se derivan consecuencias jurídicas a favor o en contra de las partes litigantes. De otra manera, el proceso de conocimiento es aquella actividad jurisdiccional por la cual el juez adquiere a través de la información que le proporcionan las partes, el conocimiento de la cuestión litigiosa, para ser resuelta en la forma establecida por la ley; de la misma forma, este concepto sirve para los procesos abreviado y sumarísimo, pero se diferencian según los tipos de pretensiones que por el grado de complejidad, el monto de la cuantía, la urgencia de la tutela jurisdiccional y algunas pretensiones que la ley señala, entre otras, sean tramitadas en cualquiera de estas vías.

519 El juicio fue definido en el Código de Enjuiciamientos Civiles, en el artículo 277º como: "Juicio es la legítima controversia sobre un negocio, entre el actor y el reo, ante juez competente, quien la dirige por sus debidos trámites, y la termina con decisión o sentencia". En cambio en el Código de Procedimiento Civiles de 1912 no definía el juicio, únicamente en el artículo 296º, decía "Se ventilan en Juicio Ordinario las cuestiones litigiosas que no tienen tramitación especial señalada en este Código, y cuyo valor exceda del monto de treinta sueldos mínimos vitales señalado para la industria y Comercio para la Provincia de Lima, vigentes a la fecha de iniciación del Año Judicial en que se interpone la demanda, o es inapreciable en dinero".

520 ALZAMORA VALDÉZ, Mario. *Derecho Procesal Civil, Teoría General del Proceso*, 8va Edición, EDDILI, Lima, pág. 14.

## 2.2. Proceso de Ejecución

21.- El proceso único de ejecución no persigue la constitución o declaración de una relación jurídica sino que se cumpla con un derecho que ya ha sido reconocido. Liebman<sup>521</sup> califica al proceso de ejecución como “aquella actividad con la cual los órganos jurisdiccionales tratan de poner en existencia coactivamente un resultado práctico, equivalente a aquel que habría debido producir otro sujeto en cumplimiento de una obligación jurídica”. Para Couture<sup>522</sup> el derecho entra aquí en contacto con la vida, de tal manera que su reflejo exterior se percibe mediante la transformación de las cosas y lo explica así: “si la sentencia condena a demoler el muro, se demuele; si condena a entregar el inmueble se aleja de él a quienes lo ocupen; si condena a pagar una suma de dinero y ésta no existe en el patrimonio del deudor, se embargan y se venden otros bienes para entregar su precio al acreedor. Hasta el momento, el proceso se había desarrollado como una disputa verbal, simple lucha de palabras, a partir de este instante cesan las palabras y comienzan los hechos”. La jurisdicción no se limita a declarar el derecho, comprende también su ejecución. Como las sentencias declarativas y constitutivas no imponen el dar, hacer y omitir algo, la ejecución se dirige a asegurar la eficacia práctica de las sentencias de condena, la tutela solo será realmente efectiva cuando se ejecute el mandato judicial. El incumplimiento de lo establecido en una sentencia con carácter de cosa juzgada implica la violación, lesión o disminución antijurídica de un derecho fundamental: la tutela efectiva, que la jurisdicción tiene la obligación de reparar con toda firmeza. El que la sentencia declare que el demandado adeuda una cantidad de dinero al demandante y le condene a pagarla, no supone ello tutela efectiva. Para que esta se logre es necesario una actividad posterior que pueda realizarse de dos maneras: cumpliendo el obligado de manera voluntaria la prestación que le impone la sentencia o ingresando, ante su resistencia, a la ejecución forzada de la pretensión. Lo importante de esta etapa es que la ejecución posibilita algo que hasta el momento de la cosa juzgada no se podía: “la invasión en la esfera individual ajena y su transformación material para dar satisfacción a los interesados de quien ha sido declarado triunfador en la sentencia. Ya no se trata de obtener algo con el concurso del adversario, sino justamente en contra de su voluntad. Ya no se está en presencia de un obligado, como en la relación de derecho sustancial,

521 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Derecho Procesal Civil*, EJE, Bs. As., 1980, pág. 150.

522 COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Depalma, Bs. As., 1977, pág. 442.

sino en presencia de *un subjectus*, de un sometido por la fuerza coercible de la sentencia”<sup>523</sup>.

- 22.- En síntesis, el proceso de ejecución es aquella actividad con la cual los órganos judiciales tratan de poner en existencia coactivamente un resultado práctico, equivalente a aquel que habría debido producir otro sujeto, en cumplimiento de una obligación jurídica. Es pues, el medio por el cual el orden jurídico reacciona ante la transgresión de una regla jurídica concreta, de la cual surge la obligación de un determinado comportamiento de un sujeto a favor de otro.

### 3. Ejecución de Garantías Reales

- 23.- Los derechos reales y los de crédito forman las dos grandes ramas de los derechos patrimoniales. A pesar de que los derechos reales como los de crédito representan dos maneras básicas de poder dar satisfacción a un interés patrimonial jurídicamente protegido, es importante precisar que en el derecho real, el titular puede satisfacer su interés sobre la cosa entregada en garantía.

En cambio, en el derecho de crédito el interés protegido consiste en una prestación definida. El deudor puede cumplir o puede dejar de hacerlo; pero este acto que depende de su libre arbitrio tiene eficacia jurídica, pues el acreedor podrá dirigirse contra su patrimonio. El ordenamiento jurídico atribuye al titular del derecho real ciertas facultades sobre la cosa de manera que todos los demás han de respetar esta atribución; situación diferente a lo que sucede en el derecho personal. En este el obligado está personalmente vinculado con el acreedor con independencia de la composición de su patrimonio. Mientras en el derecho personal o de crédito la obligación determina a una persona que mediante un acto de cumplimiento entregue una cosa (determinada o indeterminada) al acreedor; en el derecho real limitado sucede lo contrario: existe una cosa efectivamente determinada que señala como sujeto pasivo de la relación a quien sea su propietario.

- 24.- En otras palabras, en el derecho real el titular pueda alcanzar directamente el interés que tiene protegido a base de actuar de manera inmediata sobre el bien. Por el contrario, en el derecho de crédito el interés protegido consiste en una conducta perfectamente delimitada y definida que incumbe a otro u otros sujetos de derecho. Como se aprecia, el rasgo común de los derechos reales es el señorío inmediato

523 COUTURE, Eduardo. *Ibidem*, pág. 439.

sobre una cosa determinada. El ordenamiento jurídico atribuye al titular del derecho real ciertas facultades sobre la cosa, atribución que todos los demás han de respetar. Es muy diferente lo que sucede en la verdadera obligación o derecho personal; aquí el obligado está personalmente vinculado con el acreedor, con independencia de la composición de los bienes del obligado o deudor.

**25.-** En tal sentido, la ejecución de garantías, entendida en la doctrina como “ejecuciones comerciales”, “ejecuciones aceleradas” y “procesos de ejecución calificada”, es, un proceso por el que el titular del derecho real puede hacer efectiva la venta del bien por el incumplimiento del deudor de la obligación garantizada; debiendo para tal propósito acompañar la demanda ejecutiva con el título o los títulos de crédito, revestidos de los requisitos de ley; es decir, la regla general es que deberá aportarse la escritura de hipoteca inscrita revestida con los requisitos que la ley exige para despachar ejecución<sup>524</sup>; pudiendo incluso integrarse o acreditarse el título constitutivo con un título extrarregistral que conforme al ordenamiento lleve aparejada ejecución<sup>525</sup>. Se trata de otra modalidad del proceso de ejecución en el cual se ejecutan toda clase de garantías reales, prescindiendo de variaciones en razón de la persona a favor de quien se ha otorgado la garantía. En este proceso el ejecutante acude a los órganos jurisdiccionales exigiendo tutela jurídica efectiva a fin de que el ejecutado cumpla con las obligaciones contenidas en el título de ejecución o, en caso contrario, se proceda a rematar los bienes dados en garantía mobiliaria, anticrética o hipotecaria.

**26.-** En tal sentido, en un proceso de ejecución de garantías no puede alegarse distinción obligacional alguna, pues lo que se persigue es cobrar lo adeudado. Las obligaciones jamás son reales, son personales. El acreedor obtiene una seguridad más firme mediante la constitución de los derechos reales de garantía. Los bienes gravados no podrán quedar liberados de la responsabilidad a que se hallan sujetos aunque dejen de pertenecer a quien los gravó. El medio normal de constitución de estos derechos es el convencional, sin embargo, sus principales efectos están determinados por la ley, sobre todo en la medida en que concede un privilegio para cobrar el crédito con cargo al objeto gravado.

524 Cfr. Carraco PEREIRA, Angel (et ál). *Tratado de los Derechos de Garantía*, Tomo I, 2da Edición, Aranzandi S.A., España, 2008, pág. 1091.

525 *Ibidem*, pág. 1092.

27.- De conformidad con el artículo 720º inciso 1 del Código Procesal Civil, modificado por el Decreto Legislativo N° 1069, *“procede la ejecución de garantías reales, siempre que su constitución cumpla con las formalidades que la ley prescribe y la obligación garantizada se encuentre contenida en el mismo documento o en cualquier otro título ejecutivo”*. Véase, en el primer caso, un mutuo con garantía hipotecaria contenida en una escritura pública; en el segundo, la hipoteca general o sábana que opera en el régimen bancario. El proceso de ejecución de garantía se materializa mediante la demanda que corresponde al titular del derecho real para cobrar su deuda o, en su defecto, hacer efectiva la venta de la cosa por incumplimiento en la obligación garantizada, lo que se despacha en virtud de un título de ejecución que debe contener un derecho cierto, expreso y exigible (artículo 689º del Código Procesal Civil).

28.- El mencionado artículo regula el procedimiento para la ejecución del crédito con garantía real, como es el caso de la prenda entendiéndose hoy derecho real de garantía, y la hipoteca. La hipoteca es un derecho real de garantía constituido sobre bienes inmuebles que continúan en poder del deudor. El artículo 1097º del Código Civil la define como: *“la afectación de un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero. La garantía no determina la desposesión y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado”*. En efecto, como señala el Código Civil, la hipoteca confiere a su titular el derecho de venta o realización del bien gravado, ya sea que este se conserve bajo el dominio del constituyente de la garantía o enajenado a un tercero; ello implica que lo que se grava con la hipoteca no es el bien mismo sino el derecho que recae sobre él, lo que le permite al acreedor hipotecario hacer vender el bien, en caso de incumplimiento del deudor.

#### 4. Escritura Pública y Testimonio de Escritura Pública

29.- El artículo 688º inciso 10 del Código Procesal Civil considera al testimonio de escritura pública como título ejecutivo. En atención a la persona que suscribe el testimonio, como es el notario público, conlleva a que sea calificado como documento público, generando la presunción de certeza sobre su contenido, salvo prueba en contrario.

#### 5. Estado de Cuenta de Saldo Deudor

30.- El saldo deudor es un documento consistente en un acto unilateral de liquidación del propio ejecutante, es decir, lo que a criterio del acreedor

constituye lo que el deudor debería y que es una obligación líquida. El estado de cuenta del saldo deudor es un documento no sujeto a formalidad preestablecida.

- 31.- El saldo deudor debe contener como mínimo la indicación del capital adeudado, así como la tasa y tipo o clase de interés aplicada, precisando los periodos correspondientes; ello porque el mandato de ejecución se entiende por el capital adeudado. Los intereses adeudados y otras obligaciones pactadas deben ser calculadas o liquidadas en la etapa de ejecución de resolución definitiva, conforme lo dispone el artículo 746º del Código Procesal Civil, por lo que previamente a la admisión de la demanda se puede requerir a la parte actora cumpla con presentar el documento de saldo deudor, donde precise el monto total por capital adeudado, con la deducción de las respectivas amortizaciones, rubro aparte los intereses legales, o compensatorios y moratorios, y otras obligaciones que pudieran existir.
- 32.- El problema se suscita por la interpretación que debe contener el saldo deudor, es decir, qué conceptos están bajo ese rubro. Algunos jueces consideran que solo debe requerirse el pago de la deuda por capital, dejando la liquidación de los intereses para el momento del pago en ejecución (artículo 746º del Código Procesal Civil); empero, otras posturas consideran que el artículo 689º del Código Procesal acotado permite no solo requerir el pago de cantidades líquidas sino liquidables por operación aritmética; en tal sentido, perfectamente el mandato de ejecución podría ordenar el pago por ambos conceptos -deuda capital más intereses- y no esperar, después de haber culminado el pago de la deuda, ingresar luego a la liquidación de los intereses.
- 33.- En conclusión, la liquidación de saldo deudor constituye una operación aritmética de la que se establece la situación del deudor respecto de las obligaciones que ha contraído, verificando el acreedor si la deuda está impaga o cancelada, ya sea en forma total o parcial, y si esta ha generado los intereses respectivos.

## 6. Mandato de Ejecución

- 34.- El auto admisorio es al proceso de cognición, como el mandato ejecutivo o de ejecución es al proceso ejecutivo y de ejecución. El contenido del mandato de ejecución es la intimación u orden de dar, hacer o no hacer, y la autorización para la intervención de la coerción o fuerza pública en caso de resistencia. La finalidad apunta a las obligaciones de dar, hacer o no hacer. En otras palabras, en el aspecto formal es un

auto por el cual el órgano jurisdiccional intima al obligado a cumplir la prestación exigida bajo un determinado apercibimiento; en la doctrina también se le conoce como auto de solvendo. El contenido concreto del mandato ejecutivo varía según la pretensión específica; sin embargo, contiene tres partes: i) Intimación o Requerimiento: Mediante esta el órgano jurisdiccional formula un acto conminatorio por el cual requiere al ejecutado a fin de que cumpla con la prestación contenida en el título; siendo que en el caso de una obligación de dar suma de dinero tendrá una orden de pago de lo que se adeuda, más intereses y gastos (artículo 697<sup>o</sup> del Código Procesal Civil); en la obligación de hacer es el cumplimiento de la prestación (artículo 707<sup>o</sup> del Código acotado); en la obligación de dar será la entrega del bien (artículo 705<sup>o</sup> del Código Procesal Civil), y en la obligación de no hacer la intimación será deshacer lo hecho o abstenerse de continuar haciéndolo (artículo 711<sup>o</sup> del mismo Código); ii) Plazo: Es el tiempo que tiene el ejecutado para que cumpla con el requerimiento; y, iii) Apercibimiento: Importa una advertencia conminatoria del juez de una sanción especial en caso de no verificarse el cumplimiento del requerimiento de pago.

- 35.-** Todo título contiene una obligación cierta, expresa, exigible, líquida o liquidable si es dineraria. La prestación es cierta cuando están perfectamente delimitados en el título los sujetos y el objeto de la prestación, aunque sean de manera genérica. Esto implica que necesariamente tiene que haber un sujeto activo, llamado acreedor; que es la persona a cuyo favor debe satisfacerse la prestación. También se lo denomina “titular” porque es quien tiene el título para exigir del deudor el comportamiento debido. El sujeto pasivo de la obligación es la persona que tiene que satisfacer la prestación debida, es decir, debe conformar su conducta al comportamiento que le exige la prestación. Es exigible, porque la obligación debe estar expresamente señalada en el título. Debe constar por escrito el objeto de la prestación, esto es, aquello que el deudor debe satisfacer a favor del acreedor. La prestación consiste en una cosa o en un hecho que habrá de ejecutar el deudor; o en una abstención de algo que el deudor habría podido efectuar libremente de no mediar la existencia de la obligación que le exige un comportamiento negativo; y, es líquida, la cual es una exigencia solo aplicable a las obligaciones pecuniarias, y aparece cuando el monto es claro y concreto; será liquidable cuando gracias a una operación aritmética se puede obtener el monto exacto.



## 7. Contradicción

- 36.-** La naturaleza de la contradicción tiene un respaldo constitucional y en varios principios generales del derecho procesal. El objeto de la contradicción es “una tutela abstracta por una sentencia justa y legal, cualquiera sea, y la oportunidad de ser oído en el proceso para el ejercicio del derecho de defensa en igualdad de condiciones, facultades y cargas (...). En cuanto al fin que con él se persigue es, por una parte, la satisfacción del interés público en la buena justicia y en la tutela del derecho objetivo y, por otra parte, la tutela del derecho constitucional de defensa y de la libertad individual en sus distintos aspectos”<sup>526</sup>. En otras palabras, la contradicción se inicia una vez se acciona y dinamiza la pretensión dentro del aparato de administración de justicia, mientras el objeto se dirige a resolver el conflicto emitiéndose la sentencia; la finalidad es lograr justicia y bienestar general a los usuarios del proceso “ejecutivo”.
- 37.-** Los procesos de ejecución, como pretenden la satisfacción del derecho ya declarado, se inician invadiendo la esfera propia del demandado, creando por anticipado un estado de sujeción a favor del tenedor del título. Frente a esas circunstancias el diseño del procedimiento ejecutivo permite al ejecutado contrarrestar la intervención recurriendo a la contradicción, bajo los diversos supuestos que regula el artículo 690<sup>o</sup>-E y dentro del plazo legal que establece. Así, la contradicción aparece como la posibilidad que se le asigna al demandado para hacer valer las defensas que tenga contra el título.
- 38.-** Las causales para el contradictorio se describen en los tres supuestos que recoge el artículo 690<sup>o</sup>-D del Código Procesal Civil. Son causales cerradas, no cabe interpretación extensiva a otros supuestos que no sean los expresamente regulados en dicho artículo; de ahí que el texto de la norma señale: “(...) la contradicción solo podrá fundarse según la naturaleza del título en (...)”, de tal manera que el juez debe declarar liminarmente la improcedencia de la contradicción si esta se funda en supuestos distintos a los que describe la norma.
- 39.-** La disquisición entre acto y documento en los títulos ejecutivos se ha zanjado en que ambos son elementos integrantes del título, esto es, que para calificar a un título ejecutivo deben concurrir dos elementos: el documento en la forma establecida por ley y el acto cuyo contenido reúna los elementos subjetivos y objetivos de las obligaciones. Esta

precisión es importante para justificar las causales de los incisos 1 y 2 del artículo 690<sup>o</sup>-D del Código Procesal acotado para la contradicción, pues un título ejecutivo, para ser considerado como tal, debe satisfacer requisitos de forma y de fondo:

- i)** La inexigibilidad de la obligación contenida en el título.- El artículo 690<sup>o</sup>-D inciso 1, hace referencia a “la inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título”. Dicha causal se invoca para cuestionar el fondo del título. Aquí no hay un cuestionamiento al documento en sí, sino al acto que recoge dicho documento. Se cuestiona la ejecutabilidad del título por carecer de una prestación cierta, expresa y exigible; condiciones básicas para que un título revista ejecución, tal como lo describe el artículo 689<sup>o</sup> del Código Procesal Civil.
- ii)** La iliquidez de la obligación contenida en el título.- La contradicción puede invocar “la iliquidez de la obligación contenida en el título”. Esto implica que no tiene inmediata ejecución una prestación líquida. Si la obligación comprende una parte líquida y otra parte ilíquida, se puede demandar la primera. Las prestaciones liquidables se liquidan mediante operación aritmética. Cuando el título es ilíquido, no puede procederse a la ejecución con una simple operación aritmética porque ella responde a razones muy distintas. En estos casos, estamos ante las llamadas sentencias de condena genérica o de condena con reserva.
- iii)** La nulidad formal del título.- El documento se cuestiona de nulo cuando no acoge la forma señalada por ley.
- iv)** El título valor completado en forma contraria a los acuerdos adoptados. La redacción originaria del artículo 690<sup>o</sup>-D inciso 2 del Código Procesal Civil, se modificó para comprender bajo el supuesto de nulidad formal o falsedad del título ejecutivo, “cuando siendo este un título valor emitido en forma incompleta hubiere sido completado en forma contraria a los acuerdos adoptados, debiendo en este caso observarse la ley de la materia”. Este inciso es coherente con la nueva regulación de la nueva Ley de Títulos Valores N<sup>o</sup> 27287. En la actividad judicial, el argumento de que el título valor fue suscrito en blanco es bastante reiterado. Se debe probar que se completó el título valor contrariamente a los acuerdos adoptados por las partes intervinientes en el título; siendo que la actividad probatoria se reduce a la prueba documental, tal como señala la nueva Ley N<sup>o</sup> 27287. Como refieren los artículos 10<sup>o</sup>

y 19º de la citada ley, si el demandado al contradecir la demanda invoca que el título valor se ha completado contrariamente a los acuerdos adoptados, debe necesariamente acompañar el respectivo documento donde consten tales acuerdos trasgredidos por el demandante.

- v) La falsedad del título.- Cuando se invoca “la falsedad del título ejecutivo” es necesario tener en cuenta que un título valor es un documento constitutivo, en cuanto el derecho contenido en el título se constituye en el mismo título; con él nace y se trasmite el derecho incorporado. Un documento redactado con caracteres indelebles sobre soporte adecuado, puede ser falso en el acto que le da vida o ser falsificado en su contenido en cualquier momento posterior a la creación; tanto la alteración como la falsificación de la firma del emitente constituyen diversos aspectos de la falsedad. La falsedad está referida a la autoría del acto cambiarlo, la firma falsificada puede ser la del creador del título o la de cualquier otro sujeto que posteriormente participe en el tráfico cambiario. La falsificación se refiere a un documento cambiario inicialmente auténtico, que es alterado en alguno de los elementos de su contenido, es decir, que el cuestionamiento se centra en el texto del acto cambiario en sí.
- vi) Extinción de la obligación.- La “extinción de la obligación” constituye otra causal para sustentar la contradicción contenida en el artículo 690º-D inciso 3 del Código Procesal Civil. Los hechos extintivos para invocarla no se diferencian de aquellos previstos para aquellas obligaciones del derecho común, como el pago, la novación, la compensación, la consolidación, etc. Para Romero<sup>527</sup>, pueden concurrir diversos modos de extinguir las obligaciones. Estos son actos o hechos jurídicos que tienen un objetivo: disolver o extinguir el vínculo obligatorio, esa relación jurídica que une al deudor con el acreedor. Como actos que extinguen la obligación se tiene a la ejecución voluntaria, que puede ser directa o indirecta. En el primer caso, el deudor cumple con la prestación debida, la misma que se tuvo en cuenta al momento de la celebración; con el modo indirecto, la ejecución es producto unas veces de un acto unilateral –como la condonación– y otras de verdaderos acuerdos, como la dación en pago, la novación, la compensación, la transacción y el mutuo disenso.

527 ROMERO ZAVALA, Luis. *El Derecho de las Obligaciones en el Perú*, Tomo I, FECAT, Lima, 2001, pág. 1.

Como hechos que extinguen la obligación se tiene a la consolidación, la prescripción extintiva, el vencimiento del plazo extintivo o el cumplimiento de la condición resolutoria, la pérdida sobreviniente del bien sin culpa del deudor; la muerte del deudor o del acreedor produce también extinción de la obligación cuando se trata de obligaciones y derechos personalísimos, señala Romero. El pago es el cumplimiento efectivo de la obligación. Concurren dos principios básicos: el de identidad y el de integridad. La identidad se explica en que el acreedor no puede ser obligado a recibir una cosa por otra, aunque sea de igual o mayor valor; en tanto que la integridad se refiere a que se debe cumplir con la totalidad de la prestación debida.

- vii)** Excepciones y defensas previas.- Bajo el proceso único de ejecución, se permite recurrir a las excepciones y defensas previas. Tradicionalmente se definía a las excepciones como medios de defensa del demandado que atacan aspectos formales o procesales de la demanda interpuesta o el derecho material en que se funda la pretensión. Si se declara fundada una excepción procesal, su consecuencia será la nulidad de todo lo actuado, no existiendo pronunciamiento sobre el fondo; mientras que de ampararse una excepción sustantiva, va a existir un pronunciamiento sobre el fondo de la litis y se declarará fundada la oposición e infundada o fundada –según el caso– la demanda. Monroy Palacios<sup>528</sup> califica la excepción como una defensa de forma, a través de la cual se denuncia la falta o defecto de un presupuesto procesal o una condición de la acción; en ningún momento ataca la pretensión del actor, por ello, será siempre procesal. No se debe permitir deducir dentro del proceso ejecutivo excepciones sustantivas, pues ello implica ir contra la naturaleza misma de la excepción, como instituto procesal. La excepción debe apreciarse como un medio de defensa ejercida por el demandado, con la finalidad de poner de manifiesto la deficiencia o inexistencia de una relación jurídica válida, a fin de paralizar el ejercicio de la acción o destruir su eficacia. La defensa previa viene a ser una modalidad de ejercer el derecho de contradicción y busca la suspensión del trámite del proceso hasta que se cumpla con requisito de procedibilidad que la ley dispone se debe satisfacer previamente sin los cuales no es posible iniciar el proceso civil.

528 MONROY PALACIOS, Juan. "Algunos aspectos sobre el proceso ejecutivo". En: *Themis, Revista de la Facultad de Derecho*, PUCP, N° 25, Lima, 1992, pág. 142.

viii) Contradicción a títulos de naturaleza judicial.- Cuando el mandato se sustente en título ejecutivo de naturaleza judicial, solo podrá formularse contradicción si se alega el cumplimiento de lo ordenado o la extinción de la obligación.

## 8. Hipoteca como derecho real de garantía

### 8.1. Concepto

40.- En la hipoteca normalmente intervienen el propietario (que puede ser el deudor) y el acreedor. Otras veces interviene el deudor, acreedor y además un tercero que es el propietario del inmueble. En otras oportunidades la hipoteca solo es otorgada por el propietario, supuesto en el cual se denomina hipoteca unilateral. Es necesario determinar sobre qué bienes pueden recaer los distintos derechos reales de garantía. Algunos derechos reales no recaen sobre todo tipo de bien, en tal sentido la hipoteca solo recae sobre bienes inmuebles. El bien materia de hipoteca es un inmueble, pero en el derecho español la hipoteca también puede recaer sobre bienes muebles, supuesto en el cual se denomina hipoteca mobiliaria.

Las características de la hipoteca son:

- i) Derecho real y accesorio. La hipoteca no permite al acreedor actuar materialmente sobre la cosa, como podría hacerse en virtud de los derechos reales de propiedad, de servidumbre o de usufructo; es una especie de prenda sobre el derecho de propiedad, no existiendo participación en los atributos y en las ventajas de este derecho; consecuentemente, la hipoteca tiene que tramitarse junto con el crédito al cual sirve de garantía y no independientemente. Cuando dice que este derecho real es accesorio, se quiere decir que la hipoteca destinada a servir de garantía a un crédito no se comprende sin un crédito cuyo pago deba asegurarse, es decir, que la hipoteca sea accesorio a un crédito indica que se constituye para garantizar el cumplimiento de una obligación, y que no puede constituirse en forma autónoma.
- ii) Carácter Inmobiliario. Se encuentra regulado en el artículo 1100º del Código Civil, que señala: *“la hipoteca debe recaer sobre inmuebles determinados”*, del cual se entiende que el bien debe estar individualizado con la fijación del área, linderos y medidas perimétricas que deben coincidir con aquellas señaladas en la ficha registral del Registro de Propiedad Inmueble.

- iii) Constitución de la hipoteca por el deudor o por un tercero. No es necesario que la hipoteca sea constituida por el que ha contraído la obligación principal, puede ser dada por un tercero sin obligarse personalmente.
- iv) No hay desplazamiento del bien ni desposesión. En la hipoteca no existe la entrega del inmueble al acreedor o al depositario designado por ambas partes, sustituye la falta de entrega con la inscripción del gravamen en el Registro de Propiedad Inmueble como acto constitutivo para el nacimiento de este derecho. Ergo, solo se puede constituir eficazmente hipoteca, sobre inmuebles que se encuentren insertos en el Registro de la Propiedad Inmueble.
- v) Indivisibilidad. Se encuentra regulado en el artículo 1102º del Código Civil, que señala que: “la hipoteca es indivisible y subsiste por entero sobre todos los bienes hipotecados”, de donde aflora su carácter intangible mientras subsista la obligación.
- vi) Publicidad. El ejercicio del *iuspreferendi* y del *iuspersequendi* queda supeditado a la previa inscripción, pues el privilegio que la ley le da al acreedor hipotecario únicamente puede hacerse valer si la hipoteca está registrada. La publicidad registral es carácter esencial de la hipoteca, pues si no está inscrita no es un derecho real. El Código Civil lo regula en el artículo 1099º, que señala: “el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el Registro de la Propiedad Inmueble”, lo que en buena cuenta quiere decir que si este derecho no se inscribe, no ha nacido la hipoteca y no es posible un proceso de ejecución de garantías.

## 8.2. Requisitos

- 41.- En cuanto a los requisitos de validez de la hipoteca, se encuentran establecidos en el artículo 1099º del Código Civil, los cuales son los siguientes:
  - i) Que afecte el bien, el propietario o quien esté autorizado para ese efecto, conforme a ley. Quien constituye la hipoteca está consintiendo indirectamente la enajenación del inmueble, toda vez que el acreedor, en caso de incumplimiento, va a estar facultado para promover la acción hipotecaria y con ella provocar la venta forzada de aquél. Tan importante es este requisito que la hipoteca constituida *a non domino* es nula, y ni siquiera se convalida en el supuesto de que, luego de la constitución, el constituyente adquiere

la propiedad del inmueble o el verdadero propietario lo suceda a título universal. Debe precisarse que no basta la sola intervención del propietario, sino que además este debe tener plena capacidad para gravar el bien. En el caso de las personas naturales, deberá tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 42<sup>o</sup> y siguientes del Código Civil en materia de capacidad; tratándose de las personas jurídicas, privadas o públicas, se estará a lo dispuesto en materia de personería jurídica por su estatuto y la ley en un caso, y, en el otro, a la ley de su creación.

- ii) Que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable. En nuestra legislación todas las obligaciones pueden asegurarse con hipoteca, tanto las de dar bienes ciertos o sumas de dinero, como lo indica el artículo 1133<sup>o</sup> del Código Civil, o como las de hacer y no hacer; pero lo más frecuente es que se constituya en garantía de obligaciones de pago de sumas de dinero. Aunque originariamente la obligación no consista en pagar una suma de dinero, la hipoteca no puede realizarse sin que previamente se convierta el crédito asegurado en obligación pecuniaria. En doctrina y conforme al principio de especialidad, “solo se pueden gravar bienes determinados y existentes (especialidad en cuanto al bien) y en garantía de obligaciones individualizadas y hasta por montos determinados (especialidad en cuanto al crédito)”<sup>529</sup>. El artículo 1099<sup>o</sup> inciso 2 del Código Civil se refiere al principio de especialidad en cuanto al crédito garantizado.

Respecto al fundamento del principio de especialidad, se considera que busca facilitar a los terceros “conocer la causa y el monto del mismo y la parte por la cual el bien hipotecado está libre de deudas; y hace posible, al deudor, obtener créditos, garantizables con el mismo bien”<sup>530</sup>. Será una obligación determinada cuando la misma esté perfectamente establecida en el contrato, y será una obligación determinable cuando, no estando determinada en el contrato, puede llegarse a establecer directa o indirectamente, sin necesidad de nuevo acuerdo de voluntades.

529 AVENDAÑO ARANA, Francisco. “La Cobertura de la Hipoteca”. En: Diario oficial El Peruano, Lima, Julio 23, 2003, pág. 18.

530 MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo IV, EJEA, Bs. As., 1979, pág. 100.

- iii) Que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el Registro de la Propiedad Inmueble. El legislador establece la exigencia de especificar el monto del gravamen sustentado en la necesidad del ordenamiento de proporcionar seguridad a los terceros adquirentes del dominio del inmueble hipotecado o de un derecho real sobre él; favoreciendo, con ello, la circulación de los bienes y propiciando el crédito en general.

El gravamen, igual que en el anterior requisito, será determinado cuando se ha establecido expresamente en el contrato, y será determinable cuando, no estando determinado en el contrato, pueda llegarse a establecer directa o indirectamente sin necesidad de nuevo acuerdo de voluntades. Considerando que de acuerdo con el artículo 1107<sup>o</sup> del Código Civil la extensión de la hipoteca, en cuanto a la obligación garantizada, comprende el capital (crédito), los intereses, las primas del seguro pagadas por el acreedor y las costas del juicio, el monto del gravamen debe comprenderlas, por lo que su cuantía es ordinariamente superior al crédito u obligación garantizadas; pero nada impedirá que se pacte gravamen por una cantidad menor a la de la obligación garantizada.

Constituye fundamento de la inscripción el hecho de que la constitución de hipoteca no exige desposesión ni desmembración de la propiedad; es decir, el propietario hipotecante mantiene su posesión en todo momento: es por este motivo que es preciso recurrir al registro como mecanismo objetivo de publicidad y oponibilidad del mismo, en protección de los terceros adquirentes. La inscripción constitutiva busca en última instancia evitar la existencia de hipotecas ocultas, las mismas que afectan al tráfico jurídico (históricamente y en términos generales, esa fue la causa inicial de creación de los Registros Inmobiliarios).

En cuanto a las formalidades y requisitos para la inscripción de la hipoteca, debe mencionarse que, conforme al artículo 2010<sup>o</sup> del Código Civil, “la inscripción se hace en virtud de título que conste en instrumento público, salvo disposición contraria”, lo que concordado con el artículo 1098<sup>o</sup> del mismo código, implica que deberá presentarse el parte notarial de la escritura pública correspondiente u otro documento, en caso de que exista norma especial que autorice su empleo (documento privado con firmas legalizadas, formulario registral, etc.).



### 8.3. Cobertura

42.- El artículo 1107º del Código Civil define los alcances de la cobertura de la hipoteca, indicando que cubre el capital, los intereses que devengue, las primas del seguro pagadas por el acreedor y las costas y costos del juicio. La norma precedente debe ser interpretada en concordancia con el artículo 1099º, inciso 3, el cual prescribe que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable, de modo que el gravamen solo cubra hasta el monto señalado. De la lectura de ambas normas se advierte que el inmueble hipotecado debe responder por los conceptos a que alude el artículo 1107º mencionado, pero siempre dentro del monto del gravamen. Sin embargo, resulta exigible el cobro de suma mayor por los conceptos señalados solo cuando se reúnan en una sola persona el deudor de la obligación y el garante hipotecario, mas no cuando la hipoteca la constituye un tercero, a menos que se haya garantizado el capital sin pacto sobre intereses, costas y costos.

#### 9. Hipoteca Abierta, también entendida como garantía sábana

43.- En principio, la hipoteca no tiene existencia si no está al servicio de un crédito que asegure. La hipoteca, pues, tiene carácter accesorio. No obstante, el legislador no puede dejar de reconocer determinadas situaciones que, si bien dejan de lado el carácter accesorio de la hipoteca, responden a la exigencia de dar respuesta a necesidades de la vida práctica; es por ello que el legislador incorpora en este precepto la hipoteca en garantía de una obligación futura o de una que solo sea eventual.

44.- La regulación respecto de la hipoteca en el caso que nos ocupa aparece en el Código Civil de 1984, el cual fue inspirado en el artículo 224º del Código Civil suizo y en el artículo 2921º del Código Civil mexicano.

45.- De conformidad con el artículo 1104º, un acreedor podrá asegurar el cumplimiento de cualquier crédito que otorgue en el futuro mediante la constitución de una garantía hipotecaria por parte de su futuro deudor. En tal sentido, de acuerdo al principio de accesoriedad, la garantía solo será eficaz una vez que la obligación garantizada llegue a generarse, lo cual implica esperar que la obligación principal sea contraída; por ello, será el surgimiento de la obligación principal la que determinará la eficacia de la garantía hipotecaria; de no surgir aquella, la hipoteca carecerá de eficacia.

En ese orden de ideas, los artículos 142º y 143º de la Ley Hipotecaria de España, señalan lo siguiente:

Artículo 142º: “La hipoteca constituida para la seguridad de una obligación futura o sujeta a condiciones suspensivas inscritas, surtirá efecto contra tercero, desde su inscripción, si la obligación llega a contraerse o la condición a cumplirse..”

Artículo 143º: “Cuando se contraiga la obligación futura o se cumpla con la condición suspensiva de que trata el párrafo primero del artículo anterior, podrán los interesados hacerlo constar así por medio de una nota al margen de la inscripción hipotecaria”.

- 46.-** De lo expuesto, podemos afirmar que uno de los objetivos de la regulación de la hipoteca sobre obligaciones futuras o eventuales, reside en el hecho de asegurar al acreedor un rango o prelación respecto de la potencial ejecución de una obligación no existente, pero con grandes probabilidades de ser contraída; en ese sentido, si no surge la obligación futura la hipoteca no surtirá efecto alguno; debiendo, en consecuencia, extinguirse o cancelarse. Cabe anotar que no obstante que la obligación futura así como la eventual no son obligaciones actuales, la hipoteca constituida en respaldo de ellas adquiere rango con la fecha de su inscripción en el registro, sin tener que esperar el surgimiento de la obligación.

Para que la hipoteca sea válida es indispensable que se declare el valor estimativo del crédito en el acto constitutivo. Un caso práctico de aplicación de este supuesto es la apertura de crédito en cuenta corriente con garantía hipotecaria. El prestamista se obliga a ir entregando las sumas que necesite el prestatario estableciéndose el monto total hasta el cual se ha de prestar y el tiempo dentro del cual puede el prestatario hacer uso del crédito. La hipoteca garantiza las sumas efectivamente prestadas, pero solo hasta el monto fijado al ser abierto el crédito; de modo tal que si el prestamista continúa haciendo entrega más allá de lo acordado y de lo garantizado por la hipoteca, este exceso no queda bajo la garantía hipotecaria.

- 47.-** La garantía sábana es aquella que es constituida por una persona natural o jurídica a favor de un acreedor bancario para garantizar operaciones de mutuos pasados, presentes y futuros, es decir, las que ya se hayan contraído y las que por cuestiones de las operaciones comerciales habituales puedan desembolsarse o concretarse en el futuro.

Es decir, busca dotar de dinamismo y seguridad a las operaciones bancarias, de modo tal que no haya necesidad de estar constituyendo garantías todo el tiempo si finalmente una sola de ellas puede cubrir las deudas actuales y futuras del usuario. En la garantía sábana, el deudor de una empresa del Sistema Financiero puede constituir una garantía real con el fin de respaldar todas las obligaciones asumidas frente a dicha empresa, sean obligaciones directas o indirectas, existentes o futuras.

- 48.-** La legislación del Sistema Financiero al igual que civil, regulan la hipoteca respecto a obligaciones futuras.

El artículo 172º de la Ley Nº 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, preveía lo siguiente: “Los bienes dados en hipoteca, prenda o warrant a favor de una empresa del sistema financiero, respaldan todas las deudas y obligaciones propias, existentes o futuras asumidas para con ella por el deudor que los afecta en garantía siempre que así se estipule expresamente en el contrato. Cuando los bienes afectados en garantía a favor de una empresa del sistema financiero son de propiedad distinta al deudor, éstas sólo respaldan las deudas y obligaciones del deudor que hubieran sido expresamente señaladas por el otorgante de la garantía”.

Esta es la denominada garantía sábana, en virtud de la cual, el deudor de una empresa del Sistema Bancario o Financiero puede constituir una garantía real, con el fin de respaldar todas las obligaciones asumidas frente a dicha empresa, sean obligaciones directas o indirectas, existentes o futuras.

De esta forma si, por ejemplo, un banco prestaba a un cliente determinada cantidad de dinero y este último constituye una hipoteca (sobre un inmueble de su propiedad), lo usual sería que la garantía se circunscriba a dicho crédito. Sin embargo, en aplicación de la norma antes citada, la hipoteca respaldará además todas aquellas obligaciones futuras que el mismo deudor contraiga con dicha entidad bancaria.

La denominada “garantía sábana” no alcanza a las garantías reales constituidas por terceros en favor de una entidad financiera, dado que en dicho caso las obligaciones objeto de garantía eran solo aquellas que expresamente hayan sido detalladas por el deudor en el contrato de garantía respectivo. Dicha excepción cautela el patrimonio del tercero, pues tiene por objeto no obligarlo a respaldar el cumplimiento de

obligaciones presentes o futuras del deudor; en cuya generación no ha participado o de las que, simplemente, no ha tenido conocimiento.

Como vemos, esta disposición, que concuerda con lo dispuesto por el artículo 1104º del Código Civil, tiene por objeto aliviar los costos de transacción propios de las operaciones de crédito en el sistema financiero, de forma tal que no se deban incurrir en los costos que demanda constituir una garantía hipotecaria cada vez que se otorga una línea de crédito. Dicho de otra manera, esta norma está destinada a favorecer el desarrollo del crédito, permitiendo que la garantía no solo cubra una obligación existente, sino también futura o eventual. Desde luego, y en aplicación del principio de accesoriedad, la validez de la garantía estará sujeta a que la obligación futura o incierta se convierta en una obligación que en un momento determinado tenga existencia y sea cierta. De otro modo, no habrá forma de hacer efectiva la garantía, pues según lo expresado esta presupone una obligación que le es principal.

Obsérvese que esta institución legal permitía que las empresas del sistema financiero puedan otorgar con mayor celeridad los créditos requeridos por los agentes económicos en el mercado, evitando de esta manera la necesidad de celebrar un nuevo contrato de garantía para cada operación de crédito. Ello diluye el riesgo y reduce los costos de operaciones en las que finalmente se comprometen recursos que se obtienen del ahorro público.

Como puede apreciarse, este tipo de disposición brinda celeridad al tráfico jurídico y reduce los costos de acceso al crédito, los cuales son trasladados por las entidades del Sistema Financiero a sus clientes.

Posteriormente, el artículo 172º de la ley acotada fue modificado por el artículo 1º de la Ley N° 27682, publicada el 9 de marzo de 2002, cuyo texto es el siguiente: “Los bienes dados en hipoteca, prenda o warrant en favor de una empresa del sistema financiero, sólo respaldan las deudas y obligaciones expresamente asumidas para con ella por quien los afecta en garantía. Es nulo todo pacto en contrario”.

El 22 de octubre de 2002 se publicó en el diario oficial El Peruano la Ley N° 27851, mediante la cual se ha modificado nuevamente el artículo 172º de la Ley N° 26702 (en adelante Ley de Bancos), relativo a las garantías bancarias.

Ahora, con la nueva modificación, el primer párrafo del artículo 172º de la Ley de Bancos ha quedado redactado como sigue: “Los bienes dados en hipoteca, prenda o warrant a favor de una empresa del sistema financiero, respaldan todas las deudas y obligaciones propias, existentes o futuras asumidas para con ella por el deudor que los afecta en garantía, siempre que así se estipule expresamente en el contrato. Cuando los bienes afectados en garantía a favor de una empresa del sistema financiero son de propiedad distinta al deudor, estas solo respaldan las deudas y obligaciones del deudor que hubieran sido expresamente señaladas por el otorgante de la garantía”. El artículo 172º de la Ley de Bancos, en su versión original, establecía que con excepción de las hipotecas vinculadas a instrumentos hipotecarios, los bienes dados en hipoteca, prenda o warrant a favor de una empresa del sistema financiero, respaldan todas las deudas y obligaciones directas e indirectas, existentes o futuras, asumidas para con ella por quien los afecte en garantía o por el deudor, salvo estipulación en contrario.

Esta disposición fue modificada por Ley Nº 27682, publicada en el diario oficial El Peruano el 10 de marzo de 2002, en consideración a que la versión original, según se señalaban del citado precepto, y su aplicación práctica, atenta contra los derechos de los consumidores. Por esta razón, la Ley Nº 27682 dispuso que el primer párrafo del artículo 172º de la Ley de Bancos quede redactado como sigue: “Los bienes dados en hipoteca, prenda o warrant a favor de una empresa del sistema financiero, solo respaldan las deudas y obligaciones expresamente asumidas para con ella por quien los afecta en garantía. Es nulo todo pacto en contrario”. Si bien este texto del artículo 172º de la Ley de Bancos, vigente desde el 23 de octubre de 2002, restituyó la licitud de la garantía sábana, esta nueva versión difiere de la original en lo siguiente: No se excluyen las hipotecas vinculadas a instrumentos hipotecarios. La versión original si lo hacía. La garantía se convierte en sábana por pacto expreso. Antes adquiría esa calidad automáticamente, a menos que se pactara en contrario. La nueva garantía sábana no incluye las deudas indirectas.

La versión anterior extendía la garantía a las deudas directas e indirectas del deudor y del propietario del bien.

Las garantías constituidas por persona diferente al deudor solo respaldan las obligaciones expresamente señaladas por el otorgante.

En la versión original respaldaban las obligaciones presentes y futuras, directas e indirectas, propias y del deudor; salvo pacto en contrario. Las

idas y venidas del Congreso de la Republica en relación a la garantía sávana determinará que actualmente existan hasta tres regímenes diferentes de garantías frente a las empresas del Sistema Financiero, sujetos a sus propias reglas, a saber:

### **Garantías otorgadas a favor de empresas del Sistema Financiero antes del 10 de marzo de 2002**

Las garantías sávas otorgadas bajo el imperio del artículo 172º de la Ley de Bancos, versión original, constituyen acuerdos válidos y exigibles hasta el 10 de marzo de 2002, fecha en la cual entró en vigencia la Ley Nº 27682. Por consiguiente, las obligaciones presentes y futuras, directas e indirectas del deudor o del constituyente de la garantía sávana, nacidas desde la fecha en que esta fue otorgada hasta el 10 de marzo de 2002, quedaron comprendidas dentro de los alcances de la garantía sávana otorgada. Desde el 10 de marzo de 2002, fecha en que entró en vigor la Ley Nº 27682, los efectos sávana de las garantías pre existentes devinieron nulos por ser contrarios a una norma de orden público. Como quiera que esta Ley no tuvo efectos retroactivos, no afectó en modo alguno los efectos sávana de las garantías otorgadas con anterioridad a la misma, efectos que continuaron produciéndose hasta el 10 de marzo.

A partir de dicha fecha, los efectos sávana de las garantías constituidas con anterioridad cesaron, subsistiendo dichas garantías únicamente para respaldar el cumplimiento de las obligaciones nacidas con anterioridad al 10 de marzo de 2002, así como de aquellas otras que habiéndose originado con posterioridad a dicha fecha, estuvieran expresamente estipuladas en el acto constitutivo. Las nuevas obligaciones, directas o indirectas, nacidas con posterioridad al 10 de marzo de 2002 y que no estuvieron expresamente estipuladas en el instrumento de la garantía, quedaron excluidas de sus alcances.

Aun cuando la Ley Nº 27851 restituyera la validez de las garantías sávana –con las diferencias ya anotadas– el hecho de que tales estipulaciones se encontraran permitidas desde la vigencia de dicha Ley, no implicaba que recobraran vigencia los pactos relativos a garantía sávana que devinieron nulos al entrar en vigencia la Ley Nº 27682. En otras palabras, la nulidad sobreviniente de los efectos sávana de las garantías constituidas hasta el 10 de marzo de 2002 es permanente.

