ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA
20° Programa de Formación de Aspirantes
a Magistrados - PROFA

TEORIA GENERAL DEL PROCESO

UNIDAD ACADEMICA N° 04

Lecturas Obligatorias

1. **MONROY GALVEZ, Juan**. Las Excepciones en el Código Procesal Civil. En La Formación del Proceso Civil. Editorial Palestra, Lima, 2003 (Perú)

2. **VERGER GRAU,** Juan. **"La Rebeldía en el Proceso Civil".** En Revista Peruana de Derecho Procesal, Tomo II, Lima, 1998, Pág. 587 - 611. *(rebeldía) (España)*

3. **MONROY PALACIOS, Juan**. Admisibilidad, Procedencia y Fundabilidad en el ordenamiento Procesal Civil Peruano. En Revista Oficial del Poder Judicial, N° 01, 2007 (Perú).

4. **MONTERO AROCA**, Juan. Objeto del proceso. Actitudes del demandado. En Derecho Jurisdiccional, Tomo II, 13° Edición. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pp 116 – 127, 203 - 222. (España).

MONROY GALVEZ, Juan
Las Excepciones en el Código
Procesal Civil Peruano, en la
Formación del Proceso Civil
Editorial Palestra, Segunda Edición
Lima, 2003. Págs. 357 - 377

CAPÍTULO 22
LAS EXCEPCIONES EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO

I. Introducción práctica al tema

Imaginemos que antes de empezar a leer estas notas, acabamos de atender a un cliente. Éste se ha acercado muy preocupado y urgido de asesoría. Y no es para menos, vino con la copia de una demanda y su correspondiente resolución, acababa de ser notificado con el inicio de una demanda de desalojo por vencimiento de contrato.

Si bien la lectura de la demanda nos dejó muy preocupados, algunos aspectos referidos por el cliente sobre los términos de la relación sostenida con su arrendador, ahora demandante, nos dieron una pauta sobre lo que podíamos hacer en su defensa. Veamos qué nos dijo nuestro patrocinado.

El cliente, médico de profesión, no sabía nada de derecho pero le pareció extraño que en la demanda se expresara un monto menor que la renta mensual que el realmente paga. También le pareció curioso que quien interpone la demanda no sea exactamente la persona con quien convino el contrato, sino un hijo de éste y, finalmente, le pareció extraño que quien

demandaba no supiera que con su padre se había convenido hace unos meses una prórroga del vencimiento del contrato hasta marzo de 1994.

Por nuestro lado, hemos advertido que el contrato de arrendamiento fue suscrito no sólo por nuestro cliente, sino también por su esposa y, por otro lado, nos parece significativo que en la cláusula décimo tercera del contrato de arrendamiento antes anotado, los contratantes hubieran convenido que antes de acudir al Poder Judicial, la parte que deseara resolver el contrato -sea la devolución de la casa o su recuperación- debería enviar una carta notarial concediéndole a la otra 45 días para que recibiera la casa o la entregara, según fuese el arrendatario o el arrendador.

Muy bien, con estos antecedentes nos encontramos con este artículo sobre excepciones que se inicia recordando algunas categorías procesales básicas, por cierto elementales para la comprensión del tema.

II. Recuerdo de algunos conceptos básicos

1. *Derecho a la tutela jurisdiccional, derechos de acción y contradicción*

Todo sujeto de derechos, sea persona natural o jurídica, concebido, patrimonio autónomo, órgano constitucional autónomo, órgano público despersonalizado o cualquier otro sujeto a quien el sistema jurídico le concede calidad de parte material dentro de un proceso, puede solicitar la intervención del Estado, en mérito a contar con el *derecho a la tutela jurisdiccional efectiva* de éste.

Este derecho tiene dos maneras de manifestarse. Por un lado, el derecho de pedir al Estado tutela jurídica para una determinada pretensión se llama *derecho de acción* y es público por la razón antes dicha, está dirigida al Estado; es *subjetivo* porque está presente en todo sujeto de derechos; es *abstracto* porque no es indispensable que quien alega ser titular del derecho que sustenta su pretensión, realmente sea merecedor de una decisión que ampare su pretensión, queremos decir que puede no tenerla, sin embargo tal ausencia no obsta la existencia del referido derecho y, finalmente, es *autónomo* porque su naturaleza es tan particular, compleja y propia, que guarda un contenido singular y rico, por eso hay teorías que explican su esencia, sus características, incluso sus distintas manifestaciones.

Este mismo derecho a solicitar tutela jurídica está presente también en la persona que es demandada en un proceso. Este será un acto absoluta-

mente viciado, si dentro de él no se le concede al demandado el derecho de discutir la pretensión dirigida en su contra. Ese derecho de participar en un proceso, de ser demandado ante el juez que corresponde al caso, de tener oportunidad de probar en contra de lo que expresa el demandante, de alegar e incluso de impugnar las decisiones que considere agravantes y erróneas a su posición jurídica y material, se llama *derecho de contradicción*.

Este *derecho de contradicción* es idéntico al *derecho de acción*, queremos decir que participa de sus mismas características. Si tal vez hubiera que encontrarle una nota diferencial, ésta sería que no puede ser ejercida libre y autónomamente por un sujeto de derechos. Para hacer uso del *derecho de contradicción*, es indispensable que previamente alguien en ejercicio de su derecho de acción haya interpuesto una demanda conteniendo una o más pretensiones en su contra. Sólo en tal supuesto un sujeto puede hacer uso de su derecho de contradicción, estamos diciendo que éste carece de *voluntariedad*.

2. *Manifestaciones procesales de los derechos de acción y contradicción*

El derecho de acción ha sido caracterizado como abstracto, siendo así, requiere de una materialización para ser expresado dentro de un proceso. Esta expresión concreta es la *demanda*, que no es otra cosa, entonces, que el acto jurídico procesal mediante el cual una persona, en ejercicio de su derecho de acción, manifiesta su voluntad de solicitar tutela jurídica al Estado.

Si bien la *demanda* como expresión del derecho de acción está dirigida al Estado, su contenido más importante, la *pretensión procesal* -manifestación de voluntad por la cual un sujeto exige algo a otro- está dirigida al demandado.

Por otro lado, cuando el demandado es notificado con la demanda, acto que recibe el nombre de *emplazamiento*, tiene dos posibilidades. Una es que quiera admitir y cumplir con la pretensión dirigida en su contra, con lo que el proceso habrá acabado de manera fulminante, a través del allanamiento. Pero la otra es que quiera discutir aspectos del proceso dirigido en su contra. De ser así, está facultado a ejercer su *derecho de contradicción* dentro del proceso.

El *derecho de contradicción* tiene su manifestación práctica en el proceso mediante el llamado *derecho de defensa*. A continuación una breve descripción de éste.

3. *El derecho de defensa*

Si el demandado, en ejercicio de su derecho de contradicción, quisiera defenderse del proceso iniciado en su contra, puede manifestar su derecho

de defensa en tres modalidades distintas que, para efectos de su uso, no son excluyentes, queremos decir que el uso de una de ellas no descarta el de las otras. Expliquemos cada una por separado.

La *defensa de fondo* consiste en el cuestionamiento directo que el demandado hace del derecho o de los hechos en los que el demandante sustenta su demanda. Dicho de otra manera, es la contradicción de la pretensión intentada en su contra.

Ahora recordamos el caso que recibimos hoy antes de empezar a leer este escrito y advertimos que la demanda de desalojo se sustenta en el vencimiento del plazo del contrato de arrendamiento. Sin embargo, nuestro cliente nos ha dejado el original del documento que contiene la prórroga del contrato hasta marzo de 1994.

Como es evidente, estamos en condiciones de afirmar - como expresión de la defensa de nuestro cliente dentro del proceso- que el contrato de arrendamiento no sólo no se ha vencido, sino que además se encuentra plenamente vigente incluso a la fecha. Esta es una forma clásica de *defensa de fondo*, estamos discutiendo el o los hecho que sustentan la pretensión intentada.

La *defensa previa* como su nombre lo anticipa, consiste en el cuestionamiento que el demandado hace a la oportunidad en que se ha iniciado el proceso, atendiendo a que el demandante *debía* haber realizado un acto previo, configurante de una especie de requisito para el ejercicio válido del derecho de acción por el demandante. Esta actividad previa está prevista regularmente en la norma jurídica, aunque en casos excepcionales puede ser convenida también por las partes.

Otra vez suspendemos la lectura del artículo para evocar el caso que hemos recibido para la defensa. De los documentos dejados por el cliente advertimos que hay una cláusula en la que las partes contratantes acuerdan que, antes de recurrir a la vía judicial para resolver alguna controversia originada en la ejecución o conclusión del contrato, deberán enviar una carta notarial a la otra expresando su decisión sobre un tema contractual y que sólo después de 45 días de recibida, la parte que se considere agraviada podrá hacer uso de su derecho de acción.

Si quisiéramos alegar en el proceso que el demandante no cumplió con su obligación de enviar antes la carta notarial, razón por la cual la demanda interpuesta contra nuestro cliente aparece prematura, estaremos haciendo uso de una *defensa previa*.

Como no vamos a volver sobre el tema de la *defensa previa* en este artículo, es conveniente precisar que el Código Procesal Civil peruano[1] le concede a esta defensa el mismo trámite y la misma forma de proponerla que las excepciones. Asimismo, le concede como efecto[2] en caso de ser amparada, suspender el proceso hasta que el acto que no se realizó o el tiempo que no transcurrió, se presenten.

La tercera modalidad que toma el derecho de defensa es la *defensa de forma*, entendiéndose por tal a nuestro tema de investigación, *la excepción*. Pasemos a explicar su naturaleza jurídica a partir de las categorías procesales básicas que la configuran.

4. *Relación jurídica sustantiva y relación jurídica procesal*

Un proceso civil tiene su origen cuando en la realidad se presenta un conflicto de intereses intersubjetivo o una incertidumbre, cualquiera de ellas con relevancia jurídica. Este conflicto de intereses con relevancia jurídica se produce cuando por lo menos dos personas tienen un interés propio y opuesto al interés del otro respecto de un mismo bien jurídico.

Así, imaginemos que alguien considera que tiene derecho a poseer un bien que en ese momento es poseído por otro. Sin embargo, éste último considera que su derecho a mantener la posesión del bien es firme y definitivo, en consecuencia, no tiene intención de devolver el bien al otro. Este conflicto no tendrá una solución satisfactoria y aceptable socialmente que no sea a través de un proceso judicial, dada su naturaleza de *conflicto de intereses con relevancia jurídica*.

En proceso civil cuando entre dos o más personas se produce un conflicto de intereses como el descrito en el párrafo anterior, suele decirse que entre ambas hay una *relación jurídica sustantiva*. Este es el antecedente material inmediato al inicio de un proceso contencioso. Cuando una persona quiere que ese conflicto acabe y que «alguien» decida que él tiene la razón, no tiene otra alternativa que acudir al servicio de justicia, es decir, debe iniciar un proceso.

---

1. Art. 455.- Propuesta y trámite de las defensas previas.- Las defensas previas como el beneficio de inventario, el beneficio de excusión y otras que regulen las normas materiales, se proponen y tramitan como excepciones.
2. Art. 456.- Efectos del amparo de una defensa previa.- Declarada fundada una defensa previa tiene como efecto suspender el proceso hasta que se cumpla el tiempo o el acto previsto como antecedente para el ejercicio del derecho de acción.

El proceso se va a iniciar cuando uno de los protagonistas del conflicto, en ejercicio de su derecho de acción, interponga una demanda -es decir, solicite al Estado *tutela jurídica* - que contenga una o más pretensiones contra la persona con quien mantiene la relación jurídica sustantiva. Recordando el ejemplo anterior, el que considera tener mejor derecho a poseer, demanda tutela jurídica pretendiendo que el actual poseedor le devuelva el bien.

Aun cuando el demandante no lo tenga muy claro y sólo piense que su único interés es recuperar la posesión del bien, en realidad al demandar y durante todo el lapso que dure el proceso, lo que el deberá concretar es una relación con su adversario. Al demandante le deberá interesar, por ejemplo, que el demandado sea bien notificado y que actúe o se le otorgue realmente la posibilidad de actuar durante todo el proceso.

A esta nueva relación establecida, la que no alcanza únicamente al demandante y al demandado, sino también al juez, sus auxiliares e incluso a otras personas que puedan coadyuvar a la solución del conflicto, se le denomina *relación jurídica procesal*[3].

Pues bien, un juez jamás podrá pronunciarse válidamente en un proceso si éste o la relación jurídica procesal, conceptos que son sinónimos[3], no está saneada. Ahora bien, una relación jurídica procesal estará saneada cuando se encuentren presentes de manera impecable los *Presupuestos Procesales*. Precisamente cuando el demandado plantea una defensa de forma o excepción -que como hemos dicho, también son sinónimos- bien puede sustentarse en el hecho que está denunciando la ausencia o imperfección de un *Presupuesto Procesal*.

En consecuencia, para una mejor explicación de la naturaleza jurídica de la excepción examinemos qué y cuáles son los *Presupuestos Procesales*.

5. *Los Presupuestos Procesales*

No son abundantes las teorías explicativas acerca de la naturaleza jurídica de los *Presupuestos Procesales*. Sin embargo, es posible identificar a aquella que considera a esta institución en su acepción literal, es decir, considera que los Presupuestos Procesales son los requisitos para la existencia de una relación jurídica procesal, es decir, de un proceso.

3. En realidad la llamada relación jurídica procesal, es una de las teorías que explican la naturaleza jurídica del proceso, la esencia de este. Es necesario precisar que se trata de la teoría más aceptada en la doctrina y de reconocimiento pacífico no sólo en ella, sino también en los ordenamientos procesales contemporáneos.

Esta teoría llevada a una posición extrema -si no hay Presupuesto Procesal, no hay proceso- produce el germen de su propia destrucción. Así, con ella no se logra explicar como un litigante puede cuestionar la inexistencia de un Presupuesto Procesal dentro de un proceso, si éste técnicamente no existe, precisamente como producto de su ausencia. Para usar un ejemplo, si la *capacidad procesal* es un Presupuesto Procesal, como en efecto lo es, ¿cómo voy a poder denunciar su ausencia si no es al interior de un proceso?