## **Garantías constituidas a favor de empresas del sistema financiero después del 10 de marzo de 2002**

Estas garantías se constituyeron bajo el imperio del artículo 172º de la Ley de Bancos, modificado por la Ley N° 27682 que, como hemos expresado, prohibió la garantía sávana al señalar que las garantías constituidas a favor de empresas del sistema financiero solo podrían respaldar el cumplimiento de las obligaciones y deudas expresamente asumidas para con ellas por quien las otorgara; dejando fuera de sus alcances a las demás obligaciones presentes o futuras directas o indirectas no estipuladas expresamente. Por consiguiente, las garantías nacidas bajo el imperio de la Ley N° 27682 no tienen efectos sávana. Estas garantías no adquirirán automáticamente efectos sávana por el hecho de que la Ley N° 27851, publicada el pasado 22 de octubre, permite nuevamente el pacto en ese sentido. Para que las garantías antes señaladas adquieran esa característica, tendría que mediar pacto expreso entre el constituyente y/o propietario de los bienes dados en garantía y la institución del sistema financiero acreedora.

## **Garantías constituidas a partir del 23 de octubre de 2002 a favor de empresas del sistema financiero**

Las garantías que se constituyan a partir de la fecha indicada a favor de las empresas del sistema financiero, podrán respaldar el cumplimiento de obligaciones propias, existentes o futuras, asumidas para con ella por el deudor que las otorgue, siempre que ello se estipule expresamente en el contrato.

A falta de pacto, las garantías solo respaldarán el cumplimiento de las obligaciones expresamente señaladas en el instrumento respectivo. Si bien el nuevo texto del artículo 172º de la Ley de Bancos no prevé la posibilidad de que por pacto el deudor le otorgue a la garantía sávana mayores alcances de los que la propia disposición legal permite, no existiría razón aparente para suponer que ello no sea posible, toda vez que el texto legal bajo análisis es, en lo que respecta al deudor, de naturaleza permisiva; lo cual implicaría que no sea válido aplicar el argumento “a contrario” en su interpretación, vale decir, sostener que lo que no está permitido, se encuentra prohibido, toda vez que una interpretación así colisionaría con lo dispuesto por el artículo 2º, inciso 24, numeral a) de la Constitución, según el cual nadie está impedido de hacer lo que la ley no prohíbe. Y, en el presente caso, la norma que prohibía (artículo 1º de la Ley N° 27682) ya fue derogada.

Sin embargo, debe hacerse hincapié que posteriormente la Ley N° 27851 y la Ley N° 27682, fueron derogadas por la Sexta Disposición Final de la Ley N° 28677, publicada el 1 marzo de 2006, vigente a los noventa días de la publicación de la citada Ley; siendo que quedó subsistente a la actualidad el texto primigenio del artículo 172º de Ley de Bancos.

- 49.-** En conclusión, la libertad contractual que pueda conferir o no la Ley de Bancos al deudor para otorgar garantías sábana a favor de instituciones del sistema financiero no es absoluta, pues termina donde el Código Civil, supletoriamente, empieza a prohibir. De otro lado, si el otorgante de la garantía es persona diferente al deudor, las que otorgue solo respaldaran las deudas y obligaciones del deudor que hubieran sido expresamente señaladas por el otorgante de la garantía. En este caso, no sería posible que por pacto el propietario de los bienes acepte conferirle a las garantías mayores alcances de los que la norma permite, pues el precepto bajo análisis dispone con toda claridad que tales garantías “solo” respaldarán las obligaciones expresamente asumidas, lo cual permite colegir que un pacto más lato colisionaría con la limitación categórica impuesta por la propia ley.

## 10. De las obligaciones y la imputación del pago

- 50.- Las obligaciones.-** El Derecho de obligaciones es un derecho civil de contenido patrimonial, es una rama del Derecho privado. En ese sentido, Osterling Parodi y Castillo Freyre<sup>531</sup> señalan que: “la obligación constituye una relación jurídica que liga a dos o más personas, en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, debe cumplir una prestación a favor de la otra, llamada acreedor, para satisfacer un interés de este último digno de protección. Dentro de esa relación jurídica corresponde al acreedor el “poder” o “derecho de crédito” para exigir la prestación. Si el deudor, vinculado en tal forma, no cumple la prestación, o la cumple defectuosamente, por razones a él imputables, responde con sus bienes de dicho incumplimiento, en razón del elemento coercitivo previsto por la ley”. Asimismo, Romero Zavala<sup>532</sup> refiere al respecto que: “Debe quedar perfectamente establecido que la obligación procede sólo entre personas; son las personas quienes se vinculan jurídicamente, en virtud de lo que llamamos obligación, pero ¿qué es la obligación? Es

531 OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*. Biblioteca para leer el Código Civil, Volumen XVI, 1ra parte, Tomo I, Fondo Editorial PUCP, 1994, pág. 101.

532 ROMERO ZAVALA, Luis, op.cit., Tomo I, pág. 14.



una relación jurídica, que se da entre dos o más personas, que, permite a una o más de ellas adquirir la facultad de exigir a otra u otras, el cumplimiento de una prestación determinada. Todo esto, entendido como un conjunto o unidad, es lo que debe entenderse como obligación”.

**Elementos de las Obligaciones.- i) El vínculo jurídico:** Cuya denominación más correcta es de relación jurídica, que es el nexo o ligamen que existe entre uno o varios acreedores y uno o varios deudores. Implica que la libertad contractual queda limitada a favor del acreedor; no implica la pérdida de la libertad individual y de allí que constitucionalmente está prohibida la prisión por deudas de dinero. **ii) La Prestación:** Es el objeto o bien materia de la Obligación o del Contrato. Debe ser lícita (es nulo el acto jurídico contrario al orden público y a las buenas costumbres; artículo V Título Preliminar del Código Civil vigente). Debe estar en el comercio de los hombres y debe ser posible (que exista o sea posible de existir) y determinada o determinable. Debe también ser útil y no quedar al arbitrio del deudor. **iii) Sujetos:** El acreedor y el deudor, respectivamente.

**Modalidades de las obligaciones.- i) Obligaciones de dar:** La obligación de dar tiene por objeto la entrega de un bien mueble o inmueble por parte del deudor, en favor y en provecho del acreedor. La obligación de dar tiene por objeto la entrega de un bien mueble o inmueble con el fin de constituir sobre ellos (los bienes) derechos reales, la de transferir el uso o posesión del bien y/o la restitución del bien a su dueño. Por la obligación de dar el deudor se encuentra obligado a entregar el bien debido y el acreedor adquiere la facultad de exigir la entrega de ese bien. “El objeto de la dación es -en todos los casos- un bien, sea mueble o inmueble”<sup>533</sup>. **ii) Obligaciones de hacer:** Son obligaciones positivas que consisten en la realización de servicios, en la prestación de trabajo material, intelectual o mixto, a que se compromete el deudor en beneficio del acreedor. Ej.: servicios profesionales, técnicos, reparación de máquinas, equipos; mandados, servicios de obreros, etc. “Entonces las obligaciones de hacer consisten en una acción del deudor”<sup>534</sup>. **iii) Obligaciones de no hacer:** La obligación de no hacer “es aquella que tiene como deber objeto una conducta negativa, que se traduce en una abstención o en un tolerar. La particularidad de esta categoría reside entonces en la actividad omisiva del deudor frente a

533 CARBONELL LAZO, Fernando [et. ál.]. *Código Civil: comentado, concordado, anotado*, Tomo VIII, Ediciones Jurídicas, Lima, 1996, pág. 4663.

534 ROMERO ZAVALA, Luis, op.cit., Tomo I, pág. 121.

determinados actos que normalmente tiene la facultad de ejecutar”<sup>535</sup>; por consiguiente, “la prestación del deudor..., consiste en una inacción, una prestación incorpórea, que sólo puede apreciarse por no haberse producido su antípoda: la acción”<sup>536</sup>. **iv) Obligaciones alternativas:** La obligación alternativa es aquella de objeto plural, esto es de dos o más prestaciones, por la cual el deudor se encuentra obligado a la ejecución completa de solamente alguna de ellas. **v) Obligaciones facultativas:** Son las que tienen por objeto una cosa determinada, pero se le concede al deudor la facultad de pagar con esta cosa debida o con otra cosa que se designa en el título constitutivo de la obligación. **vi) Obligaciones divisibles:** Son aquellas cuyo cumplimiento se puede dar de manera parcial, es decir, que puede ser dividido sin afectar o alterar el valor de la obligación. **vii) Obligaciones indivisibles:** La obligación indivisible es aquella que no permite un fraccionamiento, por lo que la obligación ha de cumplirse en su totalidad, como un todo, de manera unitaria. **viii) Obligaciones mancomunadas:** Se presenta esta clase de obligación cuando varios sujetos tienen una relación civil; una característica importante es que son relaciones pluripersonales ya que hay varios deudores hacia un acreedor o varios acreedores y varios deudores. **ix) Obligaciones solidarias:** Son obligaciones con pluralidad de sujetos, que consiste en que existiendo varios deudores o acreedores, de una prestación que, pudiendo ser divisible, se puede exigir a cada uno de los deudores o acreedores por el total de ella, de manera que efectuado o recibido por uno de ellos, extingue toda la obligación respecto del resto.

**Extinción de las obligaciones.-** “El momento de la extinción representa una fase necesaria en la vida de la obligación. El vínculo obligatorio no está destinado a perdurar indefinidamente... El modo normal de extinción es el cumplimiento (pago), ya que la obligación es un vínculo que constriñe a cumplir. Pero esto último no es regla tan inflexible que no consienta variantes, y así la ley instituye otros modos de extinción que funcionan con prescindencia del cumplimiento”<sup>537</sup>.

**El Pago.-** Como una de las formas de extinción de las obligaciones, Gutiérrez Camacho<sup>538</sup> refiere que: “Pago y cumplimiento son sinónimos;

- 
- 535 PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo. *Instituciones de Derecho Privado 1*. Hammurabi, José Luis Depalma Editor, Bs. As., pág. 467.
- 536 ROMERO ZAVALA, Luis, op.cit., Tomo I, pág. 146.
- 537 BAUTISTA TOMA, Pedro y HERRERO PONS, Jorge. *Derecho Civil, Obligaciones, Reales*, Ediciones Jurídicas, Lima, 2037 [sic], págs. 283-284.
- 538 GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. En: *Código Civil Comentado*, Tomo VI, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, pág. 335.

tanto en lenguaje técnico como en lenguaje vulgar suelen ser usados indistintamente y a menudo el pago suele ser definido apelando al cumplimiento, y éste, a su turno, es definido como la ejecución de la prestación”, asimismo, Romero Zavala<sup>539</sup> señala: “el pago es una de las formas de extinción de las obligaciones, obviamente el de mayor importancia. Si consideramos a la extinción como el género”, el pago es la especie, de manera que todo pago significa extinción pero no toda extinción se produce por el pago. El pago, por otro lado, no pertenece a la fase de la celebración sino a la de la ejecución. Con el pago se ejecuta la obligación, empero son conceptos sinónimos, ejecución y pago, a lo que podríamos agregar el término «*Solutio*» del Derecho romano. También debemos precisar que el pago es la ejecución voluntaria de la obligación. El deudor es consciente de su deber, debe una prestación determinada, por lo tanto, al vencimiento del plazo cumple voluntariamente. Esta precisión conceptual es importante porque se da también una ejecución forzosa, y ésta es la que se produce cuando el acreedor acude a los medios legales pertinentes y hace funcionar el aparato jurisdiccional. Toda ejecución forzosa es judicial”.

**51.- Imputación de pago.-** Bautista Toma y Herrero Pons<sup>540</sup> refieren que con esta expresión “... se alude, tradicionalmente, a la determinación o designación de la deuda a la que se ha de aplicarse el pago cuando el deudor tiene varias obligaciones en favor del mismo acreedor. A través del mecanismo de la imputación puede determinarse que es lo que paga el deudor al momento de ejecutar la prestación debida”. Según Romero Zavala<sup>541</sup>: “Está considerada la imputación como otra modalidad del pago”. Su importancia radica en situaciones bastantes singulares y éstas se dan únicamente ante la presencia de pluralidad de obligaciones del deudor ante su mismo acreedor. Quede clara la referencia para evitar equívocos; se requiere de la concurrencia de obligaciones, no de prestaciones. Los conceptos son distintos cuando decimos pluralidad de prestaciones y otro sobre pluralidad de obligaciones; en aquella es suficiente la vigencia de una sola relación obligacional... Imputar es, entonces, señalar, fijar, determinar, indicar, de una pluralidad de obligaciones a cuál de ellas va a corresponder el pago del deudor, cuando siendo exigibles, no puede cancelar todas ellas”. Además, Vidal Ramírez<sup>542</sup> refiere que: “Para que la imputación pueda

539 ROMERO ZAVALA, Luis, op.cit., Tomo II, pág. 23.

540 BAUTISTA TOMA, Pedro y HERRERO PONS, Jorge, op.cit., pág. 369.

541 ROMERO ZAVALA, Luis, op.cit., Tomo II, pág. 133.

542 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. En: *Código Civil Comentado*, Tomo VI, Gaceta Jurídica, Lima, pág. 443.

operar se requiere de varias obligaciones del deudor que imputa frente a un mismo acreedor; es decir, de la existencia de más de una relación jurídico-obligacional entre el deudor y el mismo acreedor y que el pago que va a efectuar el deudor no las solventa en su totalidad". Nuestro Código Civil vigente recoge esta figura legal en los artículos 1256º a 1259º; de tales normas se derivan las siguientes reglas:

**Imputación del pago por el deudor.-** Artículo 1256º del Código Civil:

a) Que el deudor tenga varias deudas con un mismo acreedor; b) Que todas las deudas sean de prestaciones homogéneas y fungibles; c) El deudor debe indicar a cuál de las deudas se aplica el pago al momento de pagar o antes de aceptar el recibo que emite el acreedor; y, d) Sin autorización del acreedor no puede pagar una deuda parcial, ilíquida o no vencida.

**Orden de la imputación convencional.-** Artículo 1257º del Código Civil:

a) Se trata de deudas en las que se deba capital, gastos e intereses; b) El deudor no puede pagar el capital antes que los gastos ni estos antes que los intereses; y, c) En este caso la imputación corresponde al acreedor.

**Imputación por el acreedor.-** Artículo 1258º del Código - Civil: a) La imputación la hace el acreedor al momento de emitir el recibo si es que no la ha hecho el deudor; y, b) Una vez que se emite el recibo no cabe reclamo alguno.

**Imputación legal.-** Artículo 1259º del Código Civil: a) Procede cuando no es efectuada por acreedor ni deudor; y b) El pago se imputa: 1) A la deuda menos garantizada; 2) Si todos están igualmente garantizadas, a la más onerosa para el deudor; 3) Si todas resultan igualmente onerosas, a la más antigua; y, 4) Si esto no es posible, la imputación es a todas proporcionalmente.

**Clases de imputación.-** De lo referido anteriormente, Romero Zavala<sup>543</sup> determina las clases de imputación de la siguiente manera: "La imputación en buena cuenta es resultado de un acto de voluntad libremente expresado, dentro de determinados límites. Es por eso la distinción hecha por la doctrina y legislación, en cuanto la imputación puede hacerse por: a) El deudor, quien tiene esta facultad prioritariamente, por corresponderle a él efectuar el pago; b) El acreedor; siendo su facultad supletoria, es decir, podrá hacer la imputación solo en la hipótesis de no haberla hecho el deudor; y, c) La ley, cuando ninguno de

los sujetos de la relación obligacional la haya efectuado y respetando una regla generalmente admitida: favorecer al deudor”.

## 11. Intereses

52.- Jiménez Vargas-Machuca<sup>544</sup> refiere que los intereses “constituyen un aumento que la deuda (ya sea de dinero o de bienes, aunque mayoritariamente estamos hablando de deudas pecuniarias) devenga de manera paulatina durante un período determinado, sea como renta del capital de que el acreedor se priva (precio por el uso y disfrute del dinero o del bien de que se trate), o sea como indemnización por un retardo en el cumplimiento de la obligación, fijándose según el tiempo transcurrido y la cuantía de la prestación debida”. Romero Zavala<sup>545</sup> señala a este respecto que: “debe entenderse como intereses la ganancia que el titular del capital obtiene como consecuencia de haber concedido su uso o disfrute; en otros términos, viene a ser la retribución por el uso de un capital ajeno”. Para Osterling Parodi, el artículo 1242º del Código Civil “define dos especies de intereses: de un lado, los intereses compensatorios; del otro, los moratorios. El interés compensatorio tiene como único propósito restablecer el equilibrio patrimonial, impidiendo que se produzca un enriquecimiento indebido en favor de una parte e imponiendo, a quien aprovecha del dinero o de cualquier otro bien, una retribución adecuada por su uso. El interés moratorio, en cambio, es debido por la circunstancia del retraso doloso o culposo en el cumplimiento de la obligación por parte del deudor. Su función es indemnizar la mora en el pago”<sup>546</sup>.

**Tasa máxima del interés convencional compensatorio o moratorio.** Carbonell Lazo y otros, refieren que: “para evitar la usura como consecuencia de desproporcionadas tasas de intereses, que la tasa máxima de interés convencional, ya sea compensatorio o moratorio, será fijada por el Banco Central de Reserva del Perú”<sup>547</sup>. De igual manera, Osterling Parodi refiere que: “El primer párrafo del artículo 1243º exige que sea el Banco Central de Reserva el que fije la tasa máxima del interés convencional compensatorio y moratorio, a fin de evitar que impere la usura... El segundo párrafo del artículo bajo comentario consagra una

544 JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. "Intereses, tasas, anatocismo y usura". En: *Revista Jurídica del Perú*, Año LI, N° 21, Trujillo, abril 2001, pág. 66.

545 ROMERO ZAVALA, Luis, op.cit., Tomo II, pág. 100.

546 OSTERLING PARODI, Felipe. *Las Obligaciones*, Biblioteca para leer el Código Civil, Volumen VI, Fondo Editorial PUCP, 1995, pág. 140.

547 CARBONELL LAZO, Fernando (et ál.), op.cit., Tomo IX, pág. 5174.

regla de justicia. Su texto dispone que cualquier exceso sobre la tasa máxima originará la devolución o la imputación al capital, a voluntad del deudor. En consecuencia, tal circunstancia no dará lugar a la nulidad del contrato correspondiente ni a la suspensión del pacto de intereses”<sup>548</sup>.

**Tasa de interés legal.-** Respecto a este punto, Osterling Parodi señala que: “El artículo 1244<sup>o</sup> dispone que la tasa del interés legal es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú. Este precepto modifica sustancialmente el texto original del artículo 1325<sup>o</sup> del Código Civil de 1936 que señalaba el interés legal del dinero, para los casos en que no hubiera convenio expreso, en 5% al año. La norma se encontraba alejada de la realidad económica del país y, por otra parte, no resultaba aconsejable que un Código Civil, con el sentido de permanencia que le es inherente, previera un porcentaje susceptible de ser frecuentemente alterado de acuerdo a contingencias económicas... Puede ocurrir que las partes hayan omitido fijar la tasa de interés. El artículo 1245<sup>o</sup> resuelve esta cuestión estableciendo que en ese caso el deudor debe abonar el interés legal, cuya tasa, como se ha comentado, es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú”<sup>549</sup>. Así lo reafirma Jiménez Vargas-Machuca cuando señala que: “en aplicación del mandato otorgado al Instituto Emisor, éste ha venido fijando la tasa de interés legal, la misma que se aplica tanto para el Sistema Financiero como para los agentes ajenos al Sistema Financiero, habiendo adoptando diferentes políticas a lo largo del tiempo transcurrido desde que se le facultó la fijación de las tasas de interés legal: Cabe mencionar que cuando las partes han convenido en el pago de intereses pero no han acordado la tasa. el deudor abona el interés legal (artículo 1245<sup>o</sup> del Código Civil). En caso de haberse pactado intereses compensatorios, pero sin haber fijado su tasa, se aplica el interés legal fijado por el BCR; si no se han pactado intereses moratorios, se aplican los intereses compensatorios pactados o, en su defecto, el interés legal”<sup>550</sup>.

**Pago del interés por mora.-** Aquí Osterling Parodi indica que: “El artículo 1246<sup>o</sup> se refiere al interés que el deudor está obligado a pagar por causa de mora en el caso de que no se haya convenido un interés moratorio, es decir, al resarcimiento por el retraso. En tal supuesto, el deudor debe pagar el interés compensatorio pactado, el mismo que se entiende continuará devengándose después del día de la mora, con la calidad de interés moratorio. Si no hubiese interés compensatorio pactado, el deudor

548 OSTERLING PARODI, Felipe, op.cit., págs. 140-141.

549 *Ibidem*, pág. 141.

550 JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana, op.cit., pág. 76.

pagará el interés legal<sup>551</sup>. Carbonell Lazo y otros, señalan además que: “Esta norma está en concordancia con el principio recogido en el artículo 1324º del Código Civil, que se refiere al interés que devengan por causa de mora las obligaciones de dar sumas de dinero<sup>552</sup>. Todo lo anterior se ciñe a lo dispuesto en los artículos 51º y 52º de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú, Decreto Ley Nº 26123<sup>553</sup>, en concordancia con el artículo 9º de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley Nº 26702<sup>554</sup>.”

**53.- Limitación al anatocismo y validez del convenio de capitalización de intereses.-** Respecto al anatocismo Fernández Fernández manifiesta que: “anatocismo es la capitalización de intereses, es decir, cuando los intereses ya vencidos o devengados son agregados al capital produciendo a su vez nuevos intereses<sup>555</sup>. Y respecto a la capitalización de intereses, Osterling Parodi nos dice que: “El artículo 1249º repite en el nuevo Código Civil la regla contenida en la primera parte del artículo 1586º del Código de 1936, con el propósito de evitar actos de usura por parte del acreedor. Es este otro caso en el cual queda restringida la autonomía de la voluntad... El artículo 1249º no se refiere –salvo el caso de la cuenta bancaria– a las operaciones crediticias que

551 OSTERLING PARODI, Felipe, op.cit., pág. 142.

552 CARBONELL LAZO, Fernando (et ál.), op.cit., Tomo IX, pág. 5176.

553 Artículo 51º.- El Banco establece de conformidad con el Código Civil, las tasas máximas de interés compensatorio, moratorio, y legal, para las operaciones ajenas al Sistema Financiero. Las mencionadas tasas, así como el Índice de Reajuste de Deuda y las tasas de interés para las obligaciones sujetas a este sistema, deben guardar relación con las tasas de interés prevalentes en las entidades del Sistema Financiero.

Artículo 52º.- El Banco propicia que las tasas de interés de las operaciones del Sistema Financiero sean determinadas por la libre competencia, dentro de las tasas máximas que fije para ello en ejercicio de sus atribuciones. Excepcionalmente, el Banco tiene la facultad de fijar tasas de intereses máximos y mínimos con el propósito de regular el mercado.

554 Artículo 9º.- LIBERTAD PARA FIJAR INTERESES, COMISIONES Y TARIFAS.

Las empresas del sistema financiero pueden señalar libremente las tasas de interés, comisiones y gastos para sus operaciones activas y pasivas y servicios. Sin embargo, para el caso de la fijación de las tasas de interés deberán observar los límites que para el efecto señale el Banco Central, excepcionalmente, con arreglo a lo previsto en su Ley Orgánica. La disposición contenida en el primer párrafo del artículo 1243º del Código Civil no alcanza a la actividad de intermediación financiera, Las empresas del sistema de seguros determinan libremente las condiciones de las pólizas, sus tarifas y otras comisiones. Las tasas de interés, comisiones, y demás tarifas que cobren las empresas del sistema financiero y del sistema de seguros, así como las condiciones de las pólizas de seguros, deberán ser puestas en conocimiento del público, de acuerdo con las normas que establezca la Superintendencia.

555 FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, César. *Código Civil Comentado*, Tomo VI, Gaceta Jurídica, 2007, pág. 423.

se realizan en el sector financiero, entendiéndose por tal, a los bancos, empresas financieras, mutuales, cooperativas de crédito y, en general, a las instituciones que, autorizadas por la Superintendencia de Banca y Seguros, captan dinero del público para colocarlo a terceros. Dichas operaciones crediticias pueden ser activas o pasivas, tales como créditos en cuenta corriente, créditos directos, créditos promocionales –en virtud de los cuales se otorga un amplio plazo para empezar a amortizar el principal, capitalizándose los intereses desde el inicio– o créditos otorgados por la Banca Estatal de Fomento, cuya finalidad es promover los sectores productivos. Para estos casos la ley civil no legisla, pues esas operaciones son reguladas por las respectivas entidades del Estado Peruano. El espíritu que inspira al precepto es, pues, idéntico al del artículo 1586º del Código Civil de 1936. El artículo 1250º reproduce la segunda parte del artículo 1586º del Código de 1936, al admitir que se capitalicen los intereses por convenio... El precepto prescribe; sin embargo, para asegurar debidamente al deudor, que tal convenio puede celebrarse solo después de contraída la obligación, por escrito y siempre que medie no menos de un año de atraso en el pago de intereses. El artículo se refiere, por consiguiente, a intereses vencidos y no por devengarse. Como en el caso del artículo 1249º, el artículo 1250º constituye una norma imperativa cuyos alcances no pueden ser recortados por la voluntad de las partes. Nada impide; sin embargo, que éstas lo pacten con mayor amplitud. Tampoco existe impedimento para que el convenio se repita sucesivamente en el tiempo; el deudor puede pagar o extender el pago, si el acreedor asiente en ello”<sup>556</sup>.

Carbonell Lazo y otros, añaden que: “El principio de la prohibición de capitalizar los intereses admite, como lo hacía el Código derogado, la capitalización de intereses si ésta fuera acordada por escrito después de contraída la obligación y siempre que medie no menos de un año de atraso en el pago de intereses. El Código anterior exigía que hubiesen transcurrido dos años, plazo éste que ha sido recortado por el actual”<sup>557</sup>.

Para Romero Zavala, como consecuencia de lo dispuesto en los artículos 1249º y 1250º del Código Civil, se tiene “... varias situaciones: 1) no procede al anatocismo en las obligaciones civiles pactadas como intereses compensatorios; 2) si es procedente en cambio en las obligaciones mercantiles, bancarias o similares como las cooperativas de crédito y las empresas financieras”.

556 OSTERLING PARODI, Felipe, op.cit., págs. 143-144.

557 CARBONELL LAZO, Fernando (et ál.), op.cit., Tomo IX, pág. 5180.



El diferente trato se debe, indudablemente, a la circunstancias del manejo del dinero, como función específica y absoluta en las entidades del segundo grupo. El dinero es su razón de ser y el objeto principal de su gestión institucional. Constituye el comúnmente llamado 'intereses al rebatir'; empero, al deudor se le obliga la asunción de otras obligaciones adicionales y no le queda más remedio que aceptar dadas sus necesidades apremiantes"<sup>558</sup>. Así también lo afirma Jiménez Vargas-Machuca: "La prohibición de capitalizar intereses no constituye una prohibición en sí pues la norma ha precisado el caso en el que se prohíbe la capitalización, esto es, al momento de contraer la obligación, con las excepciones que la misma norma establece (cuentas mercantiles, bancarias o similares). No obstante, conforme al artículo 1250<sup>o</sup> del mismo cuerpo legal, sí es válido el pacto de capitalización de intereses celebrado por escrito luego de contraída la obligación, siempre que medie no menos de un año de atraso en el pago de los intereses. Aunque no se encuentra establecido expresamente por la norma aludida, se entiende que únicamente pueden capitalizarse los intereses vencidos, no los que estén por devengarse. Esta es una norma de orden público"<sup>559</sup>.

### **De la denuncia por Infracción Normativa por errores *in procedendo***

- 54.- A partir de la denuncia casatoria de la recurrente (motivación insuficiente) debe concluirse expresamente en esta parte, que ha existido o se ha incurrido en infracción normativa procesal (por contravención al debido proceso) por una insuficiente motivación en las decisiones de mérito así como el auto de ejecución (calificatorio de la demanda), pues no se ha considerado debidamente los requisitos de la demanda, que en forma incompleta y deficiente se ha presentado, particularmente en lo relativo a la liquidación del estado de cuenta de saldo deudor; en donde no se ha precisado cronológicamente los cargos y abonos desde el nacimiento de la obligación hasta la fecha de la liquidación, y por tanto se ha incurrido en causal de nulidad insubsanable: artículo 139<sup>o</sup> inciso 5 de la Constitución Política del Estado. Al respecto deben hacerse algunas consideraciones de lo acontecido en el proceso que deben ser tomadas en cuenta:

558 ROMERO ZAVALA, Luis, op.cit., Tomo II, pág. 111.

559 JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana, op.cit., pág. 78.

## CONSIDERACIONES SOBRE EL CASO

- i)** El NBK BANK le cedió a COFIDE no el derecho de crédito causa de la emisión del pagaré, sino el pagaré (OPERACIÓN N° 093-1574), como aparece de fojas diecinueve, anexo 1, de la escritura de cesión: monto veintitrés mil doscientos cincuenta y tres nuevos soles con dieciocho céntimos de nuevo sol (S/. 23,253.18). El pagaré no podría haber sido cedido sin el crédito que contiene, sino sería inexistente.
  - ii)** Asimismo, la mencionada entidad le cedió la hipoteca constituida por los ejecutados (Anexo 3 de la escritura de cesión, obrante a fojas treinta), la cual al tener la característica de “abierta” no contiene la obligación.
  - iii)** El representante de la SBS le endosó a COFIDE el pagaré (Anexo 4 de la escritura de cesión de fojas treinta y siete, por la suma de veintidós mil seiscientos setenta nuevos soles (S/. 22,679.00) con vencimiento el diecisiete de noviembre de dos mil uno).
  - iv)** No hay acta de entrega de los pagarés suscritos en Chiclayo a COFIDE (solo los de Lima, Anexo N° 5, fojas treinta y siete vuelta de la escritura de cesión).
  - v)** COFIDE no ha presentado el PAGARÉ con su demanda, la copia del mismo ha sido presentada por la ejecutada.
- 55.-** Tanto el *A quo* como el *Ad quem* consideran que en una ejecución de garantías, incluso cuando la garantía sea “abierta” (sábana) basta que se presente el documento que la contiene como el estado de cuenta de saldo deudor (ambos documentos constituirían el título de ejecución). Sin embargo, deberá presentarse otro documento que corrobore la existencia de la obligación, pues en un título compuesto debe constar el documento donde obre la garantía y la liquidación del saldo deudor; además, como se tiene expresado, puede presentarse otro documento que acredite que la obligación aún persiste.
- 56.-** Un título ejecutivo para ser tal debe “contener la obligación”, conforme lo exige el artículo 689º del Código Procesal Civil y debe tener mérito ejecutivo. Este título está integrado por: i) el documento (escritura pública) que contiene la hipoteca; y ii) la liquidación del estado de saldo deudor y la obligación puede corroborarse con otro documento o un título valor (el cual puede o no estar protestado).

- 57.- Solo las liquidaciones de saldo deudor de empresas del sistema financiero son consideradas títulos ejecutivos. Sin embargo, cuando la obligación esté contenida en un título valor, tal liquidación no suple al título valor, en particular porque los derechos cartulares tienen sus propias reglas a comenzar por los plazos de prescripción, que no pueden ser soslayadas con la emisión de una liquidación, por lo demás, hechas “como sea”.
- 58.- Cuando se está ante una ejecución de una garantía abierta (que no contiene la obligación), la certeza de la existencia y exigibilidad de la obligación (que es lo que hace legítima la ejecución) debe provenir de “otro documento”: un título ejecutivo reconocido como tal por la ley.
- 59.- Es absurdo considerar que cuando la obligación está contenida en un título valor y se pretende la ejecución de la garantía (sábana o no) no se ejercita la “acción cambiaria” (*rectius*, cartular): la acción cambiaria (*rectius*, cartular) implica el ejercicio del derecho incorporado al documento, nada más. Por tanto, en el caso de autos las instancias de mérito han partido de una premisa falsa: que el pagaré no debe ser el fundamento de “esa” ejecución.
- 60.- Si a COFIDE se le cedió un pagaré, el único derecho que puede ejercitar en este proceso es el derecho cartular (y no el de la causa de la emisión que no se le cedió), siendo que para ejercitar su derecho cartular, tiene que presentar en original (por lo demás oportunamente protestado).
- 61.- El “estado de situación por operación” de fojas cincuenta y cinco, señala que el “contrato” es el N° 093-1574, es decir, el pagaré, no hay indicación de la moneda; la tasa de interés compensatorio es del 34.49%, lo que evidencia que se ha anualizado la tasa de interés puesta en el pagaré (2.5% mensual), pero con la regla de interés compuesto y no simple, es decir, ya hay evidencia de anatocismo prohibido; las cantidades liquidadas por intereses son antojadizas ya que ni siquiera aplicando capitalización de intereses se obtienen tales sumas; además, la supuesta fecha de vencimiento (veintiocho de febrero del dos mil seis), puesta en ese documento evidencia un encubrimiento de la prescripción de la acción cartular del pagaré.
- 62.- Nada de ello ha sido advertido por el *A quo* y el *Ad quem*, que han hecho una suerte de acto de fe del “estado” de la situación de la operación presentada por COFIDE con su demanda, por demás inconsistente, *prima facie*, que presentaba ese “estado de operación” (que en setecientos sesenta y dos días, o sea poco más de dos años, una obligación por

el monto de veintidós mil quinientos ochenta y siete nuevos soles con cincuenta y seis céntimos de nuevo sol –S/. 22,587.56– creció exponencialmente a trecientos once mil novecientos quince nuevos soles con sesentiún céntimos de nuevo sol –S/. 311,915.61–).

- 63.-** En virtud a lo expuesto, debe declararse fundado el recurso y declararse nulo todo lo actuado hasta que se vuelva a calificar la procedencia de esa ejecución.

## FALLO

Por las razones expuestas, los suscritos Jueces Supremos participantes en este Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República, presentes en la vista de la causa, de conformidad con la norma prevista en el artículo 400º del Código Procesal Civil, votamos en el siguiente sentido:

**PRIMERO.-** Declaramos **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la ejecutada AURA VIOLETA SALAS GONZÁLES mediante escrito de fojas trescientos cincuenta y uno, y en consecuencia, CASAMOS la resolución de vista de fojas trescientos cuarenta y cuatro, su fecha dos de mayo de dos mil doce, declaramos **INSUBSISTENTE** la resolución apelada de fojas doscientos noventa y siete, así como **NULO** todo lo actuado hasta fojas setenta y nueve, debiendo el Juez de la causa emitir nueva resolución que se pronuncie sobre la procedencia de la ejecución de garantía demandada, requiriendo previamente a la parte ejecutante, CORPORACIÓN FINANCIERA DE DESARROLLO-COFIDE, la presentación del original del Pagaré debidamente protestado emitido por la parte ejecutada con fecha 31 de agosto de 1998 a favor de Norbank, Banco Regional, correspondiente a la Operación N° 093-1574 objeto de cesión a favor de CORPORACIÓN FINANCIERA DE DESARROLLO, así como de un estado de cuenta de saldo deudor, suscrito por apoderado de la entidad ejecutante con facultades para liquidación de operaciones; estado de cuenta que debe contener cronológicamente detallados los respectivos cargos y abonos desde el nacimiento de la relación obligatoria hasta la fecha de la liquidación; así como el certificado de gravamen correspondiente.

**SEGUNDO.-** Asimismo, **DECLARAMOS** que constituyen precedentes judiciales vinculantes:

### I) PRECEDENTE PRIMERO

Para la procedencia de una ejecución de garantías reales, en el caso de personas ajenas al Sistema Financiero, a la demanda de ejecución deberá acompañarse:

- i)** Documento constitutivo de la garantía real, que cumpla con las formalidades y requisitos de validez establecidos en los artículos 1098º y 1099º del Código Civil o, en su caso, por ley especial, con las siguientes particularidades:
  - a.** Tratándose de una garantía real constituida expresamente para asegurar una obligación determinada, siempre que aquella esté contenida en el propio documento constitutivo de la garantía, a los efectos de la procedencia de la ejecución, no será exigible ningún otro documento.
  - b.** Tratándose de una garantía real constituida para asegurar una obligación determinable, existente o futura, documento reconocido por ley como título ejecutivo u otro documento idóneo que acredite la existencia de la obligación que contenga la determinación de la misma a cancelar a través de la ejecución judicial de la garantía, que cumpla con los requisitos del artículo 689º del Código Procesal Civil.
- ii)** Estado de cuenta de Saldo Deudor, suscrito por el acreedor, detallando cronológicamente los pagos a cuenta, si hubiere, desde el nacimiento de la obligación hasta la fecha de la liquidación del saldo deudor; así como el monto de los intereses pactados sin contravenir la norma imperativa o intereses legales, si fuere el caso.
- iii)** Los demás documentos indicados en el artículo 720º del Código Procesal Civil.

## II) PRECEDENTE SEGUNDO

Para la procedencia de la ejecución de garantías a favor de empresas que integran el sistema financiero, a la demanda de ejecución deberá acompañarse:

- i)** Documento constitutivo de la garantía real, que cumpla con las formalidades y requisitos de validez establecidos en los artículos 1098º y 1099º del Código Civil o, en su caso, por ley especial, con las siguientes particularidades:
  - a.** Tratándose de una garantía real constituida expresamente para asegurar una obligación determinada siempre que aquella esté contenida en el propio documento constitutivo de la garantía –a los efectos de la procedencia de la ejecución– no será exigible ningún otro documento.

- b.** Tratándose de una garantía real constituida para asegurar cualquier obligación que tuviera el constituyente de la garantía frente a una empresa del sistema financiero o para asegurar una obligación existente, determinable o futura, se deberá:

  - b.1.** Tratándose de operaciones en cuenta corriente, la letra de cambio a la vista debidamente protestada emitida conforme a lo establecido en el último párrafo del artículo 228º de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.
  - b.2.** Tratándose de operaciones materializadas en títulos valores, en particular letras de cambio y pagarés, el respectivo título valor debidamente protestado, salvo que contenga la cláusula “sin protesto” u otra equivalente en el acto de su emisión o aceptación, siempre que cumpla con los demás requisitos establecidos en la ley de la materia según el tipo de título valor.
  - b.3.** Tratándose de operaciones distintas de las indicadas en los dos acápite anteriores, documento que contenga la liquidación de saldo deudor conforme a lo establecido en el artículo 132º inciso 7 de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, suscrito por apoderado de la entidad del sistema financiero con facultades para liquidación de operaciones, detallando cronológicamente los cargos y abonos desde el nacimiento de la relación obligatoria hasta la fecha de la liquidación del saldo deudor; con expresa indicación del tipo de operación así como la tasa y tipos de intereses aplicados para obtener el saldo deudor; asimismo, la parte ejecutante puede presentar prueba idónea y especialmente documental, para acreditar la obligación objeto de la demanda, teniéndose en cuenta para ello los fines de los medios probatorios previstos en el artículo 188º del Código Procesal Civil.
- ii)** Los demás documentos indicados en el artículo 720º del Código Procesal Civil.

### III) PRECEDENTE TERCERO

El juez de la demanda, a los efectos de determinar la procedencia de la ejecución de garantías, debe examinar, evaluar, enjuiciar y dar cuenta expresamente en la motivación de su resolución si en el caso:

- i) Se cumplen los requisitos establecidos en los **PRECEDENTES PRIMERO y/o SEGUNDO**;
- ii) El saldo deudor realizado por la parte ejecutante comprende abonos y cargos, o pagos a cuenta si los hubiere, atendiendo que el pacto de capitalización de intereses solo es lícito en los supuestos indicados en los artículos 1249º y 1250º del Código Civil, esto es cuando se trate de cuentas bancarias, mercantiles y similares, o cuando se celebre por escrito el pacto después de contraída la obligación, siempre que medie no menos de un año de atraso en el pago de los intereses.

### IV) PRECEDENTE CUARTO

El juez de considerar que el estado de cuenta de saldo deudor presenta evidentes omisiones de los requisitos y formalidades ya precisadas o tiene notorias inconsistencias contables, debe declarar inadmisibles la demanda a los efectos de que el ejecutante presente nuevo estado de cuenta de saldo deudor conforme a sus observaciones.

### V) PRECEDENTE QUINTO

El juez ejecutor una vez determinada la procedencia de la ejecución, debe emitir el mandato de ejecución, disponiendo el pago íntegro de la suma liquidada en el plazo indicado en el artículo 721º del Código Procesal Civil, bajo apercibimiento de proceder al remate judicial del bien dado en garantía, incluso si aquella suma excede del monto del gravamen establecido en el acto de constitución de la garantía o en sus actos modificatorios y/o ampliatorios.

### VI) PRECEDENTE SEXTO

El pago dispuesto en el mandato ejecutivo debe ser por suma líquida, no pudiendo emitirse mandato ejecutivo disponiendo el pago de suma dineraria en parte líquida y en parte ilíquida, a liquidarse tras el remate judicial o el pedido de adjudicación en pago del ejecutante conforme al artículo 746º del Código Procesal Civil, salvo en lo atinente

a los intereses, costas y costos que se generen después de la emisión del mandato de ejecución hasta la fecha de pago.

## VII) PRECEDENTE SÉTIMO

El acreedor tan solo podrá ejecutar la hipoteca por el monto de esa garantía, es decir, que su concesión está limitada al bien o bienes que se especifican al constituir la garantía y que también está limitada a la suma que expresa y claramente se determina en el correspondiente documento constitutivo de la hipoteca. En los supuestos en que la suma dispuesta en el mandato ejecutivo exceda el monto del gravamen de la garantía real, la parte ejecutante a fin de asegurar la posibilidad de ejecución debe proceder conforme a lo establecido en el artículo 724<sup>o</sup> del Código Procesal Civil (por el saldo deudor tras la realización del remate del bien o, en su caso, la adjudicación en pago al ejecutante).

**TERCERO.-** ORDENARON la publicación de la presente sentencia en el diario oficial “El Peruano” y en el portal del Poder Judicial, teniendo efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su publicación.- **Señor Juez Supremo Ponente: Távara Córdova.-**

**SS.**

FRANCISCO ARTEMIO TÁVARA CÓRDOVA  
JULIO JACINTO RODRÍGUEZ MENDOZA  
ANA MARÍA ARANDA RODRÍGUEZ  
EVANGELINA HUAMANÍ LLAMAS  
HÉCTOR WILFREDO PONCE DE MIER  
ANA MARÍA VALCÁRCEL SALDAÑA  
CÉSAR CASTAÑEDA SERRANO  
JUAN CHAVES ZAPATER  
JORGE BAYARDO CALDERÓN CASTILLO  
FRANCISCO MIRANDA MOLINA



SEGUNDA PARTE

**Materia Civil:**  
Plenos Casatorios y  
Plenos Jurisdiccionales

**II. PLENOS**  
JURISDICCIONALES NACIONALES

473





**CONCLUSIONES DEL PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL CIVIL**

(Emitidas el 7 de junio de 2008)

En la ciudad de Lima, en las instalaciones del Sheraton Lima Hotel & Convention Center, siendo las 6:00 p.m. y 1:30 p.m. de los días 6 y 7 de junio del año 2008, respectivamente, la Comisión del Pleno Jurisdiccional Nacional Civil con sede en Lima, Presidida por la Doctora Carmen Yleana Martínez Maraví e integrada por los señores Magistrados Doctora Ana María Aranda Rodríguez (Delegada), Doctor Carlos Arias Lazarte (Delegado), Vocales de la Corte Superior de Justicia de Lima; Doctor Edgardo Torres López, Vocal de la Corte de Lima Norte (miembro); Doctora Flor Aurora Guerrero Roldán, Vocal de la Corte Superior de Justicia del Callao (miembro), Doctora Alicia Iris Tejeda Zavala, Vocal de la Corte Superior de Justicia de La Libertad (miembro), Doctor Francisco Carreón Romero, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa (miembro); y, los señores Magistrados del área civil de las Cortes Superiores de Justicia de Amazonas, Ancash, Apurímac, Arequipa, Ayacucho, Callao, Cañete, Lima Norte, Cusco, Del Santa, Huancavelica, Huánuco, Huaura, Ica, Junín, La Libertad, Lambayeque, Lima, Loreto, Madre de Dios, Moquegua, Pasco, Piura, Puno, San Martín, Tacna, Tumbes y Ucayali; reunidos en pleno para unificar criterios jurisdiccionales en materia civil, **ACORDARON:**

**TEMA Nº 1****LAS TERCERÍAS DE PROPIEDAD FRENTE AL CRÉDITO GARANTIZADO CON HIPOTECA O EMBARGO****1.- Sub Tema: «LA TERCERÍA DE PROPIEDAD FRENTE AL CRÉDITO GARANTIZADO CON HIPOTECA»****1.1. Problema**

**¿Es procedente el rechazo liminar de la demanda de Tercería de Propiedad interpuesta contra una ejecución de garantías reales?**

## 1.2 Posturas

**1.2.1 Primera Posición:** *“Se debe rechazar liminarmente la demanda; porque, el petitorio constituye un imposible jurídico”.*

**1.2.2 Segunda Posición:** *“Se debe admitir la demanda; porque, su petitorio es jurídicamente posible”.*

## 1.3 Fundamentos

La **primera posición** sostiene:

- Que, del tenor literal del artículo 533º del Código Procesal Civil se desprende que la tercería de propiedad sólo puede fundarse en los *bienes afectados* por medida cautelar o para la ejecución; más no así en aquellos que son objeto de un proceso de ejecución de garantías reales; debiendo entenderse la expresión *“para la ejecución”* en el sentido que fluye del segundo párrafo del artículo 619º del acotado Código Procesal Civil, en cuanto señala que: *“la ejecución judicial se iniciará afectando el bien sobre el que recae la medida cautelar a su propósito”.*
- Que, en igual sentido, el artículo 100º del Código Procesal Civil faculta la intervención excluyente de propiedad sólo respecto de bienes afectados con *“... alguna medida cautelar”.*
- Que, la Hipoteca se extingue sólo por alguna de las causales previstas en el artículo 1122º del Código Civil, dentro de las cuales no se contempla la Tercería de Propiedad. En todo caso, el propietario debe entablar una demanda de nulidad o ineficacia de la hipoteca; pero no una Tercería de Propiedad.
- Que, además, el artículo 2022º del Código Civil establece que: *“Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone”.*

La **segunda posición** sostiene:

- Que, el petitorio no constituye un imposible jurídico; porque, de todo el sistema jurídico nacional no fluye prohibición

alguna para demandar el respeto al derecho de propiedad frente a la ejecución de una hipoteca en cuya constitución no ha participado su propietario.

- Que, el artículo 533º del Código Procesal Civil faculta la tercería contra medidas para la ejecución; que es el caso de la ejecución de garantías reales. Negar esa facultad afectaría el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.
- Que, el derecho de propiedad, para su existencia y subsistencia, no precisa de inscripción en el Registro y, en tal razón, quien tenga título de propiedad no inscrito; pero, anterior a la constitución de hipoteca, tiene derecho a interponer demanda de tercería de propiedad.
- Que, de acuerdo a la clasificación de los derechos reales que efectúa el Código Civil, la propiedad es un derecho real principal (Sección Tercera del Libro V) y la Hipoteca es un derecho real secundario (Sección Cuarta del Libro V); por lo que, en caso de oposición de ambos derechos, se aplica la segunda parte del artículo 2022º del Código Civil.
- Que, se debe admitir a trámite la demanda; porque, en todo caso, los argumentos sobre el derecho registral son de fondo y deben valorarse en la sentencia.

#### 1.4 Votación

Por la Primera Posición	:	Total 71 votos
Por la Segunda Posición	:	Total 12 votos
Abstenciones	:	Ninguna
Otras Posiciones	:	Total 3 votos

#### 1.5. CONCLUSIÓN PLENARIA

El pleno Jurisdiccional Nacional Civil adopta, por mayoría, el siguiente **acuerdo**:

***“SE DEBE RECHAZAR LIMINARMENTE LA DEMANDA DE TERCERÍA DE PROPIEDAD INTERPUESTA CONTRA LA EJECUCIÓN DE GARANTÍAS REALES, PORQUE EL PETITORIO CONSTITUYE UN IMPOSIBLE JURÍDICO”.***

## 2.- Sub Tema: «LA TERCERÍA DE PROPIEDAD FRENTE AL EMBARGO INSCRITO»

### 2.1. Problema

**¿Es procedente el rechazo liminar de la demanda de Tercería de Propiedad interpuesta contra las medidas cautelares o para la ejecución inscritas en el Registro?**

### 2.2. Posturas

**2.2.1 Primera Posición:** *“Se debe rechazar liminarmente la demanda; porque, constituye un imposible jurídico, salvo que verosímelmente se acredite la mala fe del embargante”.*

**2.2.2 Segunda Posición:** *“Se debe admitir la demanda; porque, el pedido de desafectación es posible jurídicamente, siendo los argumentos esgrimidos sobre el derecho registral, argumentos de fondo para la sentencia”.*

### 2.3. Fundamentos

La **primera posición** sostiene:

- Que, el embargo inscrito goza de legitimación y prioridad registral; por ende, es jurídicamente imposible que un derecho no inscrito prevalezca sobre él; salvo que dicha inscripción carezca de la buena fe del embargante, si conocía o podía conocer que el bien embargado no pertenecía al demandado ejecutado, sino al tercerista; situación que debe estar acreditada en forma verosímil (en apariencia); teniendo en cuenta que el auto admisorio de la tercería conlleva accesoriamente la suspensión de la ejecución (equivalente a una medida cautelar).

La **segunda posición** sostiene:

- Que, la medida cautelar inscrita no es un derecho real; por ende, el derecho real de propiedad, inscrito o no, prevalece sobre aquél.

- Que, el artículo 533º del Código Procesal Civil faculta expresamente la acción de Tercería de Propiedad contra *medidas cautelares* o para la ejecución; por lo que nada obsta admitir la demanda. El rechazo liminar vulneraría el derecho de acceso a la tutela jurisdiccional efectiva.
- Que, en todo caso, los argumentos sobre el derecho registral son de fondo y deben valorarse en la sentencia.

## 2.4 Votación

Por la Primera Posición	:	Total 4 votos
Por la Segunda Posición	:	Total 82 votos
Abstenciones	:	Ninguna
Otras Posiciones	:	Total 2 votos

## 2.5. CONCLUSIÓN PLENARIA

El pleno Jurisdiccional Nacional Civil adopta, por mayoría, el siguiente **acuerdo**:

***“SE DEBE ADMITIR A TRÁMITE LA DEMANDA DE TERCERÍA DE PROPIEDAD CONTRA LAS MEDIDAS CAUTELARES O PARA LA EJECUCIÓN INSCRITAS EN EL REGISTRO; PORQUE, EL PEDIDO DE DESAFECTACIÓN ES POSIBLE JURÍDICAMENTE; SIENDO LOS ARGUMENTOS SOBRE EL DERECHO REGISTRAL, ARGUMENTOS DE FONDO PARA LA SENTENCIA”***

## 3.- Sub Tema: «TERCERÍA DE PROPIEDAD EN TRÁMITE Y MEDIDA CAUTELAR INSCRITA»

### 3.1. Problema

**¿Cuál debe ser el pronunciamiento de fondo frente a una demanda de Tercería de Propiedad admitida contra una medida cautelar inscrita en el Registro?**

### 3.2. Posturas

**3.2.1 Primera Posición:** *“El derecho de propiedad otorga a su titular el poder jurídico de usar, disfrutar, disponer y reivindicar un*

*bien; es oponible a todos y no requiere de inscripción en los Registros Públicos para surtir efectos frente a terceros; por lo que prevalece sobre cualquier derecho de crédito que pretenda afectarlo”.*

**3.2.2 Segunda Posición:** *“Por seguridad jurídica y en observancia de los principios registrales de legalidad, impenetrabilidad, publicidad y de prioridad en el rango, debe protegerse el derecho de crédito inscrito. Éste último es preferente al derecho de propiedad no inscrito”.*

### 3.3 Fundamentos

La **primera posición**, además de lo expuesto en 3.2.1., sostiene:

- Que, la segunda parte del artículo 2022º del Código Civil establece que la oposición de derechos de distinta naturaleza, como son el derecho real de propiedad y el derecho personal de crédito, se resuelve conforme a las reglas del derecho común; lo que excluye las normas del derecho registral.
- Que, las reglas del derecho común señalan que el derecho de propiedad, inscrito o no inscrito, es oponible *erga omnes*, por lo que prevalece sobre el derecho personal de crédito que sólo puede oponerse al deudor. Ello no significa desconocer que el derecho de propiedad debe constar en documento de fecha cierta anterior al embargo inscrito; porque, el que adquiere un bien sabiendo que está gravado, asume esa carga.
- Que el derecho real de propiedad prima sobre el derecho personal de crédito por su mayor valor social y por ser el cimiento de todo el sistema económico social.

La **segunda posición**, además de lo expuesto en 3.2.2., sostiene:

- Que el embargo inscrito garantiza un derecho de crédito adquirido de buena fe de quien en el registro aparece como propietario; por lo que debe respetarse y prevalecer sobre el derecho de propiedad no inscrito.



- Que, es aplicable al caso la primera parte del artículo 2022º del Código Civil que establece la preferencia del derecho inscrito frente al derecho no inscrito.

### 3.4. Votación

Por la Primera Posición	:	Total 66 votos
Por la Segunda Posición	:	Total 18 votos
Abstenciones	:	Ninguna
Otras Posiciones	:	Total 5 votos

### 3.5. CONCLUSIÓN PLENARIA

El pleno Jurisdiccional Nacional Civil adopta, por mayoría, el siguiente **acuerdo**:

***EL PRONUNCIAMIENTO DE FONDO FRENTE A UNA DEMANDA DE TERCERÍA ADMITIDA CONTRA UNA MEDIDA CAUTELAR INSCRITA EN EL REGISTRO DEBE SER EL SIGUIENTE: “EL DERECHO DE PROPIEDAD OTORGA A SU TITULAR EL PODER JURÍDICO DE USAR, DISFRUTAR, DISPONER Y REIVINDICAR UN BIEN; ES OPONIBLE A TODOS Y NO REQUIERE DE INSCRIPCIÓN EN LOS REGISTROS PÚBLICOS PARA SURTIR EFECTOS FRENTE A TERCEROS; POR LO QUE PREVALECE SOBRE CUALQUIER DERECHO DE CRÉDITO QUE PRETENDA AFECTARLO”.***

## REIVINDICACIÓN Y MEJOR DERECHO DE PROPIEDAD

### 1.- Problema

**¿En un proceso de Reivindicación puede discutirse y evaluarse el mejor derecho de propiedad?**

#### Posturas

Primera posición: *En un proceso de reivindicación el Juez Puede analizar y evaluar el título del demandante y el invocado por el demandado para definir la reivindicación.*

Segunda posición: *Dentro de un proceso de reivindicación no procede emitir pronunciamiento sobre el fondo de la reivindicación, sí el demandado opone título de propiedad. El fallo será inhibitorio; pues, de producirse tal situación, será necesario derivar a otro proceso.*

#### Fundamentos

La **Primera posición** sostiene:

- Que, la acción de Reivindicación es la acción real por excelencia e importa, en primer lugar, la determinación del derecho de propiedad del actor; y, en tal sentido, si de la contestación se advierte que el incoado controvierte la demanda oponiendo título de propiedad, corresponde al Juez resolver esa controversia; esto es, analizar y compulsar ambos títulos, para decidir si ampara o no la Reivindicación.
- Que, conforme al Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el Juez puede resolver fundándose en hechos que han sido alegados por las partes; en consecuencia, en el caso concreto, se puede analizar el mejor derecho de propiedad como una categoría procesal de “punto controvertido”; pero no de “pretensión”.
- Que, en aplicación de los principios de celeridad y economía procesales no resulta procedente derivar la demanda de reivindicación a otro proceso de mejor derecho de propiedad; y, además, porque la declaración judicial de mejor derecho de propiedad no es requisito previo y autónomo a la

demanda de Reivindicación. Sostener lo contrario implica alimentar la mala fe del demandado que sabiendo que su título es de menor rango que el del actor, opta por no reconvenir especulando que se declare improcedente la demanda.

- Que, no se afecta el principio de congruencia procesal; porque, desde el momento en que por efecto de la contestación se inicia el contradictorio y se fijan los puntos controvertidos, las partes conocen lo que está en debate y las pruebas que sustentan sus afirmaciones y negaciones; de modo que al declararse fundada o infundada la reivindicación por el mérito de éste debate, no se está emitiendo pronunciamiento sobre una pretensión diferente a la postulada en la demanda o extrapetita.
- Que, la jurisprudencia mayoritaria de la Corte Suprema se inclina por esta primera posición; como puede verse de la Casación N° 1320-2000-ICA de fecha 11 de junio de 2002, publicada el 30 de junio de 2004; Casación N° 1240-2004-TACNA de fecha 1 de septiembre de 2005; Casación N° 1803-2004-LORETO, de fecha 25 de Agosto de 2005, publicada el 30 de marzo de 2006; Casación N° 729-2006-LIMA de fecha 18 de julio de 2006; y, asimismo, el Acuerdo del Pleno Distrital Civil de la Libertad de agosto de 2007.

La **segunda posición** sostiene:

- Que, la Reivindicación se define como *“la acción real que le asiste al propietario no-poseedor frente al poseedor no-propietario”*; y, en tal razón, cuando de la contestación producida en un proceso de Reivindicación se advierte que el demandado también ostenta título de propiedad, el caso debe resolverse orientando al actor a otro proceso de mejor derecho de propiedad, porque aquél no ejerce la posesión en la condición de *poseedor-no propietario*.
- Que, según el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil el Juez no puede ir más allá del petitorio; por lo que no es factible que fije como punto controvertido y someta a debate y prueba un tema que no se ha postulado en la demanda.
- Que, es contrario al principio de congruencia y al derecho al debido proceso, así como al principio de seguridad jurídica, ampliar el petitorio de reivindicación y someter a debate y juicio el mejor derecho de propiedad; ello sólo es posible cuando el demandado formula reconvencción.

- Que, el principio *jura novit curia* autoriza a suplir las deficiencias de la demanda en cuanto al derecho invocado, más no respecto a la pretensión demandada; por lo que no corresponde estimar que la demanda de reivindicación importa también la de declaración de mejor derecho de propiedad.
- Que, existen dos Casaciones que apoyan esta postura; como son la Casación N° 1112-2003-PUNO de fecha 20 de mayo de 2005; Casación N° 1180-2001-LA LIBERTAD, de fecha 29 de octubre de 2002, publicada el 3 de mayo de 2004.

### Votación

Por la Primera Posición	:	Total 70 votos
Por la Segunda Posición	:	Total 12 votos
Abstenciones	:	Ninguna
Otras Posiciones	:	Total 2 votos

### CONCLUSIÓN PLENARIA

El pleno Jurisdiccional Nacional Civil adopta, por mayoría, el siguiente **acuerdo**:

***“EN UN PROCESO DE REIVINDICACIÓN, EL JUEZ PUEDE ANALIZAR Y EVALUAR EL TÍTULO DEL DEMANDANTE Y EL INVOCADO POR EL DEMANDADO PARA DEFINIR LA REIVINDICACIÓN”.***

## ACTUACIONES PROCESALES RESPECTO A ÓRGANOS DE AUXILIO JUDICIAL

### 1.- Problema

¿Es procedente conceder apelación a los órganos de auxilio judicial, llámese perito, depositario, martillero; asimismo, al tercero no parte, como es el caso de los testigos?

#### 1.1. Posturas

- 1.1.1. Primera Posición:** *“No procede; porque, no son parte o terceros legitimados, conforme al artículo 355º del Código Procesal Civil y por cuanto conceder dicha prerrogativa iría contra el principio de economía procesal”.*
- 1.1.2. Segunda Posición:** *“Tienen derecho al concesorio sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida; porque, les favorece el principio de la doble instancia, al formar parte del proceso”.*

#### 1.2. Fundamentos

La **Primera Posición** sostiene:

- Que, el artículo 355º del Código Procesal Civil establece que: *“Mediante los medios impugnatorios las partes o terceros legitimados solicitan que se anule o revoque, total o parcialmente, un acto procesal presuntamente afectado por vicio o error”;* siendo ello así y no teniendo los órganos de auxilio judicial la condición de *“parte”* ni de *“tercero legitimado”* dentro del proceso, no les asiste facultad para interponer recursos impugnativos.
- Que, del mismo modo, el artículo 364º del Código Procesal Civil señala que: *“El recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente”;* esto es, la norma restringe este recurso sólo

a aquél que dentro del proceso tiene la condición de “*parte*” o “*tercero legitimado*”, que no es el caso de los órganos de auxilio judicial, cuyas actuaciones tienen estrictamente la finalidad de coadyuvar labor del Juez para alcanzar los fines concretos del proceso en relación a las partes y terceros legitimados.

- Que, conceder recurso impugnativo a los órganos de auxilio judicial afecta el principio de legalidad porque las citadas normas son de orden público; y, asimismo, el principio de economía procesal.

La **Segunda Posición** sostiene:

- Que, el artículo 356º del Código Procesal Civil establece que: “*Los recursos pueden formularse por quien se considere agraviado con una resolución o parte de ella, para que luego de un nuevo examen de ésta, se subsane el vicio o error alegado*”; por ende, si una resolución agravia el interés moral o económico de un órgano de auxilio judicial, éste tiene derecho a impugnarla.
- Que, tanto es así, que el artículo 632º del Código Procesal Civil autoriza expresamente a los órganos de auxilio judicial a interponer recurso de apelación contra las decisiones del Juez relacionadas con su retribución.
- Que, asimismo, siguiendo esta orientación, el artículo 30º de la R.A. Nº 351-98-SE-T-CME-PJ de 25 de agosto de 1998 autoriza expresamente el recurso de apelación, por ante la Presidencia de la CSJ, contra las sanciones impuestas por el Magistrado del proceso a los peritos judiciales.
- Que, los artículos 355º y 364º del Código Procesal Civil, no distinguen entre parte procesal y parte material y el concepto lato de “parte procesal” incluye a todos los que de uno u otro modo participan en el proceso, incluso al Juez; y, por qué no, a los órganos de auxilio judicial.
- Que, el principio de la doble instancia, que garantiza el derecho de toda persona al re examen de una resolución por un órgano superior, también le asiste a quienes ejercen la función de órgano de auxilio judicial.

### 1.3. Votación

Por la Primera Postura	:	Total 3 votos
Por la Segunda Postura	:	Total 83 votos
Abstenciones	:	Ninguna
Otras posiciones	:	Ninguna

### 1.4. CONCLUSIÓN PLENARIA

El Pleno Jurisdiccional Nacional Civil adopta, por mayoría, el siguiente **acuerdo**:

***“LOS ÓRGANOS DE AUXILIO JUDICIAL TIENEN DERECHO AL CONCESORIO DE APELACIÓN SIN EFECTO SUSPENSIVO Y SIN LA CALIDAD DE DIFERIDA; PORQUE, LES FAVORECE EL PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA, AL FORMAR PARTE DEL PROCESO”.***

## 2.- Problema

**¿En los remates judiciales, el Juez se encuentra en la facultad de fijar la retribución del Martillero Público de acuerdo a la tabla de honorarios que refiere el artículo 13º, numeral 1, de la Ley del Martillero Público, Ley Nº 27728, sin regular ésta?**

### 2. 1. Posturas

**2.1.1 Primera Posición:** *“No obstante el artículo 18º del Reglamento de la Ley del Martillero Público señala un porcentaje sobre el valor del bien, el Juez puede regularla atendiendo a la naturaleza y complejidad de la labor que haya desplegado”<sup>560</sup>.*

**2.1.2. Segunda Posición:** *“El Juez no puede regularla, debe fijar los honorarios de acuerdo con el arancel fijado en el artículo 18º del Reglamento de la Ley del Martillero Público”<sup>561</sup>.*

560 Posturas reformuladas en este acto.

561 Ídem.

## 2.2. Fundamentos

La **Primera Posición** sostiene:

- Que, el artículo 414<sup>º</sup> del Código Procesal Civil establece que: *“El Juez regulará los alcances de la condena en costas y costos, tanto respecto del monto como de los obligados y beneficiados, en atención a las incidencias del proceso, fundamentando su decisión”*; por su lado, el artículo 410<sup>º</sup> precisa que: *“Las costas están constituidas por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial y los demás gastos judiciales realizados en el proceso”*; en consecuencia, teniendo el martillero público la condición de órgano de auxilio judicial, conforme estipula el artículo 55<sup>º</sup> del C.P.C. y el artículo 281<sup>º</sup> de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el monto de sus honorarios deben fijarse conforme señala el acotado artículo 414<sup>º</sup> del Código Procesal Civil; es decir, en atención a las incidencias del proceso.
- Que, si bien es verdad el artículo 732<sup>º</sup> del Código Procesal Civil, según su texto modificado por la Ley N<sup>º</sup> 28371, señala que el Juez fijará los honorarios del Martillero Público *“... de acuerdo al arancel establecido en el reglamento de la Ley del Martillero Público”*; también lo es que dicha norma debe interpretarse en forma sistemática con las normas precedentemente citadas; teniéndose presente, además, que la Ley N<sup>º</sup> 28371 no ha derogado su calidad de Director del proceso que le asigna la Ley ni ha suprimido su natural función reguladora, prudencia y discreción. En todo caso, el artículo 732<sup>º</sup> del C.P.C., modificado, sólo le fija al Juez un punto de referencia.
- Que, el artículo 4<sup>º</sup> del Decreto Legislativo N<sup>º</sup> 757 establece que: *“Los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos, conforme a lo que se disponga expresamente por Ley del Congreso de la República”*; en consecuencia, no teniendo la labor del martillero la calidad de servicio público, la tabla de aranceles (precios) que establece el Reglamento de la Ley del Martillero Público resulta inconstitucional.
- Que, el criterio de determinación de los honorarios del martillero público establecido en el Reglamento de la



Ley del Martillero Público (porcentaje del valor del bien), es inconstitucional; porque, no es equitativo, justo ni proporcional con el trabajo que éstos realizan.

La **Segunda Posición** sostiene:

- Que, el artículo 732º del Código Procesal Civil, en su texto original señalaba que: *“El Juez fijará la retribución del martillero público atendiendo a la naturaleza y complejidad de la labor que haya desplegado”*; pero, la Ley N° 28371 ha modificado dicha norma señalando estrictamente que: *“El Juez fijará los honorarios del Martillero Público de acuerdo al arancel establecido en el reglamento de la Ley del Martillero Público. En el caso de subastarse el bien, serán de cargo del comprador del bien”*; sin más ni menos; de lo que resulta claro que si bien anteriormente el Juez podía regular los honorarios del martillero según la naturaleza y complejidad de la labor del martillero; en la actualidad ya no puede hacerlo así; porque, la ley le impone el deber de sujetarse a la tabla de aranceles que establece el Reglamento de la Ley del Martillero Público, conforme así dispone el tenor literal del texto modificado del artículo 732º del C.P.C.
- Que, en materia de honorarios del martillero debe aplicarse la norma específica, tanto porque prima sobre cualquier regla general, como también por el principio de legalidad.

### 2.3. Votación

Por la Primera Posición	:	Total 63 votos
Por la Segunda Posición	:	Total 21 votos
Abstenciones	:	Total 2 votos
Otras posiciones	:	Ninguna

### 2.4. CONCLUSIÓN PLENARIA

El Pleno Jurisdiccional Nacional Civil adopta, por mayoría, el siguiente **acuerdo**:

***“NO OBSTANTE EL ARTÍCULO 18º DEL REGLAMENTO DE LA LEY DEL MARTILLERO PÚBLICO SEÑALA UN PORCENTAJE SOBRE EL VALOR DEL BIEN, EL JUEZ PUEDE REGULARLA ATENDIENDO***

## **A LA NATURALEZA Y COMPLEJIDAD DE LA LABOR QUE HAYA DESPLEGADO”.**

### **3.- PROBLEMA**

**¿Para la fijación de los costos, es necesario que se haya cancelado previamente el tributo por concepto de honorarios profesionales?**

#### **3.1 Posturas**

**3.1.1 Primera Postura:** *“El pago de los tributos por honorarios profesionales debe efectuarse en momento anterior a la fijación de los costos, porque son documentos indispensables para que éstos sean fijados”.*

**3.1.2. Segunda Postura:** *“Los costos procesales se fijan sin ser necesario para el Juez que se haya acreditado el pago del tributo correspondiente, el cual únicamente es exigible para hacer efectivo el cobro del depósito judicial”.*

#### **3.2. Fundamentos**

La **Primera Posición** sostiene:

- Que, el artículo 418º del Código Procesal Civil establece: *“... Atendiendo a los documentos presentados [Recibo por honorarios y Pago del Tributo] el Juez aprobará el monto”;* por lo que no quepa duda alguna que es obligación del vencedor acreditar el pago de los tributos antes de fijarse los costos.
- Que, la presentación del recibo por honorarios profesionales conlleva implícitamente la declaración de haberse efectuado el pago del tributo correspondiente; por lo que nada obsta presentar el comprobante de pago de los tributos.
- Que, la demostración de haberse pagado el tributo respectivo, le permite al Juez formarse convicción plena respecto del monto consignado en el recibo por honorarios profesionales.

La **Segunda Posición** sostiene:

- Que, el derecho a la tutela jurisdiccional no admite limitaciones ni restricciones que no estén inequívocamente previstas en norma legal; en consecuencia, ese derecho no puede limitarse obligando al pago previo de tributos.
- Que, la Octava Disposición Complementaria del Código Procesal Civil se pronuncia en ese sentido al señalar que: *“Para iniciar o continuar los procesos no es exigible acreditar el cumplimiento de obligaciones tributarias”*.
- Que, del artículo 418º del Código Procesal Civil no se desprende inequívocamente que el Juez deba exigir el pago del tributo para la fijación de los costos.
- Que, no resulta razonable exigir el pago de tributos cuando aún no se ha determinado el pago de los costos.

### 3.3. Votación

Por la Primera Posición	:	Total 6 votos
Por la Segunda Posición	:	Total 79 votos
Abstenciones	:	Ninguna
Otras posiciones	:	Ninguna

### 3.4. CONCLUSIÓN PLENARIA

El Pleno Jurisdiccional Nacional Civil adopta, por mayoría, el siguiente **acuerdo**:

***“LOS COSTOS PROCESALES SE FIJAN SIN SER NECESARIO PARA EL JUEZ QUE SE HAYA ACREDITADO EL PAGO DEL TRIBUTO CORRESPONDIENTE, EL CUAL ÚNICAMENTE ES EXIGIBLE PARA HACER EFECTIVO EL COBRO DEL DEPÓSITO JUDICIAL”.***

Se deja constancia de que el Doctor José Francisco Carreón Romero, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa y Miembro de la Comisión de Actos Preparatorios, no participó de la jornada del día sábado siete de junio de los corrientes, por razones justificadas, en atención a su participación en el curso de “Formación Judicial Especializada: Control de la Constitucionalidad de las Leyes” en la ciudad de Cádiz-España, del nueve al trece de junio de dos mil ocho,

contando con licencia otorgada por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.

Con lo que concluyó el presente acto; a los siete días del mes de junio de dos mil ocho.

**SS.**

MARTÍNEZ MARAVÍ	PRESIDENTE
ARANDA RODRÍGUEZ	DELEGADA
ARIAS LAZARTE	DELEGADO
TORRES LÓPEZ	MIEMBRO
GUERRERO ROLDÁN	MIEMBRO
TEJEDA ZAVALA	MIEMBRO
CARREÓN ROMERO	MIEMBRO

**CONCLUSIONES DEL PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL CIVIL**

(Emitidas el 27 de marzo de 2010)

La Comisión de Actos Preparatorios del Pleno Jurisdiccional Nacional Civil con sede en la ciudad de Lima, conformada por los señores Magistrados: Ángel Henry Romero Díaz, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Lima y Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios; Andrés Caroajulca Bustamante, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de La Libertad; Aristo Wilbert Mercado Arbieto, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Loreto; Jorge Enrique Picon Ventocilla, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, en representación de César Gonzáles Aguirre; Carlos Quispe Álvarez, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Cusco; Walter Alfredo Díaz Zegarra, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte; Yrma Flor Estrella Cama, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia del Callao; Arnaldo Rivera Quispe, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Lima; dejan constancia de que luego de llevado a cabo el debate de cada uno de los temas sometidos al pleno, los señores magistrados participantes, han arribado a las conclusiones que se exponen a continuación:

**TEMA Nº 1****EL VENCIMIENTO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO Y  
LA FIGURA DEL OCUPANTE PRECARIO**

**¿Quién ocupa un bien inmueble en virtud de un contrato de arrendamiento, al vencimiento de éste por cualquiera de las causales previstas en la Ley, el propietario debe mandar desalojo por vencimiento de contrato de desalojo por ocupación precaria?**

**Primera Ponencia**

El propietario debe demandar desalojo por ocupación precaria, pues es precario, entre otros, quien tiene título fenecido, situación en la cual se encuentran los poseedores temporales con títulos vencidos como es el caso del arrendatario.

## Segunda Ponencia

Corresponde demandar desalojo por vencimiento de contrato, debido a que si se mantiene la posesión de un bien inmueble pese a que ha transcurrido el plazo pactado a la fecha señalada de culminación en el contrato arrendamiento debe entenderse que hay continuación del arrendamiento, convirtiéndose en uno de duración indeterminado. No obstante, deberá previamente cursarse la carta respectiva comunicando la conclusión del mismo.

### Fundamentos

Respecto a la fundamentación de la primera ponencia, se debe tener en cuenta que en la Casación N° 3330-2001-La Merced de fecha doce de abril de dos mil dos, expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, se ha señalado que para el amparo de la pretensión de desalojo por ocupante precario debe acreditarse única y exclusivamente: a) el derecho de propiedad del actor y, b) la posesión sin título alguno o fenecido, de lado de la parte demandada; asimismo para la desestimación de la referida demanda la parte emplazada debe alegar y acreditar la no configuración de alguno o ninguno de los referidos supuestos.

La Corte Suprema de Justicia de la República, en determinadas ejecutorias ha establecido que los títulos que fenecen son aquellos en los que la posesión está sujeta a plazo, de tal modo que vencido éste, el título se considera fenecido, por lo que se configura la causal de precariedad prevista en el artículo novecientos once del Código Civil que establece que: “La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que tenía ha fenecido”.

Con respecto a la segunda ponencia, la Casación N° 896-98-Amazonas de fecha tres de agosto de mil novecientos noventa y ocho, expedida por la Sala civil transitoria de la corte Suprema de Justicia de la República, señala que el artículo 1700º del Código sustantivo, es claro en señalar que una vez vencido el contrato y si el arrendatario permanece en el uso del bien, no se entiende que hay una renovación tácita sino la continuación del arrendamiento es decir el contrato de arrendamiento no feneces, sólo se convierte en uno de duración indeterminada, bajo sus mismas estipulaciones hasta que el arrendador ponga fin a dicho contrato dando aviso judicial o extrajudicial al arrendamiento. Por consiguiente, no se configura la causal de precario y corresponde demandarse por vencimiento de contrato.

- 1.- GRUPOS DE TRABAJO:** En este estado, el doctor Ángel Henry Romero Díaz, Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, concede el uso de la palabra a los señores magistrados relatores de cada grupo

de trabajo a fin de que den lectura de las conclusiones arribadas preliminarmente, conforme se detalla a continuación:

- A. **Grupo N° 1:** La señora magistrada relatora Dra. Hilda Tovar Buendía, manifestó que el grupo **POR MAYORÍA** se adhieren a la segunda ponencia. Siendo la votación de 0 voto por la primera ponencia, 17 votos a favor por la segunda ponencia y 1 abstención.
- B. **Grupo N° 2:** La señorita magistrada relatora Dra. Carmen María López Vásquez, manifestó que el grupo **POR UNANIMIDAD** se adhirió por la segunda ponencia. Siendo la votación de 0 voto por la primera ponencia y 21 votos por la segunda ponencia.

Haciendo la salvedad que se debe precisar que a la segunda ponencia debe suprimírsele “No obstante deberá previamente cursarse la carta respectiva comunicando la conclusión del mismo”. En razón que no están de acuerdo en el sentido de que previamente deberá cursarse la carta notarial comunicando la conclusión del mismo, por cuanto el artículo 1703º del Código Civil establece que se pone fin a un arrendamiento de duración indeterminada dando aviso Judicial o extrajudicial al otro contratante.

- C. **Grupo N° 3:** El señor magistrado relator Dr. William Vizcarra Tinedo, manifestó que se ha generado una tercera ponencia: Que, vencido el plazo como condición resolutoria del acto jurídico de arrendamiento, fenece el título por el que se autoriza la posesión, por tanto ese último tiene la condición de precario; igualmente si al vencimiento del plazo no se exige la restitución del bien, debe asumirse la continuación del mismo conforme a lo dispuesto por el artículo 1700º del Código Civil, por lo que a la exigencia del arrendador para que el bien sea restituido a su favor, a partir de ese momento el arrendatario se convierte en precario por lo que en ambos supuestos, la acción es de desalojo por ocupación precaria.

El grupo **POR MAYORÍA** se adhieren a la segunda ponencia. Siendo la votación de 0 voto por la primera ponencia, 16 votos a favor de la segunda ponencia y 3 votos por la tercera ponencia.

- D. **Grupo N° 4:** La señora magistrada relatora Dra. Doris Mirtha Céspedes Cabala, manifestó que se ha generado una tercera ponencia: Que sea alternativa la interposición de la demanda a criterio del demandante el cursarse la carta notarial.

El grupo **POR MAYORÍA** se adhirió por la segunda ponencia. Siendo la votación de 1 voto por la primera ponencia, por la segunda ponencia 13 votos y por la tercera ponencia 3 votos.

- E. **Grupo Nº 5:** La señora magistrada relatora Dra. Rocío Mendoza Caballero, manifestó que el grupo **POR MAYORÍA** se adhirió por la segunda ponencia. Siendo la votación en su mesa de 1 voto por la primera ponencia y 19 votos a favor de la segunda ponencia.
- F. **Grupo Nº 6:** La señora magistrada relatora Dra. Jenny Cecilia Vargas Álvarez, manifestó que el grupo **POR UNANIMIDAD** se adhirió por la segunda ponencia. Siendo la votación de 0 voto por la primera ponencia y 20 votos por la segunda ponencia.
- G. **Grupo Nº 7:** La señora magistrada relatora Dra. Marcela Teresa Arriola Espino, manifestó que el grupo **POR MAYORÍA** se adhirió por la segunda ponencia. Siendo la votación en su mesa de 2 votos por la primera ponencia y 14 votos a favor de la segunda ponencia.

- 2.- **DEBATE:** Luego de leídas las conclusiones arribadas por los señores magistrados relatores de los siete grupos de trabajo, el Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, doctor Ángel Henry Romero Díaz concede el uso de la palabra a los magistrados asistentes que deseen efectuar algún aporte adicional a los argumentos ya vertidos.

En el grupo 3 y 4, existe una tercera ponencia, fundamentalmente que se suprima el último párrafo, en el sentido que no es necesario cursarse la carta notarial previa.

Efectuado el debate pertinente con la intervención de los participantes.

Siendo a dicha propuesta la tercera ponencia el siguiente: “De acuerdo a las deliberaciones se somete a una cuestión previa: Corresponde demandar desalojo por vencimiento de contrato, debido a que si se mantiene la posesión de un bien inmueble pese a que ha transcurrido el plazo pactado o la fecha señalada de culminación en el contrato de arrendamiento debe entenderse que hay continuación del arrendamiento, convirtiéndose en uno de duración indeterminado”.

- 3.- **VOTACIÓN:** Concluido el debate plenario, el Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, doctor Ángel Henry Romero Díaz, invitó a los señores jueces superiores participantes a emitir su voto respecto de las ponencias propuestas, siendo el resultado el siguiente:



## VOTACIÓN EN EL PLENO

Primera ponencia	: 1 voto
Segunda ponencia	: 78 votos
Abstenciones	: 3 votos

## CONCLUSIÓN PLENARIA

El Pleno adoptó **POR MAYORÍA** la segunda ponencia que enuncia lo siguiente:

*“Corresponde demandar desalojo por vencimiento de contrato, debido a que si se mantiene la posesión de un bien inmueble pese a que ha transcurrido el plazo pactado o la fecha señalada de culminación en el contrato de arrendamiento debe entenderse que hay continuación del arrendamiento, convirtiéndose en uno de duración indeterminado”. Haciendo presente que se excluye el último párrafo referido a la remisión de carta.*

## PRESCRIPCIÓN YA CUMPLIDA Y LA INTERRUPCIÓN POR LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA

¿El requisito de la posesión pacífica que prevé el artículo 950º del Código Civil para usucapir un bien inmueble se interrumpe si el propietario registral del bien interpone demanda de reivindicación, desalojo u otra que pretenda su restitución contra el poseedor que ya cumplió el tiempo requerido por ley para usucapir?

### Primera Ponencia

No se interrumpe la posesión pacífica dado que el requisito de pacificidad o posesión pacífica, se habría configurado al cumplirse el plazo señalado por Ley para adquirir el bien mediante la usucapión, sea ordinaria o extraordinaria. Por tanto, una acción posterior no configura la perturbación de la posesión.

### Segunda Ponencia

Sí se interrumpe la posesión pacífica puesto que al ser emplazado con una demanda, después de transcurrido los plazos que exige la Ley, sin que el beneficiario haya demandado la usucapión, carece del requisito de *posesión pacífica*, por tanto no puede ser declarado propietario mediante la prescripción adquisitiva de dominio.

### Fundamentos

La prescripción adquisitiva permite adquirir un bien inmueble al poseedor que se conduce como propietario, lo tiene de manera pacífica y por el plazo de Ley. Sin embargo, existe discrepancia en cuanto a considerar si la sentencia que estima una demanda de prescripción adquisitiva de un bien inmueble es constitutiva o declarativa.

La primera ponencia establece que como se han cumplido los hechos, entonces, así se interponga una nueva demanda contra el proceso de prescripción ya iniciado no queda más que no considerar la nueva demanda y estimar la de prescripción, pues al haberse cumplido los requisitos ya adquirió el derecho de propiedad. Este tipo de enfoque ve que la sentencia es de tipo declarativa.

La segunda ponencia señala que una vez iniciado un proceso de prescripción adquisitiva al presentarse en el decurso de éste una nueva demanda de desalojo, reivindicación u otro; el nuevo proceso interrumpe la prescripción ya ganada, en consecuencia, debe declararse improcedente, ya que no hay posesión pacífica. Este tipo de enfoque establece que la sentencia es de tipo constitutiva.

1.- **GRUPOS DE TRABAJO:** En este estado, el doctor Ángel Henry Romero Díaz, Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, concede el uso de la palabra a los señores magistrados relatores de cada grupo de trabajo a fin de que den lectura de las conclusiones arribadas preliminarmente, conforme se detalla a continuación:

A. **Grupo N° 1:** La señora magistrada relatora Dra. Hilda Tovar Buendía, manifestó que el grupo **POR MAYORÍA** se adhieren a la primera ponencia. Siendo la votación en su mesa de 15 votos por la primera ponencia y 3 votos por la segunda ponencia .

B. **Grupo N° 2:** La señora magistrada relatora Dra. Carmen María López Vásquez, expreso que el grupo **POR MAYORÍA** se adhieren a la primera ponencia. Siendo la votación en su mesa de 19 votos por la primera ponencia y 2 por la segunda ponencia .

C. **Grupo N° 3:** El magistrado relator Dr. William Vizcarra Tinedo, manifestó que se ha generado una tercera ponencia, consistente: En que hay un ingrediente incluido no previsto que es el planteamiento registral, el cual es ajeno; sin [sic] se interrumpe un día antes de los diez años, entonces el posesionario no llegó usucapir realmente, pero si lo hace a los diez años y un día, ya llegó a usucapir; en ambos casos lo interrumpió, pero ahí el planteamiento del tema no es correcto, porque como se aclaró, si la sentencia es declarativa, como lo es por consenso, puede ser declarado pese a que la demanda de reivindicación se haya interpuesto antes.

El Grupo **POR MAYORÍA** se adhieren a la primera ponencia. Siendo la votación en su mesa de 13 votos a favor de la segunda ponencia, 5 por la segunda ponencia y 1 voto por la tercera ponencia.

D. **Grupo N° 4:** La señora magistrada relatora Dra. Doris Mirtha Céspedes Cabala, expresó que el grupo **POR UNANIMIDAD** se adhieren a la primera ponencia. Siendo la votación de 17 votos por la primera ponencia y 0 voto por la segunda ponencia.

- E. El Grupo Nº 5:** La señora magistrada relatora Dra. Rocío Mendoza manifestó que el grupo **POR UNANIMIDAD** se adhiere a la primera ponencia. Siendo la votación de 19 votos por la primera ponencia y 0 voto por la segunda ponencia.
- F. Grupo Nº 6:** La señora magistrada relatora Dra. Jenny Cecilia Vargas Álvarez, manifestó que el grupo **POR UNANIMIDAD** se adhiere a la primera ponencia. Siendo la votación de 20 votos por la primera ponencia y 0 voto por la segunda ponencia .
- G. Grupo Nº 7:** La señora magistrada relatora Dra. Marcela Teresa Arriola pino, manifestó que el grupo **POR MAYORÍA** se adhieren a la primera ponencia. Siendo la votación de 14 votos por la primera ponencia y 2 votos por la segunda ponencia.
- 2.- DEBATE:** Luego de leídas las conclusiones arribadas por los señores magistrados relatores de los siete grupos de trabajo, el Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, doctor Ángel Henry Romero Díaz concede el uso de la palabra a los magistrados asistentes que deseen efectuar algún aporte adicional a los argumentos ya vertidos.

No existiendo pedidos de intervención se procede a la votación.

- 3.- VOTACIÓN:** Concluido el debate plenario, el Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, doctor Ángel Henry Romero Díaz, invitó a los señores jueces superiores participantes a emitir su voto respecto de las ponencias propuestas, siendo el resultado el siguiente:

#### VOTACIÓN EN EL PLENO

Primera ponencia	: 82 votos
Segunda ponencia	: 2 votos
Abstenciones	: 3 votos

**CONCLUSIÓN PLENARIA:** El Pleno adoptó por **MAYORÍA** la primera ponencia que enuncia lo siguiente:

*“No se interrumpe la posesión pacífica dado que el requisito de pacificidad o posesión pacífica, se habría configurado al cumplirse el plazo señalado por Ley para adquirir el bien mediante la usucapión, sea ordinaria o extraordinaria. Por tanto, una acción posterior no configura la perturbación de la posesión”.*

## EDIFICACIÓN EN TERRENO AJENO

**En el supuesto que dentro de los procesos de reivindicación la parte demandante no acredita la propiedad de la fábrica levantada sobre el terreno cuyo dominio ha probado tener (o no la ha invocado) y la parte demandada tampoco alega ni acredita la propiedad de tal construcción sobre el terreno ajeno ¿se podrá declarar fundada la demanda?**

### Primera Ponencia

No se puede declarar fundada la demanda, ya que el pretensor (reivindicante) debe acreditar la propiedad del terreno y de la construcción levantada sobre él, puesto que en este caso no sería factible disponer la entrega del terreno, y no la entrega de la construcción que se erige sobre dicho predio, al no haber acreditado el demandante ser de su propiedad.

### Segunda Ponencia

Se debe declarar fundada la demanda atendiendo a que la acreditación de la propiedad del terreno por parte del demandante, implica también que se le reputa propietario de lo levantado sobre él, ello en virtud de la accesión, más aún, si la parte demandada no ha alegado la propiedad de la construcción.

### Fundamentos

El artículo 70º de la Constitución Política del Estado ha consagrado al derecho de propiedad como un derecho inviolable, garantizado por el Estado, que debe ejercerse en armonía con el bien común y dentro de los límites que la Ley establece; por su parte el artículo 923º del Código Civil ha definido a la propiedad como el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien; constituyendo todas éstas, facultades del titular de un bien para beneficiarse con el mismo, siempre que se ejerza en armonía con el interés social y dentro de los límites de la Ley. Como se aprecia, una de las facultades que confiere el derecho de propiedad es la de reivindicar el bien. El *ius vindicandi*, es el derecho que asiste al propietario de recurrir a la justicia reclamando el objeto de su propiedad, evitando la intromisión de un tercero ajeno; para ello, el reclamante debe probar ser el propietario del bien cuya titularidad ostenta y que el demandado debe poseer sin tener derecho oponible al demandante.

En el caso planteado existe discrepancia en cuanto a si debe ser estimada la demanda si solo se acredita la propiedad del terreno y no de la construcción.

La primera ponencia señala que no se puede amparar la pretensión, puesto que debe probarse la propiedad *in integrum*, esto es, del terreno y de la construcción levantada sobre él, no interesando si esto ha sido fundamento de la demanda, o argumento de la defensa.

La segunda ponencia establece que no es posible declarar fundada la demanda, puesto que la construcción viene a ser accesoria al terreno (artículo 938º Código Civil), y al haberse demostrado la propiedad del terreno, es suficiente para amparar la demanda, más aún, si la defensa del demandado no ha invocado derecho dominial alguno sobre la fábrica.

**1.- GRUPOS DE TRABAJO:** En este estado, el doctor Ángel Henry Romero Díaz, Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, concede el uso de la palabra a los señores magistrados relatores de cada grupo de trabajo a fin de que den lectura de las conclusiones arribadas preliminarmente, conforme se detalla a continuación:

- A. Grupo Nº 1:** La señora magistrada relatora Dra. Rosa Dávila Broncano, manifestó que el grupo **POR MAYORÍA** se adhieren [*sic*] a la segunda ponencia. Siendo la votación en su mesa de 2 votos por la primera ponencia y 16 votos por la segunda ponencia.
- B. Grupo Nº 2:** La señora magistrada relatora Dra. Carmen María López Vásquez, expresó que el grupo **POR MAYORÍA** se adhieren [*sic*] a la segunda ponencia. Siendo la votación en su mesa de 3 votos por la primera ponencia, 16 por la segunda ponencia [*sic*] 1 abstención.
- C. Grupo Nº 3:** El señor magistrado relator Dr. William Vizcarra Tinedo, manifestó que el grupo **POR MAYORÍA** se adhiere a la segunda ponencia. Siendo la votación en su mesa de 5 votos por la primera ponencia y por la segunda ponencia 14 votos.
- D. Grupo Nº 4:** La señora magistrada relatora Dra. Doris Mirtha Céspedes Cabala expresó que el grupo **POR MAYORÍA** se adhieren [*sic*] a la segunda ponencia. Siendo la votación de 2 votos por la primera ponencia y 15 votos por la segunda ponencia.
- E. Grupo Nº 5:** La señora magistrada relatora Dra. Rocío Mendoza Caballero manifestó que el grupo **POR UNANIMIDAD** se adhiere

a la segunda ponencia. Siendo la votación de 0 voto por la primera ponencia y 20 votos por la segunda ponencia.

**F. Grupo Nº 6:** La señora magistrada relatora Dra. Jenny Cecilia Vargas Álvarez manifestó que el grupo **POR UNANIMIDAD** se adhiere a la segunda ponencia. Siendo la votación de 0 voto por la primera ponencia y 20 votos por la segunda ponencia.

**G. Grupo Nº 7:** La señora magistrada relatora Dra. Marcela Teresa Arriola Espino, manifestó que el grupo **POR UNANIMIDAD** adhiere a la segunda ponencia. Siendo la votación de 0 voto por la primera ponencia y 16 votos por la segunda ponencia.

2.- **DEBATE:** Luego de leídas las conclusiones arribadas por los señores magistrados relatores de los cinco grupos de trabajo, el Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, doctor Ángel Henry Romero Díaz concede el uso de la palabra a los magistrados asistentes que deseen efectuar algún aporte adicional a los argumentos ya vertidos.

La mesa número 2, señal [sic] que hay un problema de redacción y que no debe consignarse accesión sino accesoriedad.

No existiendo pedidos de intervención se procede a la votación.

3.- **VOTACIÓN: VOTACIÓN:** [sic] Concluido el debate plenario, el Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, doctor Ángel Henry Romero Díaz, invitó a los señores jueces superiores participantes a emitir su voto respecto de las ponencias propuestas, siendo el resultado el siguiente:

### **VOTACIÓN EN EL PLENO**

Primera ponencia	: 4 votos
Segunda ponencia	: 94 votos
Abstenciones	: 3 votos

**CONCLUSIÓN PLENARIA:** El Pleno adoptó por **MAYORÍA** la segunda ponencia que enuncia lo siguiente:

*“Se debe declarar fundada la demanda atendiendo a que la acreditación de la propiedad del terreno por parte del demandante, implica también que se le repute propietario de lo levantado sobre él, ello en virtud de la accesión, más aún, si la parte demandada no ha alegado la propiedad de la construcción”.*

**APLICACIÓN DE OFICIO DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 220º DEL CÓDIGO CIVIL, EN CASOS DE NULIDAD MANIFIESTA DE UN ACTO JURÍDICO EXISTENTE AL MOMENTO DE SENTENCIAR**

**¿Puede el juez de oficio declarar la nulidad del acto jurídico de compra venta, al existir una causal manifiesta de nulidad, en un proceso en el cual se busca otorgarle eficacia al acto jurídico nulo, pero que todavía no ha sido declarado como tal?**

**Primera Ponencia**

El Juez sí puede declarar de oficio la nulidad del acto jurídico en la parte resolutive de la sentencia, en la medida que haya tenido en cuenta como pautas a seguir que lo haya fijado como punto controvertido y que haya dado la posibilidad a las partes procesales para el contradictorio respectivo; sin que ello implique vulneración alguna al principio de congruencia procesal, habida cuenta que como todo principio, éste no es absoluto, por tanto admite excepciones, siendo una de ellas la facultad contenida en el artículo 220º del Código Civil.