Por esta razón, la teoría más aceptada en torno a la naturaleza jurídica de esta institución, es aquella que enseña que los *Presupuestos Procesales* son los elementos básicos y necesarios para la existencia de una relación jurídica procesal válida, es decir, sin Presupuestos Procesales habrá proceso pero estará viciado, será un proceso defectuoso.

Precisamente como la *defensa de forma* o excepción consiste entre otras cosas en alegar la existencia de una relación jurídica procesal defectuosa, quien intente una excepción lo que estará haciendo -en una de sus dos posiblidades- es afirmar la ausencia o presencia defectuosa de uno o más Presupuestos Procesales. Veamos cuáles son éstos.

5.1. *La competencia*

Es una calidad inherente al órgano jurisdiccional, y consiste en la aptitud para ejercer válidamente la jurisdicción. Es decir, no basta que un órgano jurisdiccional sea tal para que pueda actuar en cualquier proceso válidamente, para tal efecto es necesario que cumpla con cierto número de requisitos, los que suelen denominarse *elementos de la competencia*. Estos son cinco: la cuantía, la materia, el turno, el grado y el territorio.

Los dos primeros corresponden a la naturaleza misma de la pretensión intentada, por eso suele denominárseles criterios de la *competencia objetiva*. El turno y el grado son elementos de la competencia ligados a la organización interna del servicio de justicia, por eso se les denomina en conjunto *competencia funcional*. Finalmente el *territorio* está referido al ámbito geográfico respecto del cual cada órgano jurisdiccional puede actuar válidamente.

Tanto los elementos de la *competencia objetiva* como los referidos a la *competencia funcional*, son exigibles de manera vinculante -vale decir obligatoria- por lo que suele denominárseles también en conjunto *competencia absoluta*. Por otro lado, el elemento territorial, al regularse como una manera de favorecer al demandado para que su traslado al lugar donde se ha interpuesto la demanda no torne onerosa su actuación, puede ser renunciada por éste, tanto tácita como expresamente, por lo que se le denomina *compe-*

tencia relativa. Este último aspecto se encuentra regulado en los artículos 25 y 26 del nuevo Código[4].

5.2. *Capacidad procesal*

Esta no es otra cosa que la aptitud que tienen los intervinientes en el proceso, específicamente las llamadas *partes procesales*, para realizar actividad jurídica válida al interior precisamente del proceso. Por cierto no todos los sujetos de derecho que tienen la calidad de *parte material*, es decir que son parte de una relación jurídica sustantiva, tienen *capacidad procesal*.

Imaginemos ejemplos tan sencillos como la persona jurídica o el incapaz. Estos pueden ser titulares de derechos y en mérito de tal tener interés en demandar o ser demandados, sin embargo, ellos no tienen posibilidad real de actuar directamente en un proceso, para tal efecto requieren que alguien actúe en su nombre. En estos como en otros casos se presenta la figura de la *representación procesal*, la que siendo tributaria de los aspectos genéricos de la representación, tiene particularidades que la hacen autónoma. Se trata del instituto procesal a través del cual se permite que una persona actúe en nombre de una *parte material* dentro del proceso.

La *representación procesal* cuyos ejemplos se han transcrito, se denomina *legal* porque está previsto en la norma quién actúa en nombre de ellas, es decir, el derecho se anticipa y les reconoce su incapacidad para actuar directamente en un proceso. Sin embargo, existe también la llamada *representación judicial* referida a aquellos casos en los que es el propio juez quien, en defecto del acuerdo de las personas que conforman una parte, nombra al representante de ésta. Esta situación está prevista en el artículo 76 del nuevo Código[5].

4. Art. 25.- Prórroga convencional de la competencia territorial.- Las partes pueden convenir por escrito someterse a la competencia de un juez distinto al que corresponde, salvo que la ley la declare improrrogables.

   Art. 26.- Prórroga tácita de la competencia.- hay prórroga tácita de la competencia para el demandante por el hecho de interponer la demanda para el demandado por comparecer al proceso sin hacer reserva o dejar transcurrir el plazo sin cuestionar la competencia.

5. Art. 76.- Apoderado común.- Cuando diversas personas constituyan una sola parte, actuarán conjuntamente. Si no lo hicieran, el Juez les puede exigir la actuación común o el nombramiento de apoderado común en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de designarlo por ello.

   La resolución que contiene el nombramiento es título que acredita la personería del apoderado común, el que necesariamente será uno de los Abogados.

Finalmente la forma de *representación procesal* más importante es la *voluntaria*, conocida en la doctrina y en el Código comentado con el nombre de *Apoderamiento judicial*. En este caso, lo que ocurre es que hay una *parte material* -es decir, conformante de la relación jurídica sustantiva- que por razones que no necesita expresar, le interesa que otra actúe en su nombre dentro de un proceso por lo que le concede representación procesal, denominándosele *apoderado* a la persona que va a realizar actividad procesal en nombre de quien es parte material.

Para los efectos del presente trabajo lo importante en definitiva es que quien es parte material -parte en una relación jurídica sustantiva o de conflicto- debe actuar dentro de un proceso siempre que cuente con aptitud para hacerlo, a esta aptitud se le denomina *capacidad procesal*. De no tenerla, debe actuar en el proceso en nombre de la parte material, quien está facultado por ley, por el juez o por la propia parte material para hacerlo. A esto último se le denomina *representación procesal*.

5.3. *Requisitos para la demanda*

Siendo la demanda el ejercicio efectivo o la manifestación concreta del derecho de acción, su actuación implica el cumplimiento de cierto número de requisitos o actos formales de necesario cumplimiento.

Algunos de estos actos cumplen, en efecto, un rol únicamente formal en la expresión de la demanda. Siendo así, su incumplimiento impide que la demanda produzca efectos jurídicos, a pesar de lo cual, el juez -advertido de tal incumplimiento- puede conceder al demandante un plazo para que subsane la omisión o insuficiencia. Estos son los requisitos de *admisibilidad* de la demanda.

Sin embargo, hay otros requisitos cuya presencia articula la esencia de la demanda misma, son tan intrínsecos a ella que se confunde su presencia con la demanda misma. Por esta razón, cuando un juez descubre su ausencia o imperfección, ordena de inmediato su *rechazo*. Estos son los requisitos de *procedencia* de la demanda.

Incluso es posible que determinadas pretensiones tengan su propia vía procedimental, es decir, que su tramitación se guíe por una de las vías

---

La negativa de una persona a la designación de apoderado común a continuar siendo representada por él, es mérito suficiente para que litigue por separado.

La revocación del poder renuncia del apoderado común, no surte efecto mientras no se designe uno nuevo y este se apersone al proceso.

procedimentales conocidas, aún cuando se regulen específicamente para ella algunos aspectos singulares, concretamente algunos requisitos propios.

Como se advierte, los requisitos de *admisibilidad y procedencia*[6] de la demanda son imprescindibles para que este acto apertorio del proceso produzca efectos jurídicos, es en tal mérito por el que se convierten en un *Presupuesto Procesal*.

6. *Condiciones de la acción*

De la misma manera como ocurre con los Presupuestos Procesales, el concepto del título no refleja con precisión su contenido y mucho menos su naturaleza. Sobre las Condiciones de la acción se han elaborado por lo menos dos teorías explicativas de su naturaleza jurídica.

La primera de ellas considera que se trata de los elementos necesarios para que una demanda tenga un pronunciamiento favorable, vale decir sea amparada. La otra considera que las Condiciones de la acción son los elementos indispensables para que el órgano jurisdiccional pueda expedir un pronunciamiento válido sobre el fondo. Vamos a describir cuáles son las Condiciones de la acción a fin de advertir cómo la segunda teoría es, en nuestra opinión la más acertada.

6.1. *Interés para obrar*

Intentemos explicarnos, por un momento, qué otra alternativa distinta a la de demandar o solicitar asesoría para defenderse tendrían las personas del ejemplo dado al inicio de este artículo. La pregunta en concreto es: ¿qué otra cosa hubiera podido hacer el propietario del inmueble para recuperar su casa, distinta de demandar al arrendatario?, de otra manera, ¿qué otra cosa puede hacer el arrendatario distinta de defenderse de la pretensión del propietario dentro del proceso instaurado?

Ciertamente que en ambos casos la respuesta es negativa, tanto el propietario antes de demandar como el arrendatario luego de demandado, carecen de alternativas prácticas de actuación. Ambos se identifican en la profunda necesidad de tutela jurídica que tienen, necesidad que es actual, inmediata, irremplazable y egoísta.

6. Art. 128.- Admisibilidad y Procedencia.- El Juez declara a la inadmisibilidad de un acto procesal cuando carece de un requisito de forma o este se cumple defectuosamente. Declara su improcedencia si la omisión o defecto es de un requisito de fondo.

Esta necesidad de acudir al órgano jurisdiccional como único medio capaz de procesar y posteriormente declarar una decisión respecto del conflicto que están viviendo, es lo que se conoce con el nombre de *Interés para obrar*.

Esta condición de la acción, conocida también con el nombre de *Interés procesal* se caracteriza y se diferencia de la otra forma que toma el interés jurídico en el derecho material en que es *abstracto*, es decir, no tiene contenido jurídico, no se sustenta en la presencia o no de otro derecho material, no requiere de contenido patrimonial o moral, como podría ser el caso de los intereses expresados como consecuencia de la titularidad de un derecho material.

De tal suerte que en un proceso una parte tendrá interés para obrar cuando su presencia en el proceso se entienda a partir de la imposibilidad jurídica de poder solucionar su conflicto de intereses de manera distinta a la petición ante el órgano jurisdiccional. Esa necesidad abstracta de tutela jurídica constituye el *Interés para obrar*.

6.2. *Legitimidad para obrar*

Conocida también con los nombres de *Calidad para obrar* o *Legitimatio ad causam*, la *Legitimidad para obrar* es una de las instituciones más sofisticadas del derecho procesal. Regularmente encierra más cosas de las que usualmente se le imputa y, en otros ámbitos, resulta conteniendo menos de lo que cotidianamente se afirma.

En realidad la *Legitimidad para obrar* es fundamentalmente un concepto lógico de relación, cuyo entendimiento es sencillo si se recuerdan los conceptos de *relación jurídica sustantiva y relación jurídica procesal* ya expresados anteriormente. Así, en un proceso hay *Legitimidad para obrar* cuando las partes materiales, es decir, las conformantes de una relación jurídica sustantiva, son también las partes en la relación jurídica procesal. Apreciada de esta manera, la *Legitimidad para obrar* aparece como una institución en apariencia sencilla.

Sin embargo, su complejidad aparece cúando se advierte que no necesariamente es la norma de derecho material -como a veces se dice- la que prescribe con precisión entre quiénes debe darse la relación jurídica sustantiva y, en consecuencia, quiénes deben formar parte de la relación procesal. Regularmente estas situaciones de identificación correcta de las relaciones tienen que ver con criterios emanados de una idea clara en torno al derecho de defensa y de otros institutos procesales, lo que terminan haciendo compleja la presencia pertinente y concreta de la *Legitimidad para obrar*.

7. *Relación entre las Excepciones y los Presupuestos Procesales y las Condiciones de la acción*

Como expresamos al inicio, los conceptos *defensa de forma y excepción* son sinónimos. En realidad cuando deducimos una excepción lo que estamos haciendo es proponiendo una defensa de forma.

Ahora bien, los conceptos antes desarrollados nos permiten introducirnos ahora sí con tranquilidad en la esencia misma de la excepción, en su naturaleza jurídica. Allí encontramos que cuando una persona interpone una excepción en realidad lo que está haciendo es denunciar que en el proceso no existe o existe, pero de manera defectuosa, un Presupuesto procesal o que no existe o existe, pero de manera defectuosa, una Condición de la acción. Eso y no otra cosa es la excepción, su ligazón con los dos institutos antes desarrollados es indisoluble, de hecho no es posible explicar qué es la excepción sin antes no tener claro qué son los Presupuestos procesales y las Condiciones de la acción.

Conviene precisar que este es el criterio que ha asumido el Código Procesal Civil peruano para desarrollar la presente temática en el plano normativo. Apreciemos las excepciones reguladas en dicho ordenamiento, apuntando a precisar qué instituto es el que se prevee su ausencia o insuficiencia para amparar una excepción.

III. Excepciones reguladas en el Código Procesal Civil peruano

El artículo 446[7] del Código referido contiene el listado de las excepciones que pueden ser propuestas en el nuevo ordenamiento procesal civil peruano. Expliquemos cada una.

7. Art. 446.- Excepciones proponibles.- El demandado solo puede proponer las siguientes excepciones:
   1. Incompetencia;
   2. Incapacidad del demandante o de su representante;
   3. Representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado;
   4. Oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda;
   5. Falta de agotamiento de la vía administrativa;
   6. Falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado;
   7. Litispendencia;

1. *La excepción de Incompetencia*

La excepción de *incompetencia* no requiere mayor explicación, como aparece evidente, quien la interponga está denunciando la falta de aptitud válida del juez ante quien ha sido emplazado para ejercer su función jurisdiccional en el caso concreto.

2. *La excepción de incapacidad del demandante o de su representante*

La excepción de *Incapacidad del demandante o de su representante* como su nombre lo indica está referida directamente a la ausencia de *capacidad procesal* sea en el demandante o en su representante, sea porque son menores, han sido declarados incapaces o alguna otra limitación que, en opinión del demandado, les tiene cercenada su capacidad procesal. Adviértase que en el uso de esta excepción no está en debate la calidad de la representación otorgada, simple y llanamente se cuestiona que quien está actuando en el proceso -sea el demandante o su representante- no tienen *capacidad procesal*.

3. *La excepción de Representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado*

La excepción de *Representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado* a diferencia de la anterior, está específicamente centrada en la ausencia (defecto) o en la insuficiencia (imperfección) de la representación procesal con la que está actuando alguien en nombre del demandante o, eventualmente, la que se le ha imputado al demandado, probablemente sin tenerla.

Adviértase que a diferencia de la anterior excepción, en esta el tema está precisamente centrado en la *representación procesal* y sus eventuales omisiones o imperfecciones, sea en la persona del que representa al demandante o en la imputación hecha al demandado o a quien se afirma representa a éste.