**Segunda Ponencia**

El juez puede utilizar el argumento de la nulidad manifiesta, en la parte considerativa de la sentencia, a efecto de enervar la pretensión postulada, sustentada en el acto manifiestamente nulo, sin necesidad de declarar la nulidad del acto en la parte resolutive. La aplicación de esta norma debe hacerse de manera restrictiva, y sólo para aquellos supuestos de actos jurídicos manifiestamente contrarios al orden público y a las buenas costumbres, de acuerdo con el artículo 219º inciso 8) del Código Civil.

**Fundamentos**

La nulidad de un acto jurídico es un instituto legal que sanciona a éste por encontrarse afectado por un vicio intrínseco insubsanable al tiempo de su celebración, siendo su finalidad la declaración de la inexistencia legal del acto realizado y, como consecuencia de ello, la inexistencia de sus efectos jurídicos.

Si bien las partes en virtud de sus actos postulatorios son las que se encargan de fijar el objeto de la pretensión respecto del cual el juez deberá pronunciarse, sin otorgar más ni menos de lo peticionado a efectos de no vulnerar el principio de congruencia procesal; empero, el segundo párrafo del artículo 220º del Código Civil, consagra una excepción a este principio,



permitiendo al juzgador a declarar la nulidad de un acto jurídico sin que haya sido materia de petición por alguna de las partes procesales.

En consecuencia el referido enunciado normativo faculta al juzgador a declarar de oficio la nulidad siempre y cuando ésta resulte manifiesta, lo que quiere decir *contrario sensu*, que si la nulidad no es manifiesta el Juez no podrá hacer uso de aquella facultad.

**1.- GRUPOS DE TRABAJO:** En este estado, el doctor Ángel Henry Romero Díaz, Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, concede el uso de la palabra a los señores magistrados relatores de cada grupo de trabajo a fin de que den lectura de las conclusiones arribadas preliminarmente, conforme se detalla a continuación:

**A. Grupo Nº 1:** La señora magistrada relatora Dra. Rosa Dávila Broncano, manifestó que el grupo **POR UNANIMIDAD** se adhieren [sic] a la primera ponencia. Siendo la votación de 14 votos por la primera ponencia, 0 voto a favor por la segunda ponencia.

**B. Grupo Nº 2:** La señorita magistrada relatora Dra. Carmen María López Vásquez, manifestó que existe una tercera posición: el juez no puede declarar de oficio la nulidad en la parte resolutive, al no ser punto controvertido, dejando a salvo el derecho en otro proceso.

El grupo **POR MAYORÍA** se adhieren por la primera ponencia. Siendo la votación de 20 votos por la primera ponencia, 0 voto por la segunda ponencia y 1 voto por la tercera posición.

**C. Grupo Nº 3:** El señor magistrado relator Dr. William Vizcarra Tinedo, manifestó que el grupo **POR UNANIMIDAD** se adhieren [sic] a la primera ponencia. Siendo la votación en su mesa: 19 votos por la primera ponencia y 0 voto a favor de la segunda ponencia.

**D. Grupo Nº 4:** La señora magistrada relatora Dra. Doris Mirtha Céspedes Cabala, manifestó que el grupo **POR MAYORÍA** se adhirió por la primera ponencia. Siendo la votación en su mesa: por la primera ponencia 12 votos y por la segunda ponencia 5 votos.

**E. Grupo Nº 5:** La señora magistrada relatora Dra. Rocío Mendoza Caballero, manifestó que el grupo **POR MAYORÍA** se adhirió por la primera posición. Siendo la votación en su mesa: 17 votos por la primera ponencia y 2 votos a favor de la segunda ponencia.

- F. Grupo N° 6:** La señora magistrada relatora Dra. Jenny Cecilia Vargas Álvarez, manifestó que el grupo **POR UNANIMIDAD** se adhirió por la primera ponencia. Siendo en su mesa: 15 votos por la primera ponencia y 0 voto por la segunda ponencia.
- G. Grupo N° 7:** La señora magistrada relatora Dra. Marcela Teresa Arriola Espino, manifestó que existe una tercera ponencia: Poner en conocimiento al Ministerio Público.

El grupo **POR MAYORÍA** se adhirió por la primera ponencia. Siendo la votación en su mesa: 12 votos por la primera ponencia, 0 voto a favor de la segunda ponencia y por la tercera ponencia 1 voto.

- 2.- **DEBATE:** Luego de leídas las conclusiones arribadas por los señores magistrados relatores de los cinco grupos de trabajo, el Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios doctor Ángel Henry Romero Díaz concede el uso de la palabra a los magistrados asistentes que deseen efectuar algún aporte adicional a los argumentos ya vertidos.
- 3.- **VOTACIÓN:** Concluido el debate plenario, el Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, doctor Ángel Henry Romero Díaz, invitó a los señores jueces superiores participantes a emitir su voto respecto de las ponencias propuestas, siendo el resultado el siguiente:

### VOTACIÓN EN EL PLENO

Primera Ponencia	: 84 votos
Segunda ponencia	: 8 votos
Abstenciones	: 3 votos

**CONCLUSIÓN PLENARIA:** El Pleno adoptó **POR MAYORÍA** la primera ponencia que enuncia lo siguiente:

*“El juez sí puede declarar de oficio la nulidad del acto jurídico en la parte resolutive de la sentencia, en la medida que haya tenido en cuenta como pautas a seguir que lo haya fijado como punto controvertido y que haya dado la posibilidad a las partes procesales para el contradictorio respectivo; sin que ello implique vulneración alguna al principio de congruencia procesal, habida cuenta que como todo principio, éste no es absoluto, por tanto admite excepciones, siendo una de ellas la facultad contenida en el artículo 220º del Código Civil”.*

Lima, 27 de marzo de 2010.

**SS.**

ANGEL HENRY ROMERO DÍAZ (Presidente)  
ANDRÉS CAROAJULCA BUSTAMANTE  
ARISTO WILBERT MERCADO ARBIETO  
JORGE ENRIQUE PICON VENTOCILLA  
CARLOS QUISPE ÁLVAREZ  
WALTER ALFREDO DÍAZ ZEGARRA  
YRMA FLOR ESTRELLA CAMA  
ARNALDO RIVERA QUISPE



**CONCLUSIONES DEL PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL CIVIL**

(Emitidas el 20 de octubre de 2012)

La Comisión de Actos Preparatorios del Pleno Jurisdiccional Nacional Civil con sede en la ciudad de Lima, conformada por los señores Magistrados: Ángel Henry Romero Díaz, Juez Superior del Distrito Judicial de Lima y Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios; Wilbert Gonzáles Aguilar, Juez Superior del Distrito Judicial de Moquegua; Jaime Antonio Lora Peralta, Juez Superior del Distrito Judicial de Sullana; Carmen María López Vásquez, Juez Superior del Distrito Judicial de Lima Norte y Antonio Paucar Lino Juez Superior del Distrito Judicial de Pasco, dejan constancia de que luego de llevado a cabo el debate de cada uno de los temas sometidos al Pleno, los señores magistrados participantes, han arribado a las conclusiones que se exponen a continuación:

**TEMA Nº 1****DEBATE SOBRE EL MOMENTO EN QUE OPERA LA TRANSFERENCIA VEHICULAR**

**¿Mediante la tradición se transfiere la propiedad de un vehículo o se requiere que se produzca la inscripción registral?**

**Primera Ponencia**

La transferencia de una unidad vehicular se perfecciona mediante la tradición, como señala el artículo 947º del Código Civil.

**Segunda Ponencia**

Para que se perfeccione la transferencia de un vehículo se requiere de la formalización del contrato de transferencia y su inscripción en los Registros Públicos.

**Fundamentos de la primera ponencia**

En la Casación Nº 1880-2002-Santa, de fecha veintiocho de octubre de dos mil

dos, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República ha señalado que el artículo novecientos cuarenta y siete del Código Civil declara que la transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente.

Se indica en dicha decisión jurisdiccional que el Decreto Legislativo Cuatrocientos Veinte, Código de Tránsito y Seguridad Vial, aplicable al caso de autos por razón de temporalidad de la norma, no establece disposición jurídica que indique que la transferencia vehicular deba inscribirse, esto es, que la inscripción registral vehicular sea constitutiva de derechos, toda vez que el citado decreto prescribe que se presumirá propietario de un vehículo a la persona cuyo nombre figure inscrito en el Certificado de Registro (tarjeta de propiedad), salvo prueba en contrario, lo cual constituye una presunción *juris tantum* que admite prueba en contrario.

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 3271-2002-Arequipa, de fecha trece de julio de dos mil cuatro, adopta el criterio antes expuesto al señalar que en nuestro ordenamiento jurídico sustantivo la sola tradición de cosa mueble a su acreedor hace a éste propietario, siendo que el Código de Tránsito y Seguridad Vial (Decreto Legislativo N° 420) contiene una presunción *juris tantum*, en cuya virtud se presumirá propietario de un vehículo a la persona cuyo nombre figure inscrito en la tarjeta de propiedad.

Por tal razón se concluye que el precitado Decreto Legislativo no establece disposición jurídica que indique que la transferencia vehicular deba inscribirse, esto es, que la inscripción registral sea constitutiva de derechos.

### **Fundamentos de la segunda ponencia**

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación N° 2731-2002-Lima, de fecha cuatro de junio de dos mil cuatro, al resolver un proceso sobre indemnización por daños y perjuicios ha señalado que para que sea pertinente el artículo 947° del Código Civil y se tenga por perfeccionada la transferencia, es requisito previo la formalización del respectivo contrato de transferencia vehicular y su inscripción en los Registros Públicos para ser constitutivo de derecho.

En esta decisión se ha precisado que para el perfeccionamiento de la transferencia de un vehículo no es suficiente la tradición sino que se requiere que el contrato sea inscrito registralmente.

Como podemos apreciar, existen dos posiciones jurídicas disímiles en la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema frente a un conflicto relacionado sobre la propiedad de un vehículo.

**1.- GRUPOS DE TRABAJO:** En este estado, el doctor Ángel Henry Romero Díaz, Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, concede el uso de la palabra a los señores magistrados relatores de cada grupo de trabajo a fin de que den lectura de las conclusiones arribadas preliminarmente, conforme se detalla a continuación:

**Grupo N° 1:** El señor magistrado relator Dr. Roberto Vilchez Dávila, manifestó que el grupo **POR MAYORÍA** se adhieren [*sic*] a la primera ponencia. Siendo la votación en su grupo de 6 votos por la primera ponencia y 3 votos a favor de la segunda ponencia.

**Grupo N° 2:** El señor magistrado relator Dr. Osman Ernesto Sandoval Quezada, manifestó que el grupo **POR MAYORÍA** se adhiere por la primera ponencia. Siendo la votación en su grupo de 6 votos por la primera ponencia, y 3 votos a favor de la segunda ponencia.

**Grupo N° 3:** El señor magistrado relator Dr. Martín Alejandro Hurtado Reyes, manifestó que el grupo **POR MAYORÍA** se adhiere por la primera ponencia. Siendo la votación en su grupo de 6 votos por la primera ponencia y 3 votos a favor de la segunda ponencia.

**Grupo N° 4:** El señor magistrado relator Dr. Julio Leyva Pérez, manifestó que el grupo **POR MAYORÍA** se adhiere por la segunda ponencia. Siendo la votación en su grupo de 7 votos por la segunda ponencia y 1 voto a favor de la primera ponencia.

**Grupo N° 5:** El señor magistrado relator Dr. Edwin Jorge Sarmiento Apaza, manifestó que el grupo **POR MAYORÍA** se adhiere por la primera ponencia. Siendo la votación en su grupo de 5 votos por la primera ponencia, y 4 votos a favor de la segunda ponencia.

**Grupo N° 6:** El señor magistrado relator Dr. Olegario Fabián Vigo, manifestó que el grupo **POR MAYORÍA** se adhiere por la primera ponencia. Siendo la votación en su grupo de 5 votos por la primera ponencia, y 3 votos a favor de la segunda ponencia.

**Grupo N° 7:** La señorita magistrada relatora Dra. Marcela Arriola Espino, manifestó que el grupo **POR UNANIMIDAD** se adhiere por la

primera ponencia. Siendo la votación en su grupo de 10 votos por la primera ponencia, y 0 voto a favor de la segunda ponencia.

**Grupo N° 8:** El señor magistrado relator Dr. Jorge Antonio Plasencia Cruz, manifestó que [sic] el grupo **ESTÁN IGUALES** las posiciones arribadas. Siendo la votación en su grupo de 5 votos por la primera ponencia, y 5 votos a favor de la segunda ponencia.

**Grupo N° 9:** El señor magistrado relator Dr. Ricardo Castañeda Moya, manifestó que el grupo **POR MAYORÍA** se adhiere por la segunda ponencia. Siendo la votación en su grupo de 3 votos por la primera ponencia, y 6 votos a favor de la segunda ponencia.

- 2.- **VOTACIÓN:** Concluido el debate plenario, el Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, doctor Ángel Henry Romero Díaz, inició el conteo de los votos en base a las actas de votaciones de cada grupo, siendo el resultado el siguiente:

Primera ponencia	: Total de 47 votos
Segunda ponencia	: Total de 34 votos
Abstenciones	: Ninguna

3.- **CONCLUSIÓN PLENARIA**

El Pleno adoptó por **MAYORÍA** la primera ponencia que enuncia lo siguiente: *“La transferencia de una unidad vehicular se perfecciona mediante la tradición, como señala el artículo 947º del Código Civil”.*



### LA FE PÚBLICA REGISTRAL EN LOS CASOS DE FALSIFICACIONES DE TÍTULOS

**¿La fe pública registral protege en el caso de las falsificaciones de títulos?**

#### **Primera Ponencia**

La fe pública registral protege a los terceros de buena fe cuando el acto previo es nulo o falso, pues el artículo 2014º del Código Civil, no distingue, en consecuencia, por efecto de la seguridad jurídica del tráfico, no importa la magnitud del vicio que afecte el título, pues basta que el tercero cuenta [*sic*] con título oneroso, sea de buena fe e inscriba su derecho, para gozar de la tutela legal.

#### **Segunda Ponencia**

La fe pública registral no protege a los terceros de buena fe cuando se traiga de vicios radicales de nulidad, como es el caso de la falsificación de los títulos, pues el artículo 70º de la Constitución del Estado, dice que la propiedad es inviolable, lo que no es coherente si admitimos que un titular pueda ser despojado fácilmente a través de una falsificación. El artículo 2014º del Código Civil debe leerse desde la perspectiva constitucional de protección de la propiedad, evitando que los actos ilícitos consumen derechos.

#### **Fundamentos de la primera ponencia**

El soporte jurídico de la primera ponencia está constituido por la Casación Nro. 1845-2000-Junín que señala que el artículo 2014º del Código sustantivo, desarrolla el principio e instituto de la buena fe registral según el cual se protege la adquisición de buena fe, de quien aparece en el registro como titular registral, que se inscribe en el registro, contra cualquier intento de enervar dicha adquisición que se fundamente en causas no inscritas antes. El fundamento del principio de la fe pública radica en la necesidad de asegurar el tráfico patrimonial cuyo objeto consiste en proteger las adquisiciones que por negocio jurídico efectúen los terceros adquirentes y que se hayan producido confiados en el contenido del registro; para ello, la ley reputa exacto y completo el contenido de los asientos registrales, en efecto, las inscripciones del registro se consideran exactas y completas respecto de terceros adquirentes de buena fe, y quien adquiere el derecho de propiedad una servidumbre o un derecho de hipoteca, confiado en la actitud del registro

deviene en propietario, titular de la servidumbre o de la hipoteca (Casación Nro. 1168-98-Lambayeque).

### Fundamentos de la segunda ponencia

El artículo 70º de la Constitución del Estado preceptúa que: “El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la Ley, A nadie puede preobrase [sic] de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por Ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio”. En este sentido, la inviolabilidad a la que se hace referencia en la norma constitucional, trae consecuencia, que nadie puede afectar, desconocer o cuestionar la propiedad, esto es, el propietario no puede ser privado de su derecho, salvo que sea por una decisión judicial, además en concordancia con lo previsto en el inciso 16) del artículo 2º de la Constitución del Estado, el Estado garantiza y asegura que se respetará el derecho a la inviolabilidad a la derecho [sic], por ser éste un derecho fundamental. Por consiguiente, el principio de fe pública, entendido como principio y no como excepción, es una clara muestra de interpretación normativa contraria a los valores constitucionales, pues se limita a legalizar el despojo de un propietario sin verificar la diligencia del tercero, ni la negligencia del titular afectado. De lo contrario, estaríamos simplemente despojando a uno, para terminar atribuyendo el bien a otro casi por azar, sin racionalidad, sin que el titular originario haya contribuido de forma alguna con la apariencia que le perjudicó.

**1.- GRUPOS DE TRABAJO:** En este estado, el doctor Ángel Henry Romero Díaz, Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, concede el uso de la palabra a los señores magistrados relatores de cada grupo de trabajo a fin de que den lectura de las conclusiones arribada preliminarmente, conforme se detalla a continuación:

**Grupo Nº 1:** El señor magistrado relator Dr. Roberto Vílchez Dávila, manifestó que se [sic] su grupo **POR UNANIMIDAD** se adhieren [sic] a la segunda ponencia. Siendo la votación en su grupo de 0 voto por la primera ponencia, y 9 votos a favor de la primera ponencia.

**Grupo Nº 2:** El señor magistrado relator Dr. Osman Ernesto Sandoval Quezada, manifestó que el grupo **POR MAYORÍA** se adhiere por [sic] la segunda ponencia. Siendo la votación en su grupo de 4 votos por la primera ponencia, y 6 votos a favor de la segunda ponencia.

**Grupo N° 3:** El señor magistrado relator Dr. Martín Alejandro Hurtado Reyes, manifestó que se [sic] su grupo **POR UNANIMIDAD** se adhieren a la segunda ponencia. Siendo la votación en su grupo de 0 voto por la primera ponencia y 9 votos a favor de la segunda ponencia.

**Grupo N° 4:** El señor magistrado relator Dr. Julio Leyva Pérez, manifestó que el grupo **POR MAYORÍA** se adhiere por la segunda ponencia. Siendo la votación en su grupo de 3 votos por la primera ponencia y 5 votos a favor de la segunda ponencia.

**Grupo N° 5:** El señor magistrado relator Dr. Edwin Jorge Sarmiento Apaza, manifestó que el grupo **POR MAYORÍA** se adhiere por la primera ponencia. Siendo la votación en su grupo de 5 votos por la primera ponencia y 4 votos a favor de la segunda ponencia.

**Grupo N° 6:** El señor magistrado relator Dr. Olegario Fabián Vigo, manifestó que el grupo **POR MAYORÍA** se adhiere por la segunda ponencia. Siendo la votación en su grupo de 3 votos por la primera ponencia y 6 votos a favor de la segunda ponencia.

**Grupo N° 7:** La señorita magistrada relatora Dr. Marcela Arriola Espino, manifestó que el grupo **POR MAYORÍA** se adhiere por la segunda ponencia. Siendo la votación en su grupo de 1 voto por la primera ponencia y 9 votos a favor de la segunda ponencia.

**Grupo N° 8:** El señor magistrado relator Dr. Jorge Antonio Plasencia Cruz, manifestó que el grupo **POR MAYORÍA** se adhiere por la primera ponencia. Siendo la votación en su grupo de 6 votos por la primera ponencia y 4 votos a favor de la segunda ponencia.

**Grupo N° 9:** El señor magistrado relator Dr. Ricardo Castañeda Moya, manifestó que el grupo **POR MAYORÍA** se adhiere primera ponencia. Siendo la votación en su grupo de 6 votos por la primera ponencia y 3 votos a favor de la segunda ponencia.

2.- **VOTACIÓN:** Concluido el debate plenario, el Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, doctor Ángel Henry Romero Díaz inició el conteo de los votos en base a las actas de votaciones de cada grupo, siendo resultado el siguiente:

Primera ponencia	: Total de 28 votos
Segunda ponencia	: Total de 55 votos
Abstenciones	: Ninguna

### 3.- CONCLUSIÓN PLENARIA

El Pleno adoptó por **MAYORÍA** la segunda ponencia que enuncia lo siguiente: *“La fe pública registral no protege a los terceros de buena fe cuando se trata de vicios radicales de nulidad, como es el caso de la falsificación de los títulos, pues el artículo 70º de la Constitución del Estado dice que la propiedad es inviolable, lo que no es coherente si admitimos que un titular pueda ser despojado fácilmente a través de una falsificación. El artículo 2014º del Código Civil debe leerse desde la perspectiva constitucional de protección de la propiedad, evitando que los actos ilícitos consumen derechos”.*

### **DERECHO DE PROPIEDAD NO INSCRITO VERSUS EMBARGO INSCRITO (DERECHO PERSONAL) EN LOS PROCESOS DE TERCERÍA DE PROPIEDAD**

**¿El derecho de propiedad no inscrito alegado en un proceso de tercería de propiedad vence al embargo inscrito?**

#### **Primera Ponencia**

El derecho de propiedad no inscrito alegado en un proceso de tercería de propiedad vence al embargo inscrito, pues al tratarse de derechos de distinta naturaleza (real y personal) se aplican las disposiciones de Derecho común que dan prioridad a los derechos reales.

#### **Segunda Ponencia**

El derecho de propiedad no inscrito no es oponible al embargo inscrito. Deben prevalecer los principios registrales de buena fe y prioridad en tiempo, toda vez que cuando se inscribió el embargo no aparecía inscrito el título del tercerista. De acuerdo al artículo 1135º del Código Civil, que constituye una norma de derecho común, el principio de prioridad en el tiempo determina la preferencia en el derecho.

#### **Fundamentos de la primera ponencia**

El soporte jurídico de la primera ponencia está constituido por la Casación Nº 3194-2002-La Libertad de fecha cinco de mayo de dos mil tres, expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, según la cual de acuerdo al principio de rango contenido en el segundo párrafo del artículo 2022º del Código Civil, en la oponibilidad de derechos sobre inmuebles cuando ellos son de distinta naturaleza, se aplican las disposiciones de derecho común, es decir, prevalece el derecho de propiedad, oponible *erga omnes* frente al derecho personal crediticio. No cabe duda que solo tratándose de casos de derechos de igual naturaleza a que se contrae el primer párrafo de dicha norma sustantiva rigen los principios registrales de prioridad y buena fe.

En la Casación Nº 3800-2002-Arequipa de fecha veintiséis de mayo de dos mil tres, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema ratifica el criterio jurisdiccional señalado anteriormente, indicando que según el segundo párrafo del artículo 2022º del Código sustantivo cuando existen dos derechos sobre un mismo inmueble y estos derechos son de distinta naturaleza, se aplican las disposiciones de derecho común. En tal sentido entre las

disposiciones de derecho común el artículo novecientos cuarenta y nueve del precitado código [sic] establece que la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

Como antecedentes de este criterio están las sentencias casatorias emitidas en las siguientes causas: i) 964-98-Lima; ii) 06-01-Arequipa; iii) 403-2001-Piura emitidas por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema.

### Fundamentos de la segunda ponencia

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 403-2001-Piura ha expuesto un criterio jurisdiccional distinto. En esta sentencia ha indicado que compulsado el principio de rango recogido en el artículo 2022º del Código Civil frente a los principios registrales de buena fe y prioridad en el tiempo deben prevalecer estos últimos debido a que cuando se inscribió el embargo no aparecía inscrito el título del tercerista, razón por la cual el embargante mantiene su derecho una vez inscrito. Que admitir lo contrario sería destruir el sistema registral que nos rige y haría ineficaces los principios de: a) legalidad, que preconiza que todo título que pretenda su inscripción debe ser compatible con el derecho ya inscrito; b) impenetrabilidad, que impide se inscriban derechos que se opongan o resulten incompatibles con otro, aunque aquello sean de fecha anterior; y, c) publicidad recogido por el artículo 2022º del Código Civil que preconiza la presunción absoluta, sin admitirse prueba en contrario, de que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones.

Sin embargo, en la Casación N° 3687-2009-Cuzco la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia ha modificado el criterio jurisdiccional que mantuvo respecto de la tercería de propiedad. En esta sentencia casatoria se ha indicado que la segunda parte del artículo 2022º del Código Civil sería una excepción al principio *prior tempore potior in jure* al que se refiere el artículo 2016º del Código sustantivo, por lo que cuando concurra un derecho real con otro de distinta naturaleza, como es el caso de los embargos, habrán de aplicarse las reglas de derecho común, sin que exista prevalencia de derecho inscrito sobre el derecho que no fue inscrito.

- 1.- **GRUPOS DE TRABAJO:** En este estado, el doctor Ángel Henry Romero Díaz, Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, concede el uso de la palabra a los señores magistrados relatores de cada grupo de trabajo a fin de que den lectura de las conclusiones arribadas preliminarmente, conforme se detalla a continuación:

**Grupo N° 1:** El señor magistrado relator Dr. Roberto Vílchez Dávila, manifestó que se [sic] su grupo **POR UNANIMIDAD** se adhieren [sic] a la primera ponencia. Siendo la votación en su grupo de 9 votos por la ponencia y 0 voto a favor de la segunda ponencia.

**Grupo N° 2:** El señor magistrado relator Dr. Osman Ernesto Sandóval Quezada, manifestó que el grupo **POR MAYORÍA** se adhiere por la primera ponencia. Siendo la votación en su grupo de 8 votos por la primera ponencia y 1 voto a favor de la segunda ponencia y 1 por una tercera posición.

**Grupo N° 3:** La señora magistrada relatora Dra. Luz Jauregui Basombrio, manifestó que se [sic] su grupo **POR UNANIMIDAD** se adhieren [sic] a la primera ponencia. Siendo la votación en su grupo de 9 votos por la primera ponencia y 0 voto a favor de la segunda ponencia.

**Grupo N° 4:** El señor magistrado relator Dr. Julio Leyva Pérez, manifestó que el grupo **POR UNANIMIDAD** se adhiere por la primera ponencia. Siendo la votación en su grupo de 7 votos por la primera ponencia y 0 voto a favor de la segunda ponencia.

**Grupo N° 5:** El señor magistrado relator Dr. Edwin Jorge Sarmiento Apaza, manifestó que el grupo **POR MAYORÍA** se adhiere por la primera ponencia. Siendo la votación en su grupo de 5 votos por la primera ponencia y 0 voto a favor de la segunda ponencia. Una tercera ponencia con 2 votos.

**Grupo N° 6:** El señor magistrado relator Dr. Olegario Fabián Vigo, manifestó que en el grupo se produjo empate, adhiere por la segunda ponencia [sic]. Siendo la votación en su grupo de 4 votos por la primera ponencia y 4 votos a favor de la segunda ponencia.

**Grupo N° 7:** La señorita magistrada relatora Dra. Marcela Arriola Espino, manifestó que el grupo **POR UNANIMIDAD** se adhiere por la primera ponencia. Siendo la votación en su grupo de 10 votos por la primera ponencia y 0 voto a favor de la segunda ponencia.

**Grupo N° 8:** El señor magistrado relator Dr. Jorge Antonio Plasencia Cruz, manifestó que el grupo **POR UNANIMIDAD** se adhiere por la primera ponencia. Siendo la votación en su grupo de 9 votos por la primera ponencia y 0 voto a favor de la segunda ponencia.

**Grupo N° 9:** El señor magistrado relator Dr. Ricardo Castañeda Moya, manifestó que el grupo **POR MAYORÍA** se adhiere a una tercera ponencia. Siendo la votación en su grupo de 1 voto por la primera ponencia y 2 votos a favor de la segunda ponencia y 4 por una tercera ponencia.

**1.-\* VOTACIÓN:** Concluido el debate plenario, el Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, doctor Ángel Henry Romero Díaz inició el conteo de los votos en base a las actas de votaciones de cada grupo, siendo el resultado el siguiente:

Primera ponencia : Total de 62 votos  
Segunda ponencia : Total de 7 votos  
Tercera ponencia : 6 votos

#### **4.- CONCLUSIÓN PLENARIA**

El Pleno adoptó por **MAYORÍA** la primera ponencia, con el agregado siguiente:

*“El derecho de propiedad no inscrito alegado en un proceso de tercería de propiedad **es oponible** al embargo inscrito, pues al tratarse de derechos de distinta naturaleza (real y personal) se aplican las disposiciones de Derecho común, que dan prioridad a los derechos reales, **siempre y cuando el tercerista ejerza los atributos de la propiedad**”.*

Lima, 20 de octubre de 2012.

**SS.**

ANGEL ROMERO DÍAZ

WILBERT GONZÁLES AGUILAR

Juez Superior del Distrito Judicial de Moquegua

JAIME ANTONIO LORA PERALTA

Juez Superior del Distrito Judicial de Sullana

CARMEN MARÍA LÓPEZ VÁSQUEZ

Juez Superior del Distrito Judicial de Lima Norte

ANTONIO PUCAR LINO

Juez Superior del Distrito Judicial de Pasco

\* En el Tema N° 3 del presente Pleno Jurisdiccional, extraído de la página web del Poder Judicial, se lee los numerales: "1" y "4"; debiendo decir: "2" y "3".



**CONCLUSIONES DEL PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL DE FAMILIA**

(Emitidas el 24 de octubre de 2009)

La Comisión de Actos Preparatorios del Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia, con sede en la ciudad de Lima, conformada por las señoras Magistradas y los señores Magistrados: Luz María Capuñay Chávez, Presidenta de la Comisión de Actos Preparatorios; Francisco Cunya Celi, Representante de la Macro Región Norte; Edwar Sánchez Bravo, Representante de la Macro Región Oriente; Lucía Isabel Palomino Pérez, Representante de la Macro Región Centro; Ricardo Salinas Málaga, Representante de la Macro Región Sur; Janet Tello Gilardi, en calidad de Delegada por la Corte Superior de Justicia de Lima; Carmen María López Vásquez, Delegada por la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, dejan constancia que luego de llevado a cabo el debate de cada uno de los temas sometidos al Pleno, los señores(as) magistrados(as) participantes, han arribado a las conclusiones que se exponen a continuación:

**TEMA Nº 1****CRITERIOS PARA EL CÁLCULO DE INTERESES EN LAS LIQUIDACIONES DE LOS PROCESOS DE ALIMENTOS**

**Para efectuar la liquidación de las pretensiones devengadas y el cálculo de los intereses en los procesos de alimentos, ¿cuál es la tasa de interés aplicable?**

- **Primera Ponencia**  
Para efectuar la liquidación de las pensiones devengadas y el cálculo de los intereses se debe aplicar la tasa de interés efectiva (capitalizable por su propia naturaleza).
- **Segunda Ponencia**  
Para efectuar la liquidación de las pensiones devengadas y el cálculo de los intereses, se debe aplicar la tasa de interés legal simple.

## GRUPOS DE TRABAJO

En este estado, la doctora Luz María Capuñay Chávez, Presidenta de la Comisión de Actos Preparatorios, concede el uso de la palabra a los señores(as) magistrados(as) relatores de cada grupo de trabajo a fin de que den lectura de las conclusiones arribadas preliminarmente, conforme se detalla a continuación:

### A.- GRUPO Nº 1

Por mayoría llega a adoptar la SEGUNDA PONENCIA

Siendo la votación de dicho grupo la siguiente:

A favor de la primera ponencia : 2 votos

A favor de la segunda ponencia : 13 votos

#### **Con la siguiente fundamentación**

Para efectuar la liquidación de las pensiones devengadas y el cálculo de los intereses se debe aplicar la tasa de interés legal sin capitalización, el fundamento está en el artículo 4º de la Constitución que señala que la comunidad y el Estado protegen a la familia, así como los artículos IX y X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes se considerará el principio del interés superior del niño y el respeto a sus derechos aún más en los casos sujetos a resolución judicial en que estén involucrados los niños y adolescentes serán tratados como problemas humanos. Además que tratándose de una deuda alimentaria y no de una deuda proveniente de una transacción financiera corresponde la aplicación de la tasa de interés legal sin capitalización, procesos que están regulados en el Código de los Niños y Adolescentes y supletoriamente por el Código Civil.

El grupo también acuerda que se plantea una propuesta de aclaración en el sentido de que en la liquidación de pensiones devengadas por alimentos se apliquen intereses legales sin capitalización (actualmente como son los intereses laborales).

### B.- GRUPO Nº 2

Concluye por mayoría adoptar la SEGUNDA PONENCIA

Con la siguiente votación:

A favor de la primera ponencia : 1 voto

A favor de la segunda ponencia : 15 votos

### Con la siguiente fundamentación

1. Los magistrados tenemos una norma que prohíbe la capitalización de intereses, salvo para intereses financieros y no alimentarios, por cuanto se debe ver el carácter social si se ajusta a derecho.
2. No debe aplicarse el Decreto Ley N° 25920, como se sugiere en el debate, porque éste interés es aplicable únicamente en materia laboral y no puede aplicarse normas restrictivas por analogía amparados en la naturaleza alimentaria de los adeudos laborales, siendo que debe aplicarse el interés legal simple.
3. Que los Magistrados sean expresos indicando en la resolución, el tipo de interés a aplicar, el mismo que debe ser efectuado en sus propios términos por el liquidador.

### C.- **GRUPO N° 3**

Establece adoptar la SEGUNDA PONENCIA

Siendo la votación de la siguiente forma:

A favor de la primera ponencia : 2 votos

A favor de la segunda ponencia : 13 votos

### Con la siguiente fundamentación

Los alimentos constituyen una obligación de naturaleza tuitiva e índole natural que no proviene de una relación mercantil en la que las partes estipulan los intereses a cobrar; que pueden ser compensatorios o moratorios, pues el artículo 1245º del Código Civil dispone que cuando se trate de deudas que no han sido pactadas el deudor debe abonar el interés legal, por lo que no cabría aplicarse el interés moratoria a que se refiere el artículo 1242º del Código Civil si este no ha sido expresamente pactado.

La capitalización de intereses sólo es posible cuando hay pacto y esto opera solamente en las transacciones de las entidades bancarias y mercantiles.

La prestación alimentaria no tiene finalidad lucrativa ni comercial, sino acudir [sic] para la subsistencia de las personas beneficiadas, por lo que no se podría aplicar la capitalización de intereses.

**D.- GRUPO Nº 4**

El grupo adopta por unanimidad la SEGUNDA PONENCIA

Con la siguiente votación:

A favor de la primera ponencia : 0 voto

A favor de la segunda ponencia : 17 votos

**Con la siguiente fundamentación**

1. El punto de partida de nuestra conclusión está en lo dispuesto en el artículo 567º del Código Procesal Civil, cuyo texto señala lo siguiente:

*“La pensión alimenticia genera intereses. Con prescindencia del monto demandado el Juez al momento de expedir sentencia o de su ejecución debe actualizarlo a su valor real, para tal efecto tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 1236º del Código Civil. Esta norma no afecta las prestaciones ya pagadas. Puede solicitarse la actualización del valor aunque el proceso ya este sentenciado. La solicitud será resuelta con citación al obligado”.*

2. En segundo lugar, consideramos que hay que tener en cuenta la naturaleza especial de la obligación legal de alimentos, la misma que tiene carácter civil y no comercial y por lo tanto no podría aplicarse tasa de interés efectiva capitalizable sino la tasa de interés legal simple.
3. El anatocismo que señala el artículo 1249º del Código Civil es excepcional y sólo para las obligaciones comerciales más no para la obligación de alimentos. Dejando en claro que en ningún caso se puede aplicar la tasa de interés compensatorio ya que esta sólo es pertinente para compensar el uso del dinero.
4. Los magistrados también señalan que en su experiencia judicial vienen aplicando la tasa de interés legal simple sin que ello haya generado hasta el momento ninguna objeción por parte de los acreedores alimentarios.

**E.- GRUPO Nº 5**

Por mayoría adoptaron la SEGUNDA PONENCIA

Con la siguiente votación:

A favor de la primera ponencia : 0 voto

A favor de la segunda ponencia : 16 votos  
Abstenciones : 1 voto

### **Con la siguiente fundamentación**

La esencia de la diferencia respecto a la naturaleza que genera la obligación, es que tratándose de una obligación mercantil su finalidad es la recuperación del dinero invertido, por ejemplo, no existe, pese a todos los mecanismos de cobro, la posibilidad de una prisión por deuda, sin embargo, en el caso de la obligación alimenticia por su naturaleza relativa a la vida y la subsistencia de los acreedores alimentarios, su finalidad se basa en atender el estado de necesidad del alimentista y en esa medida incluso sí se puede dar la posibilidad de una privación de la libertad al deudor alimentario por la comisión de un delito de la omisión de la asistencia familiar, debiéndose acotar que en las Cortes Superiores de Junín, Pasco, Loreto, Ucayali, Iquitos y Cusco se están ordenando mandatos de detención al inicio del proceso. Asimismo cabe resaltar que se ha creado el Registro de Deudores Alimentarios Morosos (REDAM) que permite viabilizar el cumplimiento de dichas obligaciones, observándose que estos mecanismos no se aplican respecto a las deudas mercantiles.

Consideramos asimismo que la tasa de interés simple es aplicable al igual que en el ámbito laboral, en tanto, en este campo, la naturaleza de la pretensión también tiene carácter alimentario.

Finalmente, cabe destacar que el origen de la pensión alimenticia no tienen carácter contractual en tanto nace de un mandato judicial por lo que lo justo es aplicar la tasa de interés legal.

### **F.- GRUPO N° 6**

Adoptan por la SEGUNDA PONENCIA

Siendo el resultado de la votación el siguiente:

A favor de la primera ponencia : 1 voto

A favor de la segunda ponencia : 15 votos

### **Con la siguiente fundamentación**

Que, para efectuar la liquidación de pensiones alimenticia en el cálculo de intereses devengados, se debe aplicar la tasa de interés legal simple, porque el Código Civil no permite la capitalización de intereses, puesto que sus artículos 1249º y 1250º, sólo permiten la capitalización de

cuentas mercantiles, por tratarse de un convenio por escrito entre la entidad bancaria y el titular, sin mediar más de un año de atraso en los intereses.

## DEBATE

Luego de leídas las conclusiones arribadas por los señores magistrados relatores de los seis grupos de trabajo, la Presidenta de la Comisión de Actos Preparatorios, doctora Luz María Capuñay Chávez, concede el uso de la palabra a los magistrados asistentes que deseen efectuar algún aporte adicional a los argumentos ya vertidos.

Expresando los señores(as) Jueces (zas) Superiores asistentes que durante el desarrollo de los talleres se ha producido un largo y arduo debate, por lo que consideran innecesario realizarlo nuevamente.

## VOTACIÓN

Concluido el debate plenario, la presidenta de la Comisión de Actos Preparatorios, Dra. Luz María Capuñay Chávez invitó a los señores Jueces Superiores participantes a emitir su voto respecto a las dos posiciones propuestas, siendo el resultado el siguiente:

	Primera Ponencia	Segunda Ponencia	Abstenciones
Número de Votos	6	89	1

## CONCLUSIÓN PLENARIA

El Pleno adoptó por **MAYORÍA** la **SEGUNDA PONENCIA** que enuncia lo siguiente: *PARA EFECTUAR LA LIQUIDACIÓN DE LAS PENSIONES DEVENGADAS Y EL CÁLCULO DE LOS INTERESES SE DEBE APLICAR LA TASA DE INTERÉS LEGAL SIMPLE.*

## TEMA Nº 2

### **LA CONSECUENCIA ACCESORIA DE CESE DEL “DERECHO ALIMENTICIO ENTRE CÓNYUGES DETERMINADO JUDICIALMENTE”, AL DECLARARSE LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO**

**Al declararse fundada la demanda de divorcio, acorde a lo prescrito por el artículo 350º del Código Civil, ¿cesa la pensión alimentaria entre marido y mujer fijado en anterior proceso de alimentos, o es que debe solicitarse el cese de dicha pensión alimentaria, ante el juez del proceso de alimentos?**

- **Primera Ponencia**

La Sentencia que declara fundada una demanda de divorcio, no puede ordenar el cese automático de la pensión alimenticia, habida cuenta que dicha petición debe hacerse por ante el Juez que conoció del proceso de alimentos mediante la acción correspondiente, en atención a que en dicho proceso se ha establecido judicialmente la imposición de una obligación alimentaria al cónyuge obligado por haber acreditado el cónyuge solicitante, estado de necesidad.

- **Segunda Ponencia**

Sí procede el cese automático de la pensión alimenticia que viene gozando una de las partes, en mérito a lo prescrito por el primer párrafo del artículo 350º del Código Civil, pues es una consecuencia accesoria de la sentencia de divorcio.

### **GRUPOS DE TRABAJO**

En este estado, el Dr. Edwar Sánchez Bravo, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de San Martín y Presidente encargado de la Comisión de Actos Preparatorios, concede el uso de la palabra a los señores magistrados relatores de cada grupo de trabajo a fin de que den lectura de las conclusiones arribadas preliminarmente, conforme se detalla a continuación:

#### **A.- GRUPO Nº 1**

Por mayoría adoptaron la PRIMERA PONENCIA  
Siendo el siguiente, el resultado de la votación:

A favor de la primera ponencia: 7 votos  
A favor de la segunda ponencia: 0 voto  
Abstenciones: 6 votos

### **Con la siguiente fundamentación**

La sentencia que declara fundada una demanda de divorcio, no puede ordenar el cese automático de la pensión alimenticia.

La pretensión del cese de la obligación alimenticia entre los cónyuges, debe ser ingresada al proceso de divorcio para su debate y ser sometida al contradictorio, de esta forma se da la oportunidad al cónyuge demandado, la posibilidad de poder debatir los argumentos del cónyuge demandante señalados en la demanda en este extremo, ya sea en la contestación o reconvenición según sea el caso.

#### **B.- GRUPO Nº 2**

Por mayoría arribaron a favor de la PRIMERA PONENCIA  
Siendo el resultado de la votación:

A favor de la primera ponencia : 8 votos  
A favor de la segunda ponencia : 5 votos  
Abstenciones : 2 votos

### **Con la siguiente fundamentación**

Aprueba la primera ponencia pero reformulándola en los siguientes términos: *"La sentencia que declara fundada una demanda de divorcio, no puede ordenar el cese automático de la pensión alimenticia, pues el Juez deberá pronunciarse motivadamente en el fallo, siempre que haya sido alegado el cese en el mismo proceso de divorcio y según lo probado"*.

Respecto al voto en minoría está de acuerdo con la segunda ponencia, pero en el siguiente sentido: *"sí procede el cese automático de la pensión alimenticia que viene gozando una de las partes según lo prescrito por el artículo 350º del Código Civil, pues es una consecuencia accesoria del divorcio"*.

#### **C.- GRUPO Nº 3**

Por unanimidad asumió la PRIMERA PONENCIA  
Siendo el resultado de la votación:

A favor de la primera ponencia : 14 votos



Con voto singular suscrito de 10 integrantes  
A favor de la segunda ponencia : 0 voto  
Abstenciones : 0 voto

### **En ese sentido el grupo aprueba que:**

La sentencia que declara fundada una demanda de divorcio no puede ordenar el cese automático de la pensión alimenticia, habida cuenta que dicha petición debe hacerse por ante el Juez que conoció del proceso de alimentos mediante la acción correspondiente, en atención a que en dicho proceso se ha establecido judicialmente la imposición de una obligación alimentaria al cónyuge obligado por haber acreditado el cónyuge solicitante estado de necesidad.

### **La votación singular**

Suscrita por diez miembros es: porque dicha posición no excluye que en el proceso de divorcio puede ser materia de pronunciamiento el cese de la obligación alimentaria, siempre y cuando dicha pretensión haya sido expresamente peticionada y acumulada originaria o sucesivamente.

Los argumentos en los que sustentan su posición son los siguientes:

El matrimonio genera el deber de asistencia recíproca entre los cónyuges, consecuentemente su extinción genera el cese por la disolución del vínculo de este deber; pero de conformidad con el artículo 350º del Código Civil, dicho cese no es automático toda vez que el dispositivo legal prevé la posibilidad de la continuidad de la obligación alimentaria después de declarado el vínculo matrimonial.

En este sentido, no es automático, cuando habiéndose determinado judicialmente la exigibilidad de la prestación alimentaria, ésta sólo puede ser dejada sin efecto por otro mandato judicial, pero en el marco del debido proceso.

Como fundamento de la precisión se señala que en atención al principio de economía procesal, unidad del proceso y por estar expresamente previsto en el artículo 483º del Código Procesal Civil, la acumulación de las pretensiones de carácter alimentario, incluidas las que importan una modificación de aquellas que tengan sentencia firme las cuales se encuentran exoneradas de los requisitos de competencia del Juez y de distinto trámite a que se contrae el artículo 85º inciso 1) y 2) del Código Procesal Civil.

Finalmente, el grupo deja constancia que el artículo 483º del Código Procesal Civil denomina o señala erróneamente este tipo de acumulaciones como accesorias, supuesto que no se da por responder el pronunciamiento de cada una de estas pretensiones a un análisis independiente del presupuesto de la pretensión principal.

#### D.- **GRUPO Nº 4**

Por unanimidad el grupo adopta una TERCERA PONENCIA

Siendo el resultado de la votación:

A favor de la primera ponencia	: 0 voto
A favor de la segunda ponencia	: 0 voto
A favor de la tercera ponencia	: 17 votos
Abstenciones	: 0 voto

Siendo la *tercera ponencia* planteada por el grupo la siguiente:

La sentencia que declara fundada una demanda de divorcio, no puede ordenar el cese de la pensión alimenticia, pero las partes pueden solicitar la variación en el mismo proceso de divorcio, tal como lo dispone el último párrafo artículo 483º del Código Procesal Civil el que señala que las pretensiones accesorias que tuvieran decisión judicial consentida, pueden ser acumuladas, proponiéndose su variación, lo que incluye, obviamente, el cese. En consecuencia, no es necesario que se tramite ante el mismo juez que conoció el proceso de alimentos, sino ante el que conoce el de divorcio.

Dado que: 1) No puede el Juez ordenar el cese de la pensión alimenticia, pero la [*sic*] partes pueden solicitar la variación en el mismo proceso de divorcio, tal como lo dispone el último párrafo del artículo 483º del Código Procesal Civil: 2) No es necesario que se tramite ante el mismo juez que conoció el proceso de alimentos, sino ante el que conoce el divorcio.

#### E.- **GRUPO Nº 5**

El grupo por mayoría adopta la SEGUNDA PONENCIA

Siendo el resultado de la votación el siguiente:

A favor de la primera ponencia	: 5 votos
A favor de la segunda ponencia	: 7 votos
Abstenciones	: 5 votos

El grupo propone a su vez una *tercera ponencia*, siendo ésta la siguiente:

*“El Juez que sustancia el proceso de divorcio debe pronunciarse por el cese automático de la pensión alimenticia, siempre y cuando haya sido planteada como pretensión en la demanda de divorcio y haya sido objeto de contradictorio por las partes, bajo las garantías del debido proceso”.*

Por mayoría el grupo arribó a la conclusión: que, procede el cese automático de la pensión alimenticia que viene gozando una de las partes, en mérito a lo prescrito por el primer párrafo del artículo 350º del Código Civil, pues es una consecuencia accesoria de la sentencia de divorcio.

Argumentando el grupo su conclusión en el hecho que la Ley establece el cese automático en tanto la fuente que generó la obligación alimentaria, era la existencia de un matrimonio, el cual por el divorcio se extingue.

#### F.- **GRUPO Nº 6**

Por unanimidad acuerdan acoger la PRIMERA PONENCIA

Siendo el resultado de la votación:

A favor de la primera ponencia : 16 votos

A favor de la segunda ponencia : 0 voto

Abstenciones : 0 voto

#### **Precisando la siguiente fundamentación**

La sentencia que declara fundada una demanda de divorcio, no puede ordenar el cese automático de la pensión alimenticia ya fijada, en atención a que previamente se ha establecido judicialmente la imposición de una obligación alimentaria al cónyuge obligado por haber acreditado el estado de necesidad, y por lo tanto dicha pretensión debe hacerse vía acción ante el juez competente. Salvo que lo haya solicitado expresamente en el proceso de divorcio, conforme el artículo 483º *in fine* del Código Procesal Civil; que a mayor abundamiento, el artículo 350º del C.C., si bien en la primera parte regula que por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer, ésta no puede producirse de manera automática, toda vez, que la misma regula ciertas situaciones fácticas por los que la obligación alimenticia, después del divorcio, debe mantenerse vigente, como es el caso: 1) Que uno de los cónyuges careciera de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de su subvenir *[sic]* a sus necesidades por otro medio; y, 2) en el caso del indigente aunque hubiere dado motivo para el divorcio; circunstancias en las cuales, necesariamente

se requiere de un proceso judicial previo, en el que las partes con una actividad probatoria y con el ejercicio de su derecho de defensa pueda determinarse si es amparada o no la pretensión del cese de la obligación alimenticia. Así también lo regula la última parte de dicho artículo que precisa que: “cuando desaparece el estado de necesidad el obligado puede demandar la exoneración y, en su caso el reembolso”.

**DEBATE:** Luego de leídas las conclusiones arribadas por los señores magistrados relatores de los seis grupos de trabajo, el Dr. Edwar Sánchez Bravo, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de San Martín, Presidente encargado de la Comisión de Actos Preparatorios, concede el uso de la palabra a los magistrados asistentes quedese en efectuar algún aporte adicional a los argumentos ya vertidos.

Concluyendo los mismos que existen dos propuestas:

- 1.- Que se reformule la primera ponencia; y,
- 2.- Que se cree una tercera ponencia.

Procediéndose a la votación correspondiente, se adoptó por mayoría la propuesta número dos; esto es crear una **tercera ponencia**, siendo ésta la siguiente:

- **Tercera Ponencia**

En los procesos de divorcio no hay declaración de cese automático de la prestación alimentaria pre establecida judicialmente.

Sin embargo, el Juez del divorcio puede emitir pronunciamiento cuando en el proceso bajo su conocimiento se haya pretendido expresamente su cese en la demanda o en la reconvencción.

Finalmente la parte obligada, tiene expedido [*sic*] su derecho para solicitar dicha pretensión ante el Juez competente en materia alimentaria.

En este acto se procede a debatir sobre esta **tercera ponencia**, sobre todo cuestiones de redacción, tales como el cambio de la palabra *puede* por *debe*, esto en el segundo párrafo y en el último párrafo se corrige el término “finalmente” por “sin perjuicio”.

Luego de ello se procede a la votación.

## VOTACIÓN

Concluido el debate plenario, el presidente (e) de la Comisión de Actos Preparatorios, Dr. Edwar Sánchez Bravo de la Corte Superior de Justicia de San Martín, invitó a los señores Jueces Superiores participantes a emitir su voto respecto a las tres ponencias propuestas, siendo el resultado el siguiente:

	Primera Ponencia	Segunda Ponencia	Tercera Ponencia	Abstenciones
Número de Votos	1	3	57	0

## CONCLUSIÓN PLENARIA

El Pleno adoptó por MAYORÍA absoluta la ponencia que enuncia lo siguiente:

*EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO, NO HAY DECLARACIÓN DE CESE AUTOMÁTICO DE LA PRESTACIÓN ALIMENTARIA PRE ESTABLECIDA JUDICIALMENTE.*

*SIN EMBARGO, EL JUEZ DEL PROCESO DE DIVORCIO DEBE EMITIR PRONUNCIAMIENTO CUANDO EN EL PROCESO BAJO SU CONOCIMIENTO SE HAYA PRETENDIDO EXPRESAMENTE SU CESE EN LA DEMANDA O EN LA RECONVENCIÓN.*

*SIN PERJUICIO DE ELLO, LA PARTE OBLIGADA, TIENE EXPEDIDO SU DERECHO PARA SOLICITAR DICHA PRETENSIÓN ANTE EL JUEZ COMPETENTE EN MATERIA ALIMENTARIA.*

## TEMA Nº 3

### PROCESOS DE INFRACCIÓN PENAL EN LOS QUE ESTÉN INVOLUCRADOS MENORES DE EDAD

#### PREGUNTA Nº 1

El artículo 184º del Código de los Niños y Adolescentes establece que el menor de 14 años no es pasible de medida socio-educativa, pero sí de medida de protección; ¿quién es la autoridad competente para aplicar dicha medida?

- **Primera Ponencia**

Que tratándose de un tema referido a las infracciones penales cometidas por niños y/o niñas, es pertinente que sea el Juez Especializado de Familia en lo Penal, quien asuma la competencia para conocer tales hechos.

- **Segunda Ponencia**

Que tratándose de un tema referido a las infracciones penales cometidas por niños y/o niñas menores de 14 años, siendo que éste tema puede estar vinculado a un tema de abandono moral y material, es pertinente que sea el Juez Especializado de Familia en lo Tutelar quien asuma la competencia en tales hechos.

- **Tercera Ponencia**

Existe una tercera posición que resulta a favor de que sea el MIMDES el encargado de velar por dicho procedimiento, al tratarse del ente rector que ejecuta la política pertinente a los asuntos de los niños, niñas y adolescentes.

En este acto luego de escuchar las exposiciones programadas para la fecha, la Presidenta de la Comisión de Actos Preparatorios concede el uso de la palabra a los Magistrados para las preguntas respectivas, surgiendo de ello, la propuesta de la creación de una **cuarta ponencia** para un mejor debate en los grupos. Procediéndose a la redacción de la misma, quedando ésta como sigue:

- **Cuarta Ponencia**

Que el problema en el caso propuesto, no es qué autoridad es la competente para conocerla, sino qué trámite se le va a dar o cual es la

vía pertinente, esto es: como infracción a la ley penal, como proceso tutelar, en ambos casos debe concluirse, de ser el caso, las medidas de protección que correspondan.

## **PREGUNTA N° 2**

**El artículo 239º del Código de los Niños y Adolescentes prescribe como edad máxima para el cumplimiento de las medidas socio-educativas la de 21 años. Con la promulgación del Decreto Legislativo N° 990, en el artículo 3º que modifica el artículo 235º del Código antes señalado establece el internamiento por un máximo de 6 años.**

**Por lo que ante la eventualidad de que se sancione con medida de internamiento a un adolescente mayor de 16 años, el cumplimiento de dicha medida excedería el plazo señalado en el artículo 239º citado; en consecuencia, existiendo un conflicto de normas, ¿cuál sería la aplicable?**

- **Primera Ponencia**  
Que, tratándose de un tema referido a las infracciones penales cometidas por niños, niñas y/o adolescentes, es pertinente que sea resuelto al amparo de lo dispuesto en el artículo 239º del Código de los Niños y Adolescentes.
- **Segunda Ponencia**  
Que, siendo que el artículo 235º del Código de los Niños y Adolescentes fue modificado por el Decreto Legislativo N° 990 de fecha 22 de julio del año 2007, corresponde ser aplicada, señalándose que la internación es una medida privativa de libertad que no excederá de seis años.

## **GRUPOS DE TRABAJO**

En este estado, la doctora Luz María Capuñay Chávez, Presidenta de la Comisión de Actos Preparatorios, concede el uso de la palabra a los señores magistrados relatores de cada grupo de trabajo a fin de que den lectura de las conclusiones arribadas preliminarmente, conforme se detalla a continuación:

**A.- GRUPO Nº 1****PRIMERA PREGUNTA**

Por mayoría adopta la TERCERA PONENCIA

Siendo el resultado de la votación:

A favor de la primera ponencia	: 0 voto
A favor de la segunda ponencia	: 0 voto
A favor de la tercera ponencia	: 15 votos
A favor de la cuarta ponencia	: 0 voto
Abstenciones	: 2 votos

El grupo aprueba la tercera ponencia, pero con el agregado que a continuación se expone:

Que las infracciones cometidas por menores de catorce años que son objetos de medidas de protección deben ser asumidas por el MIMDES, conforme a lo prescrito en la Ley Nº 28330 del 14 de agosto de 2004, y los procesos judiciales que estén en trámite continúen, hasta que el MIMDES asuma funciones, a cargo del juez especializado de familia en lo tutelar o el juez que haga sus funciones, conforme a la realidad de cada Distrito Judicial.

**SEGUNDA PREGUNTA**

Por mayoría adopta por la PRIMERA PONENCIA

Con la siguiente votación:

Por la primera ponencia	: 8 votos
Por la segunda ponencia	: 5 votos
Abstenciones	: 0 voto

Si bien es cierto, el grupo adopta por la primera ponencia, también es [sic] que ellos solicitan que ésta sea corregida en el extremo que señala *niños* y *niñas* y quede redactada de la siguiente manera: "Que, tratándose de un tema referido a las infracciones penales cometidas por adolescentes, es pertinente que sea resuelto al amparo de lo dispuesto en el artículo 239º del Código de los Niños y Adolescentes".

**B.- GRUPO Nº 2****PRIMERA PREGUNTA**

Por mayoría adopta la SEGUNDA PONENCIA



Siendo el resultado de la votación:

A favor de la primera ponencia : 3 votos  
A favor de la segunda ponencia : 8 votos  
A favor de la tercera ponencia : 0 voto  
A favor de la cuarta ponencia : 1 voto  
Abstenciones : 0 voto

Con la fundamentación que efectivamente, tratándose de un tema referido a las infracciones penales cometidas por niños y/o niñas menores de 14 años, siendo que éste tema puede estar vinculado a un tema de abandono moral y material, es pertinente que sea el Juez Especializado de Familia en lo Tutelar, quien asuma la competencia en tales hechos.

Por otro lado, el voto en minoría solicita que sea el Juez Especializado de Familia en lo Penal quien conozca el caso.

Asimismo la Doctora Columba del Carpio Rodríguez de Abarca, representante de la Corte Superior de Arequipa, propone que se solicite que el MIMDES asuma su rol en el proceso de investigaciones de los niños, niñas y adolescentes, en situación de abandono de conformidad con el artículo 245º del Código de los Niños y Adolescentes, pero a nivel nacional.

## **SEGUNDA PREGUNTA**

Por mayoría adopta la PRIMERA PONENCIA

Siendo el resultado de la votación:

A favor de la primera ponencia : 8 votos  
A favor de la segunda ponencia : 1 voto  
Abstenciones : 4 votos

El grupo asume la primera ponencia, es decir, porque el proceso sea resuelto al amparo de lo dispuesto por el artículo 239º del Código de los Niños y Adolescentes.

Por su parte, los votos de las abstenciones, proponen que se aplique [*sic*] las dos ponencias, toda vez que no existe antinomias entre dichas normas y deber [*sic*] ser aplicadas de acuerdo al caso en concreto.

## C.- GRUPO Nº 3

### PRIMERA PREGUNTA

Por unanimidad adopta la PRIMERA PONENCIA

Siendo el resultado de la votación:

A favor de la primera ponencia	: 15 votos
A favor de la segunda ponencia	: 0 voto
A favor de la tercera ponencia	: 0 voto
A favor de la cuarta ponencia	: 0 voto
Abstenciones	: 0 voto

El grupo asume por unanimidad por la primera ponencia:

“Que tratándose de un tema referido a las infracciones penales cometidas por niños y/o niñas, es pertinente que sea el Juez Especializado de Familia en lo Penal quien asuma la competencia para conocer tales hechos” **con la precisión** de que tiene que ser tramitado en la vía procesal correspondiente a la infracción en la ley penal.

Argumentan la elección de la ponencia en lo siguiente:

- Por especialización del proceso.
- Por el principio de economía procesal.
- La investigación de la infracción penal debe estar a cargo de un Juez Especializado.

### SEGUNDA PREGUNTA

Por mayoría adopta la SEGUNDA PONENCIA

Siendo el resultado de la votación:

A favor de la primera ponencia	: 3 votos
A favor de la segunda ponencia	: 12 votos
Abstenciones	: 0 voto

Se arribó a la siguiente conclusión por MAYORÍA

“Que, siendo que el artículo 235º del Código de los Niños y Adolescentes fue modificado por el Decreto Legislativo Nº 990 de fecha 22 de julio del año 2007, corresponde ser aplicada, señalándose que la internación es una medida privativa de libertad que no excederá de seis años”.

Argumentos del grupo:

- 1.- Debe aplicarse el artículo 239º del Código de los Niños y Adolescentes por ser favorable al menor y es congruente con el principio de interés superior del niño y que el proceso sea tratado como un problema humano, por lo que debe respetarse la edad máxima de 21 años, más aún debe tenerse en cuenta que el internamiento no es una sanción sino una medida socioeducativa.
- 2.- La pena tanto para mayores como para menores tienen por finalidad la rehabilitación, reeducación y resocialización, consecuentemente no es una sanción en estricto sentido, ni un acto de venganza social, debe considerarse la aplicación máxima de los seis años como pena para los menores infractores. Dicha sanción debe obviamente ser regulada por el Juez según el tiempo de tratamiento que requiera para su resocialización, reeducación y rehabilitación.
- 3.- No se observa colisión de normas entre lo previsto por el artículo 235º del Código de los Niños y Adolescentes y el Decreto Legislativo N° 990, el mismo que modifica el Código de los Niños y Adolescentes, por lo que por el principio de legalidad de normas y por la aplicación de ley en tiempo asumen la ponencia número 2.
- 4.- La inaplicación de los seis años de internamiento en función a la edad importa la vulneración al principio de igualdad de trato ante la ley consagrada en el artículo segundo inciso segundo de la constitución.

#### D.- **GRUPO N° 4**

##### **PRIMERA PREGUNTA**

Por mayoría adopta la QUINTA PONENCIA

Siendo el resultado de la votación:

A favor de la primera ponencia	: 5 votos
A favor de la segunda ponencia	: 0 voto
A favor de la tercera ponencia	: 0 voto
A favor de la cuarta ponencia	: 0 voto
A favor de la quinta ponencia	: 11 votos
Abstenciones	: 0 voto

El grupo propone una quinta ponencia, siendo ésta la siguiente:

*"Es competente el Juez de Familia Tutelar para conocer temas referidos a infracciones a la ley penal de conformidad con lo establecido por el artículo*

*242º del Código de los Niños y Adolescentes, en la vía procedimental tutelar. Y en el caso de las medidas de protección para el caso de niños en abandono, es el MIMDES quien debe dictarlo de conformidad con lo establecido en artículo 243º del Código de los Niños y Adolescentes".*

Fundamentan su propuesta en lo siguiente:

- 1) El Juez de familia tutelar, es el competente para conocer, temas referidos a infracciones a la ley penal de conformidad con lo establecido por el artículo 242º del Código de los Niños y Adolescentes.
- 2) Las medidas de protección para el caso de niños en abandono, es el MIMDES quien debe dictarlo de conformidad con lo establecido en el artículo 243º del Código de los Niños y Adolescentes.

## **SEGUNDA PREGUNTA**

Po mayoría adopta la PRIMERA PONENCIA

Siendo el resultado de la votación:

A favor de la primera ponencia	: 13 votos
A favor de la segunda ponencia	: 0 voto
Abstenciones	: 3 votos

El grupo adopta la primera ponencia que refiere, que el tema referido a las infracciones penales cometidas por niños, niñas y adolescentes es pertinente que sea resuelto al amparo de lo dispuesto en el artículo 239º del Código de los Niños y Adolescentes.

Teniendo como fundamento:

- 1) Si es una infracción a la ley penal debe aplicarse éstos principios, siendo el primordial, para este caso el principio de favorabilidad, lo cual debe aplicarse al menor infractor.
- 2) Es pertinente que sea resuelto al amparo de lo dispuesto en el artículo 239º Código de los Niños y Adolescentes.

### **E.- GRUPO Nº 5**

#### **PRIMERA PREGUNTA**

Por mayoría adopta la PRIMERA PONENCIA

Siendo el resultado de la votación:

A favor de la primera ponencia : 13 votos  
A favor de la segunda ponencia : 1 voto  
A favor de la tercera ponencia : 0 voto  
A favor de la cuarta ponencia : 0 voto  
Abstenciones : 1 voto

Se arribó a la siguiente conclusión por MAYORÍA:

*“Que tratándose de un tema referido a las infracciones penales cometidas por niños y/o niñas, es pertinente que sea el Juez Especializado de Familia en lo Penal”.*

El argumento del voto de abstención fue el siguiente: no se podría tramitar en la vía correspondiente a los procesos de investigación tutelar debido a que no se ha dado las causales de abandono así como el resultado de toda investigación tutelar es declarar o no el estado de abandono de un menor, de otro lado tampoco se podría tramitar en un proceso de infracción a la ley penal porque se causaría mayor daño o perjuicio al niño o adolescente menor de catorce años al someterlo a un proceso penal, lo cual lo estigmatizaría, agravándose el problema cuando hayan concurrido en el mismo hecho imputado un adolescente de trece años y otro de dieciséis años, en consecuencia es necesario que frente al vacío de la ley que no establece un procedimiento específico creativamente se implemente otro tipo de procedimiento distinto a los anteriores.

## **SEGUNDA PREGUNTA**

Por mayoría adopta la SEGUNDA PONENCIA

Siendo el resultado de la votación:

A favor de la primera ponencia : 1 voto  
A favor de la segunda ponencia : 14 votos  
Abstenciones : 0 voto

Se arribó a la siguiente conclusión:

*“Que, siendo que el artículo 235º del Código de los Niños y Adolescentes fue modificado por el Decreto Legislativo N° 990 de fecha 22 de julio del año 2007, corresponde ser aplicada, señalándose que la internación es una medida privativa de libertad que no excederá de seis años”.*

Los votantes expresan que se encuentran de acuerdo con la segunda ponencia sin perjuicio que al cumplir el infractor los 21 años de edad,

se revalué su situación para determinar si correspondería la aplicación de lo dispuesto en el artículo 239º de acuerdo a las circunstancias del caso concreto. Asimismo, se propone una derogación o modificación del artículo 239º del Código de los Niños y Adolescentes a fin de evitar resoluciones contradictorias.

## F- **GRUPO Nº 6**

### **PRIMERA PREGUNTA**

Por mayoría adopta la SEGUNDA PONENCIA

Siendo el resultado de la votación:

A favor de la primera ponencia	: 1 voto
A favor de la segunda ponencia	: 15 votos
A favor de la tercera ponencia	: 0 voto
A favor de la cuarta ponencia	: 0 voto
Abstenciones	: 0 voto

Se arribó a la siguiente conclusión por MAYORÍA ABSOLUTA

La segunda ponencia que refiere: “Que tratándose de un tema referido a las infracciones penales cometidas por niños y/o niñas menores de 14 años, siendo que éste tema puede estar vinculado a un tema de abandono moral y material, es pertinente que sea el Juez Especializado de Familia en lo Tutelar, quien asuma la competencia en tales hechos, *con la precisión que se tramitará a través de un proceso de investigación tutelar*”.

### **SEGUNDA PREGUNTA**

Por unanimidad adopta la PRIMERA ponencia

Siendo el resultado de la votación:

A favor de la primera ponencia	: 16 votos
A favor de la segunda ponencia	: 0 voto
Abstenciones	: 0 voto

Se arribó a la siguiente conclusión por unanimidad:

Que tratándose de un tema referido a las infracciones penales cometidas por niños, niñas y/o adolescentes es pertinente que sea resuelto al amparo de lo dispuesto en el artículo 239º del Código de los Niños y Adolescentes.

A su vez el grupo recomienda:

- 1) Una modificación legislativa referente al plazo máximo de internamiento, a que se refiere el artículo 239º del CNA, el que debe extenderse a veintitrés años de edad.
- 2) Exigir al MIMDES el cumplimiento de todo lo concerniente a la disponibilidad inmediata de los albergues para el ingreso de los niños y adolescentes en presunto estado de abandono así como también lo concerniente a su alimentación y traslado.

## DEBATE PLENARIO

Luego de leídas las conclusiones arribadas por los señores magistrados relatores de los seis grupos de trabajo, la presidenta de la Comisión de Actos Preparatorios doctora Luz María Capuñay Chávez concede el uso de la palabra a los magistrados asistentes que deseen efectuar algún aporte adicional a los argumentos ya vertidos, los mismos que intervinieron con las posturas asumidas en sus grupos de trabajo, por lo que se procedió a la votación.

## VOTACIÓN

Concluido el debate plenario, la presidenta de la Comisión de Actos Preparatorios, Dra. Luz María Capuñay Chávez invitó a los señores jueces superiores participantes a emitir su voto respecto a las ponencias propuestas, siendo el resultado el siguiente:

### A la pregunta N° 1

	Primera Ponencia	Segunda Ponencia	Tercera Ponencia	Cuarta Ponencia	Abstenciones
Número de Votos	39	49	0	0	2

### A la pregunta N° 2

	Primera Ponencia	Segunda Ponencia	Abstenciones
Número de Votos	49	33	4

## CONCLUSIÓN PLENARIA

**Respecto a la pregunta Nº 1:** El Pleno adoptó por MAYORÍA, la segunda ponencia que enuncia lo siguiente: *QUE, TRATÁNDOSE DE UN TEMA REFERIDO A INFRACCIONES PENALES COMETIDAS POR NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MENORES DE 14 AÑOS, SIENDO QUE ÉSTE TEMA PUEDE ESTAR VINCULADO A UNO DE ABANDONO MORAL Y MATERIAL, ES PERTINENTE QUE SEA EL JUEZ ESPECIALIZADO DE FAMILIA EN LO TUTELAR, QUIEN ASUMA LA COMPETENCIA EN TALES HECHOS.*

**Respecto a la pregunta Nº 2:** El Pleno adoptó por MAYORÍA la primera ponencia que enuncia lo siguiente: *QUE, TRATÁNDOSE DE UN TEMA REFERIDO A LAS INFRACCIONES PENALES COMETIDAS POR NIÑOS, NIÑAS Y/O ADOLESCENTES, ES PERTINENTE QUE SEA RESUELTO AL AMPARO DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 239º DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES.*

Lima, 24 de octubre de 2009.

544

SS.

Dra. LUZ MARÍA CAPUÑAY CHÁVEZ (Presidenta)

Dra. [sic] FRANCISCO CUNYA CELI

Dra. [sic] EDWAR SÁNCHEZ BRAVO

Dra. LUCÍA ISABEL PALOMINO PÉREZ

Dra. [sic] RICARDO SALINAS MÁLAGA

Dra. JANET TELLO GILARDI

Dra. CARMEN MARÍA LÓPEZ VÁSQUEZ



SEGUNDA PARTE

**Materia Civil:**  
Plenos Casatorios y  
Plenos Jurisdiccionales

**III. PLENOS**  
JURISDICCIONALES REGIONALES





**CONCLUSIONES DEL PLENO JURISDICCIONAL REGIONAL CIVIL**

(Emitidas el 29 de marzo de 2008)

Arequipa, 28 y 29 de marzo de 2008

La Comisión de Actos Preparatorios del Pleno Jurisdiccional Regional Civil con sede en Arequipa, conformada por los señores Magistrados: Dr. Francisco Carreón Romero, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa (Presidente); Dr. Lucio Bonifacio Vilcanqui Capaquira, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Apurimac; Dr. Vicente Amador Pinedo Coa, Vocal de la Corte Superior de Justicia del Cusco; Dr. Pedro Crisólogo Aldea Suyo, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios; Dra. Carolina Teresa Aybar Roldán, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Moquegua; y Dr. Oscar Ayestas Ardiles, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Puno, dejan constancia de que luego de llevado a cabo el debate de cada uno de los temas sometidos al Pleno, los señores Magistrados Participantes provenientes de las Cortes Superiores de Justicia de Arequipa, Apurimac, Cusco, Madre de Dios, Moquegua, Puno y Tacna, han arribado a las conclusiones que se exponen a continuación:

**TEMA Nº 1****LA TERCERÍA CONTRA DERECHOS REALES DE GARANTÍA Y MEDIDAS CAUTELARES****I. Contra ejecuciones de garantías reales, ¿se debe admitir la demanda o liminarmente rechazarse?****1. PONENCIAS****A. Primera Ponencia: Se debe rechazar liminarmente la demanda, porque el petitorio constituye un imposible jurídico.**

- **Fundamentación:** Conforme lo establece el artículo 533º del C.P.C. la tercería se interpone en contra de las medidas

cautelares o para la ejecución, en ambos casos dictadas en un proceso judicial; y siendo que la hipoteca es un título de ejecución de la autonomía privada, resulta un imposible jurídico pretender su extinción, cuando ésta se encuentra prevista en el artículo 1122º del C.C.

**B. Segunda Ponencia:** Se debe admitir la demanda, porque su petitorio es jurídicamente posible.

- **Fundamentación:** Que la hipoteca es una medida para la ejecución de los inmuebles del ejecutado, siendo que la Tercería es una forma procesal de extinguir dicha garantía, máxime que el único requisito exigido es que el tercerista acredite su derecho mediante documento de fecha cierta (artículo 535º C.P.C.).

2. **VOTACIÓN:** El Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, Dr. José Carreón Romero invitó a los señores vocales superiores participantes a emitir su voto respecto a cada una de las posiciones antes descritas, siendo el resultado el siguiente:

Por la posición número 1 : Total de 29 votos

Por la posición número 2 : Total de 11 votos

3. **CONCLUSIÓN PLENARIA:** El Pleno adoptó por MAYORÍA la primera ponencia que enuncia lo siguiente: se debe rechazar liminarmente la demanda, porque el petitorio constituye un imposible jurídico.

## II. Contra las medidas cautelares o para la ejecución inscritas en el registro, ¿se debe admitir la demanda o liminarmente rechazarse?

### 1. PONENCIAS

**A. Primera Ponencia:** Se debe rechazar liminarmente la demanda, porque constituye un imposible jurídico; salvo que verosímelmente se acredite la mala fe del embargante.

- **Fundamentación:** Siendo que el embargo inscrito goza de legitimación y prioridad registral; es jurídicamente imposible

que un derecho no inscrito prevalezca sobre él; excepto, que dicha inscripción carezca de la buena fe del embargante, que conocía o podía conocer que el bien embargado no pertenecía al demandado ejecutado sino al tercerista; situación que debe estar acreditada en forma verosímil (en apariencia); teniendo en cuenta que el auto admisorio de la tercería conlleva accesoriamente la suspensión de la ejecución (equiparable a una medida cautelar).

**B. Segunda Ponencia:** Se debe admitir la demanda; porque el pedido de desafectación es posible jurídicamente; siendo los argumentos esgrimidos sobre el derecho registral, argumentos de fondo para la sentencia.

- **Fundamentación:** Basta que el tercerista cumpla con acreditar su título de propietario mediante documento privado o público de fecha cierta, conforme lo exige el artículo 535º del C.P.C.; para que la demanda sea admitida; porque de lo contrario, se vulnera el derecho al acceso a la justicia como componente de la tutela jurisdiccional efectiva; siendo en todo caso, materia de la sentencia pronunciarse sobre la aplicación de los principios registrales.

2. **VOTACIÓN:** El Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, Dr. José Carreón Romero invitó a los señores vocales superiores participantes a emitir su voto en relación a las posiciones antes descritas, siendo el resultado el siguiente:

Por la primera ponencia : Total de 15 votos

Por la segunda ponencia : Total de 25 votos

3. **CONCLUSIÓN PLENARIA:** El Pleno adoptó por MAYORÍA la segunda ponencia que enuncia lo siguiente: Se debe admitir la demanda; porque el pedido de desafectación es posible jurídicamente; siendo los argumentos esgrimidos sobre el derecho registral, argumentos de fondo para la sentencia.

### III. La tercería preferente de pago de los créditos laborales en contra de créditos hipotecarios, ¿su ejercicio se halla condicionado a los supuestos del Decreto Legislativo N° 856 o es incondicionado?

#### 1. PONENCIAS

A. **Primera Ponencia:** El derecho preferente del crédito laboral de rango constitucional debe armonizarse con el derecho a la seguridad jurídica. Por ello, su ejercicio del derecho contenido en el artículo 24º de la Constitución, se debe condicionar al estado de insolvencia que prescribe el Decreto Legislativo N° 856, que es una norma de desarrollo constitucional.

- **Fundamentación:** No hay razón para afectar la ejecución de una garantía hipotecaria; si pueden existir otros bienes del deudor común suficientes para el pago del crédito laboral; salvo que se acredite que el único bien suficiente es el de la ejecución hipotecaria; supuestos contemplados en los artículos 3º y 4º del D. Leg. N° 856; y conforme se ha pronunciado la Corte Suprema en la Casación N° 1733-2005-Santa, publicada en El Peruano el 1 de agosto de 2006.

B. **Segunda Ponencia:** El artículo 24º de la Constitución no establece ninguna restricción para la preferencia de los créditos laborales, por lo que se debe recurrir al control difuso e inaplicar las restricciones o condicionamientos contenidos en los artículos 3º y 4º del Decreto Legislativo N° 856.

- **Fundamentación:** Siendo que los créditos laborales tienen una naturaleza alimenticia, su preferencia es absoluta y no está sujeta a condición alguna; debiéndose reconocer dicha preferencia en todos los procesos de ejecución de garantías reales por créditos no preferentes; e inaplicar vía control difuso los artículos 3º y 4º del D. Leg. N° 856, conforme lo ha resuelto la Corte Suprema mediante Casación N° 2280-04-SANTA, publicada en El Peruano el 31 de julio de 2006.

2. **VOTACIÓN:** El Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, Dr. José Carreón Romero invitó a los señores Vocales Superiores

Participantes emitir su voto respecto a cada una de las posiciones antes descritas, siendo el resultado el siguiente:

Por la primera ponencia : Total de 29 votos

Por la segunda ponencia : Total de 10 votos

3. **CONCLUSIÓN PLENARIA:** El Pleno adoptó por MAYORÍA la primera ponencia que enuncia lo siguiente:

*El artículo 24º de la Constitución no establece ninguna restricción para la preferencia de los créditos laborales, por lo que se debe recurrir al control difuso e inaplicar las restricciones o condicionamientos contenidos en los artículos 3º y 4º del Decreto Legislativo Nº 856.*

## EL JUSTO TÍTULO EN LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO

## I. ¿Qué se debe entender por justo título en la prescripción adquisitiva de dominio?

## 1. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

Que, el segundo párrafo del artículo 950º del Código Civil, respecto a los requisitos de prescripción adquisitiva de bien inmueble, precisa: "... Se adquiere a los cinco años cuando medien justo título y buena fe"; al respecto se advierte que no existe claridad en la norma, pues no se logra entender a qué título se refiere cuando precisa "justo título".

## 2. MOTIVACIÓN

El fundamento radica, en que un sin número de justiciables acuden al Órgano Jurisdiccional instaurando demanda de prescripción adquisitiva de dominio, invocando la norma aludida anteriormente, y acompañando documento que el justiciable considera como "justo título", así por lo general se acompañan minutas de compra venta, contratos de compra venta realizados en forma privada u otros documentos similares; empero dichas demandas son rechazadas liminarmente por los juzgados, basándose en que dicha minuta constituye título de propiedad y que la prescripción no constituye la vía idónea; que por otro lado también se dan casos en que se han admitido a trámite los procesos, no existiendo uniformidad respecto a que documento se considera como tal; dejándose a criterio del juez el poder calificarlos lo cual ocasiona problemas en la aplicación de dicha norma. Se debe tener claro el panorama sobre el hecho de cuando estamos ante un justo título y cuando no, para de ésta forma uniformizar criterios, lo contrario indicaría que no existe justo título y que la norma mencionada no sería de aplicación en ningún caso.

## 3. PONENCIA

A. **Primera Ponencia:** Se precisa que por ejemplo, la minuta (contrato de compra venta) y otros documentos similares, no constituyen "justo título" corroborada con reiterada jurisprudencia, de las que se pueden citar las siguientes: "... resulta jurídicamente imposible solicitar la declaración de propiedad por prescripción adquisitiva si se afirma haber adquirido ésta



por contrato de compra venta”. Asimismo, “No constituye justo título una escritura pública declarada nula, por el Poder Judicial, por lo que en estos casos no pueden admitirse la prescripción corta de cinco años”.

**B. Segunda Ponencia:** Los contratos de compra venta y similares sí constituyen “justo título”, siendo admisible a trámite las demandas de prescripción adquisitiva corta, existiendo pronunciamientos favorables al respecto.

#### 4. VOTACIÓN

Prevía a la votación, el señor Presidente de la Comisión, Dr. José Carrión Romero advirtió que de la lectura de las conclusiones expuestas por los señores magistrados relatores de cada uno de los grupos de trabajo, los magistrados participantes adoptaron el criterio en consenso consistente en agregar a la segunda ponencia el concepto de justo título, con el tenor siguiente: “*Contrato traslativo de propiedad otorgado por un no propietario*”.

Hecho dicho agregado, la segunda ponencia se establece conforme al tenor siguiente, a fin de ser sometida a votación:

**Segunda Ponencia:** Los contratos de compra venta y similares sí constituyen “justo título”, siendo admisible a trámite las demandas de prescripción adquisitiva corta, existiendo pronunciamientos favorables al respecto. justo título es todo contrato traslativo de propiedad otorgado por un no propietario.

Establecido dicho tenor, las dos ponencias fueron sometidas a votación, siendo el resultado el siguiente.

Por la primera ponencia : 9 votos  
Por la segunda ponencia : 20 votos

#### 5. CONCLUSIÓN PLENARIA

El Pleno adoptó por MAYORÍA la segunda ponencia que enuncia lo siguiente: los contratos de compra venta y similares sí constituyen “justo título”, siendo admisible a trámite las demandas de prescripción adquisitiva corta, existiendo pronunciamientos favorables al respecto.

Justo título es todo contrato traslativo de propiedad otorgado por un no propietario.

## TEMA Nº 3

### COMPETENCIA PARA EL TRÁMITE DE RECTIFICACIÓN DE PARTIDA (CAMBIO DE NOMBRE, APELLIDO, RECTIFICACIÓN DE DATOS DE PARTIDAS DE NACIMIENTO, MATRIMONIO Y DEFUNCIÓN)

- I. **¿Cuál es el juez competente para conocer los procesos de rectificación de partida así como cambio y modificación de nombre?, ¿cuál es la vía procedimental a seguirse?**

#### 2.\* ENUNCIADO DEL PROBLEMA

Existencia del conflicto en la determinación de la competencia de los juzgados de paz letrados y civiles o mixtos según corresponda, respecto a la competencia para la tramitación de los procesos de rectificación de partida así como la que implica el cambio o modificación de nombre, apellido o la simple rectificación de datos de las partidas de nacimiento, matrimonio o defunción; a nivel nacional las Cortes tramitan de manera diferente estos procesos inclusive respecto a la vía procedimental.

#### 3. PONENCIAS

**Primera Ponencia:** Conforme a lo previsto en el artículo 750º del Código Procesal Civil la competencia para conocer los procesos de rectificación de partida es del Juez de Paz Letrado y siendo el cambio o modificación de nombre o apellido constituye en sí una rectificación de partida, correspondería al Juez de Paz Letrado la competencia para tramitar estos procesos en vía de proceso no contencioso.

**Segunda Ponencia:** Esta posición considera que la rectificación de partida, implica sólo la modificación de las partidas de nacimiento, matrimonio o defunción por algún error material, mientras que el cambio o modificación de nombre o apellido u otros datos de relevancia en dichas partidas en aplicación del artículo 29º del Código Civil en concordancia del artículo Quinto del Código Procesal Civil y artículo 49º inciso 1 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial más bien son de competencia del

\* En el Tema Nº 3 del presente Pleno Jurisdiccional, extraído de la página web del Poder Judicial, se lee numeral: "2", "3", "4", "5"; y, "6"; debiendo decir: "1", "2", "3", "4"; y, "5".

Juez Especializado Civil o Mixto en aquellos lugares de quien haga sus veces en mérito a la complejidad del proceso en atención a lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia número 2273-2005-PHC/TC, debiendo tramitarse en vía de proceso sumario o abreviado.

#### 4. VOTACIÓN

Previa a la votación, el señor Presidente de la Comisión, Dr. José Carrión Romero advirtió que de la lectura de las conclusiones expuestas por los señores magistrados relatores de cada uno de los grupos de trabajo, los magistrados participantes encontraron consenso en que en el caso de rectificación de partida por error material, al ser competente es el Juez de Paz Letrado en la vía no contencioso. No obstante, en el caso de Cambio de Nombre al no encontrar consenso en las conclusiones de los grupos de trabajo, se estableció someter al pleno lo siguiente:

##### **En cuanto a la competencia**

Postura A : En el caso de cambio de nombre el competente es el Juez de Paz Letrado.

Postura B : En el caso de cambio de nombre el competente es el Juez Especializado Civil.

Siendo el resultado el siguiente:

Por la postura A : 14 votos

Por la postura B : 24 votos

##### **Respecto a la vía procedimental**

Postura A : En el caso de cambio de nombre la vía procedimental es la de contenciosa [sic].

Postura B : En el caso de cambio de nombre la vía procedimental es la no contenciosa.

Siendo el resultado el siguiente:

Por la postura A : 10 votos

Por la postura B : 28 votos

5. **CONCLUSIONES DEL PLENO:** El Pleno adoptó por MAYORÍA lo siguiente: *“El proceso de rectificación de partida por error material es competencia del Juez de Paz Letrado en la vía no contenciosa. El caso de cambio de nombre, es competente el Juez Especializado Civil en la vía no contenciosa”.*

6. **PROPUESTA LEGISLATIVA**

El Pleno acuerda por UNANIMIDAD, solicitar al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, emita una resolución administrativa fijando la competencia en los casos de rectificación de partida por error material y cambio de nombre, por encontrarse dentro de sus atribuciones.

Se deja constancia asimismo de la inasistencia justificada del señor magistrado Dr. Felipe de la Barra Barrera, Presidente de la Corte Superior de Justicia de Tacna y miembro de la Comisión de Actos Preparatorios.

Arequipa, 29 de marzo de 2008.

556

SS.

CARREÓN ROMERO  
ALDEA SUYO  
AYVAR ROLDÁN  
AYESTAS ARDILES  
PINEDO COA  
VILCANQUI CAPAQUIRA

**CONCLUSIONES DEL PLENO JURISDICCIONAL REGIONAL CIVIL**

(Emitidas el 11 de agosto de 2012)

La Comisión de Actos Preparatorios del Pleno Jurisdiccional Regional Civil con sede en la ciudad de Talara, conformada por los señores Jueces Superiores: Jaime Antonio Lora Peralta, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Sullana, Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios; Juan Manuel Albán Rivas, Juez [sic] Superior de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca; Melicia Aurea Brito Mallqui, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Ancash, en representación del doctor Silvio Rolando Lagos Espinel; Fidencio Francisco Cunya Celi, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Piura; Perú Valentín Jiménez La Rosa, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Tumbes; Daniel Carrillo Mendoza, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque; Niczon Halando Espinoza Lugo, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia Del Santa en representación de la doctora Linda María Olga Vanini Chang y Mariano Benjamín Salazar Lizárraga, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, dejan constancia de que luego de llevado a cabo el debate de cada uno de los temas sometidos al pleno, los señores jueces participantes, han arribado a las conclusiones que exponen a continuación:

**TEMA Nº 1****INEJECUTABILIDAD DE LA SENTENCIA DE DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA**

**¿Es inejecutable la sentencia emitida en un proceso de desalojo por ocupación precaria seguido contra el demandado que en un proceso sobre prescripción adquisitiva de propiedad fue declarado propietario del bien inmueble en litis, y su derecho incluso fue inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble?**

**Primera Ponencia**

La sentencia emitida en el proceso de desalojo, debe cumplirse en sus propios términos, de conformidad con lo establecido en el artículo 4º del Texto Único

Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, conforme al cual toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales. No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso; norma concordante con el segundo párrafo del artículo 138º de la Constitución Política del Perú, que prescribe que 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.

## Segunda Ponencia

No es posible ejecutar la sentencia emitida en el proceso de desalojo, porque el demandado ostenta la calidad de propietario y su derecho es oponible a su contrario, cuyo derecho de propiedad, ha sido incluso cancelado por mandato judicial, siendo que por su naturaleza el proceso de desalojo procede contra quien carece de título o por haber fenecido éste, supuestos previstos en el artículo 911º del Código Civil, y que el caso del demandado no se cumplen.

1.- **GRUPOS DE TRABAJO:** En este estado, el doctor Jaime Antonio Lora Peralta, Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, concede el uso de la palabra a los señores relatores de cada grupo de trabajo a fin de que den lectura de las conclusiones arribadas preliminarmente, conforme se detalla a continuación:

**Grupo Nº 1:** El señor relator Dr. Miguel Ángel Guerrero Hurtado, manifestó que el grupo por **UNANIMIDAD** se adhiere a la segunda ponencia. Siendo la [sic] un total de ocho 8 votos, indicando que: “No es posible ejecutar la sentencia emitida en el proceso de desalojo, porque el demandado ostenta la calidad de propietario y su derecho es oponible a su contrario, cuyo derecho de propiedad, ha sido incluso cancelado por mandato judicial, siendo que por su naturaleza el proceso de desalojo procede contra quien carece de título o por haber fenecido éste, supuestos previstos en el artículo 911º del Código Civil, y que el caso del demandado no se cumplen”.

**Grupo Nº 2:** El señor relator Dr. Jaime Luis Rodríguez Manrique, manifestó que el grupo por **UNANIMIDAD** se adhiere a la segunda ponencia siendo la [sic] un total de ocho 8 votos, indicando que: “El demandante del desalojo ha perdido la titularidad del derecho de conformidad con el artículo 952º del Código Civil y ya no tendría legitimidad para ejecutar el lanzamiento; pues por condiciones de

temporalidad con la sentencia de usucapión e inscripción del derecho de propiedad del usucapiente cambiaron las circunstancias que produjeron el fallo en el proceso de desalojo, como límite temporal a la cosa juzgada material, ante la cancelación del título anterior”.

**Grupo Nº 3:** El señor relator Dr. César Negrón Muñoz, manifestó que su grupo por **UNANIMIDAD** se adhiere a la segunda ponencia. Siendo la [sic] un total de siete (7) votos, indicando que: “No es posible ejecutar la sentencia emitida en el proceso de desalojo, porque el demandado ostenta la calidad de propietario y su derecho es oponible a su contrario, cuyo derecho de propiedad, ha sido incluso cancelado por mandato judicial, siendo que por su naturaleza el proceso de desalojo procede contra quien carece de título o por haber fenecido éste, supuestos previstos en el artículo 911<sup>º</sup> del Código Civil, y que el caso del demandado no se cumplen”.

2.- **DEBATE:** Luego de leídas las conclusiones arribadas por los señores relatores de los tres grupos de trabajo, el Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios doctor Jaime Antonio Lora Peralta concede el uso de la palabra a los señores jueces asistentes que deseen efectuar algún aporte adicional a los argumentos ya vertidos.

- No existiendo pedidos de intervención se procede a la votación.

3.- **VOTACIÓN:** Concluido el debate en los grupos de taller, el Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios doctor Jaime Antonio Lora Peralta inicio el conteo de los votos en base a las actas de votaciones de cada grupo, siendo el resultado el siguiente:

Primera ponencia	: 0 voto
Segunda ponencia	: 23 votos
Abstenciones	: 0 voto

4.- **CONCLUSIÓN PLENARIA**

El Pleno adoptó por **UNANIMIDAD** por la segunda ponencia que enuncia lo siguiente: *“No es posible ejecutar la sentencia emitida en el proceso de desalojo, porque el demandado ostenta la calidad de propietario y su derecho es oponible a su contrario, cuyo derecho de propiedad, ha sido incluso cancelado por mandato judicial, siendo que por su naturaleza el proceso de desalojo procede contra quien carece de título o por haber fenecido éste, supuestos previstos en el artículo 911<sup>º</sup> del Código Civil, y que el caso del demandado no se cumplen”.*

## TEMA Nº 2

### EL PAGO DE LA CONDENA DE COSTOS DE LA PARTE PERDEDORA CONSTITUIDA POR VARIOS CODEMANDADOS O VARIOS CODEMANDANTES

¿La obligación del pago por la condena de costos de la parte perdedora constituida por varios codemandados o varios codemandantes según sea el caso, es solidaria o mancomunada cuando la resolución que ordena el pago no precisa cual es el monto a pagar de cada uno de ellos?

#### Primera Ponencia

Constituye una obligación mancomunada que se presenta cuando cada uno [sic] de los deudores (parte perdedora) debe o acreedores (parte vencedora) tiene derecho sólo a una parte de la prestación total; atendiendo a que el juzgador puede ejercitar la facultad que le confiere el artículo 414º del Código Procesal Civil que regula la precisión de los alcances de la condena de costos y costas, cuando señala: “El juez regulará los alcances de la condena en costas y costos, tanto respecto del monto como de los obligados y beneficiados, **en atención a las incidencias del proceso** (la negrita es nuestra). Fundamentando su decisión”. Esto es en vía integración de la resolución que ordena el pago según lo preceptuado en el quinto párrafo del artículo 172º del Código acotado y atendiendo a lo preceptuado en el artículo 1183º del Código Civil que señala “La solidaridad no se presume. Sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa”. Consecuentemente si la resolución omite pronunciarse sobre el monto a pagar por la condena de costos de la parte perdedora en un proceso judicial, sea cuando está constituida por varios codemandantes o varios codemandados y siendo la condena de costos un título judicial entonces en aplicación de este último precepto legal no puede presumirse que se trata de una obligación solidaria y por tanto es mancomunada.