---

8. Cosa juzgada;
9. Desistimiento de la pretensión;
10. Conclusión del proceso por conciliación o transacción;
11. Caducidad;
12. Prescripción extintiva; y
13. Convenio arbitral.

4. *La excepción de Oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda*

La excepción de *Oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda* es curiosamente una excepción de antigua data en el proceso civil peruano. Estaba consignada en la Ley de Enjuiciamiento en Materia Civil de 1852[8]. Ha sido recuperada dada su excepcional importancia en aquellos sistemas procesales en donde los plazos perentorios e improrrogables exigen de los litigantes una actuación clara, definida y precisa.

En el caso concreto, la excepción sirva para denunciar la incapacidad que tiene el demandado para responder a alguna de las siguientes preguntas: *¿quién demanda?, ¿a quién se demanda?, ¿qué se demanda? o ¿por qué se demanda?*, de manera fluida y clara.

Por otro lado, intentando ubicar el defecto incurrido para cuando esta excepción se ampare, nos parece que se trata de la afectación a los *Requisitos de la demanda*.

5. *La excepción de Falta de agotamiento de la vía administrativa*

La siguiente excepción no requiere de ninguna explicación, su nombre expresa su contenido, la excepción de *Falta de agotamiento de la vía administrativa*. Como es obvio, tiene que ver con el incumplimiento del actor en transitar por todo el recorrido que tiene el procedimiento administrativo antes de recurrir al órgano jurisdiccional. Es evidente también que estamos ante un caso clarísimo de falta de *Interés para obrar*.

6. *La excepción de Falta de legitimidad para obrar demandante o del demandado*

Lo mismo ocurre con la siguiente excepción, cuando el demandado deduce la excepción de *falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado*, lo que está haciendo es afirmar o que el demandante no es el titular de la pretensión que está intentando o que, en todo caso, no es el único que debería hacerlo, sino, en compañía de otro u otros, o que él (el demandado) no debería ser el emplazado dado que la pretensión intentada en su contra le es absolutamente ajena o, en todo caso, que no es el único que debería haber sido demandado.

8. Art. 628.- La de oscuridad de la demanda se admite cuando en ella no se han llenado los requisitos que prescribe el Título I, capítulo 3, libro 2 de este Código, o cuando esté concebida en términos oscuros, ambiguos o contradictorios.

7. *La excepci*

La excep
regulada en el
nombre lo indi
partes y con e
petitorio en ot

Lo que p
efecto, dado qu
otro proceso ir

8. *La excepc*

La excep
cial. La funció
que las decisi
vas y últimas
intereses.

Por un l
de discutir jan
y, por otro, e
cumplirse en l

Para ter
nunciar que e
hizo valer en
haberse expec
troversia.

9. *La excep*

Algo pa
sistimiento de
demandante
nunciar defin
contra el mis
atendien
pretensión, e
ciar otra dem
obrar, ya lo a
sión.

7. *La excepción de Litispendencia*

La excepción de *Litispendencia* es exactamente la misma que teníamos regulada en el Código derogado con el nombre de *Pleito pendiente*. Como su nombre lo indica, se trata de la alegación en el sentido que entre las mismas partes y con el mismo interés para obrar, se está discutiendo el mismo petitorio en otro proceso.

Lo que pretende el demandado es que este nuevo proceso quede sin efecto, dado que el demandante está haciendo valer su *Interés para obrar* en otro proceso iniciado con anticipación.

8. *La excepción de Cosa juzgada*

La excepción de *Cosa Juzgada* tampoco requiere un desarrollo especial. La función jurisdiccional manifiesta su máxima importancia en el hecho que las decisiones que en su interior se concreten, pretenden ser definitivas y últimas, es decir, buscan acabar para siempre con el conflicto de intereses.

Por un lado, esta definitividad se expresa en el hecho que no se puede discutir jamás ante un órgano jurisdiccional una decisión dada por éste y, por otro, en que lo expresado en el fallo judicial antes obtenido debe cumplirse en los términos del propio mandato.

Para terminar, esta excepción lo que permite al demandado es denunciar que el *Interés para obrar* del demandante ya no existe, dado que lo hizo valer en el anterior proceso, en donde quedó totalmente agotado al haberse expedido un pronunciamiento definitivo sobre el fondo de la controversia.

9. *La excepción de Desistimiento de la pretensión*

Algo parecido ocurre con la siguiente excepción, la denominada *Desistimiento de la pretensión*. Con ella el demandado manifiesta al juez que el demandante -antes del actual proceso- inició otro en el cual decidió renunciar definitivamente a continuar haciendo uso del órgano jurisdiccional contra el mismo demandado y sobre la misma pretensión. Por esta razón, atendiendo a una declaración expresa de renunciabilidad definitiva de su pretensión, el demandante -en opinión del excepcionante- no puede iniciar otra demanda contra él, precisamente porque ya no tiene *Interés para obrar*, ya lo agotó en el anterior proceso en el cual se desistió de su pretensión.

10. *La excepción de Conclusión del proceso por conciliación o transacción*

Por exactamente las mismas razones expresadas en las dos excepciones anteriores, es decir la falta de *Interés para obrar*, el demandado también puede deducir excepciones alegando que en un anterior proceso llegó con el demandante a un acuerdo en el cual y ante un órgano jurisdiccional aceptaron la propuesta de acuerdo que éste les hizo, es decir, *conciliaron*, o que antes del proceso o durante el transcurso de uno anterior, llegó con el demandante a un acuerdo sobre sus diferencias patrimoniales, dándose ambos concesiones recíprocas, es decir, *transigiendo*. Como es evidente, si alguna de las dos situaciones antes descritas se ha producido, no queda ninguna duda que no puede iniciarse otro proceso para discutirse las pretensiones que fueron *conciliadas o transigidas*.

11. *La excepción de Caducidad*

Como se describió anteriormente, en una demanda hay cuando menos una pretensión, es decir, una manifestación de voluntad por la que alguien exige a otra. Por cierto, para que tal pretensión pueda estar contenida en una demanda judicial, es necesario que tenga como fundamento un derecho reconocido en el sistema jurídico.

La *caducidad* es una institución del derecho material referida a actos, instituciones o derechos, siendo en este último caso su uso más común e interesante para el proceso. Precisamente en este caso se caracteriza porque extingue el derecho material como consecuencia del transcurso del tiempo. Si se ha interpuesto una demanda cuya pretensión está sustentada en un derecho que ha devenido en caduco, entonces la pretensión en estricto no tiene fundamento jurídico por lo que ya no puede ser intentada.

Esta situación es tan categórica para el proceso que el nuevo Código le concede al juez el derecho de declarar la caducidad y la consecuente improcedencia de la demanda, si aparece del sólo examen de ésta al momento de su calificación inicial. Asimismo, el demandado que considere que el efecto letal del tiempo ha destruido el derecho que sustenta la pretensión dirigida en su contra, puede pedir la declaración de *caducidad en sede de excepción*.

12. *La excepción de Prescripción extintiva*

También ligada al efecto fatal del tiempo en el derecho, esta regulada la excepción de *Prescripción extintiva*. Sin embargo, a diferencia de la caducidad aplicable a los derechos materiales y por consecuencia lógica a la

pretensión qu
pretensión, es
en un determi
ver en una tra
mos, la prescr
material a pes
de una institu

Al igual
que en el fond
es decir, de n
derecho le con
se presume q
cialmente su p
al juez tal dec

13. *La excep*

Las
controversias
de uno o más
to cuando la
relación juríd
tran litigando
Este acuerdo
regulado en
do convenio
puede renun
flicto. Si as
excepción d

9. Art. 4.- Por
árbitros la
cons
ya exis
El conveni
necesarios
convenio
para la efi
arbitral, a
rebeldía d

pretensión que se sustente en ellos, la prescripción extintiva destruye la pretensión, es decir la posibilidad de exigir judicialmente algo sustentado en un determinado derecho, sin afectar a éste. Por razones que tienen que ver en una tradición jurídica mal entendida de la que aún no nos sacudimos, la prescripción extintiva y sus plazos, están regulados en la norma material a pesar que por su naturaleza jurídica y eficacia se trata sin duda de una institución propia del derecho procesal.

Al igual que la caducidad, en el caso de la Prescripción extintiva lo que en el fondo el demandante alega es la ausencia de Interés para obrar, es decir, de necesidad de tutela jurídica en el demandante, dado que el derecho le concedió un plazo para que exija la satisfacción de su pretensión, se presume que vencido éste, ha desaparecido el interés en satisfacer judicialmente su pretensión, por lo que el demandado está en aptitud de pedirle al juez tal declaración.

13. *La excepción de Convenio arbitral*

Las partes en una relación jurídica pueden decidir someter las futuras controversias que pudieran derivarse de ésta, al conocimiento y decisión de uno o más árbitros. Incluso pueden convenir el respectivo sometimiento cuando la controversia ya se ha presentado -es decir, cuando ya hay una relación jurídica sustantiva- aún más pueden hacerlo cuando ya se encuentran litigando, es decir, cuando además ya hay una relación jurídica procesal. Este acuerdo recibe el nombre de Convenio arbitral y con tal nombre está regulado en el artículo 4º de la novísima Ley General de Arbitraje. El citado convenio obliga a quienes lo acuerdan a que, una vez establecido, no se puede renunciar ni recurrir al órgano jurisdiccional a que resuelva el conflicto. Si así se hiciera, el demandado puede, con éxito, interponer la excepción de Convenio arbitral, reclamando que lo convenido en él es lo

9. Art. 4.- Por el convenio arbitral las partes someten al conocimiento y decisión de uno o más árbitros la solución de las controversias que en el futuro puedan surgir entre ellas como consecuencia de un contrato o de otras relaciones jurídicas identificadas o las controversias ya existentes y determinadas, sean o no materia de un proceso.

El convenio arbitral obliga a las partes y a sus sucesores a la realización de cuantos actos sean necesarios para que pueda tener plenitud de efectos sea cumplido el laudo arbitral. El convenio puede estimular sanciones para la parte que incumpla cualquier acto indispensable para la eficacia del convenio, establecer garantías para asegurar el cumplimiento del laudo arbitral, así como otorgar facultades especiales a los árbitros para la ejecución del laudo en rebeldía de la parte obligada.

que hay que realizar para solucionar el conflicto y que en ningún caso es la vía judicial la pertinente.

Trámite de las excepciones en el Código Procesal Civil

Resultaba indispensable que el nuevo Código eliminara las falencias que presentaba el derogado en la materia. Por esta razón, advertimos como primera diferencia saltante que como en todos los plazos previstos por el Código el referido a la interposición de excepciones tiene el carácter de fatal, es decir, que transcurrido éste ya no hay posibilidad de presentarlas.

Otro tema congruo con el tratamiento que el nuevo Código le impone a todas las peticiones que se hagan valer en el proceso, es que con su interposición deben anexarse todos los medios probatorios que lo sustenten, no existiendo otro momento procesal para tal encargo. Es exactamente lo que le ocurre también al demandante cuando contesta la excepción; es en ese momento cuando debe anexar sus medios probatorios, de lo contrario, su admisión será negada por extemporánea.

Por otro lado, recogiendo las bondades de la última reforma que recibió el Código derogado en la materia, las excepciones se tramitan en cuaderno separado, es decir, sin afectar la tramitación del proceso principal y, por cierto, sin suspenderlo. Asimismo, de proponerse más de una, se hace en forma conjunta.

Es trascendente el trámite sumario que se le concede a este cuaderno. Así, acreditando la calidad de director del proceso del juez nacional, el nuevo Código le concede la facultad de prescindir de la actuación de los medios probatorios en decisión inimpugnable, si considera que la excepción o excepciones son infundadas procediendo de inmediato a declarar saneado el proceso, por cierto una vez revisados los otros aspectos de la relación procesal no cuestionados en la(s) excepción(es) deducida(s).

Adviértase que la norma no declara inimpugnable la resolución que declara infundada la excepción, sino a aquellas que decide prescindir de la actuación de los medios probatorios.

Sin embargo, si decide que es necesaria la actuación de los medios probatorios, cita a una audiencia denominada de saneamiento procesal. En ella una vez actuados los medios probatorios que a criterio del juez son necesarios para resolver la excepción o excepciones, éste escucha los informes orales de los abogados y luego resuelve.

Si declara infundadas las excepciones interpuestas, revisa además todos los otros aspectos de la relación procesal y, de encontrarlos correctos,

declara el san
una excepción
ampara. Por ci
excepciones, o
ra nulo lo actu
estos actos los
de ésta.

Atendie
juez puede res
no excederá d

Efectos de las e

El Códi
una de las exc
criterio clasifi
das funda

Del aná
ser dilatorias

10. Art. 451.- Efe
fundada algu
nes se agrega
1. Suspend
o repres
de incap
2. Suspend
del dem
3. Suspend
resoluto
ambigü
4. Suspend
que el a
de
Vencid
ordenad
5. Anular
Incomp
vía adm
juzgada
sacción

declara el saneamiento del proceso. En caso contrario, es decir, de fundar una excepción, resuelve atendiendo a dos efectos que produce aquello que ampara. Por cierto, de encontrar defectos distintos a los denunciados en las excepciones, opta por conceder un plazo para que sean subsanados o declara nulo lo actuado y concluido el proceso, si el vicio así lo determina. Todos estos actos los realiza el juez en la misma audiencia, por cierto hacia el final de ésta.

Atendiendo a la complejidad jurídica de la excepción deducida, el juez puede reservarse la decisión respecto de la excepción por un plazo que no excederá de cinco días, contados desde el día que concluye la audiencia.

Efectos de las excepciones en caso de ser amparadas.

El Código recoge en un artículo[10] las consecuencias que produce cada una de las excepciones en caso de ser amparadas. Es decir, se trata de un criterio clasificatorio de las excepciones por el efecto en caso sean declaradas fundadas.

Del análisis de este criterio se advierte que las excepciones pueden ser dilatorias o perentorias. En realidad como lo fueron siempre, aún cuan-

10. Art. 451.- Efectos de las excepciones.- Una vez consentida o ejecutoriado el auto que declara fundada alguna de las excepciones enumeradas en el artículo 466, el cuaderno de excepciones se agrega al principal y produce los efectos siguientes:
    1. Suspender el proceso hasta que el demandante incapaz comparezca legalmente asistido o representado, dentro del plazo que fijará el auto resolutorio, si se trata de la excepción de incapacidad del demandante o de su representante.
    2. Suspender el proceso hasta que se subsane el defecto o la insuficiencia de representación del demandante dentro del plazo que fijará el auto resolutorio.
    3. Suspende el proceso hasta que el demandante subsane los defectos señalados en el auto resolutorio y dentro del plazo que este fije, si se trata de excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda.
    4. Suspender el proceso hasta que el demandante establezca la relación entre las personas que el auto resolutorio ordena y dentro del plazo que este fije, si se trata de la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante.

    Vencidos los plazos a los que se refieren los incisos anteriores sin que se cumpla con lo ordenado, se declarará la nulidad de lo actuado y la conclusión del proceso.
    5. Anular lo actuado y dar por concluido el proceso, si se trata de las excepciones de Incompetencia, representación insuficiencia del demandado, falta de agotamiento de la vía administrativa, falta de legitimidad para obrar del demandante, litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión, conciliación del proceso por conciliación o transacción, caducidad, prescripción extintiva o convenio arbitral.

do esta vez el contenido de los conceptos es radicalmente distinto. No olvidemos que en el proceso civil peruano derogado se decía que las excepciones eran dilatorias o perentorias según el plazo que se tenía para interponerlas, o según se tramitaran dentro del principal o en cuaderno separado.

Hoy, reivindicando la acepción literal, una excepción será *dilatoria* cuando al ser amparada determine que el juez -en la misma resolución en que funda la excepción- le conceda al demandante un plazo para que subsane el defecto advertido en la excepción interpuesta.

Es el caso, por ejemplo, de las excepciones de representación defectuosa o insuficiente del demandante o la de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda. Por cierto, si venciera el plazo concedido sin que se subsane el defecto advertido, el juez declarará la nulidad de lo actuado y la conclusión del proceso.

Por otro lado, las excepciones serán perentorias cuando al ser amparadas producen el efecto de dar por concluido el proceso. Sin embargo, estas excepciones con efecto perentorio admiten una sub-clasificación. Así, serán perentorias simples cuando sólo afecta el curso del proceso en donde han sido amparadas, pero no tocan siquiera la pretensión del demandante, quien podrá intentarla nuevamente en un nuevo proceso en donde no cometerá el error que le costó la conclusión del anterior. Es el caso de las excepciones de incompetencia, representación defectuosa del demandado, falta de agotamiento de la vía administrativa, entre otras.

Las excepciones perentorias complejas, al igual que las simples, acaban con el proceso en donde han sido amparadas, sin embargo, en el caso de estas, adicionalmente ratifican la imposibilidad jurídica de que el demandante pueda intentar exigir la misma pretensión contra el mismo demandado en otro proceso. No es que las perentorias complejas afecten la pretensión, lo que pasa es que ésta ya se vio afectada antes del amparo de la excepción, lo que ocurre es que al declararse fundada una perentoria compleja se hace evidente, por así decirlo, la afectación definitiva de la pretensión. Este es el caso de las excepciones de desistimiento de la pretensión, cosa juzgada, conclusión por conciliación o transacción, entre otras.

IV. A manera de conclusión

La excepción ha tenido un recorrido histórico sinuoso, unas veces ha representado el núcleo de las defensas; se decía que excepcionar era oponerse a la acción; en otra, su importancia fue adventicia, dependía de la existencia de una norma de derecho material que la sostuviera.

Creemos
como se ha adv
derecho de defe
ruano, tiene por
las agudas obse
de la demanda
saneamiento de

Al demar
quiere establece
mentos a través
hace mucho, la
se decía en Las

Nos pare
excepciones eli
costas y multas
en provecho d
modelo de pro

Final
sólo un instrun
pectiva más ar
Siendo así, su
ayudar al hom
sufrir el drama

11. Art. 457.- Cos
parte vencida
puede conde
Referencia Pr
El autor
necesariam
para el desal
A partir de es
el autor el est
les y las condi
peruana.

Creemos que ni uno ni otro extremo es el correcto, la excepción -como se ha advertido- no es otra cosa que una de las formas que toma el derecho de defensa. En el nuevo panorama del derecho procesal civil peruano, tiene por objeto conceder al demandado el derecho de complementar las agudas observaciones que el juez nacional realiza al calificar la admisión de la demanda y, posteriormente, al estudiar el caso para la declaración de saneamiento del proceso.

Al demandado le interesa que la relación procesal que el demandante quiere establecer con él sea correcta, válida. Las excepciones son los instrumentos a través de los cuales éste denuncia que tal relación es errónea. No hace mucho, la excepción era sólo un medio para «aluengar el pleyto» como se decía en Las Partidas.

Nos parece que el tratamiento que el nuevo Código le concede a las excepciones elimina su uso malicioso. Incluso todo el sistema de costos, costas y multas que para su trámite se regulan[11], desalienta el uso irregular en provecho de una lealtad y buena fe procesal necesaria para el nuevo modelo de proceso al que el Código aspira.

Finalmente, no olvidemos que el proceso no es un fin en sí mismo, es sólo un instrumento de los derechos materiales, en realidad desde una perspectiva más amplia podríamos decir que es sólo un instrumento de paz. Siendo así, su conocimiento, aplicación y fines deben estar encaminados a ayudar al hombre a resolver de manera pronta y justa sus conflictos y no a sufrir el drama de envejecer teniéndolo como una compañía fatal.

Publicado en *Themis*. Lima: Segunda Época. N° 27-28. Marzo. 1994, pp. 119-129.

11. Art. 457.- Costas, costos y multas de las excepciones defensas previas serán de cargo de la parte vencida. Adicionalmente y atendiendo ala manifiesta falta de fundamento, el juez puede condenarla al pago de una multa no menor de tres ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal.

El autor inicia el presente artículo de una manera bastante ágil, con la narración de un caso no necesariamente real, pero sí harto común en nuestro país: un hombre ha sido demandado para el desalojo de una vivienda por vencimiento de contrato.

A partir de este hecho, que es utilizado como hilo conductor, nos introducimos guiados por el autor el estudio de conceptos tales como el derecho de defensa, los presupuestos procesales y las condiciones de la acción, para concluir finalmente en análisis de la novísima legislación peruana.

La rebeldía en el proceso civil

VERGER GRAU, Juan. La Rebeldía en el Proceso Civil. En Revista Peruana de Derecho Procesal, Tomo II, Lima, 1998.

Joan VERGER GRAU

Profesor de Derecho Procesal
Universidad de Santiago de Compostela

Probablemente una de las obras mejor logradas en lengua castellana sobre el tema de la rebeldía en el derecho contemporáneo es la realizada por el profesor Verger. En esta síntesis de su trabajo, el autor nos conduce por el origen histórico de la institución, los distintos cambios que se han operado en sus rasgos esenciales y, finalmente, el tratamiento procedimental de la rebeldía en el derecho contemporáneo y en el Código peruano, desde un punto de vista crítico.

1. Concepto de rebeldía
1.1 En sentido estricto
1.2 En sentido amplio
2. Clases
2.1 Según el sujeto
2.2 Según el momento procesal
2.3 Según la voluntariedad
3. Tratamiento Procesal
3.1 Evolución histórica
3.2 Derecho comparado
3.3 Derecho español
3.4 Derecho peruano (Código Procesal Civil)

1. Concepto de rebeldía

1.1 En sentido estricto

Históricamente, rebeldía era la desobediencia del litigante -normalmente el demandado- por no acudir a la citación para el juicio: **1. Si uno es llamado ante el Magistrado, vaya. Si no va, llámese a testigos y, entonces, aprehéndasele. 2. Si se demora o trata de escapar, échesele las manos encima**[1]. Pero así como en el proceso **romano** arcaico el demandado no podría oponerse a la citación (privada) del actor, salvo si encontraba un *vindex* que respondiera por el y garantizara al Magistrado su comparecencia[2], en el proceso imperial de la *cognitio extra ordinem*, la rebeldía o contumacia ya no fue una resistencia al demandante solamente, sino una desobediencia al magistrado que, habiendo recibido el libelo escrito, lo trasladaba al demandado y lo **citaba** para que compareciera ante el o prestara caución (*cautio iuditio sisti*) garantizando que comparecería. Por ello, la contumacia se definía como **desprecio a la autoridad** [3].

---

1 *Si in ius vocat (ito). Ni it, antestamino, igitur em capito. 2. Si calvitur pedemve struit, manum endo iacito. La ley de las XII Tablas*. Trad. de Rascón García, C. y García Gonzales, J. M., Madrid, 1993, p. 3.

2 **WENGER, L.** ***Instituzioni di Procedura Civile Romana***.Trad. de R. Orestano, Milano: 1938, p. 92.

3 Rd. Rd, p. 279. Contumacia, del latín *contemno*: despreciar (ingles: *contempt*).
A las diferentes situaciones del demandado ausente correspondían también términos distintos: *Absens*, cuando no podía ser emplazado por desaparecido; *latitans*, el que se ocultaba para evitar la situación; *indefensus*, el que no se presentaba en la fase *in iure* y *contumax*, en la *cognitio extra ordinem*, cuando no se presentaba a juicio después de ser citado. Vid. **SAMAMES ARA, C.** ***La tutela del rebelde en el proceso civil***, Barcelona: 1993, p. 39, nota (82).

En el proceso **germánico** la citación (en principio igual para el proceso penal que para el civil)[4] se hacía con el *bannum* (bando) del Juez y, si el demandado no comparecía, se repetía tres o cuatro veces antes de decretar su *missio in bannum* o rebeldía, situación en que se hallaba el litigante que no obedecía a la llamada a juicio o a la sentencia y que traía como consecuencia la confiscación de sus bienes[5].

No es de extrañar, pues, que en España, la rebeldía también fuese entendida como desobediencia a la citación judicial, que el Fuero Juzgo ya castigaba con cinco sueldos de oro o treinta azotes a **quien no quisiera venir**[6]. **Rebeldes** -dicen las Partidas- **y ha algunós omes que non quieren veniral emplazamiento que les fazen. E estos non deven fincar sin pena, porque desprecian el mandamiento de aquellos a quienes deven obedecer**[7].

En los **ordenamientos modernos** -y en la doctrina- la rebeldía ya no es considerada como una desobediencia a la citación o emplazamiento, sino como una **carga**. Comparecer, lo mismo que contestar, son cargas y, al mismo tiempo, expectativas del demandado en orden a una mejor defensa[8]. En la mayoría de ordenamientos la rebeldía se asimila a la inactividad[9] del demandado -o del actor en algunos sistemas- sólo que con consecuencias distintas, según sea esta inactividad voluntaria o no.

1.2 En sentido amplio

Es preciso, pues, desconfiar del equívoco termino de rebeldía y estudiar la incomparecencia del demandado en el proceso en su conjunto. En este sentido amplio, a la rebeldía se la podría llamar incomparecencia del demandado y podría ser definida como aquella situación procesal del demandado que se inicia con su incomparecencia, transcurrido el tiempo del emplazamiento, y termina con su eventual personación[10], aun cuando distingamos en su tratamiento la ausencia voluntaria de la involuntaria[11], circunstancia que, por lo demás, no suele conocerse hasta después de dictada la sentencia o de haberse producido ya algunas de las consecuencias de la **rebeldía**.

La inactividad del litigante comparecido tiene cierta analogía con la incomparecencia al proceso y afecta tanto al actor como al demandado. Es la rebeldía *in respondendo* a la que ya los ordenamientos históricos atribuyeron, a veces, las mismas consecuencias que a la ausencia[12].

---

4 **SALVIOLI, G.** ***Storia de la procedura civile e criminale (en storia del Diritto Italiano)*** Milano: 1925 (reimpresión Firenze, 1969). III. 1 A. p. 309.

5 Id. p. 230. También **MEYER, J. D.** ***Esprit, origine et progres des Institutions Judiciaires***. París: 1829. T. I. p. 303, y **GIANNOZZI, G.:** ***La contumacia nel processo civile***. Milano: 1963. p. 33.

6 Libro II. Tit. V. Ley XVIII. También *Les Costums de Tortosa: E es entes qu'el primer manament se den fer al demanat personalment, si dones maliciosament no s' amagal (...) e no cau en pena de LX sous si dins aquel dia ve a la Cort* (Queda entendido que el primer mandamiento ha de hacerse al demandado personalmente, si no se esconde maliciosamente (...) y no cae en pena de LX sueldos si dentro de aquel día viene a la Corte). Lib. III. Rub. 1a. **DE IUDICIS.** ***Código de las Costumbres de Tortosa***. T. IV de Bienvenido Oliver. Madrid: 1881 (reimpresión Tortosa 1995). p. 105.

7 Partida Tercera. Tit. VII. Ley VIII. También en el Derecho Canónico desde el decreto de Graciano se consideró que *contumaciae poena est gravissima, ergo gravissimum peccatum est*. en cit. de **GIANNOZZI**, op. cit., p. 39, nota 19.

8 **GOLDSCHMIDT, J.:** ***Teoría General del Proceso***. Madrid: 1936, pp. 82 y ss.

9 Vid. **SATTA.S.** ***Diritto Processuale Civile***, Milano: 1987, pp. 384 y 385; **REDENTI, E.** ***Derecho Procesal Civil***. Traducción de S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín. T. I. pp. 470 y 480; **GIANNOZZI**. Op. cit., pp. 138 y 139.

10 **VERGER GRAU, J.** ***La rebeldía en el proceso civil***. Barcelona: 1989. p. 54.

11 **MANRESA** distinguía la rebeldía **notoria** (cuando el emplazado manifiesta expresamente que no quiere comparecer); la **verdadera** (cuando, enterado del emplazamiento, dice que comparecerá, y no lo hace); la **ficta** (cuando emplazado por cedula, el demandado no comparece, pues se produce una ficción legal de emplazamiento personal) y la **presunta** (cuando se le emplaza por edictos, y sólo se presume que a llegado a su noticia) **MANRESA Y NAVARRO J. M.** ***Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil Reformada***. Madrid: 1881, T. III. p. 572. Estos casos pueden agruparse en dos: el *verus contumax* y el *ficte contumax*; esto es la rebeldía y la ausencia involuntaria.