#### Segunda Ponencia

Constituye una obligación solidaria que se presenta cuando tiene como esencial característica la posibilidad que el cumplimiento sea solicitado por entero a un solo deudor o por un solo acreedor (identidad prestacional). Pues si los costos constituyen obligaciones que surgen de la intervención de las partes en el proceso judicial y el artículo 1183º del Código Civil señala que: “La



solidaridad no se presume. Sólo la ley o el título de la obligación la establece en forma expresa”. Entonces cuando la resolución omite pronunciarse sobre el monto a pagar por la condena de costos de la parte perdedora en un proceso judicial, sea cuando está constituida por varios codemandantes o varios codemandados y atendiendo a que los costos constituyen una obligación legal y accesoria; entonces en aplicación de este último precepto legal la obligación es solidaria por mandato de la ley u no mancomunada [sic].

**4.1.\* GRUPOS DE TRABAJO:** En este estado, el doctor Jaime Antonio Lora Peralta, Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, concede el uso de la palabra a los señores relatores de cada grupo de trabajo a fin de que den lectura de las conclusiones arribadas preliminarmente, conforme se detalla a continuación:

**Grupo Nº 1:** El señor relator Dr. Miguel Ángel Guerrero Hurtado, manifestó que el grupo por **MAYORÍA** se adhiere a la segunda ponencia. Siendo un total de 8 votos, en el sentido de que nos encontramos ante una obligación solidaria en el cumplimiento del pago de costos, en el caso propuesto, teniendo en cuenta de que la obligación solidaria está emergiendo del título contenido en la resolución judicial, que contiene la obligación de pagar los costos por la parte vencida y dada la pluralidad de sujetos vencidos, los mismos representan la parte perdedora y por tanto si es de aplicación el artículo 1183º del Código Civil; debiendo dejar en claro que la obligación solidaria no está naciendo de una relación jurídico sustancial, sino de una relación jurídico sustancial, sino de relación jurídico procesal por el hecho de haber sido vencido en el proceso correspondiente.

**Grupo Nº 2:** El señor relator Dr. Jaime Luis Rodríguez Manrique, expreso que el grupo por **UNANIMIDAD** se adhiere a la segunda ponencia. Siendo la [sic] un total de siete (7) votos, indicando que: “El pago de los costos debería de ser en forma solidaria si así se precisa en el título que sería la sentencia o en la resolución que los regula; caso contrario con las facultades que le confiere el artículo 414º del Código Procesal Civil le corresponde emitir la resolución regulando los alcances si considera en el caso concreto si es en forma mancomunada”.

**Grupo Nº 3:** El señor relator Dr. César Augusto Negrón Muñoz, expreso que el grupo por **UNANIMIDAD** Siendo la un total de siete (7) votos que se adhiere a una tercera ponencia, la cual indica. **La Primera**

\* En el Tema Nº 2 del presente Pleno Jurisdiccional, extraído de la página web del Poder Judicial, se lee numeral: "4.1"; debiendo decir: "1".

**Postura** “Tanto la condena como la exoneración de costos procesales se debe disponer al expedirse la sentencia y en la etapa de ejecución de la misma, según lo preceptuado en el artículo 414º del Código Procesal Civil, lo que implica que se debe determinar en un auto si la obligación de pago es de naturaleza solidaria mancomunada”. **La Segunda Postura** “Si la sentencia no señala si es mancomunada o solidaria no es posible determinarlo en ejecución”. Por lo tanto el grupo optó por **MAYORÍA** la primera ponencia con cinco (5) votos que indica” Tanto la condena como la exoneración de costos procesales se debe disponer al expedirse la sentencia y en la etapa de ejecución de la misma, según lo preceptuado en el artículo 414º del Código Procesal Civil, lo que implica que se debe determinar en un auto si la obligación de pago es de naturaleza solidaria o mancomunada”.

- 2.- **DEBATE:** Luego de leídas las conclusiones arribadas por los señores relatores de los tres grupos de trabajo, el Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios doctor Jaime Antonio Lora Peralta concede el uso de la palabra a los jueces asistentes que deseen efectuar algún aporte adicional a los argumentos ya vertidos.

El doctor Víctor Malca Guaylupo, Juez Superior del Distrito Judicial de La Libertad y presidente del grupo de trabajo N° 3, solicito al Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, doctor Jaime Antonio Lora Peralta el uso de la palabra para manifestar lo siguiente:

Que el grupo de trabajo N° 3 ha considerado por *unanimidad* una tercera posición teniendo en cuenta que no comparten con los argumentos de las dos primeras posiciones, debido a que no existe presunción de solidaridad, por que cuando en una sentencia no se señala en forma expresa la forma de pago de conformidad con el artículo 414º del C.P.C. corresponde especificar si el pago de es forma mancomunada o solidaria mediante un auto en ejecución de sentencia.

Habiendo culminado la intervención del doctor Víctor Malca Guaylupo, juez superior titular del Distrito Judicial de La Libertad y presidente del grupo de trabajo N° 3, el doctor Jaime Antonio Lora Peralta, Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, en uso de sus facultades conferidas en la Guía Metodológica de los Plenos Jurisdiccionales y en coordinación con los demás integrantes de la comisión, sometió la consulta al pleno para determinar si se consideraría como tercera propuesta la antes expuesta y teniendo como respuesta la cantidad de votos considerados, se acepto como una tercera posición la presentada por el grupo de trabajo N° 3.

- 3.- **VOTACIÓN:** Concluido el debate en los grupos de taller, el Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, doctor Jaime Antonio Lora Peralta inició el conteo de los votos en base a las actas de votaciones de cada grupo, siendo el resultado el siguiente:

#### **VOTACIÓN EN EL PLENO**

Primera ponencia : 4 voto  
Segunda ponencia : 3 votos  
Tercera ponencia : 16 votos

#### 4.- **CONCLUSIÓN PLENARIA**

EL Pleno adoptó por MAYORÍA la tercera ponencia que enuncian lo siguiente: *“Tanto la condena como la exoneración de costos procesales se debe disponer al expedirse la sentencia y en la etapa de ejecución de la misma, según lo preceptuado en el artículo 414º del Código Procesal Civil, lo que implica que se debe determinar en un auto si la obligación de pago es de naturaleza solidaria o mancomunada”.*

## TEMA Nº 3

### LA OPOSICIÓN ENTRE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA Y EL DERECHO DE TERCERO REGISTRAL

¿En la oposición del derecho de quien ostenta la posesión de un bien inmueble con vocación para adquirirlo por prescripción [corta o larga], y el derecho del tercero que ha adquirido el mismo bien de quien en el registro aparece como titular registral, cuál debe prevalecer?

#### Primera Ponencia

Debe prevalecer el derecho del titular registral por cuanto su adquisición se funda en la publicidad registral a que se refiere el artículo 2012º del Código Civil y, en consecuencia, su adquisición se presume de buena fe, a tenor de lo previsto por el artículo 2014º del mismo cuerpo normativo, y debe otorgársele protección por cuanto este tipo de adquisiciones afianzan el tráfico de bienes y afirman la seguridad jurídica.

#### Segunda Ponencia

Debe prevalecer el derecho de quien en base a la posesión continua, pacífica y pública [con justo título y buena fe en el caso de la prescripción corta], ha publicitario su derecho, en tanto la posesión es también una forma de publicidad más objetiva; y porque con ello se brinda protección a quien da al bien el uso, disfrute y goce que corresponde a su naturaleza económica; siendo ésta protección la que en rigor afianza la seguridad jurídica, en el entendido de protección a los derechos materialmente verificados; en tanto que el tráfico de bienes basado en el registro corresponde a una ficción que no debería tener mayor relevancia económica ni jurídica que el hecho mismo de la posesión en que se funda la usucapión.

- 1.- **GRUPOS DE TRABAJO:** En este estado, el doctor Jaime Antonio Lora Peralta, Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, concede el uso de la palabra a los señores relatores de cada grupo de trabajo a fin de que den lectura de las conclusiones arribadas preliminarmente, conforme se detalla a continuación:

**Grupo Nº 1:** El señor relator Dr. Miguel Ángel Guerrero Hurtado, manifestó que el grupo por **MAYORIA** se adhiere a la primera ponencia.

(siendo 6 votos por la primera ponencia y 2 votos por la segunda ponencia), manifestando que: “En consecuencia la confianza en la información registral significa la piedra angular de la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario. Asimismo, la aplicación estricta de los principios registrales conllevan necesariamente a limitar la aplicación de la prescripción adquisitiva, ya que el último adquirente inscribió su derecho y por lo tanto quedo expuesto a ser preferido frente a un tercero escribiente confiando en la publicidad registral”.

**Grupo Nº 2:** El señor relator Dr. Jaime Luis Rodríguez Manrique, manifestó que el grupo por **UNANIMIDAD** se adhiere a la segunda ponencia (siendo un total de 8 votos) manifestando que: “1) si bien el Derecho de propiedad tiene fundamento constitucional su tutela se encuentra sujeta a la condición de su ejercicio armonioso con el interés social, conforme al artículo 70º de su texto; 2) Debe tenerse en cuenta que el poseedor al estar provisto de vocación para usucapir el predio ya tiene la condición de titular del derecho de propiedad, restando sólo su declaración judicial como propietario, conforme al artículo 952º del Código Civil, condición que puede ser opuesta a quien compró de quien tenía derecho inscrito sobre el mismo sin poseerlo; y, 3) El poseedor ya adquirió a propiedad en forma autónoma y originaria, en tanto que el derecho del tercero se ha adquirido de una manera derivada con las mismas limitaciones y sanciones previstas por nuestro ordenamiento para el propietario inactivo o negligente en el ejercicio de la posesión”.

**Grupo Nº 3:** El señor relator Dr. César Augusto Negrón Muñoz, manifestó que el grupo por **UNANIMIDAD** a la segunda ponencia, (siendo de 7 votos), manifestando que siempre y cuando exista sentencia a favor del usucapiente.

2.- **DEBATE:** Luego de leídas las conclusiones arribadas por los señores relatores de los tres grupos de trabajo, el Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios doctor Jaime Antonio Lora Peralta concede el uso de la palabra a los jueces asistentes que deseen efectuar algún aporte adicional a los argumentos ya vertidos.

- No existiendo pedidos de intervención se procede a la votación.

3.- **VOTACIÓN:** Concluido el debate en los grupos de taller, el Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, doctor Jaime Antonio Lora Peralta inició el conteo de los votos en base a las actas de votaciones de cada grupo, siendo el resultado el siguiente:

Primera ponencia	: 6 voto [sic]
Segunda ponencia	: 17 votos
Abstenciones	: 0 voto

#### 4.- CONCLUSIÓN PLENARIA

El Pleno adoptó por **MAYORÍA** la segunda ponencia que enuncia lo siguiente: *“Debe prevalecer el derecho de quien en base a la posesión continua, pacífica y pública [con justo título y buena fe en el caso de la prescripción corta], ha publicitario su derecho, en tanto la posesión es también una forma de publicidad más objetiva; y porque con ello se brinda protección a quien da al bien el uso, disfrute y goce que corresponde a su naturaleza económica; siendo ésta protección la que en rigor afianza la seguridad jurídica, en el entendido de protección a los derechos materialmente verificados; en tanto que el tráfico de bienes basado en el registro corresponde a una ficción que no debería tener mayor relevancia económica ni jurídica que el hecho mismo de la posesión en que se funda la usucapión”.*

## LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE QUIEN ADQUIRIÓ EL BIEN POR COMPRA VENTA

¿Resulta jurídicamente posible que quien adquirió un bien inmueble mediante título privado [incluso del titular registral], como la compra venta, pretenda también la declaración de propiedad mediante prescripción adquisitiva?

### Primera Ponencia

El propietario que adquirió un bien inmueble mediante título privado traslativo de dominio, como la compra venta, no puede adquirirlo también mediante prescripción adquisitiva, por cuanto, por un lado, ya es propietario; y, de otro lado, no es jurídicamente posible tener dos títulos de dominio.

### Segunda Ponencia

El propietario que adquirió un bien inmueble mediante título privado traslativo de dominio, como la compra venta, sí puede adquirirlo mediante prescripción adquisitiva de dominio, en tanto nada obsta acumular dos títulos de dominio, y porque ello se corresponde con la racionalidad económica del derecho de propiedad y la función que el derecho le asigna a la prescripción adquisitiva.

**1.- GRUPOS DE TRABAJO:** En este estado, el doctor Jaime Antonio Lora Peralta, Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, concede el uso de la palabra a los señores relatores de cada grupo de trabajo a fin de que den lectura de las conclusiones arribadas preliminarmente, conforme se detalla a continuación:

**Grupo Nº 1:** El señor relator Dr. Miguel Ángel Guerrero Hurtado, manifestó que el grupo por **MAYORÍA** se adhiere a la segunda ponencia. (siendo 6 votos por la primera segunda y 1 votos [sic] por la primera ponencia), manifestando que: “El propietario que adquirió un bien inmueble mediante título privado traslativo de dominio, como la compra venta, sí puede adquirirlo mediante prescripción adquisitiva de dominio, en tanto nada obsta acumular dos títulos de dominio, y porque ello se corresponde con la racionalidad económica del derecho de propiedad y la función que el derecho le asigna a la prescripción adquisitiva”.

**Grupo Nº 2:** El señor relator Dr. Jaime Luis Rodríguez Manrique, manifestó que el grupo por **UNANIMIDAD** se adhiere a la segunda ponencia (siendo un total de 8 votos) manifestando que: “1) El grupo considera que en una persona pueden concurrir varias causas adquisitivas respecto a un mismo bien; por lo que quien cuenta con un título privado de propiedad, sí puede adquirir el mismo bien mediante prescripción adquisitiva, como modo originario de adquirirla en función a un hecho propio del titular, como poseedor calificado, constituyendo por tanto la declaración de la adquisición de propiedad por prescripción, sólo un modo de confirmar y reafirmar el título privado con el que ya cuenta. 2) El declarar improcedente la demanda de usucapión, por contar el demandante con contrato de compra venta, implicaría que el juez ab initio está dándole validez absoluta al citado contrato sin haberse discutido si el mismo adolece o no de causa alguna de nulidad”.

**Grupo Nº 3:** El señor relator Dr. César Augusto Negrón Muñoz, manifestó que el grupo por **UNANIMIDAD** a la segunda ponencia, (siendo de 7 votos), manifestando que: “El propietario que adquirió un bien inmueble mediante título privado traslativo de dominio, como la compra venta, sí puede adquirirlo mediante prescripción adquisitiva de dominio, y ello se corresponde con la racionalidad económica del derecho de propiedad y la función que el derecho le asigna a la prescripción adquisitiva”.

2.- **DEBATE:** Luego de leídas las conclusiones arribadas por los señores relatores de los tres grupos de trabajo, el Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios doctor Jaime Antonio Lora Peralta concede el uso de la palabra a los jueces asistentes que deseen efectuar algún aporte adicional a los argumentos ya vertidos.

- No existiendo pedidos de intervención se procede a la votación.

3.- **VOTACIÓN:** Concluido el debate en los grupos de taller, el Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, doctor Jaime Antonio Lora Peralta inició el conteo de los votos en base a las actas de votaciones de cada grupo, siendo el resultado el siguiente:

Primera ponencia	: 1 voto
Segunda ponencia	: 22 votos
Abstenciones	: 0 voto



#### 4.- CONCLUSIÓN PLENARIA

El Pleno adoptó por **MAYORÍA** la segunda ponencia que enuncia lo siguiente: El propietario que adquirió un bien inmueble mediante título privado traslativo de dominio, como la compra venta, sí puede adquirirlo mediante prescripción adquisitiva de dominio, en tanto nada obsta acumular dos títulos de dominio, y porque ello se corresponde con la racionalidad económica del derecho de propiedad y la función que el derecho le asigna a la prescripción adquisitiva.

Talara, 11 de agosto de 2012.

**SS.**

JAIME ANTONIO LORA PERALTA  
MARIANO BENJAMÍN SALAZAR LIZARRAGA  
DANIEL CARRILLO MENDOZA  
FIDENCIO FRANCISCO CUNYA CELI  
PERÚ VALENTIN JIMÉNEZ LA ROSA  
JUAN MANUEL ALBÁN RIVAS  
MELICIA AUREA BRITO MALLQUI  
NICZON HOLANDO ESPINOZA LUGO



**CONCLUSIONES DEL PLENO JURISDICCIONAL REGIONAL DE FAMILIA**

(Emitidas el 17 de setiembre de 2011)

La Comisión de Actos Preparatorios del Pleno Jurisdiccional Regional de Familia con sede en la ciudad de Chimbote, conformada por los señores Jueces Superiores: Linda María Olga Vanini Chang, Juez [sic] Superior de la Corte Superior de Justicia Del Santa Presidente [sic] de la Comisión de Actos Preparatorios; Juan Manuel Albán Rivas, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca; Marcial Quinto Gomero, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Ancash; Fidencio Francisco Cunya Celi, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Piura; Williams Hernán Vizcarra Tinedo, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Tumbes; Juan De La Cruz Ríos, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque; Jaime Antonio Lora Peralta, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Sullana y Wilda Cárdenas Falcón, Juez [sic] Superior de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, dejan constancia de que luego de llevado a cabo el debate de cada uno de los temas sometidos al Pleno, los señores jueces participantes, han arribado a las conclusiones que se exponen a continuación:

**TEMA Nº 1****ARCHIVAMIENTO DEL PROCESO EN CASO DE INCONCURRENCIA A LA AUDIENCIA ÚNICA**

**En los procesos sumarísimos y los procesos únicos, ¿si no concurren las partes a la audiencia única, es aplicable el artículo 203º del Código Procesal Civil que establece la conclusión del proceso?**

**Primera Ponencia**

Aplicando la interpretación extensiva, la norma no sólo es aplicable para la audiencia de pruebas sino también para las audiencias únicas; de tal forma que la inconcurrencia de ambas partes a cualquiera de estas audiencias, provoca la conclusión del proceso.

## Segunda Ponencia

Aplicando la interpretación restrictiva, la norma sólo es aplicable a la audiencia de pruebas, es decir la incomparecencia de las partes a esta audiencia provoca la conclusión del proceso, por expresa disposición de la norma antes citada.

- 1.- **GRUPOS DE TRABAJO:** En este estado, la Dra. Linda María Olga Vanini Chang, Presidenta de la Comisión de Actos Preparatorios, concede el uso de la palabra a los señores relatores de cada grupo de trabajo a fin de que den lectura de las conclusiones arribadas preliminarmente, conforme se detalla a continuación:

**Grupo Nº 1:** La señora relatora Dra. Wilda Mercedes Cárdenas Falcón, manifestó que el grupo por mayoría se adhiere a la segunda ponencia. Siendo la votación de 3 votos por la primera ponencia y 5 votos por la segunda ponencia.

**Grupo Nº 2:** El señor relator Dr. Williams Hernán Vizcarra Tinedo, manifestó que en el interior del grupo ha surgido **una tercera ponencia** que es como sigue: Aplicando la interpretación restrictiva, la norma aplicable a la audiencia de pruebas, es decir la incomparecencia de las partes a esta audiencia provoca la conclusión del proceso, por expresa disposición de la norma antes citada.

Tratándose de procesos de Familia, corresponde al Juez ante la ausencia de las partes a la audiencia, desarrollar el saneamiento procesal, dar por frustrada la conciliación, fijar los puntos controvertidos y admitir los medios de prueba; seguidamente citará las partes a la sesión de continuación de audiencia única, bajo apercibimiento de archivamiento del proceso en caso de incomparecencia. La votación del grupo fue: 2 votos por la primera ponencia, 2 votos por la segunda ponencia y 2 votos por la tercera ponencia.

**Grupo Nº 3:** La señora magistrada relatora Dra. Helena Sofía Huerta Herrera, manifestó que su grupo ha optado por hacerle un agregado a la primera ponencia quedando como sigue: Aplicando la interpretación extensiva, la norma no solo es aplicable para la audiencia de pruebas sino también para las audiencias únicas, de tal forma que la incomparecencia de ambas partes a cualquiera de estas audiencias, provoca la conclusión del proceso; *salvo que se trate de niños y adolescentes, en cuyo caso debe convocarse a una nueva audiencia, en virtud del principio del interés superior del niño y adolescente, bajo apercibimiento de archivar el proceso.*

El grupo por unanimidad se adhiere a la primera ponencia con el agregado precisado. (10 votos por la primera ponencia).

- 2.- **DEBATE:** Luego de leídas las conclusiones arribadas por los señores relatores de los tres grupos de trabajo, la Presidenta de la Comisión de Actos Preparatorios doctora Linda María Olga Vanini Chang concede el uso de la palabra a los magistrados asistentes que deseen efectuar algún aporte adicional a los argumentos ya vertidos; advirtiéndose la existencia de una ponencia adicional a las propuestas por la Comisión de Actos Preparatorios, efectuada por los grupos 2 y 3 que han sido anotadas en la forma siguiente:

*Ponencia Grupo 2*, es como sigue: “Aplicando la interpretación restrictiva, la norma aplicable a la audiencia de pruebas, es decir la inconcurrencia de las partes a esta audiencia provoca la conclusión del proceso, por expresa disposición de la norma antes citada”.

Tratándose de procesos de Familia, corresponde al Juez ante la ausencia de las partes a la audiencia, desarrollar el saneamiento procesal, dar por frustrada la conciliación, fijar los puntos controvertidos y emitir pruebas; seguidamente citará las partes a la sesión de continuación de audiencia única, bajo apercibimiento de archivamiento del proceso en caso de inconcurrencia.

*Ponencia Grupo 3*, es como sigue: (Adhesión a la 1ra ponencia) Aplicando la interpretación extensiva, la norma no solo es aplicable para la audiencia de pruebas sino también para las audiencias únicas, de tal forma que la inconcurrencia de ambas partes a cualquiera de estas audiencias, provoca la conclusión del proceso; *salvo que se trate de niños y adolescentes, en cuyo caso debe convocarse a una nueva audiencia, en virtud del principio del interés superior del niño y adolescente, bajo apercibimiento de archivar el proceso.* En relación a si se aceptaba o no una tercera ponencia adicional a las dos formuladas por la Comisión de Actos Preparatorios la Presidenta doctora Linda María Olga Vanini Chang sometió a votación dicha propuesta obteniéndose como resultado que se aceptaba por mayoría introducir a debate el plenario la tercera propuesta en los términos siguientes:

“Aplicando la interpretación extensiva, la norma no solo es aplicable para la audiencia de pruebas sino también para las audiencias únicas, de tal forma que la inconcurrencia de ambas partes a cualquiera de estas audiencias, provoca la conclusión del proceso; *salvo que se trate de niños y adolescentes, en cuyo caso debe convocarse a una nueva audiencia,*

*en virtud del principio del interés superior del niño y adolescente, bajo apercibimiento de archivar el proceso”.*

- 3.- **VOTACIÓN:** Concluido el debate en los grupos de taller, la Presidenta de la Comisión de Actos Preparatorios, doctora Linda María Olga Vanini Chang inicio el conteo de los votos en base a las actas de votaciones de cada grupo, siendo el resultado el siguiente:

Primera ponencia : Total de 5 votos  
Segunda ponencia : Total de 7 votos  
Tercera ponencia : Total 12 votos

La señora Presidenta de la Comisión de Actos Preparatorios Dra. Linda María Olga Vanini Chang, propicio el debate plenario en relación a las tres propuestas formuladas, recibándose las intervenciones y aportes de los magistrados participantes con el resultado siguiente:

#### **VOTACIÓN EN EL PLENO**

Primera ponencia : 10 votos  
Segunda ponencia : 0 voto  
Tercera ponencia : 12 votos  
Abstenciones : 2 votos

- 4.- **CONCLUSIÓN PLENARIA**

El Pleno adoptó por MAYORÍA la tercera ponencia (sugerida por el grupo 3 y aprobada en sesión plenaria por 12 votos a favor) que enuncia lo siguiente: *“Aplicando la interpretación extensiva, la norma no solo es aplicable para la audiencia de pruebas sino también para las audiencias únicas, de tal forma que la incomparecencia de ambas partes a cualquiera de estas audiencias, provoca la conclusión del proceso; salvo que se trate de niños y adolescentes, en cuyo caso debe convocarse a una nueva audiencia, en virtud del principio del interés superior del niño y adolescente, bajo apercibimiento de archivar el proceso”.*

## MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN LOS MENORES DE CATORCE (14) AÑOS

**Contra los menores infractores de catorce (14) años, en el entendido que estos no tienen capacidad para infringir las leyes penales, ¿son impuestas las medidas de protección sólo con los actuados policiales y fiscales, o es que se someten previamente a un proceso investigatorio?**

### Primera Ponencia

Señalan que el menor infractor de catorce o trece años o menos le son impuestas las medidas de protección sólo con los actuados policiales y fiscales, sin necesidad de un proceso investigatorio, pues la Ley les protege no los sanciona.

### Segunda Ponencia

Señalan que la imposición de las medidas de protección previstas en el artículo 242º del Código de los Niños y Adolescentes requiere que se acredite en forma indubitable la participación del menor favorecido mediante un proceso investigatorio.

**1.- GRUPOS DE TRABAJO:** En este estado, la doctora Linda María Olga Vanini Chang, Presidenta de la Comisión de Actos Preparatorios, concede el uso de la palabra a los señores relatores de cada grupo de trabajo a fin de que den lectura de las conclusiones arribadas preliminarmente, conforme se detalla a continuación:

**Grupo Nº 1:** La señora relatora Dra. Wilda Mercedes Cárdenas Falcón, manifestó que el grupo por unanimidad se adhiere a la primera ponencia. (8 votos por la primera ponencia).

**Grupo Nº 2:** El señor relator Dr. Williams Hernán Vizcarra Tinedo, expreso que el grupo por unanimidad se adhiere a la segunda ponencia. (5 Votos por la segunda ponencia).

**Grupo Nº 3:** La señora relatora Dra. Helena Sofía Huerta Herrera, expreso que el grupo por unanimidad se adhiere a la segunda ponencia. (10 votos por la segunda ponencia).

2.- **DEBATE:** Luego de leídas las conclusiones arribadas por los señores relatores de los tres grupos de trabajo, la Presidenta de la Comisión de Actos Preparatorios Dra. Linda María Olga Vanini Chang concede el uso de la palabra a los jueces asistentes que deseen efectuar algún aporte adicional a los argumentos ya vertidos.

- No existiendo pedidos de intervención se procede a la votación.

3.- **VOTACIÓN:** Concluido el debate en los grupos de taller, la Presidenta de la Comisión de Actos Preparatorios, doctora Linda María Olga Vanini Chang inicio el conteo de los votos en base a las actas de votaciones de cada grupo, siendo el resultado el siguiente:

Primera ponencia	: Total de 8 votos
Segunda ponencia	: Total de 16 votos
Abstenciones	: Ninguna

Seguidamente la señora Presidenta de la Comisión de Actos Preparatorios dio inició al debate plenario de las propuestas formuladas, dando intervención a diversos magistrados participantes quienes efectuaron sus aportes en relación a las ponencias en debate, luego de lo cual se procedió al debate con el resultado siguiente:

#### **VOTACIÓN EN EL PLENO**

Primera ponencia	: 1 voto
Segunda ponencia	: 21 votos
Abstenciones	: 2 votos

#### **4.- CONCLUSIÓN PLENARIA**

El Pleno adoptó por **MAYORÍA** la segunda ponencia que enuncia lo siguiente: *“Señalan que la imposición de las medidas de protección previstas en el artículo 242º del Código de los Niños y Adolescentes requiere que se acredite en forma indubitable la participación del menor favorecido mediante un proceso investigador”.*



## TEMA Nº 3

### REVOCATORIA DEL MANDATO DE ENTREGA A SUS PADRES Y DEL BENEFICIO DE SEMILIBERTAD POR INCUMPLIMIENTO DE LAS REGLAS DE CONDUCTA

¿Es procedente la revocatoria del mandato de entrega a sus padres y del beneficio de semilibertad por incumplimiento de las reglas de conducta impuestas al adolescente presunto infractor?

#### Primera Ponencia

No es procedente la revocatoria del mandato de entrega a sus padres y del beneficio de semi libertad [sic] por incumplimiento de las reglas de conducta Impuestas al adolescente presunto Infractor, ya que el Código de los Niños y Adolescentes no establece de manera precisa los supuestos de incumplimiento de las reglas de conducta por parte del adolescente infractor ante el mandato de entrega a sus padres o ante el goce del beneficio de la semilibertad.

#### Segunda Ponencia

Es procedente la revocatoria del mandato de entrega a sus padres y del beneficio de semi libertad por incumplimiento de las reglas de conducta impuestas al adolescente presunto infractor, puesto que si bien es cierto el Código de los Niños y Adolescentes no establece de manera precisa los supuestos de incumplimiento de las reglas de conducta por parte del adolescente infractor; sin embargo el artículo 135º último párrafo del Código de los Niños y Adolescentes establece que: *“En los supuestos de conexión la competencia en materia de contenido penal se determinará conforme a las normas contenidas en el Código de Procedimientos Penales”*. Es más, el Artículo VII del Título Preliminar de la norma antes invocada nos remite a las Fuentes de Aplicación que se tendrán en cuenta, y entre ellas tenemos la Convención de los Derechos del Niño y los demás Convenios Internacionales ratificados en el Perú, el Código Penal y el Código Procesal Penal, entre otros.

- 1.- GRUPOS DE TRABAJO:** En este estado, la doctora Linda María Olga Vanini Chang, Presidenta de la Comisión de Actos Preparatorios, concede el uso de la palabra a los señores relatores de cada grupo de trabajo a fin de que den lectura de las conclusiones arribadas preliminarmente, conforme se detalla a continuación:

**Grupo N° 1:** La señora relatora Dra. Ivonne del Pilar Lucar Vargas, manifestó que el grupo por unanimidad se adhiere a la segunda ponencia. (8 votos por la segunda ponencia).

**Grupo N° 2:** El señor relator Dr. Williams Hernán Vizcarra Tinedo, expreso que en cuanto a la procedencia de la revocatoria, el problema debe ser disgregado en dos supuestos, porque consideramos que el mandato de entrega del menor a sus padres es una medida que toma el Juez al inicio del proceso, cuando considera que la infracción cometida no es grave y por tanto no se dan los tres presupuestos para la internación del menor que prescribe el artículo 209º del Código de los Niños y Adolescentes y dicta reglas de conducta referidas a dicha infracción, que no la considera grave; en cambio para el caso de la semi libertad [sic], ya existe una sentencia, que determinó la responsabilidad del menor a la infracción a la ley penal y dicta reglas de conducta para impedir la comisión de nueva infracción referida a la sentencia que determina su responsabilidad, en consecuencia es distinta la situación procesal de un adolescente en conflicto con la ley penal, cuando recién se inicia una investigación penal que cuando ya se ha determinado su responsabilidad frente a un hecho grave que ha merecido internamiento y por la cual solicita el beneficio de semi libertad, siendo así no se puede hacer una votación única como si estuviéramos frente a un solo supuesto, en tal sentido el grupo determinó 2 supuestos:

### **Primer supuesto**

Que NO es procedente la revocatoria del mandato de entrega a sus padres porque estamos frente a un adolescente que aún no se ha determinado su responsabilidad.

### **Segundo supuesto**

Que, en cuanto a la revocatoria del beneficio de semi libertad [sic], si es procedente por incumplimiento de reglas de conducta porque estamos frente a un adolescente que ha sido declarado responsable y se ha ordenado su internamiento. (Estos 2 supuestos tuvieron 3 votos).

**Grupo N° 3:** La señora relatora Dra. Helena Sofía Huerta Herrera, manifestó que el grupo por mayoría a la segunda ponencia, siendo la votación en su mesa de 3 votos por la primera ponencia y 7 votos por la segunda ponencia.

- 2.- **DEBATE:** Luego de leídas las conclusiones arribadas por los señores relatores de los tres grupos de trabajo, la Presidenta de la Comisión de Actos Preparatorios doctora Linda María Olga Vanini Chang concede

el uso de la palabra a los jueces asistentes que deseen efectuar algún aporte adicional a los argumentos ya vertidos.

- No existiendo pedidos de intervención se procede a la votación.

- 3.- **VOTACIÓN:** Concluido el debate en los grupos de taller, la Presidenta de la Comisión de Actos Preparatorios, doctora Linda María Olga Vanini Chang inició el conteo de los votos en base a las actas de votaciones de cada grupo, siendo el resultado el siguiente:

Primera ponencia	: Total de 3 votos
Segunda ponencia	: Total de 17 votos
Abstenciones	: Total de 4 votos

Seguidamente la señora Presidenta de la Comisión de Actos Preparatorios dio inicio al debate plenario de las propuestas formuladas, dando intervención a diversos Magistrados participantes quienes efectuaron sus aportes en relación a las ponencias en debate, luego de lo cual se procedió al debate con el resultado siguiente:

#### **VOTACIÓN EN EL PLENO**

Primera ponencia	: 3 votos
Segunda ponencia	: 15 votos
Abstenciones	: 6 votos

- 4.- **CONCLUSIÓN PLENARIA**

El Pleno adoptó por **MAYORÍA** la segunda ponencia que enuncia lo siguiente: *“Es procedente la revocatoria del mandato de entrega a sus padres y del beneficio de semi libertad [sic] por incumplimiento de las reglas de conducta impuestas al adolescente presunto infractor, puesto que si bien es cierto el Código de los Niños y Adolescentes no establece de manera precisa los supuestos de incumplimiento de las reglas de conducta por parte del adolescente infractor, sin embargo el artículo 135º último párrafo del Código de los Niños y Adolescentes establece que: “En los supuestos de conexión la competencia en materia de contenido penal se determinará conforme a las normas contenidas en el Código de Procedimientos Penales”. Es más, el Artículo VII del Título Preliminar de la norma antes invocada nos remite a las Fuentes de Aplicación que se tendrán en cuenta, y entre ellas tenemos la Convención de los Derechos del Niño y los demás Convenios Internacionales ratificados en el Perú, el Código Penal y el Código Procesal Penal, entre otros”.*

Lima, 17 de setiembre de 2011.

**SS.**

LINDA MARÍA OLGA VANINI CHANG  
JUAN MANUEL ALBAN RIVAS  
MARCIAL QUINTO GOMERO  
FIDENCIO FRANCISCO CUNYA CELI  
WILLIAMS HERNÁN VIZCARRA TINEO  
JUAN DE LA CRUZ RIOS  
JAIME ANTONIO LORA PERALTA  
WILDA CÁRDENAS FALCÓN

TERCERA PARTE

**Materia Contencioso  
Administrativo:**  
Precedentes Vinculantes y  
Plenos Jurisdiccionales

**I. PRECEDENTES VINCULANTES:  
CASACIONES**

581





**Corte Suprema de Justicia de la República****PRIMERA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL  
TRANSITORIA****CASACIÓN N° 5791-2011-AYACUCHO**

(Publicada en el diario oficial El Peruano el 30 de mayo de 2014)

**CASACIÓN N° 5791-2011-AYACUCHO**

**Demandante** : Armando Godoy Ochoa.

**Demandada** : Municipalidad Provincial de Huamanga.

**Recurrente** : Armando Godoy Ochoa.

**Materia** : Incorporación a la carrera pública.

***Sumilla:*** *Al encontrarse reconocido el vínculo laboral de un servidor en un proceso judicial previo, bajo los alcances del artículo 1º de la Ley N° 24041, dicho extremo no puede ser cuestionado en un nuevo proceso judicial, condición que le otorga el derecho a no ser cesado sin el procedimiento previo previsto en el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276, correspondiéndole ser incluido en planillas como servidor público contratado, más no implica que el servidor haya ingresado a la carrera pública.*

(...)

**CONSIDERANDO:**

(...)

**Noveno.-** Que, al encontrarse reconocido el vínculo laboral del demandante en un proceso judicial previo, en el que fue repuesto bajo los alcances del artículo 1º de la Ley N° 24041, dicha situación no puede ser modificada, lo que le otorga el derecho a no ser cesado sin el procedimiento previo, previsto en el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276, mas no implica que el servidor haya ingresado a la carrera pública; en tanto que, tal como se desprende del texto del artículo 15º del acotado Decreto Legislativo, para adquirir tal condición deberá concursar y ser evaluado previamente de manera favorable, por lo que le corresponde ser incluido en planillas como servidor público contratado.

(...)

**DECISIÓN:**

Por estas consideraciones, y de conformidad con el Dictamen del señor Fiscal Supremo; la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

**RESUELVE:**

1. Declarar **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Armando Godoy Ochoa a fojas 337.
2. **CASAR** la sentencia de vista de fojas 319, su fecha 23 de agosto de 2011; y actuando en sede de instancia. **CONFIRMAR** sentencia apelada de fojas 222, su fecha 20 de setiembre de 2010, que declaró fundada en parte la demanda.
3. **DECLARAR** que el criterio establecido en **el noveno considerando** de la presente resolución constituye precedente judicial vinculante conforme al artículo 37º del Texto Único Ordenado de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-JUS.



(...)

5. **REMITIR** copia de la presente sentencia a los Presidentes de las Cortes Superiores de todos los distritos judiciales de la República para su difusión entre los magistrados de las diversas instancias del Poder Judicial.

(...)

S.S.

RODRÍGUEZ MENDOZA  
CHUMPITAZ RIVERA  
TORRES VEGA  
MAC RAE THAYDS  
CHAVES ZAPATER

**Corte Suprema de Justicia de la República****PRIMERA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL  
TRANSITORIA****CASACIÓN N° 715-2012-JUNIN**

(Publicada en el diario oficial El Peruano el 25 de junio de 2014)

**CASACIÓN N° 715-2012-JUNIN**

**Demandante** : Flor De María Ayala Leonardi.

**Demandada** : Universidad Nacional del Centro del Perú.

**Recurrente** : Flor De María Ayala Leonardi.

**Materia** : Homologación de remuneraciones de los docentes universitarios.

**Sumilla:** *Todo proceso en el que se formule como única pretensión el cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 53º de la Ley Universitaria, esto es la homologación de remuneraciones de los docentes de las universidades públicas con la de los Magistrados del Poder Judicial, el Juez debe: “declarar la conclusión del proceso y sin lugar respecto el pronunciamiento sobre el fondo” en cualquier instancia en el estado en que se encuentre, incluso ante la Corte Suprema de Justicia de la República. Asimismo, si la Universidad emplazada no cumple con la homologación automática, el Juez de origen en etapa de ejecución ordenará su cumplimiento, bajo apercibimiento. Finalmente, se señala que la Homologación de Remuneraciones de los Docentes Universitarios de la Universidades Nacionales, corresponde ser efectuada teniendo en cuenta la remuneración básica de los Magistrados del Poder Judicial.*

## HOMOLOGACIÓN DE REMUNERACIONES DE LOS DOCENTES UNIVERSITARIOS

(...)

### 4. FUNDAMENTOS:

(...)

## EFFECTOS DE LAS SENTENCIAS EMITIDAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LOS PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

(...)

**Décimo Quinto.-** Teniendo en cuenta el análisis descrito en los fundamentos anteriores, y estando a la renuencia constante de las Universidades Públicas que innecesariamente acrecientan la carga procesal del Poder Judicial, es necesario establecer reglas claras y precisas para solucionar un conflicto social que se ha venido arrastrando a lo largo de estos años, y que ha implicado mayor carga de expedientes en todas las instancias, lo que ha tenido impacto en el gasto público, puesto que al asignar nuevo personal e infraestructura a los órganos jurisdiccionales a nivel nacional, significó mayores recursos económicos para solventar el presupuesto institucional. Situación que fue descrita en el Informe Defensorial N° 121 emitido por la Defensoría del Pueblo, en el que cual indica que la justicia contenciosa administrativa se encuentra congestionada de expedientes, incluso los Juzgados Contenciosos Administrativos fueron declarados en emergencia el año 2005 por su excesiva carga procesal conforme a la Resolución Administrativa N° 124-2005-CED-CSJLI-PJ; motivo por el que para acabar tal situación esta Sala Suprema de conformidad con el artículo 37º del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, establece como doctrina jurisprudencial las siguientes reglas interpretativas con carácter vinculante:

1. Todo proceso en el que se formule como única pretensión el cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 53º de la Ley Universitaria, esto es la homologación de remuneraciones de los docentes de las universidades públicas con la de los Magistrados del Poder Judicial, el Juez debe: “declarar la conclusión del proceso y sin lugar sobre el pronunciamiento sobre el fondo” en cualquier instancia en el estado en que se encuentre, incluso ante la Corte Suprema de Justicia de la República, ordenando su cumplimiento sin mayores dilaciones, bajo responsabilidad.

2. En caso que la Universidad emplazada no haya cumplido con la homologación automática, el Juez de origen en etapa de ejecución ordenará su cumplimiento, bajo apercibimiento de aplicarse el artículo 41º numeral 3 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, adoptando las medidas pertinentes para su efectividad, sin perjuicio de ponerse en conocimiento del Ministerio Público para que proceda a la denuncia penal correspondiente y de imponerse la multa compulsiva y progresiva que contempla el artículo 53º numeral 1 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria, al caso de autos, conforme lo señala la Primera Disposición Final del acotado Texto Único Ordenado, quedando prohibida cualquier conducta dilatoria.
3. En aquellos procesos donde los docentes universitarios son cesantes, interpretando la sentencia de inconstitucionalidad emitida por el Tribunal Constitucional la homologación debe ordenarse únicamente por el periodo en el cual el profesor universitario tenía la calidad de activo, esto es desde la vigencia de la Ley N° 23733 hasta el momento de su cese; oportunidad en que la pensión que se le calcule tendrá en cuenta el reintegro mensual que le corresponde por efecto de la homologación de la remuneración que le pudiera corresponder hasta la fecha de su cese; en consecuencia, el proceso de homologación debe realizarse en dos etapas: la primera desde la vigencia de la Ley Universitaria hasta el 22 de diciembre de 2005, de acuerdo a las normas vigentes en dicho periodo; y, la segunda a partir de la vigencia de Decreto de Urgencia N° 033-2005 que aprueba el marco del programa de homologación de los docentes de las universidades públicas de acuerdo a lo desarrollado en el precedente vinculante emitido por esta misma Sala recaída en la Casación N° 6419-2010-Lambayeque, que recoge el criterio adoptado por esta Sala Suprema en cuanto se refiere a cesantes.
4. La Homologación de Remuneraciones de los Docentes Universitarios de las Universidades Nacionales, corresponde ser efectuada teniendo en cuenta la remuneración básica de los Magistrados del Poder Judicial, conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional en el Proceso de Inconstitucionalidad N° 00023-2007-PI/TC, Fundamento 70.

(...)

## 5. DECISIÓN:

Por estos fundamentos, y con lo expuesto en el dictamen emitido por el señor Fiscal Supremo en lo Contencioso Administrativo; y, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 397º del Código Procesal Civil, se resuelve:

5.1. Declarar **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandante Flor De María Ayala Leonardi de fecha catorce de diciembre de dos mil once, obrante de fojas 290 a 301; en consecuencia, **NO CASARON** la resolución de vista de fecha trece de septiembre de dos mil once, de fojas 284 a 289, por estar ya ordenado la homologación de las remuneraciones del demandante con los Magistrados del Poder Judicial en la recurrida, en aplicación de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00023-2007-PI/TC.

5.2. **DECLARA** que el criterio establecido en el **fundamento “Décimo Quinto”** de la presente sentencia constituye precedente judicial vinculante conforme al artículo 37º del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, sobre homologación de remuneraciones.

(...)

5.5. **OFICIAR** al Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República con la presente sentencia para que a su vez remita copia a los Presidentes de las Cortes Superiores de todos los distritos judiciales para su difusión y cumplimiento obligatorio por los jueces de su jurisdicción, sin perjuicio de remitirse copia directamente a dichas Cortes.

(...)

S.S.

RODRÍGUEZ MENDOZA  
CHUMPITAZ RIVERA  
TORRES VEGA  
MAC RAE THAYS  
CHAVES ZAPATER

**Corte Suprema de Justicia de la República****PRIMERA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL  
TRANSITORIA****CASACIÓN N° 9824-2012-AYACUCHO**

(Publicada en el diario oficial El Peruano el 30 de mayo de 2014)

**CASACIÓN N° 9824-2012-AYACUCHO**

**Demandante** : Ruth Velapatiño Huamaní.

**Demandada** : Dirección Regional de Educación de Ayacucho.

**Recurrente** : Ruth Velapatiño Huamaní.

**Materia** : Bonificación especial por preparación de clases y evaluación.

***Sumilla:*** *Es criterio de esta Sala Suprema que la bonificación especial por preparación de clases y evaluación se otorga sobre la remuneración total o íntegra y no sobre la remuneración total permanente.*

(...)

## FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA:

(...)

**Décimo Primero.- Pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la República sobre la aplicación del artículo 48º de la Ley N° 24029, modificada por la Ley N° 25212.-** Es necesario precisar que la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, respecto a la forma de cálculo de la bonificación especial por preparación de clases y evaluación, en la Casación N° 9887-2009-PUNO de fecha quince de diciembre de dos mil once ha señalado que: *“(...) establece criterio que la bonificación especial por preparación especial de clases y evaluación debe ser calculada tomando como base la remuneración total conforme lo dispone el artículo 48º de la Ley N° 24029, Ley del Profesorado, modificada por la Ley N° 25212 concordante con el artículo 210º del Decreto Supremo N° 019-90-ED (Reglamento de la Ley del Profesorado), y no sobre la base de la remuneración total permanente como lo señala el artículo 10º del Decreto Supremo N° 051-91-PCM”.* Debe tenerse en cuenta además, que dicho criterio ha ratificado lo señalado en un pronunciamiento anterior previsto en la Casación N° 0435-2008-AREQUIPA de fecha uno de julio de dos mil nueve.

**Décimo Segundo.- Establecimiento de Doctrina Jurisprudencial.-** De lo expuesto, podemos colegir con claridad que este Tribunal Supremo ha forjado en el devenir del tiempo como criterio uniforme que el cálculo de la bonificación especial por preparación de clases y evaluación, debe realizarse teniendo como referencia la remuneración total íntegra de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 48º de la Ley N° 24029, Ley del Profesorado, modificado por la Ley N° 25212 concordado a su vez con el artículo 210º del Decreto Supremo N° 019-90-ED (Reglamento de la Ley del Profesorado), constituyendo de esta forma lo preceptuado, doctrina jurisprudencial, en virtud a lo dispuesto en el artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por el Decreto Supremo N° 017-93-JUS, la cual resulta de obligatorio cumplimiento por parte de todas las instancias judiciales.

(...)