12 Refiere **GIANNOZZI** que la inactividad de la parte no contumaz empieza a suscitar interés a partir del proceso formulario. Si en la fase *in iure* el demandado rehusaba aceptar la fórmula o replicar, se convertía en *indefensus*; esto es en convicto y confeso. Lo mismo ocurría si no comparecía a la segunda fase del juicio, *post litem contestatam*. Para el actor, la no comparecencia equivalía, en la primera fase al abandono (desistimiento) del proceso (lo mismo que si presentada una excepción dilatoria por el demandado, el actor desistía). En la *cognitio extra ordinem* la inactividad del demandante producía también la absolución de la instancia, si bien en el siglo III se empezó a seguir -según el citado autor- el principio contrario: es decir si el actor permanecía inactivo, el proceso continuaba, dictándose sentencia *secundum praesentem* (Op. cit. p. 10 a 17). Para WEGNER, ello suponía tener en cuenta el resultado de las pruebas practicadas en ausencia del demandante que probablemente, debían ser favorables al litigante presente que las había propuesto (Op. cit., p. 280). En el derecho justinianeo, la inactividad del actor permitía al

2. Clases

2.1 Según el sujeto

2.1.1 Del demandante

En el proceso español, y también en el peruano, a pesar de la terminología a veces perturbadora, no cabe hablar propiamente de rebeldía como de incomparencia procesal del demandante pues, precisamente, su personación es indispensable para que el proceso exista[13].

Ahora bien; pueden presentarse problemas de incapacidad procesal sobrevenida que, sin embargo no provocan la desaparición procesal de la parte ya comparecida. Las partes, personas físicas o jurídicas, pueden perder su capacidad procesal, su postulación o defensas técnicas, su representante o apoderado; pueden fallecer (o extinguirse la personalidad jurídica) o trasladar a otros la cosa litigiosa, el derecho que se hace valer en el juicio. Sin duda que ello planteará problemas de integración de la capacidad procesal, de la postulación o de la sucesión. En todos estos casos, sin embargo las partes no dejan de estar presentes y comparecidas, aunque temporalmente estén privadas de capacidad de obrar procesal. En algunos supuestos, es cierto , puede llegar a producirse la extinción del proceso, la caducidad de la instancia - el abandono del proceso, según el 346 C.P.C.P- o incluso, el desistimiento forzoso del demandante, pero se trata de siempre de partes ya comparecidas.

Sólo en el caso de sucesión cabe hablar de la necesidad de una nueva comparecencia del sucesor. Aún y así, en derecho peruano la prescripción legal es la de continuidad forzosa de la comparecencia del sucesor, ya por sí, si se persona, ya por curador, si no (108 C.P.C.P). En derecho español, si el procurador no presentare nuevo poder de los sucesores, **acordará el Juez o Tribunal que se les cite, para que dentro del plazo que les fijará, se personen en los autos, bajo apercibimiento de lo que haya lugar** (art. 9.7.LEC).

Algunos autores equiparan la incomparecencia a la rebeldía[14], mientras otros la interpretan como una presunción de desistimiento[15]. RAMOS prefiere prescindir de la cuestión teórica de la **rebeldía del actor**, entre otras razones, porque no le son aplicables a las medidas coercitivas (cautelares) de los artículos 762 y ss. LEC y porque la actividad del causante se transmitirá a los sucesores en cuanto aparezcan en el proceso. En consecuencia, la solución que propone -y que compartimos- es la de que el demandado puede optar por pedir que se tenga por desistido al sucesor, si no comparece, o por continuar el proceso hasta sentencia, en virtud de la bilateralidad del desistimiento[16]. La solución es la misma en derecho italiano(arts.299 y 300 C.P.C.I.) en donde la muerte de cualquiera de las partes interrumpe el proceso, salvo si el sucesor lo prosigue o la parte adversa pide su continuación mediante nueva citación a los sucesores, que pueden comparecer o permanecer ausentes y, en este caso, el demandado puede también optar por seguir el proceso en ausencia del actor o por que se declare al actor ausente desistido del proceso (la extinción del proceso del art. 290 del C.P.C.I.)

Respecto a la extinción de la persona jurídica cuando no se produzca sucesión (por absorción, fusión, sucesión estatuaria, etc.), ha de estarse a lo prevenido para la fase de liquidación, durante la cual la sociedad conserva su personalidad y su

---

demandado escoger entre la absolución de la instancia o el juicio sobre el fondo, pues no regía el principio *actore non probante, reus absolvitur*, sino que si el actor no probaba su derecho ni el demandado el suyo, no se dictaba sentencia sobre el fondo, sino sólo absolutoria de la instancia (**GIANNOZZI**, op. cit., p. 21). El derecho Canónico consideró que la inactividad de la parte comparecida merecía equipararse a la contumacia *in respondiendo* y producía prueba plena en su contra, lo que equivalía a una confesión (**DURANTE**, *Speculum* II, V, 8 en cita de **GIANNOZZI**, op. cit., p. 45)

13 Art. 524 LEC: 1.**El proceso ordinario principiará por demanda , en la cual, expuestos sucintamente y numerados los hechos y los fundamentos de derecho, se fijará con claridad y precisión lo que se pida y la persona contra quien se proponga la demanda.** En parecidos términos, el 424 C.P.C.Peruano.
Dice el art. 2 del C.P.C.P. I. Por el derecho de acción **todo sujeto en ejercicio a su 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 intersubjetivo o a una incertidumbre jurídica.

14 **GUASP, J.** *Derecho Procesal Civil*, Madrid: 1968, T. I, pp. 197 a 199. **ARAGONESES.** ***Inactividad de las partes en el proceso civil.*** R. D. Proc. 1960, pp. 568 y ss.

15 **MANRESA.** *Comentarios*(...), op. cit., t. I, p. 89. (también **GÓMEZ ORBANEJA, PRIETO CASTRO Y HERCE QUEMADA**)

16 **RAMOS MÉNDEZ, F.** ***La sucesión procesal***. Barcelona. 1974, pp. 326 y 327.

capacidad procesal y la mantiene hasta que no termina el proceso[17].

En todos los supuestos de sucesión se genera, sin embargo una carga al sucesor, la de personarse en autos (art.9.7. LEC y 108 C.P.C.P.). En el derecho español e italiano se perpetúa expresamente una citación a los sucesores que, como todos los actos de comunicación, está sujeta a posibles defectos de ineficacia, pudiendo causar a los sucesores una situación de indefensión perfectamente tutelable mediante la nulidad de los actos posteriores a la citación defectuosa. En derecho peruano, por el contrario, se resuelve el incidente mediante el nombramiento de un curador para los sucesores no comparecidos. Aparentemente se provee a su defensa pero, como habrá ocasión de analizar posteriormente, en general, para todos los supuestos de *curator ad litem*, la solución puede no ser del todo satisfactoria.

2.1.2 Del demandado

La llamada **rebeldía** del demandado (incomparecencia procesal) viene de no haberse personado en las actuaciones dentro del termino del emplazamiento. De ahí que, una vez comparecido, el demandado ya no puede ser **rebelde**, aunque se halle inactivo. El tratamiento de la situación de **rebeldía** o **incomparecencia** del demandado es el objeto principal de nuestro estudio.

2.2 Según el momento procesal

Tal y como se ha definido la situación de rebeldía, como incomparecencia procesal del demandado, es claro que sólo puede producirse como consecuencia de un emplazamiento, es decir, *in limine litis*, y que la comparecencia, aún extemporánea, del demandado, termina con tal situación.

Tampoco es equiparable a la rebeldía la incomparecencia del litigante en la segunda instancia o en casación. Su ausencia es mera inactividad, que se traduce en la preclusión o en declarar desierto el recurso.

2.3 Según la voluntariedad

La ausencia procesal por incomparecencia puede ser voluntaria (rebeldía en sentido propio) o involuntaria (mera incomparecencia). La involuntariedad puede ser debida a la ineficacia del acto de comunicación correspondiente; la *in ius vocatio* (emplazamiento o citación) o causas no imputables a la voluntad del demandado (fuerza mayor, entre otras). Es esta ausencia involuntaria la que va retener nuestra atención por su enorme incidencia en el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva de que goza el demandado.

3. Tratamiento procesal

3.1 Evolución histórica

En el proceso romano de la época clásica, la ausencia del demandado en la fase *in iure* equivalía a la *indefensio*, de manera que si se había ejercitado una acción personal, sus bienes se entregaban al demandante (*missio in bona*) y si se trataba de una acción real, se le entregaba la cosa litigiosa (*missio in rem*). La *indefensio* sustituía a la contumacia[18]. En la *cognitio extra ordinem* de la época imperial apareció la posibilidad de celebrar el juicio en ausencia de una parte, que no necesariamente había de resultar condenada. *Absens, si bona causa hebet, vincit* (C. 7.43.Y.1.): era el juicio con una sola parte(*eremodicium*).

En derecho germánico la contumacia implicaba la *missio in bannum*, es decir, la confiscación de los bienes y la proscripción del *forbannitus*, con la perdida de la paz y su expulsión del seno de la comunidad civil[19]. En derecho canónico, en fin, la contumacia se declaraba a instancia de parte (acusar la rebeldía) y se penaba con la excomunión, además de la *missio in possesionem*.

En derecho histórico español, además de la sanción económica y personal que la rebeldía implicaba, el juicio se resolvía, a elección del demandado, bien mediante la vía de prueba, fingiendo

---

17 Rd. Rd., p. 155

18 **GIANNOZZI**. Op. cit., pp. 10 y ss. **WENGER**. Op. cit., passim.

19 *Forbannitus* (fuera del bando); es el "fuera de la ley". Vid.**MEYER**. Op. cit., T. I, p. 49.

la oposición del demandado rebelde (*ficta litiscontestatio*) y teniendo el demandante la carga de probar sus razones, o bien mediante la **vía de asentamiento**, que consistía en la entrega de los bienes del rebelde o de la cosa litigiosa al demandante, dejando imprejuzgada la causa por cierto tiempo, dentro del cual el rebelde podría comparecer, purgar su rebeldía (alegando las causas que le habrían impedido acudir) y recuperar sus bienes en un nuevo juicio[20]. El ordenamiento de Alcalá expresaba expresaba claramente la *ratio* del juicio en ausencia del demandado rebelde: *Los rebelles que non quisieren venir ante el juzgador a los emplazamientos que les son fechos, no deben ser de mejor condición que los que vinieren a parescer antellos* (Tít. VI. Ley única).

Ahora bien, ya desde antiguo, el derecho romano conoció la *restitutio in integrum* aplicable, precisamente, al no rebelde; al ausente involuntario al proceso que injustamente había recibido el trato que merecen los rebeldes. Según algún autor, la institución ya era conocida en el proceso **formulario**[21] . En cualquier caso en el derecho justinianeo se contempla expresamente en el Digesto (4.1.7) y en el **Codex** (C.2.52.7) en donde se reconoce su aplicación, no sólo a los menores de edad, sino también a los mayores ausentes[22] y a los asistidos de tutor o curador[23] .

También en derecho histórico español hallamos la *restitutio in integrum* en favor de menores en la Partida VI, Tít. XIX, mientras que respecto a los ausentes que han sido juzgados en rebeldía cuando, realmente, su incomparecencia al juicio se revela involuntaria, se concede la alzada o apelación *ad totam causam*, que funciona de modo parecido a la *restitutio*, que puede interponer el ausente, desde su regreso, durante los diez días siguientes al conocimiento de la sentencia o del pleito, *para que torne el pleyto en aquel estado que era ante*...(Partida Tercera, Tit.23, L. XI).

En esta Partida Tercera, Título VII, la Ley II recoge una amplia casuística de quienes no pueden ser emplazados por su imposibilidad o dificultad de poder acudir al juicio....*omes y a que non podrian ser emplazadose, si lo fueren, non son tenutos de responder ante aquel que los emplazó(...)*. En la Ley 1a de este título se prevé el emplazamiento *ad domum*, aun cuando no se hallen en el los que deban ser emplazados: E *si casas non ovieren, devenlos pregonar en tres mercados, porque lo sepan sus parientes , e sus amigos, e gelo fagan saber que vengan a facer derecho*. En fin, si a pesar de todo el juicio se celebra en la incomparecencia involuntaria del demandado, dice la Ley XI del Tít. VII: que *Embargamientos han a las vegadas los que son emplazados, de manera que non pueden venir ni enbiar ante el Juez para responder a los plazos que les fueron puestos. E por ende dezimos que derecha cosa e guisada es, que pues ellos non dexan por al de venir, sinon* ***por no poder, que non aya pena de rebeldes (...) de manera que pena ni daño non reciba por razón que non vino al plazo*** *(...)*. Se mantuvo, pues, la distinción romana entre *absentia* y **contumacia** que ya Irnerio (Glosa a C.7.43.10) había admitido a efectos de la apelación del ausente para que pudiera ser *restitutum ad appelandum* en el termino de diez días desde su regreso[24]. Este sistema permaneció prácticamente invariable hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, que instauró un procedimiento de audiencia al rebelde que se estudia más adelante.

---

20 Partida Tercera, T XXII, L.20 y T VIII, L.1a, Leyes de Estilo: L. 140; Especulo, Lib. V, T. IV,Ley 1a; Ordenanzas Reales de Castilla, Lib. III, T. IX, L 1a; Novísima Recopilación, Lib. XXI, T.V, L. 1a y 2a

21 **GIANNOZZI**, Op. cit., pp. 21, con citas de **STEINWENTER** y **WENGER**.

22 *El Emperador Justiniano, Augusto a Juan, Prefecto del Pretorio.- Desterrando de nuestra república la superflua diferencia del año útil ...No que mandamos que por igual se aplique, no solamente a las restituciones de los menores(...)sino también a las de los mayores (...)así también se exceptúen en la de los mayores todo el tiempo que hubieren estado ausentes por causa de la República o se hallaren ocupados por otras legítimas causas que en las antiguas leyes se enumeraron (...)(C.2.52.7) El Emperador Antonino Augusto a Emiliano.- Si fuiste condenado estando ausente e indefenso a causa de la legación que de buena fe desempeñabas cerca de mí, con justicia deseas la renovación del juicio para que de nuevo utilices tus medios de defensa(...) (C.2.53.1.) En el epítoma visigótico del Cód. Gregoriano hay un rescripto de Diocleciano que dice: Impp.Diocletianus et Maximianus AA.- Aelie matronae. Epit Cod. gregor. Wisig. 10.13.1:Sententiam adversus absentes et indefensos ac maxime minores nullas vires obtinere notissimi iuris est. Interpretatio: Adversus absentes vel minores iudicata nont valebunt. (Es derecho muy conocido que carecen de toda fuerza de obligar las sentencias dictadas contra ausentes e indefensos y, desde luego, contra menores).*

23 *El Emperador Alejandro Augusto a Marciana.- Plugo, que si fueren engañados les quede a los menores de veinticinco años el beneficio de restitución por entero, aun respecto de aquellos negocios que hubieren sido hechos en juicio o fuera de juicio, estando presente los tutores o los curadores.* (2.24(25) 2)

24 Vid **AIKIN ARALUCE, S.** ***El recurso de apelación en el derecho castellano***. Madrid: 1982, p. 112

3.2 Derecho comparado

El tratamiento de la rebeldía en Derecho comparado es, naturalmente, dispar. Sin embargo pueden señalarse dos tipos de ordenamientos; unos siguen el sistema de dictar sentencia en contumacia sobre el fondo, exigiendo o no alguna actividad probatoria, pero permitiendo impugnar la sentencia en oposición, en todo caso, en cuanto el demandado comparece (y renovar en todo o en parte el proceso); otros países, más cercanos a la *cognitio extra ordinem*, siguen el sistema de la (ficta *litiscontestatio*); es decir, se dicta sentencia sólo según el resultado de las pruebas y, una vez firme, el proceso sólo es rescindible si el demandado justifica su anterior ausencia.

3.2.1 *Ficta confessio*

En **Alemania**, si el actor no comparece a la audiencia, se pronuncia, a instancias del demandado, sentencia contumacial desestimando la demanda(art.330 ZPO). Por el contrario, si es el demandado quien no comparece y las alegaciones de hecho de la demanda son suficientes para fundar una sentencia contumacial estimatoria, así se hace, a solicitud del actor, interpretando la ausencia como una admisión de hechos(art. 331ZPO). Ahora bien, si el ausente se apersona, puede interponer oposición a la sentencia contumacial en el plazo de dos semanas (art. 338 y 339 ZPO) y, si se admite por darse los presupuestos legales, se reponen las actuaciones al momento de la incomparecencia.

Tanto el actor como el demandado pueden, sin embargo, solicitar sentencia definitiva, no contumacial a tenor de lo que obrare en los autos, a lo cual el tribunal podrá acceder si se dan los presupuestos necesarios (prueba suficiente, suplemento eventual de prueba, regularidad de las citaciones, etc. art.335 ZPO) (art.331 a. ZPO).

Como dice GOLDSCHMIDT, **la inactividad en el proceso es el hecho de no desembarazarse de una carga procesal (...) los efectos de la inactividad procesal son de dos clases, generales y especiales:** Los primeros se resumen en preclusión y de los segundos el más importante **(es la ficción de un resultado probatorio desfavorable para la parte inactiva[25])**.

En **Francia** se establecen dos clases de sentencias, las contradictorias y las contumaciales. Las primeras se producen cuando ambas partes se han personado en el proceso. Ahora bien, si aun personado, el demandante no comparece a la audiencia, el demandado puede pedir una sentencia contradictoria, quedando a criterio del juez dictarla, tener al demandante por desistido (*declarer la citation caduque*) o aplazar la audiencia (art. 468 NCPC). Por el contrario si habiendo comparecido a la audiencia ambas partes, alguna se abstiene de realizar los actos procesales correspondientes dentro del plazo, el Magistrado puede, bien dictar la sentencia contradictoria fundada en las pruebas practicadas, bien a petición del demandado, tener al demandante por desistido (art.469). Por último, si ninguna de las partes practica los actos procesales en los términos prescritos , el juez, previa advertencia a las partes, puede sobreseer el proceso (art. 470 NCPC).

Las sentencias contumaciales se dictan cuando el demandado no se persona ni comparece (después de haberse renovado la citación e incluso habérsele advertido por carta de las consecuencias de su contumacia). En tal caso la sentencia estimatoria contumacial se produce si la demanda es correcta, fundada y admisible (art.472 NCP), si es única o última instancia y si la citación no fue personal. Por el contrario, si la sentencia es apelable o la citación al demandado fue personal, tal sentencia es considerada contradictoria (*repute contradictoire*[26] : art.473 NCPC).

Las sentencias dictadas en procesos contumaciales son *suceptibles de oposición* (476 NCPC), que se presenta ante el Juez que la dictó en el plazo de un mes (art.572 a 575 NCPC) y que anula la sentencia (art.571 NCPC). Las sentencias dictadas en procesos contradictorios son suceptibles de apelación. En ambos casos si el recurrente demuestra que no pudo comparecer en la instancia por causas a él no imputables, tiene derecho a la **restitución del plazo de apelar** o de formular oposición, hasta el máximo de un año de la notificación de la sentencia (540 NCPC).

---

25 GOLDSCHMIDT, J. *Derecho Procesal Civil*. Trad. L. PIETRO CASTRO, Madrid: 1936.

26 La diferencia entre las sentencias contumaciales (*par defaut*) y las contradictorias o consideradas contradictorias (*reputes contradictoire*) es que las primeras son suceptibles de oposición (476 NCPC) y las segundas, no; sólo son recurribles con los

En los **países anglosajones**, si una de las partes no acude a la audiencia, se dicta sentencia en contra suya -*by default*- si bien en Gran Bretaña puede pedirse su anulación en el plazo de una semana pagando las costas causadas[27]. En los Estados Unidos se sigue el mismo principio. Si el demandado no comparece a juicio o, compareciendo, no se opone a la demanda, el actor puede pedir que se dicte sentencia contumacial (*judgement by default*), que comporta la condena del demandado de acuerdo con lo solicitado, aplicándose el principio de la *ficta confessio*. Si es el actor quien no comparece, se entiende que renuncia a la acción y se dicta sentencia absolutoria sobre el fondo. Tanto el demandado como el actor pueden purgar la rebeldía si demuestran que no pudieron comparecer por motivos justificados[28].

El Código de Mendoza en **Hispanoamérica** distingue entre el *verus* y el *ficte contumax*. Si el emplazamiento se hace en el domicilio del demandado, la contumacia se presume verdadera y también se presumen ciertas las afirmaciones de la contraparte, aunque el Juez podrá acordar la práctica de pruebas para confirmarlas (arts. 74 y 75)[29]. Por el contrario, se presume ficta la contumacia si el emplazamiento se hizo por edictos, en cuyo caso se dispone de un defensor de oficio para el ausente (art.75)[30]. En cualquier caso, se admite la rescisión del juicio si el contumaz comparece y demuestra la involuntariedad de la ausencia(art.77).

Dentro de esta misma línea podemos situar al **Código Procesal Civil Peruano** (Decreto Legislativo No 768) cuando en su artículo 461(que tendremos ocasión de analizar más adelante) dispone que **la declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda**, salvo que (...) y, más adelante, añade: **El Juez comunicará a las partes su decisión de emitir sentencia sin admitir otro trámite cuando:(...) 2. Queda consentida o ejecutoriada la resolución que declara saneado el proceso en los casos en que la declaración de rebeldía produce presunción legal relativa de verdad.** (art.473).

3.2.2 *Ficta litiscontestatio*

El ejemplo más genuino de un sistema en el que la contumacia no altera los principios procesales que rigen en el juicio contradictorio es el **italiano**, seguido hasta cierto punto por el español.

En el C.P.C.I. si es el demandante quien no comparece a la primera audiencia, se le da por desistido *(la causa sia cancellata del ruolo e il processo si estingue)*, a no ser que el demandado pida la continuación del juicio, en cuyo caso se dicta sentencia sobre el fondo, sólo impugnable a través de los medios ordinarios y extraordinarios previstos para los juicios contradictorios (art. 290). El ausente involuntario o el demandado incomparecido puede, no obstante, durante el proceso, solicitar la restitución del plazo *(rimessione in termini)* si comparece y pide que se le restituya (por nulidad del acto de comunicación o causa a el no imputable) la actividad procesal que ha precluído y que le impidió conocer en su momento la existencia del proceso. Si al Juez le parece verosímil el hecho alegado admite, si procede las pruebas que acrediten el impedimento y resuelve sobre la solicitud presentada (art. 294).

Por consiguiente, en el proceso italiano con la salvedad de la restitución del plazo, la contumacia sólo produce el efecto de la preclusión de las actividades que el ausente no haya podido realizar (arts.152 y 153), y ello con independencia de la interpretación que pueda darse a la incomparecencia de la parte (sea o no contumaz) en alguna diligencia de prueba, que eventualmente puede producir los efectos de una admisión de hechos (p.e., en el interrogatorio de la parte: art.232) o, en otros casos (183.Y, ausencia en la primera

---

27 **KIRALFY, A. K. R.** *The English Legal System*. London: 1990, p. 218

28 Ferderal Rules of Civil Procedure, RR. 43,55 etc. y **GIANNOZZI**. Op. cit., pp. 409 a 412.

29 **GIANNOZZI**. Op. cit., p. 421. También el art. 80 del Código de procedimientos en materia Civil y Comercial para la provincia de Buenos Aires, de 1880 el cual, además, también dispone que **declarado en rebeldía el demandado, el actor obtendrá lo que pidiere, siendo justo. Declarado el actor, el demandado será abuelto también si fuere justo** (art.434). También el Código de Venezuela de 1946 dice que **si faltare el demandado al emplazamiento (...) se le tendá por confeso en cuanto no sea contraria a derecho la petición del demandante, si en el termino probatorio nada probare que le favorezca.**

30 **GIANNOZZI**, en la p. 421 de la op. cit., dice que esta innovación (la del defensor de oficio) no tiene precedentes en la legislación europea aunque, como veremos más adelante, sí parece tenerlos en la española, la cual, a su vez, los recibió de los glosadores y del derecho justinianeo.

audiencia de instrucción) puede ser valorada como un principio de prueba en su contra (*può desumere argomenti di prova*) (arts 116.II).

3.3 Derecho español

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 5 de octubre de 1855 regulaba los juicios en rebeldía en la Parte Segunda, Título XXV, arts 1.181 a 1.206 y, de forma similar, lo hace la vigente L.E.C. de 3 de febrero de 1881, en el Libro II, Título IV, arts. 762 a 789[31].

3.3.1 Presupuestos de rebeldía

La rebeldía es la situación procesal del demandado incomparecido, que en unos juicios se declara formalmente, y desde entonces produce sus efectos (p.e., mayor y menor cuantía, cognición, verbal, ejecutivo, etc.) y, en otros, no se exige tal declaración, aunque produzca los mismos efectos. En el B.LEC[32] se generaliza la declaración de rebeldía a todos los juicios (499.1)

a) Objetivos. El primer presupuesto objetivo es la comprobación previa de la regularidad del emplazamiento o de la citación; es decir, que se han practicado correctamente y en el lugar u personas adecuados. Ello se desprende del art. 281 que entiende que el litigante sólo se constituye en rebeldía **no compareciendo en juicio después de citado en forma.**

En algunos juicios hay además presupuestos específicos. Así, cabe destacar que en el juicio de mayor cuantía, si el emplazamiento se ha hecho a criados o a vecinos (no al demandado o a sus familiares), se procede a un segundo llamamiento en su domicilio antes de declarar la rebeldía(528).

b) **Subjetivo:** Como ya se expuso anteriormente, en derecho español, la situación de rebeldía regulada en la LEC ha de circunscribirse al demandado. Así lo previene el primero de los artículos del Tít. IV consagrados al juicio en rebeldía: **Desde el momento en que el demandado haya sido declarado en rebeldía** (...).Continua en esta línea el LEC cuando, en el primero de los artículos dedicados a esta materia dice: *Será* **declarado en rebeldía el demandado que no comparezca** (...), (449.1). La inexistencia de una necesaria constitución del demandante en nuestro derecho (a diferencia del proceso italiano) y el tratamiento específico que recibe el ausente en la segunda instancia o en casación, justifican la limitación subjetiva del instituto.

3.3.2 Efectos de la rebeldía

3.3.2.1 Procesales

Se regulan, básicamente, en el Tít. IV del Lib. II. No se aplican a todos los juicios, sino a juicios declarativos[33], salvo algunas disposiciones como la preclusión o el régimen de notificaciones; este, sin embargo, regulado en la Sección Cuarta del Tít. VI del Libro I de la LEC, bajo la rúbrica de **notificaciones en estrados.**

a) La preclusión. Es el efecto general que produce la ausencia o inactividad de la parte en todos los ordenamientos. Nuestro art. 766 permite que el rebelde comparezca en cualquier momento posterior, si bien tiene que aceptar el proceso en el estado en que se halle, es decir, con la preclusión de las oportunidades procesales perdidas. La ley parte de una presunción de rebeldía verdadera; es decir, de rebeldía voluntaria. El perjuicio de la preclusión no tiene razón de ser cuando la rebeldía no es tal; esto es, cuando se trata de mera ausencia involuntaria. Para esta eventualidad, nuestra Ley remite al incidente de nulidad de actuaciones antes de sentencia (en supuestos de emplazamiento ineficaz) o, si se comparece después de sentencia, a los recursos ordinarios y extraordinarios, si caben,

---

31 El Ministerio de Justicia acaba de publicar un Borrador de Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil (B.LEC) que, con las modificaciones y enmiendas que se acepten, sustituiría a la de 1881, de ser aprobada en su día por las Cortes. El Borrador tiene fecha de abril de 1997 y sólo 825 arts., puesd eja para otros textos la Ley Concursal y la de Jurisdicción Voluntaria. La rebeldía y la audiencia al rebelde vienen reguladas en el Título III del Libro II, arts. 499 a 512, en los cuales hay, a mi juicio, aciertos y desaciertos, pero entre los primeros cabe resaltar, por fin, que se extiende el recurso de audiencia al rebelde a todo demandado ausente involuntario que no haya tenido conocimiento del proceso hasta después de la sentencia firme. Con ello se recoge la aspiración en una gran parte de la doctrina, de los autores y de la del Tribunal Constitucional.