**DECISIÓN:**

Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandante Ruth Velapatiño Huamaní, corriente a fojas doscientos ochenta y cuatro, en consecuencia:

**CASARON** la sentencia de vista obrante a fojas doscientos sesenta y cuatro, su fecha diecisiete de setiembre de dos mil doce; y actuando en sede de instancia: **CONFIRMARON** la sentencia apelada a fojas ciento tres, de fecha veintiuno de julio de dos mil once, que declara **FUNDADA** la demanda; en consecuencia nula la Resolución Directoral Regional N° 01821 de fecha veintiséis de julio de dos mil diez y Resolución Directoral N° 003316 de fecha treinta y uno de diciembre de dos mil nueve;

**DISPUSIERON** que la bonificación especial por preparación de clase y evaluación percibida por la actora, se calcule sobre la base de la remuneración total o íntegra, cumpliéndose con el pago de devengados e intereses legales;

**DECLARARON** que el criterio establecido en el **considerando décimo primero y segundo** de la presente sentencia constituye precedente judicial vinculante conforme al artículo 34° de la Ley N° 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo;

**ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano conforme a Ley; en los seguidos con la Dirección Regional de Educación de Ayacucho y otro, sobre la Nulidad del Acto Administrativo; interviniendo como Jueza Suprema ponente la señora Torres Vega; y, los devolvieron.

S.S.

RODRÍGUEZ MENDOZA  
CHUMPITAZ RIVERA  
TORRES VEGA  
MAC RAE THAYS  
CHAVES ZAPATER



**Corte Suprema de Justicia de la República****SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL  
TRANSITORIA****CASACIÓN N° 3753-2013-LIMA**

(Publicada en el diario oficial El Peruano el 30 de mayo de 2014)

**CASACIÓN N° 3753-2013-LIMA**

**Demandante** : Hugo Erasmo Espinoza Muñoz.

**Demandada** : Oficina de Normalización Previsional.

**Recurrente** : Oficina de Normalización Previsional.

**Materia** : Reajuste de pensión de renta vitalicia por enfermedad profesional.

**Sumilla:** *El artículo 3º del Decreto Ley N° 25967, solo es aplicable al régimen pensionario del Decreto Ley N° 19990, mas no al régimen regulado por el Decreto Ley N° 18846 (renta vitalicia), ni su sustitutorio la Ley N° 26790 (pensión por invalidez), ya que estos últimos cubren riesgos y contingencias diferentes, por lo que, constituyen una pensión diferente a la generada por el Decreto Ley N° 19990.*

## REAJUSTE DE RENTA VITALICIA

(...)

### CONSIDERANDO:

(...)

**Cuarto:** Se debe tener en cuenta, que el Decreto Ley N° 25967, publicado el diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa y dos, estableció modificaciones al goce de pensiones que administraba el Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS), esto es, al régimen pensionario del Decreto Ley N° 19990.

**Quinto: Pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el artículo 3° del Decreto Ley N° 19990.** Sobre el caso *sub examine*, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 1707-2012-PA/TC de fecha cinco de setiembre de dos mil doce, señala lo siguiente: Que, las pensiones vitalicias reguladas por el Decreto Ley N° 18846, o la Ley N° 26790, no les resulta aplicable el monto mínimo regulado por el Decreto Legislativo N° 817, ni el monto de la pensión máxima regulado por el artículo 3° del Decreto Ley N° 25967, pues este último Decreto Ley estableció modificaciones al Decreto Ley N° 19990, y no a las pensiones del Decreto Ley N° 18846. Asimismo, se debe tener presente, que el Tribunal Constitucional en el precedente vinculante recaído en el Expediente N° 2513-2007-AA de fecha trece de octubre de dos mil ocho en su fundamento treinta y uno determinó sobre la pensión mínima lo siguiente: Que los montos de pensión mínima establecidos por la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 817 para los regímenes a cargo de la Oficina de Normalización Previsional no son aplicables a la pensión vitalicia del Decreto Ley N° 18846 ni a su sustitutoria, la pensión por invalidez de la Ley N° 26790, porque estos no están comprendidos en el régimen del Decreto Ley N° 19990, y porque es una pensión adicional a la generada por el riesgo de jubilación (edad y aportaciones).

**Sexto: Precedente Vinculante sobre la interpretación del artículo 3° del Decreto Ley N° 25967.** Teniendo en cuenta el fundamento establecido en los **considerandos cuarto y quinto**, este

Supremo Tribunal considera que el artículo 3º del Decreto Ley N° 25967, debe interpretarse de la manera siguiente: *Que, el artículo 3º del Decreto Ley N° 25967, solo es aplicable al régimen pensionario del Decreto Ley N° 19990, mas no al régimen regulado por el Decreto Ley N° 18846 (renta vitalicia) ni su sustitutorio la Ley N° 26790 (pensión de invalidez), ya que estos últimos cubren riesgos y contingencias diferentes, por lo que, constituyen una pensión diferente a la generada por el Decreto Ley N° 19990.*

(...)

### **FALLO:**

Por estos fundamentos, y de conformidad con el Dictamen Fiscal Supremo; la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

### **HA RESUELTO:**

1. Declarar **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la entidad demandada, Oficina de Normalización Previsional (ONP), mediante escrito de fecha cuatro de diciembre de dos mil doce, que corre en fojas noventa y tres a doscientos cuatro.
2. En consecuencia, **NO CASARON** la Sentencia de Vista contenida en la Resolución de fecha quince de agosto de dos mil doce en fojas ciento ochenta y ocho a ciento noventa y uno, que confirmó la Sentencia apelada y de fecha nueve de mayo de dos mil once, que corre en fojas ciento catorce a ciento veintiuno, que declaró fundada la demanda.
3. **DECLARAR** que el criterio establecido en el **CONSIDERANDO SEXTO** de la presente sentencia, constituye precedente judicial vinculante conforme al artículo 37º del Texto Único Ordenado de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por el Decreto Supremo N° 013-2008-JUS.

(...)

5. **REMITIR** copia de la presente sentencia a los Presidentes de las Cortes Superiores de todos los distritos judiciales de la República para su difusión entre los magistrados de las diversas instancias del Poder Judicial.

(...)

S.S.

ARÉVALO VELA  
YRIVARREN FALLAQUE  
MORALES GONZÁLEZ  
DE LA ROSA BEDRIÑANA  
MALCA GUAYLUPO

1.5.

Casación N° 4667-2013-Del Santa

**Corte Suprema de Justicia de la República**

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL  
TRANSITORIA**

**CASACIÓN N° 4667-2013-DEL SANTA**

(Publicada en el diario oficial El Peruano el 30 de mayo de 2014)

**CASACIÓN N° 4667-2013-DEL SANTA**

**Demandante** : Felipe Nery Conde Alegre.

**Demandada** : Oficina de Normalización Previsional.

**Recurrente** : Oficina de Normalización Previsional.

**Materia** : Recálculo de Pensión.

***Sumilla:*** *El artículo 2º del Decreto Supremo N° 099-2002-EF, solo es aplicable para los asegurados facultativos y los obligatorios con continuación facultativa. Sin embargo, no es aplicable a los asegurados obligatorios.*

## RECÁLCULO DE PENSIÓN

(...)

### CONSIDERANDO:

(...)

**Tercero: Análisis del artículo 2º del Decreto Supremo N° 099-2002-EF.** El artículo 2º del Decreto Supremo N° 099-2002-EF, establece disposiciones para la determinación del monto de pensiones por jubilación en el Sistema Nacional de Pensiones (SNP), específicamente para los supuestos contemplados en los incisos a) y b) del artículo 4º del Decreto Ley N° 19990.

**Cuarto:** El artículo 4º del Decreto Ley N° 19990 contempla las clases de asegurados siguientes: a) Las personas que realicen actividad económica independiente; y, b) Los asegurados obligatorios que cesen de presentar servicios y que opten por la continuación facultativa.

**Quinto: Interpretación del artículo 2º del Decreto Supremo N° 099-02-EF.** Teniendo en consideración lo expuesto en los **considerandos tercero y cuarto**, este Supremo Tribunal establece que la interpretación correcta del artículo 2º del Decreto Supremo N° 099-2002-EF, debe ser la siguiente: *El artículo 2º Decreto Supremo N° 099-2002-EF, solo es de aplicación para los asegurados facultativos y los asegurados obligatorios que optaron por la continuación facultativa, no resultando de aplicación a los asegurados obligatorios.*

(...)

### FALLO:

Por estas consideraciones, y de conformidad con el Dictamen Fiscal Supremo; la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

## HA RESUELTO:

1. Declarar **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la entidad demandada, Oficina de Normalización Previsional (ONP), mediante escrito de fecha dieciocho de enero de dos mil trece, que corre en fojas cuatrocientos nueve a cuatrocientos doce.
2. En consecuencia, **NO CASARON** la Sentencia de Vista de fecha once de diciembre del año dos mil doce, obrante en fojas cuatrocientos tres a cuatrocientos siete, que revocó la Sentencia en primera instancia de fecha treinta de enero de dos mil doce, obrante en fojas trescientos treinta y seis a trescientos cuarenta y dos, en el extremo que declara infundada el recálculo de su remuneración de referencia, y reformándola declara fundado dicho extremo.
3. **DECLARAR** que el criterio establecido en el **quinto considerando** de la presente sentencia, constituye precedente judicial vinculante conforme al artículo 37º del Texto Único Ordenado de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por el Decreto Supremo N° 013-2008-JUS.

(...)

5. **REMITIR** copia de la presente sentencia a los Presidentes de las Cortes Superiores de todos los Distritos Judiciales de la República para su difusión entre los magistrados de las diversas instancias del Poder Judicial, y a la Oficina de Normalización Previsional (ONP) para su obligatorio cumplimiento.

(...)

S.S.

ARÉVALO VELA  
YRIVARREN FALLAQUE  
MORALES GONZÁLEZ  
DE LA ROSA BEDRIÑANA  
MALCA GUAYLUPO

**Corte Suprema de Justicia de la República****SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL  
TRANSITORIA****CASACIÓN Nº 5128-2013-LIMA**

(Publicada en el diario oficial El Peruano el 25 de junio de 2014)

**CASACIÓN Nº 5128-2013-LIMA**

**Demandante** : Renato Flores Peñaranda.

**Demandada** : Oficina de Normalización Previsional.

**Recurrente** : Oficina de Normalización Previsional.

**Materia** : Intereses legales.

**Sumilla:** *El interés por adeudo de carácter provisional, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República y el Tribunal Constitucional, es el interés legal fijado por el Banco Central de Reserva del Perú, de acuerdo a los artículos 1242º y siguientes del Código Civil. En consecuencia, debe observarse la limitación prevista en el artículo 1249º de dicho Código, en atención a la naturaleza jurídica de la materia previsional, y de las funciones asignadas a la entidad encargada de su cumplimiento.*



## INTERESES LEGALES

(...)

### CONSIDERANDO:

(...)

#### **Décimo: Precedente Judicial**

Siendo aplicables los artículos comprendidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Segunda Sección del Libro de las Obligaciones, referidos al pago de intereses, estos son los artículos 1242º y siguientes del Código Civil, para los efectos de pago de los intereses generados por adeudos de carácter previsional la tasa aplicable que debe ordenar el juez es la fijada por el Banco Central de Reserva del Perú, pero con observancia de la limitación contenida en el artículo 1249º del mismo texto normativo.

(...)

### FALLO:

Por las razones expuestas, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

### HA RESUELTO:

1. Declarar, **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandada, Oficina de Normalización Previsional, el veintisiete de diciembre de dos mil doce, de fojas doscientos seis a doscientos quince.
2. En consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista de fecha siete de noviembre de dos mil doce, obrante de fojas ciento ochenta y tres a ciento ochenta y seis; y, actuando en sede de instancia, **CONFIRMARON** la sentencia apelada de fecha diecisiete de mayo de dos mil doce, que corre de fojas ciento cincuenta y uno a ciento cincuenta y tres, en los extremos que declara **fundada en parte** la demanda y ordena a la demandada expida resolución administrativa reconociendo el pago de los intereses legales e **infundada** la misma respecto del pago de costos y costas del

proceso, y la **REVOCARON** en el extremo que dispone el pago de los intereses con la aplicación de la tasa de interés legal efectiva desde el uno de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, la que **REFORMÁNDOLA ORDENARON** que la tasa de interés legal, aplicable es la fijada por el Banco Central de Reserva del Perú, pero con observancia del artículo 1249º del Código Civil, correspondiendo su cálculo desde el veintinueve de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, hasta la fecha en que se efectivizó el pago de las pensiones devengadas.

3. **DECLARAR** que el criterio establecido en el **considerando Décimo** de la presente sentencia, constituye precedente judicial vinculante conforme al artículo 37º del Texto Único Ordenado de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-JUS.

(...)

5. **REMITIR** copia de la presente sentencia a los presidentes de las Cortes Superiores de todos los distritos judiciales de la República para su difusión entre los magistrados de las diversas instancias del Poder Judicial.

(...)

SS.

ARÉVALO VELA  
GÓMEZ BENAVIDES  
YRIVARREN FALLAQUE  
MORALES GONZÁLEZ  
AYALA FLORES

TERCERA PARTE

**Materia Contencioso  
Administrativo:**  
Precedentes Vinculantes y  
Plenos Jurisdiccionales

**II. PLENOS**  
JURISDICCIONALES NACIONALES

603





**CONCLUSIONES DEL PLENO NACIONAL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO**

(Emitidas el 14 y 15 de diciembre de 2007)

Lima, 14 y 15 de diciembre de 2007

**Temas:**

1. FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA
2. APLICACIÓN DE LA LEY N° 24041 (SERVICIOS NO PERSONALES CON MAS DE DOCE MESES DE PRESTACIÓN A LOS QUE NO SE LES RENUEVA LOS CONTRATOS)
3. COMPETENCIA (ARTÍCULO 8° DE LA LEY N° 25784)
4. REVISIÓN JUDICIAL DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN COACTIVA EN OBLIGACIONES DE HACER Y NO HACER

**TEMA N° 1****I. FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA****PLANTEAMIENTO DE PREGUNTAS A DEBATIR:**

1. ¿En materia Previsional, no es exigible el agotamiento de la vía administrativa cuando la ONP ha expresado su renuencia a reconocer el derecho pensionario reclamado?
2. ¿En los procesos contenciosos administrativos distintos al previsional, se tiene que adjuntar documento que evidencia el agotamiento de la vía administrativa o sólo es suficiente se invoque para admitir la demanda en virtud del principio de favorecimiento?

## CONCLUSIONES DEL PLENO

1. **SE APRUEBA POR MAYORÍA:** En materia previsional no es exigible el agotamiento de la vía administrativa cuando la ONP ha expresado su renuencia a reconocer el derecho pensionario reclamado.
2. **SE APRUEBA POR MAYORÍA:** En los procesos contenciosos administrativos distintos al previsional, se tiene que adjuntar documento que evidencie el agotamiento de la vía administrativa.

### TEMA Nº 2

#### APLICACIÓN DE LA LEY Nº 24041 (SERVICIOS NO PERSONALES CON MAS DE DOCE MESES DE PRESTACIÓN A LOS QUE NO SE LES RENUEVA LOS CONTRATOS)

##### I. PLANTEAMIENTO DE LOS SUPUESTOS A DEBATIR

1. Ponencia 1: No tiene derecho a la reposición los demandantes que hubiesen prestado servicios en la administración pública que no hayan ingresado por concurso público.
2. Ponencia 2: Sí puede ser repuesto, los demandantes que acrediten laborar por más de un año bajo subordinación y dependencia.

##### II. CONCLUSIONES DEL PLENO

**SE APRUEBA POR MAYORÍA:** *Los trabajadores contratados por entidades públicas bajo servicios no personales con más de doce meses de prestación a los que no se les renueva los contratos, si pueden ser repuestos si se acredita haber laborado más de un año bajo subordinación y dependencia.*

## TEMA Nº 3

### COMPETENCIA (ARTÍCULO 8º DE LA LEY Nº 25784)

#### I. PLANTEAMIENTO DE PONENCIAS A DEBATIR

1. **Territorial:** Cuando se interponga una demanda contenciosa administrativa no sólo a la entidad que ha resuelto en última instancia (Lima) sino también a la entidad regional (fuera de Lima) que resolvió.
  - a. PONENCIA 1: Es competente para conocer el proceso el Juez del domicilio de este último.
  - b. PONENCIA 2: Es competente para conocer el proceso el Juez del domicilio de la entidad que resolvió en última instancia.
2. **Especialidad:** Cuando el demandante haya prestado servicios en una entidad del Estado, cuyo personal está sujeto al régimen de la actividad privada (D.Leg. Nº 728), es competente:
  - a. PONENCIA 1: De acuerdo a lo previsto en el numeral seis del artículo 4º de la Ley Nº 25784, el juez contencioso administrativo.
  - b. PONENCIA 2: El Juez de trabajo al amparo del artículo 4º de la Ley Nº 26636<sup>562</sup>.

#### III.\* CONCLUSIONES DEL PLENO

##### 1. COMPETENCIA TERRITORIAL

###### POR MAYORÍA:

- a. La competencia territorial es prorrogable.

562 DEROGADA por la Primera Disposición Derogatoria de la Ley Nº 29497, publicada el 15 de enero de 2010.

\* En el Tema Nº 3 del presente Pleno Jurisdiccional, extraído de la página web del Poder Judicial, se lee: "III" ; debiendo decir: "II".

- b. Cuando se demanda no sólo a la entidad que ha resuelto en última instancia (Lima) sino también a la entidad regional (fuera de Lima) es competente cualquiera de ellos.

## 2. COMPETENCIA POR ESPECIALIDAD

**POR MAYORÍA:** Cuando el demandante haya prestado servicios en una entidad cuyo personal está sujeto al régimen de la actividad pública cuyo personal está sujeto al régimen de la actividad privada (D. Leg. N° 728) Es competente el juez ordinario laboral.

### TEMA N° 4

## REVISIÓN JUDICIAL DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN COACTIVA EN OBLIGACIONES DE HACER Y NO HACER (ARTÍCULO 23° DE LA LEY N° 26979 MODIFICADO POR LA LEY N° 28165)

### I. PLANTEAMIENTO DE SUPUESTOS A DEBATIR

1. Cabe admitir a trámite las demandas de revisión judicial, con las consiguiente consecuencia de paralizar la medida cautelar en caso de que se esté ejecutando obligaciones de hacer y no hacer.
2. Cabe admitir a trámite cuando se trate de medidas cautelares previas en un procedimiento administrativo.

### IV.\* CONCLUSIONES DEL PLENO

**SE APRUEBA POR MAYORÍA:** No cabe admitir a trámite las demandas de revisión judicial con la consiguiente consecuencia de paralizar la medida de ejecución en caso que se esté ejecutando obligaciones de hacer y no hacer.

**SE APRUEBA POR MAYORÍA:** No cabe admitir a trámite las demandas de revisión judicial cuando se trate de medidas cautelares previas a un procedimiento administrativo.

\* En el Tema N° 4 del presente Pleno Jurisdiccional, extraído de la página web del Poder Judicial, se lee: "IV" ; debiendo decir: "II".



**CONCLUSIONES DEL PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

(Emitidas el 19 de noviembre de 2011)

La Comisión de Actos Preparatorios del Pleno Jurisdiccional Nacional Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Trujillo, conformada por los señores Jueces Superiores: Mariano Benjamín Salazar Lizarraga, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia La Libertad, Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios; Juan Miguel Ramos Lorenzo, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Lima; Luz Carolina Vigil Curo, Jueza Superior de la Corte Superior de Justicia de Amazonas; Antonio Paucar Lino, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Paseo; Wilber Gonzáles Aguilar, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Moquegua; María Sofía Vera Lazo, Superior de la Corte Superior de Justicia de Lima; David Quispe Salsavilca, [sic] Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Lima, dejan constancia de que luego de llevado a cabo el debate de cada uno de los temas sometidos al Pleno, los señores jueces participantes, han arribado a las conclusiones que se exponen a continuación:

**TEMA Nº 1****PRORROGA DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**¿Puede ser prorrogable la competencia territorial en el proceso contencioso administrativo?**

**Primera Ponencia**

La competencia territorial en el proceso contencioso administrativo puede ser prorrogable cuando la entidad administrativa demandada a pesar de tener su domicilio o sede principal en la ciudad de Lima, es notificada en la dependencia administrativa de ésta en otras ciudades y la actuación objeto de impugnación se ha suscitado en su domicilio principal.

## Segunda Ponencia

La competencia territorial en el proceso contencioso administrativo es improrrogable cuando la entidad administrativa demandada a pesar de tener su domicilio o sede principal en la ciudad de Lima, es notificada en la dependencia administrativa de ésta en otras ciudades y la actuación objeto de impugnación se ha suscitado en su domicilio principal.

- 1.- **GRUPOS DE TRABAJO:** En este estado, el doctor Mariano Benjamín Salazar Lizarraga, Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, concede el uso de la palabra a los señores relatores de cada grupo de trabajo a fin de que den lectura de las conclusiones arribadas preliminarmente, conforme se detalla a continuación:

**Grupo Nº 1:** La señora relatora Dra. Rosa Liliana Dávila Broncano, manifestó que en el interior del grupo ha surgido una **tercera ponencia que gana por mayoría** y es como sigue: “La competencia territorial en el proceso contencioso administrativo es improrrogable; sin embargo, interpretando extensivamente el domicilio del demandado a que alude el artículo 10º de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, es competente el Juez del domicilio de la dependencia administrativa de la entidad demandada o el Juez donde se produjo la actuación materia de la demanda, o el silencio administrativo; decisión que debe tomar el demandante”. Siendo la votación de 3 votos por la primera ponencia, 0 voto por la segunda ponencia y 9 votos por la tercera ponencia.

**Grupo Nº 2:** La señora relatora Dra. Carmen Leiva Castañeda, manifestó que en el interior del grupo ha surgido una **tercera ponencia que gana por unanimidad** y es como sigue: “Que la competencia territorial es improrrogable; sin embargo, la interpretación de la segunda parte del artículo 10º del TUO de la Ley Nº 27584, debe ser que, el demandante debe presentar su demanda en el lugar donde se produjo la actuación material”. Siendo esta tercera ponencia acogida por unanimidad (13 votos).

**Grupo Nº 3:** El señor relator Dr. Juan Miguel Vargas Girón, manifestó que su grupo por **unanimidad se adhiere a la segunda ponencia**. (11 votos).

**Grupo Nº 4:** El señor relator Dr. Olegario David Florian Vigo, manifestó que el grupo por **mayoría se adhiere a la segunda ponencia**. Siendo la votación de 2 votos por la primera ponencia y 7 votos por la segunda ponencia.

**Grupo Nº 5:** El señor relator Dr. Jaime Luis Rodríguez Manrique, manifestó que su grupo por **mayoría se adhiere a la primera ponencia**. Siendo la votación de 6 votos por la primera ponencia y 3 votos por la segunda ponencia.

**Grupo Nº 6:** La señora relatora Dra. Jacqueline Riega Rondón, manifestó que grupo por **mayoría se adhiere a la primera ponencia**. Siendo la votación de 7 votos por la primera ponencia y 2 votos por la segunda ponencia.

- 2.- **DEBATE:** Luego de leídas las conclusiones arribadas por los señores relatores de los 6 grupos de trabajo, el Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios Dr. Mariano Benjamín Salazar Lizarraga concede el uso de la palabra a los jueces asistentes que deseen efectuar algún aporte adicional a los argumentos ya vertidos.

**Dra. Dávila Broncano** (Corte de Lima) “Respecto del artículo 10º de la Ley de Procedimiento Contencioso Administrativo, no se debería hablar de la figura de la prorrogabilidad porque la propia norma da las reglas de la competencia. Se trato el tema en un anterior pleno regional en la ciudad de lea en el que se señalo que se debe garantizar la tutela jurisdiccional a los administrados por lo que no se podría dar mayores beneficios al Estado”.

**Dr. Wilber Bustamante Del Castillo** (Corte del Cusco) “Manifestó que la competencia es improrrogable, pero que se tiene que ver el tema del lugar donde se produjo”.

**Dr. Rodolfo Najar Pineda** (Corte de Moquegua) “Manifestó que propone como cuestión previa cambiar el sentido del tema de la pregunta y la primera ponencia, retirando el término prorrogable, dado que el conflicto propuesto sucede por una interpretación del artículo 10º del Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27584, es decir no estamos ante un supuesto que un Juez incompetente asuma el proceso contencioso administrativo, determina que procesalmente no nos encontramos ante un supuesto de prorroga”.

- 3.- **VOTACIÓN:** Concluido el debate plenario, el Presidente de la Comisión Actos Preparatorios, doctor Mariano Benjamfn Salazar Lizarraga inicio el conteo de los votos en base a las actas de votaciones de cada grupo, siendo el resultado el siguiente:

Primera ponencia : Total de 18 votos  
Segunda ponencia : Total de 23 votos  
Tercera ponencia\* : Total de 22 votos

**\*Ponencia surgida en el interior del grupo 1.**

**VOTACIÓN EN EL PLENO:**

Primera ponencia : 11 votos  
Segunda ponencia : 17 votos  
Tercera ponencia : 28 votos  
Abstenciones : 4 [sic]

**4.- CONCLUSIÓN PLENARIA**

El Pleno adoptó por **MAYORÍA** la tercera ponencia que enuncia lo siguiente:  
*“La competencia territorial en el proceso contencioso administrativo es improrrogable, sin embargo interpretando extensivamente el domicilio del demandado a que alude el artículo 10º de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, es competente el Juez del domicilio de la dependencia administrativa de la entidad demandada o el Juez donde se produjo la actuación materia de la demanda, o el silencio administrativo; decisión que debe tomar el demandante”.*

## TEMA Nº 2

### CONTENIDO DE LA PRETENSIÓN PROCESAL EN LA IMPUGNACIÓN DE UNA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN CUANDO LA VÍA ADMINISTRATIVA HA QUEDADO AGOTADA POR HABER OPERADO EL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO

Cuando la actuación administrativa impugnada es una inactividad de la administración, si la vía administrativa quedo agotada por haberse producido el silencio administrativo negativo, en la demanda además de solicitarse el reconocimiento o restablecimiento de un derecho conculcado, ¿debe de pedirse como pretensión principal se declare nula la resolución ficta denegatoria?

#### Primera Ponencia

Debe necesariamente solicitarse además se declare nula “la resolución ficta denegatoria”.

#### Segunda Ponencia

Sólo debe solicitarse el reconocimiento o restablecimiento de un derecho, en tanto que no existe ninguna resolución o acto administrativo ficto denegatorio.

1.- **GRUPOS DE TRABAJO:** En este estado, el Dr. Mariano Benjamin Salazar Lizarraga, Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, concede el uso de la palabra a los señores relatores de cada grupo de trabajo a fin de que den lectura de las conclusiones arribadas preliminarmente, conforme se detalla a continuación:

**Grupo Nº 1:** La señora relatora Dra. Rosa Liliana Dávila Broncano, manifestó que el grupo **por mayoría se adhiere a la segunda ponencia.** Siendo la votación de 4 votos por la primera ponencia y 8 votos por la segunda ponencia.

**Grupo Nº 2:** La señora relatora Dra. Carmen Leiva Castañeda, manifestó que en el interior del grupo ha surgido **una tercera ponencia que gana por unanimidad** y que es como sigue: “Que en caso de silencio administrativo, el Juez tiene la autorización para conocer el reconocimiento o restablecimiento de un derecho, aún cuando el demandante no haya

solicitado la nulidad de la resolución ficta, debiendo resolver la controversia y pronunciarse sobre lo peticionado”. Siendo esta tercera ponencia acogida por unanimidad (13 votos).

**Grupo Nº 3:** El señor relator Dr. Juan Miguel Vargas Girón, manifestó que su grupo por **mayoría se adhiere a la segunda ponencia**. Siendo la votación de 2 votos por la primera ponencia y 9 votos por la segunda ponencia.

**Grupo Nº 4:** El señor relator Dr. Olegario David Florián Vigo, manifestó que el grupo por **mayoría se adhiere a la segunda ponencia**. Pero; sin embargo, se deja constancia que en el interior del grupo surgió una tercera ponencia que es como sigue: “El Juez debe pronunciarse sobre el aspecto materia de la pretensión independientemente, que sea acumulado o no, el reconocimiento del derecho y la nulidad de la resolución ficta, o de forma independiente la pretensión de reconocimiento del derecho o la nulidad de la resolución ficta”. Siendo la votación de 2 votos por la primera ponencia, 4 votos por la segunda ponencia y 3 votos por la tercera ponencia.

**Grupo Nº 5:** El señor relator Dr. Jaime Luis Rodríguez Manrique, manifestó que su grupo por **unanimidad se adhiere a la segunda ponencia**. Siendo la votación de 9 votos por la segunda ponencia y 0 voto por la primera ponencia.

**Grupo Nº 6:** La señora relatora Dra. Jacqueline Riega Rondón, manifestó que en el interior de su grupo ha surgido una **tercera ponencia que gana por mayoría** y es como sigue: “Bastaría con solicitar el reconocimiento o restablecimiento de un derecho, pues el Juez debe aplicar los principios que rigen el proceso contencioso administrativo como son de favorecimiento del proceso y de suplencia de oficio, estando implícito en este reconocimiento la declaración de nulidad de la resolución ficta”. Siendo la votación de 0 voto por la primera ponencia, 1 voto por la segunda ponencia y 8 votos por la tercera ponencia.

- 2.- **DEBATE:** Luego de leídas las conclusiones arribadas por los señores relatores de los seis (6) grupos de trabajo, el Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios Mariano Benjamín Salazar Lizarraga, concede el uso de la palabra a los jueces asistentes que deseen efectuar algún aporte adicional a los argumentos ya vertidos.

**Dra. Yenny Delgado** (Corte del Cusco) “La pretensión impugnatoria lleva implícita la nulidad, por lo que resulta innecesaria la exigencia

de tener que plantearse expresamente como pretensión principal la nulidad de la declaración denegatoria fleta, tanto más si esta no existe”.

**Dr. Niczon Espinoza Lugo** (Corte Del Santa) “El Juez debe pronunciarse sobre el aspecto material de la pretensión independientemente, que sea acumulado o no, el reconocimiento del derecho y la nulidad de la resolución ficta, o de forma independiente la pretensión de reconocimiento del derecho o la nulidad de la resolución ficta”.

- 3.- **VOTACIÓN:** Concluido el debate plenario, el Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, Dr. Mariano Benjamín Salazar Lizarraga inicio el conteo de los votos en base a las actas de votaciones de cada grupo, siendo el resultado el siguiente:

Primera ponencia	: Total de 8 votos
Segunda ponencia	: Total de 31 votos
Tercera Ponencia*	: Total de 24 votos
Abstenciones	: Ninguna

\* **Ponencia surgida en el interior del grupo 6.**

#### **VOTACIÓN EN EL PLENO**

Primera ponencia	: 4 votos
Segunda ponencia	: 21 votos
Tercera ponencia	: 31 votos
Abstenciones	: 4 [sic]

#### **4.- CONCLUSIÓN PLENARIA**

El Pleno adoptó por **MAYORÍA** la tercera ponencia que enuncia lo siguiente: *“Bastaría con solicitar el reconocimiento por restablecimiento de un derecho, pues el Juez debe aplicar los principios que rigen el proceso contencioso administrativo como son de favorecimiento del proceso y de suplencia de oficio, estando implícito en este reconocimiento la declaración de nulidad de la resolución ficta, pero debe pronunciarse por la nulidad si lo pide”.*

**VÍA PROCESAL EN QUE DEBE TRAMITARSE LAS PRETENSIONES DE NULIDAD DE PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO DECLARADAS EN SEDE ADMINISTRATIVA (COFOPRI, PETT, MUNICIPALIDADES) O EN SEDE NOTARIAL**

**¿En que vía debe tramitarse la nulidad de prescripción adquisitiva de dominio declarada en sede administrativa o en sede notarial?**

**Primera Ponencia**

Las pretensiones de nulidad de prescripción adquisitiva de dominio declaradas en sede administrativa (COFOPRI, PETT, MUNICIPALIDADES) o en sede notarial, deben tramitarse en la vía del proceso contencioso administrativo.

**Segunda Ponencia**

Las pretensiones de nulidad de prescripción adquisitiva de dominio declarada en sede administrativa (COFOPRI, PETI, MUNICIPALIDADES) o en sede notarial, deben sustanciarse en la vía ordinaria por el proceso de conocimiento como nulidad de acto jurídico.

- 1.- GRUPOS DE TRABAJO:** En este estado, el Dr. Mariano Benjamín Salazar Lizarraga, Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, concede el uso de la palabra a los señores relatores de cada grupo de trabajo a fin de que den lectura de las conclusiones arribadas preliminarmente, conforme se detalla a continuación:

**Grupo Nº 1:** La señora relatora Dra. Rosa Liliana Dávila Broncano, manifestó que en el interior de su grupo ha surgido **una tercera ponencia que gana por mayoría** y es como sigue: “Las pretensiones de nulidad de prescripción adquisitiva de dominio declaradas en sede administrativa (COFOPRI, PETT, MUNICIPALIDADES), deben tramitarse en la vía del proceso contencioso administrativo. En cambio las actuaciones del notario se debe tramitar en la vía del proceso de conocimiento porque no constituyen actos administrativos”. Siendo la votación de 2 votos por la primera ponencia, 3 votos por la segunda ponencia y 7 por la tercera ponencia.



**Grupo N° 2:** La señora relatora Dra. Carmen Leiva Castañeda, manifestó que en el interior del grupo ha surgido **una tercera ponencia que gana por unanimidad** y es como sigue: “En los casos de prescripción adquisitiva, tratándose de pretensiones declaradas en sede administrativa por COFOPRI, PETT, Municipalidades u otros organismos deben tramitarse en la vía del proceso contencioso administrativo y, en los casos de las declaraciones provenientes de sede notarial o registral al amparo del Decreto Legislativo 667, la vía donde deben sustanciarse es la vía ordinaria”. Siendo esta tercera ponencia acogida por unanimidad (13 votos).

**Grupo N° 3:** El señor relator Dr. Juan Miguel Vargas Girón, manifestó que en el interior de su grupo por **mayoría gana la primera ponencia**, pero además han surgido 2 ponencias adicionales que son la tercera y cuarta ponencia, **Tercera ponencia que es como sigue:** “Que los que no han participado en el procedimiento administrativo deben recurrir en la vía ordinaria a través de la nulidad de acto jurídico, y los que si han participado del procedimiento administrativo, estos exclusivamente tienen expedita el proceso contencioso administrativo”. **Cuarta Ponencia es como sigue:** “Cuando se haya recurrido a la vía notarial, se puede recurrir a la vía ordinaria demandando nulidad de acto jurídico en tanto el trámite del notario se sustenta en protocolizar la voluntad de las partes”. Siendo la votación de 5 votos por la primera ponencia, 2 votos por la segunda ponencia, 2 votos por la tercera ponencia y 2 votos por la cuarta ponencia.

**Grupo N° 4:** El señor relator Dr. Olegario David Florian Vigo, manifestó que el grupo por **mayoría se adhiere a la segunda ponencia**. Siendo la votación de 3 votos por la primera ponencia y 6 votos por la segunda ponencia.

**Grupo N° 5:** El señor relator Dr. Jaime Luis Rodríguez Manrique, manifestó que su grupo por **mayoría se adhiere a la segunda ponencia**. Siendo la votación de 0 voto por la primera ponencia, 7 votos por la segunda ponencia y 2 abstenciones.

**Grupo N° 6:** La señora relatora Dra. Jacqueline Riega Rondón, manifestó que su grupo por **mayoría se adhiere a la primera ponencia**, sin embargo un magistrado propuso una tercera ponencia que es como sigue: “Respecto a los notarios precisa que siempre se les ha considerado como funcionarios públicos, y cuando se pide la nulidad de los actos que realiza siempre se les cuestiona en la vía ordinaria. Siendo la votación de 8 votos

por la primera ponencia, 0 voto por la segunda ponencia y 1 voto por la tercera ponencia.

- 2.- **DEBATE:** Luego de leídas las conclusiones arribadas por los señores relatores de los seis (6) grupos de trabajo, el Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios doctor Mariano Benjamín Salazar Lizarraga concede el uso de la palabra a los jueces asistentes que deseen efectuar algún aporte adicional a los argumentos ya vertidos.

**Dra. Lucía Isabel Palomino Pérez** (Corte de Ayacucho) Manifiesta que la declaración notarial emerge de un procedimiento iniciado similar al proceso judicial, entonces se tendría que cuestionar el procedimiento en si mismo, si ha podido ser llevado con dolo y vicio.

**Dr. Augusto Ruidías Farfan** (Corte de La Libertad) Asevero que hay actos de instituciones privadas bajo el régimen privado que ejercen función administrativa por delegación o concesión del Estado y es de aplicación la Ley N° 27444.

**Dr. Rodolfo Najjar Pineda** (Corte de Moquegua) Refiere que el Estado tiene atribución respecto de las competencias, por lo que la facultad del COFOPRI no es necesariamente administrativa.

- 3.- **VOTACIÓN:** Concluido el debate plenario, el Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, doctor Mariano Benjamín Salazar Lizarraga, inició el conteo de los votos en base a las actas de votaciones de cada grupo, siendo el resultado el siguiente:

Primera ponencia	: Total de 18 votos
Segunda ponencia	: Total de 18 votos
Tercera ponencia	: Total de 23 votos

#### VOTACIÓN EN EL PLENO

Primera ponencia	: 11 votos
Segunda ponencia	: 16 votos
Tercera ponencia*	: 28 votos
Abstenciones	: 5 [sic]

\* Ponencia surgida en el interior del grupo 1.

#### 4.- CONCLUSIÓN PLENARIA

El pleno adoptó por **MAYORÍA** [sic] tercera ponencia que enuncia lo siguiente: *“Las pretensiones de nulidad de prescripción adquisitiva de dominio declaradas en sede administrativa (COFOPRI, PETT, MUNICIPALIDADES), deben tramitarse en la vía del proceso contencioso administrativo, en cambio las actuaciones del Notario se deben tramitar en la vía del proceso ordinario de conocimiento porque no constituye actos administrativo”.*

## TEMA Nº 4

### LA LEGITIMIDAD PARA OBRAR CUANDO LA DEMANDADA ES LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

**¿La legitimidad para obrar pasiva en el proceso contencioso administrativo cuando el administrado demanda la demanda la invalidez o ineficacia de una actuación administrativa, corresponde a todos los órganos o unidades administrativas que emitieron las resoluciones objeto de impugnación, o solo contra el órgano o unidad administrativa que emitió la resolución en última instancia?**

#### Primera Ponencia

Cuando el administrado ejerce la acción contencioso administrativa, la invalidez o ineficacia de una actuación administrativa, pretendiendo la invalidez o ineficacia de una actuación administrativa, corresponde la impugnación contra todos los órganos o unidades administrativas que emitieron resoluciones objeto de impugnación.

#### Segunda Ponencia

Cuando el administrado ejerce la acción contencioso administrativa, pretendiendo la invalidez o ineficacia de una actuación administrativa, corresponde la impugnación contra el órgano o unidad administrativa que emitió la resolución en última instancia.

**1.- GRUPOS DE TRABAJO:** En este estado, el doctor Mariano Benjamín Salazar Lizarraga, Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, concede el uso de la palabra a los señores relatores de cada grupo de trabajo a fin de que den lectura de las conclusiones arribadas preliminarmente, conforme se detalla a continuación:

**Grupo Nº 1:** La señora relatora Dra. Rosa Liliana Dávila Broncano, manifestó que en el interior de su grupo ha surgido una **tercera ponencia que ha ganado por unanimidad** que es similar a la segunda con una modificación, quedando como sigue: “Cuando el administrado ejerce la acción contencioso administrativa, pretendiendo la invalidez o ineficacia de una actuación administrativa, corresponde la impugnación contra entidad administrativa que emitió la resolución en última

instancia". Siendo la votación unánime a favor de esta tercera ponencia.

**Grupo N° 2:** La señora relatora Dra. Carmen Leiva Castañeda, manifestó que **por mayoría gana la segunda ponencia** pero sin embargo ha surgido una tercera ponencia que es un agregado a la segunda ponencia, quedando como sigue: "Cuando el administrado ejerce la acción contencioso administrativa, pretendiendo la invalidez o ineficacia de una actuación administrativa, corresponde la impugnación contra el órgano o unidad administrativa que emitió la resolución en última instancia, sin perjuicio de que pueda emplazar a la entidad que expidió en primera instancia el acto administrativo". Siendo la votación como sigue: 1 voto por la primera ponencia, 10 votos por la segunda ponencia, 1 voto por la tercera ponencia y 1 abstención.

**Grupo N° 3:** El señor relator Dr. Juan Miguel Vargas Girón, manifestó que en el interior de su grupo ha surgido una **tercera ponencia que ganó por mayoría** y es como sigue: "Cuando el administrado ejerce la acción contencioso administrativa, pretendiendo la invalidez o ineficacia de una actuación administrativa, corresponde la impugnación contra la entidad administrativa de donde se expidió la última resolución". Siendo la votación de 1 voto por la primera ponencia, 0 voto por la segunda ponencia, 8 votos por la tercera ponencia y 2 abstenciones.

**Grupo N° 4:** El señor relator Dr. Olegario David Florian Vigo, manifestó que el grupo **por mayoría se adhiere a la segunda ponencia**. Siendo la votación de 1 voto por la primera ponencia, 6 votos por la segunda ponencia y 2 abstenciones.

**Grupo N° 5:** El señor relator Dr. Jaime Luis Rodríguez Manrique, manifestó que en el interior de su grupo ha surgido **una tercera ponencia que gana por unanimidad** y es como sigue: "Cuando el administrado ejerce la acción contencioso administrativa, pretendiendo la invalidez o ineficacia de una actuación administrativa, corresponde la impugnación contra la entidad administrativa, la cual es distinta a los órganos o unidades de gestión, aún cuando estos hubieran emitido la última resolución administrativa cuestionada". Siendo la votación de 0 voto por la primera ponencia, 0 voto por la segunda ponencia y 9 votos por la tercera ponencia.

**Grupo N° 6:** La señora relatora Dra. Jacqueline Riega Rondón, manifestó que en el interior del grupo ha surgido una **tercera ponencia la misma que gana por unanimidad** y es como sigue: "Cuando el administrado ejerce la acción contencioso administrativa, pretendiendo la invalidez o ineficacia de una actuación administrativa, corresponde la impugnación

contra el representante legal de la entidad administrativa que emitió la resolución cuestionada, asimismo contra el Procurador Público”. Siendo la votación de 0 voto por la primera ponencia, 0 voto por la segunda ponencia y 8 por la tercera ponencia.

- 2.- **DEBATE:** Luego de leídas las conclusiones arribadas por los señores relatores de los seis (6) grupos de trabajo, el Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios doctor Mariano Benjamín Salazar Lizarraga concede el uso de la palabra a los jueces asistentes que deseen efectuar algún aporte adicional a los argumentos ya vertidos.

**Dr. Eloy Zamalloa Campero** (Corte de Arequipa) “El Procurador es un coadyuvante, y que es un emplazamiento legal que tiene que ocurrir y que actualmente la notificación se realiza por medio de la central de notificaciones y ya no se utiliza el exhorto.

**Dr. Juan De La Cruz Ríos** (Corte de Lambayeque) “Hay que tener en cuenta que las resoluciones de segunda instancia las ha internalizado como una decisión final, puesto que ir contra ella es ir contra las demás resoluciones de órganos inferiores, y que en la experiencia se ha encontrado que las resoluciones de segunda instancia han tomado los fundamentos de la de primera instancia, puesto que sería inoficioso demandar a todas las entidades.

- 3.- **VOTACIÓN:** Concluido el debate plenario, el Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, doctor Mariano Benjamín Salazar Lizarraga inició el Conteo de los votos en base a las actas de votaciones de cada grupo, siendo el resultado el siguiente:

Primera ponencia	: Total de 3 votos
Segunda ponencia	: Total de 24 votos
Tercera ponencia	: Total de 30 votos

### VOTACIÓN EN EL PLENO

Primera ponencia	: 3 votos
Segunda ponencia	: 9 votos
Tercera ponencia*	: 36 votos
Abstenciones	: votos [sic]

\* Ponencia surgida en el interior del grupo 1.

#### 4.- CONCLUSIÓN PLENARIA

El pleno adoptó por **MAYORÍA** la segunda ponencia que enuncia lo siguiente: *“Cuando el administrado ejerce la acción contencioso administrativa, pretendiendo la invalidez o ineficacia de una actuación administrativa, corresponde la impugnación contra la entidad administrativa que emitió la resolución cuestionada en última instancia”.*

Lima, 19 de noviembre de 2011.

**SS.**

MARIANO BENJAMÍN SALAZAR LIZARRAGA  
JUAN MIGUEL RAMOS LORENZO  
LUZ CAROLINA VIGIL CURO  
ANTONIO PAUCAR LINO  
WILBER GONZÁLES AGUILAR  
MARÍA SOFÍA VERA LAZO  
DAVID QUISPE SALSAVILCA





**CONCLUSIONES DEL PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

(Emitidas el 7 de setiembre de 2013)

La Comisión de Actos Preparatorios del Pleno Jurisdiccional Nacional Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Arequipa, conformada por los señores Jueces Superiores: Kenneth Fernando del Carpio Barreda, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios; Flor Aurora Guerrero Roldán, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia del Callao; Juan Miguel Ramos Lorenzo, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Lima; Wilbert Bustamante del Castillo, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Cusco; Carlos Alfonso Silva Muñóz, Juez Superior de Justicia de Lambayeque; Jacinto Arnaldo Cama Quispe, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Cañete; Javier Santiago Sologuren Anchante, Juez Superior de Justicia de Loreto, dejan constancia de que luego de llevado a cabo el debate de cada uno de los temas sometidos al Pleno, los señores jueces participantes, han arribado a las conclusiones que se exponen a continuación:

**TEMA Nº 1****RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA MATERIA DE IMPUGNACIÓN EN SEDE  
JUDICIAL**

**¿Además de la Resolución que da por agotada la vía administrativa, puede demandarse conjuntamente la nulidad de las resoluciones administrativas que no tiene tal calidad?**

**Primera Ponencia**

Según el artículo 218º.1 de la Ley Nº 27444, sólo pueden ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso administrativo a que se refiere el artículo 148º de la Constitución, los actos administrativos que agotan la vía administrativa.

## Segunda Ponencia

Sí puede impugnarse ante el Poder Judicial, todas aquellas resoluciones que hayan sido expedidas dentro del procedimiento administrativo y que hayan dado origen a la resolución que da por agotada la vía administrativa, por ser esta vía de plena jurisdicción.