32 En adelante, al referirme al Borrador de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil utilizo la abreviatura B.LEC.

33 Especialmente lo relativo a la audiencia al rebelde, que no se concede más que contra sentencias con fuerza de cosa juzgada material.

y si no, a la audiencia al rebelde o al amparo constitucional. Falta, sin embargo, una cláusula general de restitución de plazos por causas no imputables al litigante, que habrá de ser objeto de comentario en su momento.

La preclusión no es absoluta. Al rebelde apersonado después del termino de prueba, se le dará oportunidad de solicitar dicho trámite en la segunda instancia. El primer acto que precluye es la contestación a la demanda (**se dará por contestada la demanda** dice el art. 528) y luego, con la excepción indicada, precluyen todos los demás.

b) El régimen de notificaciones. A partir de la declaración o constitución de la situación de rebeldía, al demandado ya no se le notifican personalmente las sucesivas providencias, resoluciones, citaciones o emplazamientos sino que la notificación se hace en los estrados del Tribunal, **salvo en los casos que otra cosa se prevenga** (281.Y). La notificación en estrados es una notificación ficta, que se realiza leyendo las resoluciones en audiencia pública y en presencia de dos testigos que, firman la diligencia (282). Casos exeptuados de este régimen son la sentencia (que será notificada personalmente al rebelde, cuando pueda ser habido, si lo solicitare el demandante) (769) y el nombramiento de perito tasador de los bienes embargados en fase de ejecución, para que el ejecutado(en rebeldía pero con domicilio conocido) pueda nombrar otro (1.485).

c) Las medidas cautelares. Su origen es el asentamiento de las Partidas y la *missio in bona* del derecho romano. Su naturaleza cautelar (y no sancionadora de la rebeldía) se desprende del tenor del 763, in fine, cuando dice que **se decretará, si la parte contraria lo pidiere, la retención de sus bienes muebles y el embargo de los inmuebles, en cuanto se estimen necesarios para asegurar lo que sea objeto del juicio.** El *fumus boni iuris* que justificaría su adopción sería la propia rebeldía, en cuanto interpretada como una ocultación o carencia de argumentos frente a la acción ejercitada[34].

Estas medidas pueden consistir en la retención de bienes muebles de toda clase (762 y ss) y en el embargo de inmuebles, **con prohibición absoluta de venderlos, gravarlos ni obligarlos** (764.Y.). Esta prohibición -que no existe en los embargos ejecutivos- parece más debida a un lapsus que a una intención sancionadora, pues si bien tenía razón de ser en la LEC de 1855, porque antes de la Ley Hipotecaria las cargas y gravámenes no estaban asegurados registralmente, la Ley Hipotecaria de 1861 permitió la anotación registral de los embargos y posibilidad de la venta de los bienes y derechos embargados **sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación** (art.71 LH), por lo que ya no se precisaba la prohibición de enajenar mantenida en la LEC de 1881. Su existencia parece, pues, debida a un simple olvido del legislador.

d) Interrupción de la ejecución. La Ley no impide la ejecución de las sentencias dictadas en rebeldía (787), pero en los juicios declarativos susceptibles de un eventual recurso de audiencia al rebelde, la ejecución se detiene una vez obtenida la cosa litigiosa o el dinero y no se reanuda (con la entrega o el pago) hasta que han transcurrido los plazos del recurso de audiencia (787). Naturalmente la doctrina entiende que el demandante puede obtener la cosa o el dinero prestando fianza[35]. Según el art. 508 II B.LEC, no se suspendería en absoluto la ejecución de las sentencias en rebeldía, salvo después de estimarse el recurso de audiencia. Sin embargo, teniendo en cuenta que el plazo para interponer tal recurso podría ser hasta de un año (si la indefensión tuviera su origen en un acto de notificación nulo o si el demandado hubiese sido emplazado por edictos, 502.2), bien pudiera suceder que, a pesar de la lentitud de la administración de Justicia, cuando se fuera a interponer el recurso ya se hubiese verificado el pago al acreedor.

3.3.2.2 Materiales

a) En general. La rebeldía, en general, sólo produce el efecto de tener la demanda por contestada y al demandado por opuesto a la

[34] Así lo interpretó **MANRESA**. Op. cit. T. III, p. 558.
[35] **PRIETO CASTRO**. *Tratado de Derecho Procesal*. Madrid: 1985. T. II, p. 590.

misma(528 II) con una *ficta litiscontestatio*. Es la antigua vía de prueba de las Partidas, en la que *si por venturael fuzgador entendiereque por los actos no prueba el deamandador bien su demanda(...) debe dar por quito al demandado y condenarlo en las costas, porque fue desobediente al no venir ante él*[36]. Estamos lejos, pues, del sistema de la *ficta confessio*. También el B.LEC mantiene esa misma opción[37].

b) Existe, sin embargo, una importante excepción al régimen general: el juicio de desahucio. Dice el art. 1.578 LEC que **si no compareciere (al juicio verbal) el demandado que se hallare en el lugar del juicio después de la segunda citación, ni el ausente después de la primera, el Juez dictará sentencia inmediatamente, declarando haber lugar al desahucio y apercibiendo de lanzamiento al demandado** (...). La doctrina entiende, sin embargo, que el actor ha de haber aportado los documentos en que funde su derecho[38].

También en el juicio de cognición se introdujo una modificación en 1984 en el sentido de que el demandado no emplazado en su persona o en sus familiares puede ser nuevamente emplazado a petición del actor, y apercibido al mismo tiempo de que de no comparecer ni justificar su ausencia, se le podrá tener por conforme con los hechos de la demanda[39].

Asimismo, en las tercerías, la rebeldía del ejecutado, unida al hecho de que el ejecutante no conteste (y también la rebeldía *in respondendo* de ambos demandados) equivale a un allanamiento tácito, que la jurisprudencia, sin embargo, interpreta como una simple conformidad con los hechos[40].

Estas "desviaciones" del principio general de la *ficta litiscontestatio* no significan, sin embargo (con la excepción del juicio de cognición, caso aislado y tardío de intentar un cambio de doctrina) una adhesión del principio de la *ficta confessio* del rebelde ausente. De hecho en el juicio de desahucio, las razones determinantes del efecto material de la rebeldía son las de evitar que, mediante el retraso o la dilación procesal, el arrendatario vaya utilizando la finca sin pagar el arrendamiento, o lo haga más allá del plazo estipulado en el contrato. Ello no ha de impedir, sin embargo, que el arrendatario no citado correctamente, ausente involuntario en el desahucio, entable un juicio declarativo posterior con el objeto distinto, no cubierto por la cosa juzgada o que pueda acudir a la audiencia al rebelde o al amparo constitucional. En el supuesto de las tercerías, la admisión de hechos es un tema de rebeldía *in respondendo* (no de incomparecencia, puesto que el ejecutante, en todo caso no es rebelde) que tiene otras manifestaciones en la Ley, p.e., en los juicios ordinarios cuando no se niegan los hechos de la demanda o de la replica[41].

3.3.3 Comparecencia del rebelde y tratamiento

3.3.3.1 Antes de sentencia definitiva

a) El rebelde voluntario: admisibilidad de su comparecencia tardía y preclusión. La comparecencia del demandado rebelde (*verus contumax)* es admisible *cualquiera sea el estado del pleito*, tanto en fase de declaración como en la de ejecución y tanto en la instancia como en los recursos (766). Sin embargo la sustanciación del pleito no puede retroceder en ningún caso salvo, claro está, si se declara la nulidad de las actuaciones anteriores. En la Ley no se distingue la rebeldía verdadera (que sin embargo es el supuesto que tiene encuentra el legislador) de la simple ausencia involuntaria, de modo que lo que resulta justo para el primer supuesto no lo es para el segundo, especialmente si tenemos en cuenta la apreciación hecha anteriormente; que en el derecho positivo

36 *Partida Tercera. Tit. XXII Ley 10.* **La jurisprudencia fue manteniendo la misma doctrina hasta nuestros días; por ejemplo: es doctrina de esta Sala que la circunstancia de hallarse rebelde el demandado o de no haber contestado la demanda, no obstante de haberse personado, no exime al actor del deber de justificar sus afirmaciones** (STS 18 nov.1927). Ya antes SSTS 11 ene. 1886, 4 mayo 1901,etc.

37 **La declaración de rebeldía originada por la inactividad del demandado no podrá ser considerada como de conformidad con la pretensión ni como admisión de hechos de la demanda, salvo los casos en que la Ley expresamente así lo disponga** (art. 499.2)

38 Ya la STS 29 ene.1897. Vid. VERGER: ***La rebeldía*** (...). p. 94.

39 Art. 43 del D. 21 de nov. 1952, modificado por la LRULEC (Ley de Reforma Urgente de la LEC) de 1984

40 Art. 1.541.2 LEC.

41 El art.549 para el mayor cuantía y el 690 para la contestación del menor cuantía, etc.

procesal español (con una reciente excepción debida al derecho internacional, que más adelante se comenta) no está prevista la restitución de los plazos por hechos no imputables a la parte. Es por ello que, hasta ahora, el demandado ausente emplazado por no haber sido emplazado correctamente (entendiéndose con emplazamiento incorrecto, entre otros, el que no se hubiese hecho en su actual domicilio) había de recurrir al incidente de nulidad de actuaciones para obtener la dispensa de la preclusión.

Sin embargo, la preclusión, aun para el verdadero rebelde, tiene alguna excepción, no claramente justificada. Así se comparece en primera instancia después del termino de prueba, o si comparece sólo en la segunda instancia, **se recibirán en esta precisamente, los autos a prueba si lo pidieren y fueran de hecho las cuestiones que se discutan en el pleito** (767). La misma previsión contiene el art. 862 que contempla los supuestos en que se admitirá prueba en segunda instancia (*nova reperta*, pruebas no admitidas y pertinentes, admitidas pero no practicadas y la comparecencia del rebelde después de la fase de prueba en primera instancia). Ahora bien, parte de la doctrina jurisprudencial interpretativa de este precepto, quizás pensando sólo en el *verus contumax*, ha sido muy restringida en ocasiones, impidiendo que, a través de la prueba, el rebelde pueda alegar excepciones o que la prueba pueda versar sobre cuestiones no planteadas en la demanda, **que es donde quedaron definitivamente fijados los términos de la cuestión litigiosa, en defecto de contestación que se le opusiera** (STS. 25 jun.1960).

Naturalmente el rebelde podrá utilizar los recursos de apelación y casación sin más limitaciones (771 y 772). También puede comparecer en ejecución de sentencia y gozar de los mismos derechos y oportunidades que el demandado comparecido en la fase de declaración.

b) El ausente involuntario

b.1) Incidente de nulidad de actuaciones. Antes de la reforma de la LEC de 1984, el art. 745.1 contemplaba expresamente que la nulidad de alguna providencia podía ser puesta de relieve a través de un incidente (cuando lo propio es que el medio adecuado fuera el recurso). Sin embargo, el legislador contemplaba en tal caso el supuesto de la providencia declarando la rebeldía del demandado que, precisamente debido a su ausencia, no podía ser recurrida. Ahora bien, compareciendo y demostrando la involuntariedad de su ausencia (emplazamiento ineficaz, fuerza mayor, etc.) el demandado podía plantear el incidente y obtener la tan repetida restitución de los plazos y oportunidades procesales precluidas[42].

La Ley de Reforma urgente de la LEC de 1984 suprimió este incidente, si bien la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, aunque de forma imperfecta, lo restituyó al regular la nulidad de los actos procesales, una de cuyas causas es la recogida en el No. 3 del art. 238 LOPJ: la infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión. En tal supuesto, el art. 240.2 LOPJ permite que el Juez pueda, de oficio (y, naturalmente, también a instancia de parte) declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular[43]. Pues bien: a través del art. 240.2 LOPJ es demandado ausente involuntario, invocando el 238.3 LOPJ y el art. 24 CE (derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, a la audiencia y defensa, etc.) puede pedir la nulidad de las actuaciones si, una vez conocido el proceso, comparece y plantea el incidente (aunque desprovisto de un auténtico procedimiento). Naturalmente, su gravamen y, por tanto, su legitimación para el incidente, desaparece si consiente el defecto y la falta de audiencia, y se entiende producido tal consentimiento si, comparecido o conocedor del proceso, no solicita su nulidad en la primera oportunidad procesal.

Si por descuido o ignorancia el demandado ausente involuntario no plantea el incidente o si, planteado, no le es admitido, es tratado como si fuera un auténtico rebelde, a quien le es aplicable el tratamiento estudiado en el epígrafe anterior. Ello no obstante, habiéndose percatado la doctrina y la jurisprudencia de que, en ocasiones, esta "rebeldía"

---

42 Vid. **SERRA DOMÍNGUEZ, M.** El incidente de nulidad de actuaciones. En: ***Justicia***. 81. Número especial. pp. 43 a 94. **VERGER GRAU, J.** ***El incidente de nulidad de actuaciones*** Barcelona: 1982, passim.