### Fundamento y/o Justificación

En nuestro ordenamiento, deriva de la propia Constitución Política la exigencia de que sólo se pueden impugnar mediante el proceso contencioso administrativo los actos administrativos que causen estado, es decir, aquel que agota o pone fin a la vía administrativa, porque fija de manera definitiva la voluntad de la administración, constituye la manifestación final de la acción administrativa respecto de la cual no es posible la interposición de otro recurso administrativo, debiendo entenderse que ello ocurre cuando se ha llegado al funcionario superior con competencia para decidir en definitiva sobre el acto impugnado, por lo que únicamente su pronunciamiento podría ser objeto de cuestionamiento ante el Poder Judicial. Sin embargo en la práctica, los administrados recurren al Poder Judicial solicitando la nulidad no sólo de la resolución que da por agotada la vía administrativa sino de todas aquellas que dieron origen a esta última, situación que lejos de ser corregida por los órganos jurisdiccionales, en muchos casos es acogida por éstos, quienes al amparar la demanda incoada por el administrado disponen la nulidad de todas las resoluciones emitidas en el proceso administrativo.

**1.- GRUPOS DE TRABAJO:** En este estado, el doctor Kenneth Fernando del Carpio Barreda, Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, concede el uso de la palabra a los señores relatores de cada grupo de trabajo a fin que den lectura de las conclusiones arribadas preliminarmente, conforme se detalla a continuación:

**Grupo N° 1:** El señor relator Dr. René Cervantes López, manifestó que el grupo por **MAYORÍA** se adhiere a la primera ponencia. Siendo un total de siete (7) votos por la primera ponencia y tres (3) votos por la segunda, manifestando que: “La acción contenciosa administrativa debe accionarse en contra de la última resolución que se expide en sede administrativa, esto es en contra de la resolución que causa estado, lo que no obsta a que el juez revise y se pronuncie de todo el pronunciamiento administrativo en virtud a la jurisdicción plena que regule el TUO de la Ley N° 27584; ello concordante con lo establecido en el artículo N° 218º.1 [sic] de la Ley N° 27444, sólo pueden ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso

administrativo a que se refiere el artículo 148º de la Constitución Política del Perú, los actos administrativos que agotan la vía administrativa”.

**Grupo N° 2:** La señora relatora Dra. Celina Graciela Morey Riofrío, expresó que el grupo por **MAYORÍA** se adhiere a la segunda ponencia. Siendo un total de tres (3) votos por la primera ponencia, siete (7) votos por la segunda ponencia, sosteniendo que: “Sí se puede impugnarse ante el Poder Judicial, no sólo la resolución que agota la vía administrativa sino también aquellas resoluciones que hayan sido expedidas dentro del procedimiento administrativo y que hayan dado origen a la resolución que da por agotada la vía administrativa, por ser esta vía de plena jurisdicción”.

**Grupo N° 3:** La señora relatora Dra. Silvia Violeta Sánchez Egusquiza, sostuvo que su grupo por **UNANIMIDAD** se adhiere a la segunda ponencia, siendo un total de nueve (9) votos, manifestando que: “Sí puede impugnarse ante el Poder Judicial, todas aquellas resoluciones que hayan sido expedidas dentro del procedimiento administrativo y que hayan dado origen a la resolución que da por agotada la vía administrativa, por ser esta vía de plena jurisdicción”.

**Grupo N° 4:** El señor relator Dr. Julio Leiva Pérez, expresó que el grupo por **UNANIMIDAD** se adhiere por la primera ponencia. Siendo un total de ocho (8) votos, declarando: “Sí se puede demandar, pero el juez al calificar la demanda debe en dicho supuesto declarar inadmisibles para que el demandante adecue su petitorio de acuerdo al artículo N° 148º [sic] de la Constitución Política del Estado y al artículo 218º.1 de la Ley N° 27444”.

**Grupo N° 5:** El señor relator Dr. Benny Álvarez Quiñónez, señala que su grupo por **UNANIMIDAD** se adhiere a la primera ponencia. Siendo un total de nueve (9) votos, precisando que: “El juez aplicando el principio de suplencia de oficio y de sustitución de resoluciones en el procedimiento administrativo, admitirá la demanda sólo por la última resolución o la que cause estado, debiendo igualmente pronunciarse sólo respecto de la resolución que cause estado”.

**Grupo N° 6:** La señora relatora Dra. Edith Irma Alvarado Palacios, expresó que el grupo por **MAYORÍA** se adhieren [sic] por la segunda ponencia. Siendo un total de dos (2) votos por la primera ponencia, siete (7) siete votos por la segunda ponencia, manifestando que: “Sí se puede demandar conjuntamente la nulidad de las resoluciones administrativas que hayan sido expedidas dentro del procedimiento administrativo y que hayan dado origen a la resolución definitiva”.

**Grupo Nº 7:** El señor relator Dr. Luis Miguel Samaniego Cornelio, hace presente que su grupo por **MAYORÍA** se adhiere a la segunda ponencia. Siendo un total de dos (2) votos por la primera ponencia y seis (6) votos por la segunda ponencia, expresando que: “Sí puede impugnarse ante el Poder Judicial, todas aquellas resoluciones que hayan sido expedidas dentro del procedimiento administrativo y que hayan dado origen a la resolución que da por agotada la vía administrativa, por ser esta vía de plena jurisdicción. Sólo cabe impugnación de la resolución final contra la que no cabe recurso administrativo y que por lo tanto agota la vía administrativa de conformidad al artículo Nº 148º de la Constitución y artículo 218º.1 de la Ley Nº 27444”.

**Grupo Nº 8:** La señora relatora Dra. Rosa Liliana Dávila Broncano, hace mención que su grupo por **UNANIMIDAD** se adhiere a la segunda ponencia. Siendo un total de siete (7) votos por la segunda ponencia, indicando que: “Que el artículo Nº 148º de la Constitución Política del Estado establece como control de la función administrativa que el Poder Judicial revise las resoluciones administrativas que hubieran agotado dicha vía. Cuando se impugna ante el órgano jurisdiccional una resolución administrativa, ello no implica que se limite aisladamente al análisis únicamente de ella, sino que para concluir si la resolución ha sido emitida en un debido procedimiento y dentro de la legalidad, se tiene necesariamente que revisar todo el procedimiento administrativo que no tiene tal calidad, más no se señala si se puede demandar la nulidad de resoluciones administrativas que no han agotado la vía administrativa. Además podemos hablar procesalmente de la acumulación de pretensiones”.

- 2.- **DEBATE:** Luego de leídas las conclusiones arribadas por los señores de los ocho grupos de trabajo, el Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios doctor Kenneth Fernando del Carpio Barreda concede el uso de la palabra a los señores jueces asistentes que deseen efectuar algún aporte adicional a los argumentos ya vertidos.
- No existiendo pedidos de intervención se procede a la votación.
- 3.- **VOTACIÓN:** Concluido el debate en los grupos de taller, el Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios doctor Kenneth Fernando del Carpio Barreda da inicio al conteo de los votos en base a las actas de votaciones de cada grupo, siendo el resultado el siguiente:

Primera ponencia	: 31 votos
Segunda ponencia	: 39 votos
Abstenciones	: 0 voto

#### 4.- CONCLUSIÓN PLENARIA

El Pleno adoptó por **MAYORÍA** la primera ponencia que enuncia lo siguiente:

*“Sí puede impugnarse ante el Poder Judicial, todas aquellas resoluciones que hayan sido expedidas dentro del procedimiento administrativo y que hayan dado origen a la Resolución que da por agotada la vía administrativa, por ser esta vía de plena jurisdicción”.*

## TEMA Nº 2

### INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LOS PROCESOS URGENTES

**¿En los procesos urgentes es necesario que el Ministerio Público emita dictamen fiscal conforme a sus atribuciones?**

#### **Primera Ponencia:**

No es necesario que el Ministerio Público emita dictamen en los procesos de urgencia, por cuanto el artículo 27º de la Ley Nº 27584 establece que: “cualquiera de las pretensiones a que se refiere el presente artículo será tramitada, bajo responsabilidad de quien lo pide, como medida urgente precio [sic] traslado a la otra parte por el plazo de tres días. Vencido el plazo, con o sin absolución de la demanda, el juez dictará en la sentencia la medida que corresponda a la pretensión invocada dentro del plazo de cinco días”. Esta expresión del articulado se debe a que la finalidad del proceso urgente es atender las materias tramitadas en el proceso urgente de manera inmediata. Finalmente cabe señalar que en el derogado Decreto Legislativo Nº 1067 que modificaba la Ley Nº 27584, tampoco se previó la remisión de autos para Dictamen Fiscal.

24º A [sic].- Reglas de Procedimiento: Cualquiera de las pretensiones a que se refiere el presente artículo será tramitada bajo responsabilidad de quien lo pide, como medida urgente previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días. Vencido el plazo, con o sin absolución de la demanda, el Juez dictará en la sentencia la medida que corresponda a la pretensión invocada dentro de cinco días. El plazo para apelar la sentencia es de cinco días, contados a partir de su notificación y se concede con efecto suspensivo. Las demandas cuyas pretensiones no satisfagan lo [sic] requisitos para la tutela urgente, se tramitarán conforme a las reglas establecidas para el proceso especial.

#### **Segunda Ponencia:**

Si es necesario que el Ministerio Público emita dictamen en los Procesos de Urgencia, por cuanto el artículo 14º del TUO de la Ley Nº 27584 establece que: “El Ministerio Público interviene como dictaminador antes de la expedición de la resolución final y en casación dentro del plazo de 15 días, con o sin dictamen se devolverá el expediente, bajo responsabilidad funcional”.

En consideración a ello, mediante Casación N° 2560-2009-Ica se declaró nula la resolución de vista por no haber remitido los autos al Ministerio Público. Aunado a ello el artículo 1° de la Ley Orgánica del Ministerio Público establece que: “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, así como para velar la moral pública, la persecución del delito y la reparación civil. También velará por la prevención del delito dentro de las limitaciones que resultan de la presente ley y por la independencia de los órganos jurisdiccionales y la recta administración de justicia y las demás que les señalan la Constitución Política del Perú y el ordenamiento jurídico de la Nación.

### **Fundamento y/o Justificación**

Como es sabido, el proceso tiene un fin mediato al lado inmediato: la justicia y la paz social. Para ello, el Estado se configura como el único depositario de la función jurisdiccional, prohibiendo y sancionando la autodefensa. La lentitud del proceso, que en teoría no está previsto de esa manera, en la mayoría de los casos hace que el litigio pierda su sentido: dar al justiciable lo suyo en el caso concreto, es decir, que aquel derecho, objeto de la pretensión, se vea realizado; no es otra cosa que el valor eficacia. Por lo tanto, es necesario, que al configurarse el proceso, los operadores judiciales trabajen con miras a ello, más cabe preguntarse: ¿Cómo puede lograrse si no se tiene a la mano las herramientas jurídicas mínimas para trabajar? Así, en el caso del proceso contencioso administrativo, se incorporó la vía del proceso urgente, sustituyendo el antiguo “proceso sumario” como un modo de posibilitar la tutela de casos de extrema gravedad de urgencia que no consienten mayor dilación, para lo cual el solicitante deberá invocar concurrentemente específicas situaciones reguladas por ley para que el juzgador emita la resolución correspondiente cautelando la situación. En ese sentido, el TUO de la Ley N° 27584, en su artículo 27° establece las reglas de procedimiento del proceso urgente, precisando que el trámite en la referida vía procedimental consiste en la presentación de la demanda y con la absolución o sin ella, el Juez debe emitir pronunciamiento en el plazo de cinco días, no contemplando la remisión de los autos al Ministerio Público para la emisión del dictamen fiscal. El problema en cuestión surge por cuanto, si bien la norma no prevé la remisión de los autos al Ministerio Público previamente a expedir sentencia, sin embargo existe jurisprudencia como la Casación N° 2560-2009-Ica, por la que se ordena la remisión de los actuados al Ministerio Público previamente a expedir sentencia, pese a la existencia de la norma ya invocada que no prevé trámite.

- 1.- **GRUPOS DE TRABAJO:** En este estado, el doctor Kenneth Fernando del Carpio Barreda, Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, cede el uso de la palabra a los señores relatores de cada grupo de trabajo a fin de que den lectura las conclusiones arribadas preliminarmente, conforme se detalla a continuación:

**Grupo Nº 1:** El señor relator Dr. René Cervantes López, manifestó que el grupo por **UNANIMIDAD** se adhiere a la primera ponencia. Siendo un total de diez (10) votos, estableciendo que: “Dada la naturaleza de las pretensiones y la regulación prevista del trámite urgente regulado en el artículo 27º del TUO de la Ley Nº 27584, en los procesos contenciosos administrativos urgente, no se requiere de dictamen fiscal en ninguna de las instancias”.

**Grupo Nº 2:** La señora relatora Dra. Celina Graciela Morey Riofrío, expreso que el grupo por **UNANIMIDAD** se adhiere a la primera ponencia. Siendo un total de diez (10) votos, expresando que: “No es necesario que el Ministerio Público emita dictamen en los procesos de urgencia, por cuanto el artículo 27º de la Ley Nº 27584 establece que cualquiera de las pretensiones a que se refiere el presente artículo será tramitada, bajo responsabilidad de quien lo pide, como medida urgente precio traslado a la otra parte por el plazo de tres días. Vencido el plazo, con o sin absolución de la demanda, el juez dictará en la sentencia la medida que corresponda a la pretensión invocada dentro del plazo de cinco días”.

**Grupo Nº 3:** La señora relatora Dra. Silvia Violeta Sánchez Egusquiza, expreso que el grupo por **UNANIMIDAD** se adhiere por la primera ponencia. Siendo un total de ocho (8) votos, sosteniendo que: “El proceso de urgencia como su propio nombre lo dice tiene por finalidad atender las materias de manera inmediata por lo que su remisión al Ministerio Público desnaturalizaría la esencia de dicho proceso; por lo que a fin de no debatir en el Pleno temas donde no existe problemática alguna, la comisión preparatoria debe ser convocada a todas las Corte [sic] Superiores de Justicia a fin de que se remitan proyectos de temas a debatir en este tipo de eventos”.

**Grupo Nº 4:** El señor relator Dr. Julio Leiva Pérez, refiere que su grupo por **MAYORIA** se adhiere a la primera ponencia. Siendo un total de siete (7) votos por la primera ponencia y dos (2) abstenciones, indicando que: “No es necesario que el Ministerio Público emita dictamen en los procesos de urgencia atendiendo a que el Art. 27º del TUO de la Ley Nº 27584 regula la tutela de casos de extrema gravedad que no constituye



mayor dilación; pues la lentitud del proceso hace que este pierda su eficacia. Asimismo, el artículo referido no contempla la remisión de los autos al Ministerio Público para la emisión del dictamen fiscal”.

**Grupo Nº 5:** El Señor relator Dr. Benny Álvarez Quiñónez, expresó que el grupo por **UNANIMIDAD** se adhiere a la primera ponencia, siendo un total de (8) votos, precisando que: “En los procesos urgentes no es necesario que el Ministerio Público emita dictamen fiscal antes de la decisión final, por las razones que sustentan la ponencia y además por el principio de especialidad, es decir la intervención dictaminadora del fiscal se encuentra en un norma general más no en las normas específicas que regulan el proceso de urgencia; y, finalmente por la naturaleza del proceso urgente”.

**Grupo Nº 6:** La señora relatora Dra. Edith Irma Alvarado Palacios, expresa que su grupo por **MAYORÍA** se adhiere a la primera ponencia. Siendo un total de ocho (8) votos por la primera ponencia y un (1) voto por la segunda ponencia, manifestando que: “En los procesos urgentes, en los que se busca una solución de manera inmediata y eficaz a los conflictos intersubjetivos de parte del órgano jurisdiccional debe prevalecer lo dispuesto en la ley especial (Art. 27º de la Ley Nº 27584); por lo tanto no es necesario contar con el dictamen del Ministerio Público”.

**Grupo Nº 7:** El señor relator Dr. Luis Miguel Samaniego Cornelio, sostuvo que el grupo por **UNANIMIDAD** se adhiere por la primera ponencia. Siendo un total de siete (7) votos, manifestando que: “Desde una interpretación histórica en el Texto Original de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo (Ley Nº 27584) se reguló dos vías procedimentales como son: El Proceso Sumarísimo y Abreviado; en ambos casos, se requería el dictamen fiscal. Sin embargo, bajo la vigencia del Decreto Legislativo Nº 1067 publicado el 28 de junio del año 2008 y vigente desde el día siguiente, se modificó el artículo 24º de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo cambiando el nombre del Proceso Sumarísimo por Proceso Urgente y eliminando el dictamen fiscal. La exposición de motivos del indicado Decreto Legislativo Nº 1067 señala “Como reglas de procedimiento, se indica que cualquiera de las pretensiones a que se refiere el presente artículo será tramitada como proceso urgente, previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días y con la absolución o sin ésta, el juez dictará sentencia excepcionalmente podrá reservar su mejor derecho, en caso de que sea puesta al contradictorio”.

**Grupo Nº 8:** La señora relatora Dra. Rosa Liliana Dávila Broncano, sostuvo que el grupo por **UNANIMIDAD** se adhiere por la primera ponencia. Siendo un total de siete (7) votos, manifestando que: “Que en los procesos urgentes tal y como lo establece la norma, en su parte específica, no resulta necesario que el Ministerio Público emita dictamen fiscal, a efecto de agilizar la conclusión de los procesos que pretenden resguardar derechos constitucionales urgente [sic] como la pensión que han sido afectados por la administración pública y que necesitan tutela jurisdiccional inmediata y efectiva en la solución del caso en concreto, debiendo darse prioridad al principio de celeridad y economía procesal, teniendo en cuenta la naturaleza de los mismos. No cabe realizar interpretación a la modificación de la norma ya que como hemos precisado, los procesos de urgencia deben ser resueltos con celeridad y de esta forma evitar que se siga alargando los procesos innecesariamente, norma con la que nos encontramos de acuerdo, ya que en nuestro trabajo diario hemos puesto en práctica tal situación, es decir, no remitir al Ministerio Público los expedientes para el dictamen fiscal obteniendo un resultado favorable, celeridad en el proceso sin vulnerar o atentar ni principios ni normativa alguna”.

- 4.-\* **DEBATE:** Luego de leídas las conclusiones arribadas por los señores relatores de los ocho grupos de trabajo, el Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios doctor Kenneth Fernando del Carpio Barreda concede el uso de la palabra a los señores jueces asistentes que deseen efectuar algún aporte adicional a los argumentos ya vertidos.

No existiendo pedidos de intervención se procede a la votación.

- 2.- **VOTACIÓN:** Concluido el debate en los grupos de taller, el Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, doctor Kenneth Fernando Del Carpio Barreda da inicio el conteo de los votos en base a las actas de votaciones de cada grupo, siendo el resultado el siguiente:

### VOTACIÓN DEL PLENO

Primera ponencia	: 65 votos
Segunda ponencia	: 2 votos
Abstenciones	: 0 voto

\* En el presente Pleno Jurisdiccional, extraído de la página web del Poder Judicial, se lee los numerales: "4" y "2"; debiendo decir: "2" y "3".

#### 4.- CONCLUSIÓN PLENARIA

El Pleno adoptó por **MAYORÍA** la segunda ponencia que enuncia lo siguiente: *“No es necesario que el Ministerio Público emita dictamen en los procesos de urgencia, por cuanto el artículo 27º de la Ley N° 27584 establece “Que cualquiera de las pretensiones a que se refiere el presente artículo será tramitada, bajo responsabilidad de quien lo pide, como medida urgente previo [sic] traslado a la otra parte por el plazo de tres días. Vencido el plazo, con o sin absolución de la demanda, el juez dictará en la sentencia la medida que corresponda a la pretensión invocada dentro del plazo de cinco días”. Esta expresión del articulado se debe a que la finalidad del proceso urgente es atender las materias tramitadas en el proceso urgente de manera inmediata. Finalmente cabe señalar que en el derogado Decreto Legislativo N° 1067 que modificaba la Ley N° 27584, tampoco se previó la remisión de autos para Dictamen Fiscal.*

*24º A [sic].- Reglas de Procedimiento: Cualquiera de las pretensiones a que se refiere el presente artículo será tramitada bajo responsabilidad de quien lo pide, como medida urgente previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días. Vencido el plazo, con o sin absolución de la demanda, el Juez dictará en la sentencia la medida que corresponda a la pretensión invocada dentro de cinco días. El plazo para apelar la sentencia es de cinco días, contados a partir de su notificación y se concede con efecto suspensivo. Las demandas cuyas pretensiones no satisfagan lo requisitos para la tutela urgente, se tramitarán conforme a las reglas establecidas para el proceso especial”.*

## TEMA N° 3

### SENTENCIA ESTIMATORIA Y PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

**¿Puede el juez otorgar en la sentencia estimatoria mayor derecho o cosa distinta a la peticionada, sin vulnerar el principio de congruencia?**

#### Primera Ponencia

El juez del Proceso Contencioso Administrativo, al emitir una sentencia estimatoria debe sujetarse estrictamente al petitorio de la demanda, no pudiendo otorgar mayor derecho o cosa distinta a la peticionada.

#### Segunda Ponencia

El juez del Proceso Contencioso Administrativo, al emitir una sentencia estimatoria, sí puede otorgar mayor derecho o cosa distinta a la peticionada conforme a la recepción del proceso como de tutela subjetiva plenaria y en observancia a la finalidad del proceso contencioso administrativo prevista en el artículo 41º del TUO de la Ley N° 27584.

#### Fundamento y/o Justificación

El de congruencia procesal implica por un lado que el juez no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en los hechos diversos de los que han sido alegados por las partes, y por otro lado la obligación de los magistrados es de pronunciarse respecto a todos los puntos controvertidos establecidos en el proceso, a todas las alegaciones efectuadas por las partes en sus actos postulatorios o en sus medios impugnatorios. Sin embargo desde hace tiempo viene tomando fuerza la corriente que postula la necesidad de flexibilizar el principio de congruencia de manera de dar cabida a diversas figuras procesales que se postulan como novedosas, entendiendo que la misión del juzgador es asegurar la efectividad del derecho en su integridad, así como la de las garantías constitucionales en su conjunto. Para poder cumplir con tal mandato se requiere flexibilizar la congruencia, esto es, una excepción al postulado que exige el respeto irrestricto de ésta, con el objeto de dar una mejor y más justa solución al conflicto.

En el caso del proceso contencioso administrativo, se sostuvo que debía conocerse las pretensiones que se interpusieron en relación a los actos de la administración pública sujetos al derecho administrativo y las disposiciones reglamentarias, es decir, que bajo tal premisa, los jueces tenía [sic] que limitarse a enjuiciar la validez del acto impugnatorio y deben hacerlo además bajo la pauta previamente establecida en la fase administrativa, lo que implicaba que no se podían pronunciar sobre cuestiones no planteadas [sic] formalmente en la vía administrativa o respecto de las que la administración no se hubiere pronunciado expresamente, ni se podía practicar prueba, salvo para revisar la practicada en el expediente administrativo. Sin embargo, tal concepción del proceso contencioso administrativo como una revisión judicial de actos administrativos previos está siendo superada pero no abandonada para abrir definitivamente las puertas a cualquier comportamiento ilícito de la administración.

**1.- GRUPOS DE TRABAJO:** En este estado, el doctor Kenneth Fernando del Carpio Barreda, Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, cede el uso de la palabra a los señores relatores de cada grupo de trabajo a fin de que den lectura a las conclusiones arribadas preliminarmente, conforme se detalla a continuación:

**Grupo N° 1:** El señor relator Dr. René Cervantes López, manifestó que el grupo por **MAYORÍA** se adhiere a la segunda ponencia. Siendo un total de tres (3) votos por la primera ponencia, siete (7) votos por la segunda ponencia, expresando que: “El juez del proceso contencioso administrativo, al emitir una sentencia estimatoria sí puede otorgar mayor derecho o cosa distinta a la peticionada conforme a la concepción del proceso como de tutela subjetiva plenaria, y en observancia a la finalidad del proceso contencioso administrativo prevista en el artículo 41º del TUO de la Ley N° 27584”.

**Grupo N° 2:** La señora relatora Dra. Celina Graciela Morey Riofrío, afirma que el grupo por **MAYORÍA** se adhiere a la segunda ponencia. Siendo un total de de cuatro (4) votos por la primera ponencia y cinco (5) votos por la segunda ponencia, indicando que: “El juez del Proceso Contencioso Administrativo, al emitir una sentencia estimatoria, sí puede otorgar mayor derecho a la peticionada conforme a la concepción del proceso como de tutela subjetiva plenaria y en observancia a la finalidad del proceso contencioso administrativo prevista en el artículo 41º del TUO de la Ley N° 27584. Haciendo la salvedad que no podrá otorgar cosa distinta a la peticionada en el petitorio de la demanda”.

**Grupo Nº 3:** La señora relatora Dra. Silvia Violeta Sánchez Egusquiza, indicó que el grupo por **UNANIMIDAD** a la segunda ponencia. Siendo un total de ocho (8) votos, haciendo saber que: “El juez puede otorgar en la sentencia estimatoria, entendiéndose esto por fundada, mayor derecho o cosa distinta a la peticionada sin vulnerar el principio de congruencia, dado en el artículo 41º inc. 2 del TUO de la Ley Nº 27584 así lo permite, pero haciendo la precisión que no se debe de exceder de la pretensión. Esta facultad discrecional del magistrado es una consecuencia del Contencioso Administrativo de plena jurisdicción, que tiene por finalidad brindar una efectiva tutela a la situación jurídica objeto del proceso; el Juez podrá ordenar las medidas necesarias para su efectiva tutela, aún cuando no hayan sido demandadas convirtiéndose esta decisión en una relativización o flexibilización al principio de congruencia”.

**Grupo Nº 4:** El señor relator Dr. Julio Leiva Pérez, indica que su grupo por **UNANIMIDAD** se adhiere a la segunda ponencia. Siendo un total de ocho (8) votos, expresando que: “Sí se puede otorgar mayor o mejor derecho o cosa distinta a la peticionada, siempre que exista conexidad o sea consecuencia directa con la pretensión postulada y se respete el principio de contradicción en aquellos cosos [sic] que sea necesario”.

**Grupo Nº 5:** El señor relator Dr. Benny Álvarez Quiñónez, manifestó que el grupo por **UNANIMIDAD** se adhiere a la segunda ponencia. Siendo un total de ocho (8) votos, expresando que: “Ante el principio de suplencia de oficio, el cual permite vulnerar el principio de congruencia, lo que esta permitido por ley conforme al artículo 41º incisos 2 y 3 de la Ley del proceso contencioso administrativo, la cual flexibiliza este último, siempre y cuando el juez tutele la no afectación del derecho de defensa”.

**Grupo Nº 6:** La señora relatora Dra. Edith Irma Alvarado Palacios, manifestó que el grupo por **UNANIMIDAD** se adhiere a una tercera ponencia. Siendo un total de nueve (9) votos, señalando que: “El juez del Proceso Contencioso Administrativo, al emitir una sentencia estimatoria, debe sujetarse al petitorio de la demanda, no pudiendo otorgar mayor derecho o cosa distinta a la peticionada; sin perjuicio de disponer o adoptar las medidas que sean necesarias para lograr su eficacia”.

Puesto a votación de la Comisión, no fue aprobada por lo que, los votos emitidos por este grupo se consideran como abstenciones.

**Grupo Nº 7:** El señor relator Dr. Luis Miguel Samaniego Cornelio, expresó que el grupo por **UNANIMIDAD** se adhiere a la segunda ponencia.

Siendo un total de ocho (8) votos, describiendo que: “El juez del Proceso Contencioso Administrativo, al emitir una sentencia estimatoria, sí puede otorgar mayor derecho o cosa distinta a la peticionada conforme a la recepción del proceso como de tutela subjetiva plenaria y en observancia a la finalidad del proceso contencioso administrativo prevista en el artículo 41º del TUO de la Ley Nº 27584”.

**Grupo Nº 8:** La señora relatora Dra. Rosa Liliana Dávila Broncano, sostuvo que el grupo por **UNANIMIDAD** se adhiere a la segunda ponencia. Siendo un total de ocho (8) describiendo que: “Si bien la demanda contiene la parte denominada pretensiones, los hechos que se narran en la misma forman parte de ella; al ponerse en conocimiento de la parte demandada quien no los contradice, se entiende que ha aceptado los mismos, es por ello que, sin formar parte formal de la pretensión y no ser necesaria su inclusión dentro de los hechos controvertidos, su resolución y no ser necesaria su inclusión dentro de los hechos controvertidos, su resolución [*sic*] en la sentencia resulta absolutamente válida, en aplicación del principio de *lura Novit Curia*, que obliga al juez aplicar el derecho en atención a los hechos y lo pretendido. Entendiéndose que el juez no puede ir más allá de los hechos y porque el artículo 41º de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo lo permite literalmente por su naturaleza”.

2.- **DEBATE:** Luego de leídas las conclusiones arribadas por los señores relatores de los ocho grupos de trabajo, el Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios doctor Kenneth Fernando del Carpio Barreda cede el uso de la palabra a los jueces asistentes que deseen efectuar algún aporte adicional a los argumentos ya vertidos.

- No existiendo pedidos de intervención se procede a la votación.

3.- **VOTACIÓN:** Concluido el debate en los grupos de taller, el Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, doctor Kenneth Fernando del Carpio Barreda da inicio el conteo de los votos en base a las actas de votaciones de cada grupo, siendo el resultado el siguiente:

Primera ponencia	: 7 votos
Segunda ponencia	: 52 votos
Abstenciones	: 9 votos

#### 4.- CONCLUSIÓN PLENARIA

El Pleno adoptó por **MAYORÍA** la primera ponencia que enuncia lo siguiente: *“El juez del Proceso Contencioso Administrativo, al emitir una sentencia estimatoria, sí puede otorgar mayor derecho o cosa distinta a la peticionada conforme a la recepción del proceso como de tutela subjetiva plenaria y en observancia a la finalidad del proceso contencioso administrativo prevista en el artículo 41º del TUO de la Ley N° 27584”.*

Arequipa, 7 de setiembre de 2013.

**SS.**

KENNETH FERNANDO DEL CARPIO BARREDA  
FLOR AURORA GUERRERO ROLDÁN  
JUAN MIGUEL RAMOS LORENZO  
WILBERT BUSTAMANTE DEL CASTILLO  
CARLOS ALFONSO SILVA MUÑOZ  
JACINTO ARNALDO CAMA QUISPE  
JAVIER SANTIAGO SOLOGUREN ANCHANTE



TERCERA PARTE

**Materia Contencioso  
Administrativo:**  
Precedentes Vinculantes y  
Plenos Jurisdiccionales

**III. PLENO**  
JURISDICCIONAL REGIONAL

641





**CONCLUSIONES DEL PLENO JURISDICCIONAL REGIONAL CIVIL Y  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

(Emitidas el 19 de abril de 2008)

Trujillo, 18 y 19 de abril de 2008

La Comisión de Actos Preparatorios del Pleno Jurisdiccional Regional Civil y Contencioso Administrativo con sede en Trujillo, conformada por los señores Magistrados: Dra. Alicia Iris Tejeda Zavala, Vocal de la Corte Superior de Justicia de La Libertad; Dra. Betty Elvira Tinoco Huayaney, Vocal Superior de la Corte Superior de Justicia de Ancash, Dr. Juan Manuel Albán Rivas, Vocal Superior de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, Dr. Carlos Silva Muñoz, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque; Dr. Daniel Arteaga Rivas, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Piura; y, Dr. Luis Salvador Gómez, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Tumbes; deja constancia que luego de llevado a cabo el debate de cada uno de los temas sometidos al Pleno, los señores Magistrados Participantes provenientes de las Cortes Superiores de Justicia de Ancash, Cajamarca, Del Santa, Lambayeque, La Libertad, Piura y Tumbes, han arribado a las conclusiones que se exponen a continuación:

**I. ¿Es procedente el rechazo liminar de la tercería de propiedad interpuesta en ejecución de procesos de ejecución de garantías?****1. POSTURAS**

**Postura número uno:** Es procedente el rechazo liminar de la demanda de Tercería de Propiedad interpuesta contra procesos de Ejecución de Garantías, por la causal de imposibilidad jurídica del petitorio.

**Postura número dos:** Es improcedente el rechazo liminar de la Tercería de Propiedad interpuesta en ejecución de procesos de Ejecución de Garantías.

## 2. DEBATE PLENARIO

La señora Presidente [sic] de la Comisión manifestó lo siguiente: Aparentemente todos los grupos están por el primer criterio así que estando a los acuerdos, iniciamos el debate.

El doctor Pablo Díaz Piscoya de la Corte de Tumbes manifestó lo siguiente: Si sería admisible la demanda cuando el documento de fecha cierta es anterior a la hipoteca, la inscripción sea anterior a la hipoteca, el grupo cinco ha dicho que el título sea anterior sin necesidad de inscripción.

El doctor Murillo de la Corte del Santa intervino manifestando lo siguiente: Soy parte del grupo cinco, habíamos entendido de que no se puede ser tajante, sino hay que analizar el caso concreto; por unanimidad estamos de acuerdo que se trata de una hipoteca, pero habrá casos concretos en que hay títulos de propiedad inscritos. En donde hay títulos inscritos como el caso de la hipoteca, entonces se puede admitir, que la regla es, que debe rechazarse liminarmente; y la excepción, es que, cuando hay títulos inscritos antes de la hipoteca debe admitirse la tercería de propiedad.

La señora Presidenta manifiesta lo siguiente: La norma que hemos analizado es el artículo 533º del Código Procesal Civil, debe admitirse la tercería teniendo en cuenta lo prescrito en este artículo, es decir que debe rechazarse cuando tenemos un documento de fecha cierta, porque es manifiestamente improcedente frente a un derecho real de garantía debidamente inscrito, pero cuando el doctor Murillo refiere que hay dos derechos inscritos ya tenemos otro supuesto no contemplado en el referido artículo 533º del Código Procesal Civil.

El doctor Rafael Chávez de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque manifiesta lo siguiente: parece que los colegas están sosteniendo una posición divergente, pienso que debe someterse a votación.

La señora Presidente [sic] interviene manifestando lo siguiente: Lo que pasa es que estamos aclarando el tema, hay que darles la oportunidad de que aclaren su posición.

- 3. VOTACIÓN:** Acto seguido, la señora Presidenta de la Comisión invitó a los señores Vocales Superiores Participantes a emitir su voto respecto a cada una de las posiciones antes descritas, siendo el resultado el siguiente:

Por la postura número 1: 37 votos

- CONCLUSIÓN PLENARIA:** El Pleno adoptó por UNANIMIDAD la PRIMERA postura que enuncia lo siguiente: *“Es procedente el rechazo liminar de la demanda de Tercería de Propiedad interpuesta contra procesos de Ejecución de Garantías, por la causal de imposibilidad jurídica del petitorio”.*

## II. ¿Con qué efecto debe concederse el recurso de apelación interpuesto contra el auto que declara infundada la contradicción en un proceso de ejecución de garantías?

### 1. POSTURAS

**Postura número uno:** El efecto de la apelación contra el auto que declara infundada la contradicción en un proceso de Ejecución de Garantías, es con efecto suspensivo.

**Postura número dos:** Debe concederse apelación sin efecto suspensivo del auto que declara infundada la contradicción en un proceso de ejecución de garantías, porque es un auto que no pone fin al proceso.

### 2. DEBATE PLENARIO

La señora Presidente [sic] interviene manifestando lo siguiente: se pasa a votación.

- VOTACIÓN:** La señora Presidente [sic] invitó a los señores Vocales Superiores Participantes a emitir su voto en relación a las dos posiciones antes descritas, siendo el resultado el siguiente:

Por la postura número uno	: 28 votos
Por la postura número dos	: 9 votos
Abstenciones	: 0 voto

- CONCLUSIÓN PLENARIA:** El Pleno adoptó por MAYORÍA la postura número UNO que enuncia lo siguiente: *El efecto de la apelación contra el auto que declara infundada la contradicción en un proceso de Ejecución de Garantías, es con efecto suspensivo.*

### III. ¿Puede acumularse a la pretensión de nulidad de acto administrativo, la pretensión indemnizatoria?

#### 1. POSTURAS

**Postura número uno:** No puede acumularse a la pretensión de nulidad de acto administrativo, la pretensión indemnizatoria.

**Postura número dos:** Sí puede acumularse a la pretensión de nulidad de acto administrativo, la pretensión indemnizatoria.

#### 2. DEBATE PLENARIO

La señora Presidente [sic] interviene manifestando lo siguiente: Señores magistrados no habiendo intervenciones en el tema pasamos a la votación.

#### 3. VOTACIÓN:

La señora Presidente [sic] invitó a los señores Vocales Superiores Participantes a emitir su voto en relación a las tres posiciones antes descritas, siendo el resultado el siguiente:

Por la postura número uno	: 27 votos
Por la postura número dos	: 10 votos
Por la postura número tres	: 0 voto

#### 4. CONCLUSIÓN PLENARIA:

El Pleno adoptó por MAYORÍA la postura número UNO que enuncia lo siguiente: ***No puede acumularse a la pretensión de nulidad de acto administrativo, la pretensión indemnizatoria***<sup>563</sup>.

563 Artículo 5º.- Pretensiones

En el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente:

1. La declaración de nulidad, total o parcial o ineficacia de actos administrativos.
2. El reconocimiento restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines.
3. La declaración de contraría a derecho y el cese de una actuación material que no se sustente en acto administrativo.
4. Se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme.
- "5. La indemnización por el daño causado con alguna actuación impugnante, conforme al artículo 238º de la Ley Nº 274444, siempre y cuando se plantee acumulativamente a alguna de las pretensiones anteriores" (\*)

(\*) Inciso incorporado por el Artículo Único del Decreto Legislativo Nº 1067, publicado el 28 de junio de 2008.

**IV. ¿En los casos que se produzca el silencio administrativo negativo, debe computarse el plazo de caducidad previsto en el artículo 17º, inciso 3 de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo?**

**1. POSTURAS**

**Postura número uno:** Ante el silencio administrativo negativo, debe computarse el plazo de caducidad previsto en el artículo 17º, inciso 3 de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo.

**Postura número dos:** En los casos que se produzca el silencio administrativo negativo, no se computa el plazo de caducidad previsto en el artículo 17º, inciso 3 de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo.

**2. DEBATE PLENARIO**

La señora Presidente interviene manifestando lo siguiente: Señores magistrados no habiendo intervenciones en el tema pasamos a la votación.

**3. VOTACIÓN:** La señora Presidente invitó a los señores Vocales Superiores Participantes a emitir su voto en relación a las tres posiciones antes descritas, siendo el resultado el siguiente:

Por la postura número uno	: 24 votos
Por la postura número dos	: 12 votos
Abstenciones	: 1 votos [sic]

**4. CONCLUSIÓN PLENARIA:** El Pleno adoptó por MAYORÍA la postura número UNO que enuncia lo siguiente: *Ante el silencio administrativo negativo, debe computarse el plazo de caducidad previsto en el artículo 17º, inciso 3 de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo.*

**V. ¿En un proceso de Reivindicación, puede discutirse el mejor derecho de propiedad si el demandado presenta título de propiedad del bien inmueble?**

**1. POSTURAS**

**Postura número uno:** No es posible declarar el mejor derecho de propiedad dentro de un proceso de reivindicación si el demandado

no ha postulado la pretensión de mejor derecho de propiedad como reconvencción.

**Postura número dos:** Sí es posible que el juez en un proceso de reivindicación pueda discutirse el mejor derecho de propiedad, aún cuando no haya sido propuesta, esta pretensión, vía reconvencción, siempre y cuando haya sido fijada como punto controvertido pero sin incluir en la parte resolutive declaración expresa sobre el mejor derecho de propiedad.

2. **DEBATE PLENARIO:** La señora Presidente [sic] interviene manifestando lo siguiente: Señores magistrados no habiendo intervenciones en el tema pasamos a la votación.
3. **VOTACIÓN:** La señora Presidente [sic] invitó a los señores Vocales Superiores Participantes a emitir su voto en relación a las dos posiciones antes descritas, siendo el resultado el siguiente:

Por la postura número dos : 37 votos

4. **CONCLUSIÓN PLENARIA:** El Pleno adoptó por UNANIMIDAD la postura número DOS que enuncia lo siguiente: ***Sí es posible que el juez en un proceso de reivindicación pueda pronunciarse por el mejor derecho de propiedad, aún cuando no haya sido propuesta esta pretensión, vía reconvencción, siempre y cuando haya sido fijada como punto controvertido pero sin incluir en la parte resolutive declaración expresa sobre el mejor derecho de propiedad.***

## VI. ¿Es posible la adjudicación del bien inmueble por el ejecutante en la primera o segunda convocatoria a remate en aplicación de lo prescrito en el artículo 742º del Código Procesal Civil?

### 1. POSTURAS

**Postura número uno:** Es obligación de los magistrados –en vía civil– amparar la solicitud del ejecutante de adjudicarse en primera o segunda convocatoria el bien inmueble materia de ejecución.

**Postura número dos:** En aplicación del artículo 742º del Código Procesal Civil modificado por Ley N° 27740, el ejecutante sólo puede adjudicarse el bien frustrada la tercera convocatoria a remate, independientemente de su derecho a participar como postor en cualquier convocatoria.



2. **DEBATE PLENARIO:** La señora Presidente [sic] interviene manifestando lo siguiente: me informan que se ha incorporado un Vocal Superior, así que el quórum para este tema es de treinta y ocho, así es que damos inicio a la votación.
3. **VOTACIÓN:** La señora Presidente [sic] invitó a los señores Vocales Superiores participantes a emitir su voto en relación a las dos posiciones antes descritas, siendo el resultado el siguiente:

Por la postura número uno	: 2 votos
Por la postura número dos	: 36 votos
Abstenciones	: 0 voto

4. **CONCLUSIÓN PLENARIA:** El Pleno adoptó por MAYORÍA la postura número DOS que enuncia lo siguiente: *En aplicación del artículo 742º del Código Procesal Civil modificado por Ley Nº 27740, el ejecutante sólo puede adjudicarse el bien frustrada la tercera convocatoria a remate, independientemente de su derecho a participar como postor en cualquier convocatoria.*

Trujillo, 19 de abril de 2008.

SS.

TEJEDA ZAVALA  
TINOCO HUAYANEY  
ALBAN RIVAS  
SILVA MUÑOZ  
ARTEAGA RIVAS  
SALVADOR GÓMEZ

La señora Magistrada Dra. Wilda Mercedes Cárdenas Falcón interviene solicitando el uso de la palabra, concedida que fuera manifestó que se someta a consideración de la sesión plenaria una moción de respaldo a las gestiones y medidas que el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia doctor Francisco Artemio Távara Córdova, viene realizando para lograr una ley de la Carrera Judicial que responda a las expectativas de la judicatura nacional y respete los derechos de los magistrados.

Haciendo una aclaración el señor Dr. Javier Román Santisteban, miembro del Consejo Ejecutivo y Presidente del Consejo Consultivo del Poder Judicial interviene manifestando lo siguiente: Hago presente que nosotros “no llamamos” la atención al Congreso, tenemos nuestra posición, inclusive

el jueves diecisiete de abril en Sala Plena nos hemos reunido los Vocales Supremos, reunión en la cual hemos tocado dos puntos sustanciales en la ley de la Carrera Judicial, y luego tener una reunión con el señor Raúl Castro Stagnaro, Presidente de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, esa es la situación en la que nos encontramos, con ese alcance y hecha la aclaración, sometemos a votación la moción presentada por la doctora Wilda Mercedes Cárdenas.

Por aclamación los señores magistrados dan su conformidad a la propuesta.

# [ Índice ]

Prólogo.....	5
Presentación.....	9
Resolución Ministerial N° 0261-2014-JUS.....	11
Guía de lector.....	13
Principio del Servidor Público .....	15
Abreviaturas y siglas.....	17

## SEGUNDA PARTE

### MATERIA CIVIL: PLENOS CASATORIOS Y PLENOS JURISDICCIONALES

#### I. PLENOS CASATORIOS

<b>1.1.</b> Primer Pleno Casatorio Nacional Civil Casación N° 1465-2007-Cajamarca.....	23
<b>1.2.</b> Segundo Pleno Casatorio Nacional Civil Casación N° 2229-2008-Lambayeque.....	151
<b>1.3.</b> Tercer Pleno Casatorio Nacional Civil Casación N° 4664-2010-Puno .....	189
<b>1.4.</b> Cuarto Pleno Casatorio Nacional Civil Casación N° 2195-2011-Ucayali.....	283
<b>1.5.</b> Quinto Pleno Casatorio Nacional Civil Casación N° 3189-2012-Lima Norte.....	321
<b>1.6.</b> Sexto Pleno Casatorio Nacional Civil Casación N° 2402-2012-Lambayeque.....	417

#### II. PLENOS JURISDICCIONALES NACIONALES

<b>2.1.</b> Pleno Jurisdiccional Nacional Civil - Lima 2008.....	475
<b>2.2.</b> Pleno Jurisdiccional Nacional Civil - Lima 2010.....	493

<b>2.3.</b>	Pleno Jurisdiccional Nacional Civil - Lima 2012.....	509
<b>2.4.</b>	Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia - Lima 2009.....	521

### III. PLENOS JURISDICCIONALES REGIONALES

<b>3.1.</b>	Pleno Jurisdiccional Regional Civil - Arequipa 2008.....	547
<b>3.2.</b>	Pleno Jurisdiccional Regional Civil - Talara 2012.....	557
<b>3.3.</b>	Pleno Jurisdiccional Regional de Familia - Casma 2011 .....	571

## TERCERA PARTE

### MATERIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: PRECEDENTES VINCULANTES Y PLENOS JURISDICCIONALES

#### I. PRECEDENTES VINCULANTES: CASACIONES

<b>1.1.</b>	Casación N° 5791-2011-Ayacucho .....	583
<b>1.2.</b>	Casación N° 715-2012-Junin .....	586
<b>1.3.</b>	Casación N° 9824-2012-Ayacucho .....	590
<b>1.4.</b>	Casación N° 3753-2013-Lima .....	593
<b>1.5.</b>	Casación N° 4667-2013-Del Santa.....	597
<b>1.6.</b>	Casación N° 5128-2013-Lima .....	600

#### II. PLENOS JURISDICCIONALES NACIONALES

<b>2.1.</b>	Pleno Jurisdiccional Nacional Contencioso Administrativo - Lima 2007.....	605
<b>2.2.</b>	Pleno Jurisdiccional Nacional Contencioso Administrativo - Trujillo 2011.....	609

<b>2.3.</b> Pleno Jurisdiccional Nacional Contencioso Administrativo - Arequipa 2013 .....	625
---	-----

### **III. PLENO JURISDICCIONAL REGIONAL**

<b>3.1.</b> Pleno Jurisdiccional Regional Civil y Contencioso Administrativo - Trujillo 2008.....	643
--	-----

Este libro se terminó de imprimir  
en los talleres gráficos de  
LITHO & ARTE SAC  
Jr. Iquique N° 046 - Breña  
Marzo de 2015