43 **VERGER GRAU.** ***La nulidad de actuaciones***. Barcelona: 1987, passim.

no ha sido voluntaria, ha tratado de abrir más las puertas de la prueba en la apelación y ofrecer la posibilidad de hacer valer, a través de ella, las excepciones, hechos impeditivos o incluso excluyentes, que el ausente no ha podido alegar en la primera instancia[44]. La solución es favorable a la equidad, pero cuando el ausente es involuntario no es, quizá, suficiente, puesto que de todos modos se le previa de una instancia.

b.2) El derecho a los recursos. Naturalmente, el ausente involuntario también tiene derecho a los recursos (766) y, como vimos, a proponer prueba en apelación. Pero ello no es suficiente. El ausente involuntario ha de tener derecho a la *restitutio in integrum* para poder defenderse adecuadamente; ha de tener derecho a las dos instancias. Precisamente, en el recurso de apelación se puede pedir la nulidad de la instancia transcurrida con el demandado preterido cuando el emplazamiento haya sido nulo, pero sería excesivamente gravoso y contrario a la economía procesal llegar a la misma solución cuando la ausencia del demandado, aún siendo involuntaria, no es debida a nulidad alguna. Se perjudicaría a las demás partes si toda su actividad procesal hubiera de ser anulada. La audiencia al rebelde, que permite la restitución de todas las actividades del demandado conservando las de las demás partes en la medida en que no le haya producido indefensión, parece la solución más prudente y es la que se propone para el Borrador español de una nueva LEC. Se trata de acreditar la involuntariedad (lo mismo que cuando se pide la dispensa de la preclusión) y si se concede la audiencia, permitir al demandado contestar a la demanda y, a partir de ahí, proseguir las demás actividades procesales, sin necesidad de anular las realizadas en su ausencia que no le hubieren producido indefensión. La sentencia puede ser, naturalmente, mantenida o revocada total o parcialmente. Contra ella han de ser posibles los mismos recursos que cabían antes de plantearse la audiencia.

Es claro, por lo tanto, que lo adecuado es incorporar el incidente de la restitución de plazos contemplados en el art. 294 del C.P.C.I. En él cabe aportar la prueba o justificación de la ausencia no imputable. Y cabe hacerlo no sólo para recuperar la primera instancia, sino incluso para plantear la audiencia al rebelde[45]. Corresponde pues al Tribunal de apelación pronunciarse sobre la dispensa del plazo para apelar y, al propio tiempo, sobre la involuntariedad de la ausencia en la primera instancia[46].

Como se dijo más arriba, existe ya algún precedente jurisprudencial importante en favor de la dispensa de la preclusión. En efecto, el Tribunal Constitucional español en Sent. 21 octubre 1983 (cuestión de inconstitucionalidad 174/82), dijo: no hay previsión alguna para la hipótesis, ciertamente excepcional (...), nos hallamos pues ante una laguna que debe ser llenada por el intérprete mediante la aplicación analógica de otros preceptos de la misma Ley en los que, como reflejo del principio *ad imposibilia nemo tenetur* se establece la **suspensión de términos o plazos en caso de fuerza mayor** (así, p.e., en los arts. 412 y 554 de la LEC).

---

44 Así, p.e., **MANRESA** pensaba que había que conceder ampliamente el derecho de defensa al rebelde comparecido (quizás porque pensaba también en el ausente involuntario), permitiendo alegaciones que en otro caso hubieran precluido, pues la admisión como parte del litigante, no tiene ni puede tener otro objeto que el de permitirle las excepciones o medios de defensa que le asistan y sean compatibles con el estado del procedimiento. Así pues, no podrá proponer excepciones dilatorias en forma de tales, pero podrá alegarlas, lo mismo que las perentorias, en cualquiera de los escritos que aún permite al estado del juicio, y sino en el acto de la vista (Ley de Enjuiciamiento Civil, Madrid: 1856, T.IV, pp. 650 a 655). Decía la STS. de 21 abril 1911 que es indudable que como la prueba que el rebelde articula haciendo uso de tal facultad, ha de ir encaminada a la demostración de los hechos que enerven, alteren o aniquilen los alegados por el actor en que descansa la acción ejercitada por el mismo, tanto el Juez en su caso, como la Audiencia en el suyo, deben tomar en consideración las pruebas practicadas a instancia del rebelde para deducir por el resultado los efectos jurídicos que la apreciación de ellas se deriven, porque de otra suerte aquel derecho resultaría ilusorio (...). Si bien con arreglo a la economía de nuestra LEC y a la doctrina de a jurisprudencia, una vez trabado el pleito con los escritos de demanda y contestación y dentro de las limitaciones establecidas en la Ley, no cabe ya deducir pretensiones nuevas, ni resolverlas los Tribunales sin incurrir en la nota de incongruencia, este principio no es de aplicación ineludible a los hechos sobre que versan las pruebas practicadas a instancia del rebelde, con el fin indicado, por la razón antes expuesta y porque, si a tenor de lo dispuesto en el art. 767 los Tribunales precisamente han de recibir los autos a prueba pidiéndolo el litigante rebelde, lógico es concluir que la pretensión que tales hechos impliquen, es pretensión oportunamente deducida y, por tanto, que el Juzgador que hace preterición de ella, incurre por incongruencia en la infracción del artículo 359. De tenor parecido es la STS. 1 abril 1916.

45 Vid. art. 327.2 del CPCI y arts. 460 y 540 CPCF. También el art. 245 del C.P.C. del Brasil.

46 **VERGER GRAU, J. La nulidad procesal después de sentencia**. En: ***La nulidad de actuaciones en el proceso civil***. Consejo General del Poder Judicial, Madrid: 1993, p. 231.

También existe en nuestro derecho interno, procedente del derecho internacional convencional, un precepto que permite la restitución del plazo al demandado preterido por hecho a él no imputable y que tiene su aplicación en los procesos celebrados en el extranjero o en España (en los que el juez español puede dispensar de la preclusión al litigante, español o no, residente en el extranjero, y que no recibió oportunamente la notificación). Se trata del **art. 16 del Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965**, relativo a la notificación o traslado al extranjero de los documentos judiciales o extrajudiciales en materia civil y mercantil (Aranzandi no. 1963/1987)[47]. Cómo puede explicarse que esa dispensa no quepa si el litigante reside en España? En el **Borrador de la futura LEC** aparece, afortunadamente, la previsión de la restitución del plazo por causa de fuerza mayor. Sin embargo no es suficiente, habrá que esperar a que el Anteproyecto que se presente recoja, en este sentido, las enmiendas que formulen los juristas prácticos y teóricos para que se amplíe el supuesto de restitución al hecho no imputable[48].

Mientras tanto, el demandado ausente involuntario que comparece después del plazo para recurrir, sólo puede acudir al recurso de audiencia al rebelde o, en su caso, al recurso de amparo.

3.3.3.2 Después de sentencia definitiva

a)El recurso de audiencia al rebelde. Cuando la sentencia es definitiva y firme (o cuando, sin ser firme, se autoriza directamente la audiencia al rebelde en lugar de la apelación) y el demandado ha estado permanentemente ausente del proceso, puede utilizar este medio extraordinario contra la cosa juzgada (o la apariencia de cosa juzgada) si concurren los demás presupuestos necesarios. Ahora bien, el recurso de audiencia al rebelde ofrece, en su actual regulación positiva, muy pocas posibilidades de éxito, por cuanto exige una prueba diabólica de la involuntariedad de la ausencia.

a.1) Concepto. Es el equivalente a la *restitutio in integrum* para el ausente involuntario. Está regulado en los arts. 773 a 789 LEC y puede definirse como una acción autónoma de impugnación de sentencias definitivas con fuerza de cosa juzgada material que la Ley concede al demandado ausente involuntario que además acredite los restantes presupuestos objetivos fijados en la Ley.

Más que un "recurso" es una acción de rescisión parcial del proceso seguido en la ausencia involuntaria del demandado con el fin de restituirle las actividades procesales precluidas. Sin embargo, nuestro texto legal no se conforma con exigir, en términos generales, el presupuesto de la ausencia involuntaria, sino que añade, innecesariamente, una carrera de obstáculos que ha de superar el demandado; una serie de presupuestos objetivos superabundantes para intentar quitarle toda discrecionalidad al Juez competente.

a.2) Caracteres. Es un medio de impugnación excepcional, contra la apariencia de cosa juzgada material, rescindente y devolutivo.

---

47 Dice el precepto que cuando un escrito de demanda o un documento equivalente debió remitirse al extranjero a efectos de notificación o traslado según las disposiciones del presente Convenio y se ha dictado resolución contra el demandado que no ha comparecido, el Juez tendrá la **facultad de eximir a dicho demandado de la preclusión resultante de la expiración de los plazos** del recurso si se reunen las condiciones siguientes: a) el demandado, sin mediar culpa de su parte, no tuvo conocimiento oportuno de dicho documento para defenderse de la decisión y para interponer recurso b) las alegaciones del demandado aparecen provistas, en principio, de algún fundamento.
La demanda tendente a la exclusión de la preclusión -prosigue- sólo será admisible si se formula dentro de un plazo razonable desde que el demandado tuvo conocimiento de tal decisión. Cada Estado contratante tendrá la facultad de declarar que tal demanda no será admisible si se presenta después de la expiración de un plazo que habrá de determinar en su declaración. (...) 2. El Estado Español declara que el plazo de preclusión a que se refiere el art. 16 es el de dieciseis meses, a contar desde la fecha de la resolución.

48 El art. 125 B.LEC dice que Los plazos establecidos en esta Ley son improrrogables. Podrán, no obstante, **interrumpirse los plazos y demorarse los términos en caso de fuerza mayor** que impida cumplirlos, reanudándose su cómputo en el momento en que hubiera cesado la causa determinante de la interrupción o demora. Sin embargo, el concepto de fuerza mayor es más restrictivo que el de caso fortuito y ésta lo es más que el de hecho no imputable. Vid. en la doctrina española, **DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A.** ***Instituciones de Derecho Civil***. Madrid: 1995, Vol. I, p. 548 y para el derecho italiano y comparado, **CAPONI, R.** ***La rimessione in termini el processo civile***. Milano: 1996, p. 165 y ss.

a.3) Presupuestos: 1.- Que lo permita la clase de juicio (sólo los declarativos con sentencia sobre el fondo: 789). 2.- Rebeldía ininterrumpida (a los demandados que hubieren permanecido constantemente en rebeldía: 773) Además se requiere que no se haya notificado personalmente la sentencia susceptible de recurso de apelación o casación (771), pues en tal caso ha de acudirse a estos recursos. 3.- Rebeldía "involuntaria". La Ley no lo dice con esas palabras, pero se desprende con claridad de los arts. 776 y 777. 4.- Requisitos particulares según la clase de emplazamiento. Así, si el emplazamiento fue personal es preciso acreditar que en todo el tiempo transcurrido hasta la citación para sentencia que hubiere causado ejecutoria estuvo impedido de comparecer por una fuerza mayor no interrumpida (774). Si el emplazamiento se realizó por cédula a parientes, familiares o vecinos ha de acreditarse que, una causa que no le es imputable impidió que la cédula de emplazamiento le fuese entregada (776). En fin, si el emplazamiento fue por edictos (supuesto obligado cuando el domicilio es desconocido y que no garantiza mínimamente el conocimiento del juicio), que acredite haber estado constantemente (sic.) fuera del pueblo en el que se ha seguido el juicio desde que fue emplazado hasta la publicación de la sentencia y, además, que se hallaba ausente del pueblo de su última residencia al tiempo de publicarse en él los edictos (777). 5.- El plazo varía de tres meses a un año, desde la notificación en estrados de la sentencia (en juicios verbales) o desde la publicación de aquélla en el Boletín Oficial de la Provincia (que, como dijo un ilustre procesalista español[49], es la mejor forma de no enterarse de su existencia).

Contemplando sólo este último supuesto (el más frecuente) ha de ponerse de relieve la imposibilidad de probar una ausencia constante de cierto lugar (diabólica *probatio*), lo que llevó alguna vez a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo a pronunciamientos tan absurdos como los de denegar la audiencia a un ciudadano que había permanecido fuera de España durante varios años pero que había acudido en una ocasión a Madrid, al Consulado de Italia, para renovar su pasaporte (STS. 15 junio 1968), como si en esta visita ocasional hubiese podido enterarse de la existencia de un proceso civil en el que era demandado, o a la STS de 17 nov. 1939 que también denegó la audiencia alegando que cabe perfectamente en lo posible que no obstante el valor probatorio de los documentos referidos (...) el demandado haya podido estar en Sevilla durante el pleito, lo que por otra parte pudo ser desvirtuado, y no se desvirtuó, por la prueba directa de su permanencia en otros sitios.

Evidentemente, el Tribunal Constitucional tuvo que salir al paso de esta injusta normativa que abocaba, fatalmente, a la inadmisión de la audiencia y al planteamiento del recurso de amparo constitucional, hasta el punto que, en contra de lo dispuesto en el art. 43 LOTC[50] se llegó a dispensar el requisito del agotamiento previo de los recursos como presupuesto de acceso al amparo constitucional[51]. Siguiendo a la doctrina científica, ya se había pronunciado el Tribunal Constitucional, hace año, sobre la necesidad de reformar el recurso de audiencia[52]. Sin embargo, en una reciente sentencia, el Tribunal Constitucional es más contundente, afirmando que tampoco cabe hacer una interpretación literal (de los requisitos del recurso de audiencia) que podría conducir a resultados arbitrarios (...) pues una interpretación conforme a la Constitución de la regulación de la audiencia al rebelde conduce a aceptar su viabilidad para atender a pretensiones de **rescisión de**

---

49 **PRIETO CASTRO**.

50 El art. 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional permite el recurso de amparo por violación de derechos y libertades fundamentales reconocidos en los arts. 14 a 29 de la Constitución, siempre que se haya agotado la vía judicial procedente.

51 Ello se hizo al proclamar que la audiencia al rebelde no se encuentra entre aquellos (recursos) que, con carácter general, son exigibles para entender agotada la vía judicial por las especiales características de viabilidad con que se encuentra regulado el mismo en la Ley de Enjuiciamiento Civil y que, a tenor de la anterior doctrina (...) es un medio de impugnación que no cabe calificar de normal o razonable previsión por la parte (...) la exigencia rigurosa de los requisitos que rodea a tal medio de impugnación, de forma que puede razonablemente entenderse resistencia de la parte a su interposición (STC 8/1993, de 17 de enero).

52 Sería preciso interpretar las normas procesales que integran alguna vía rescisoria de sentencias firmes en el sentido más favorable para permitir la tutela en fase jurisdiccional de los derechos fundamentales, esfuerzo interpretativo con algunos precedentes en este Tribunal (STC. 10/1984; 15/1986; 110 y 148/1988; 22/1989), pues nuestro sistema procesal -añade- no ha sido actualizado en la medida suficiente que permita el despliegue de todas las consecuencias derivadas del derecho a la tutela efectiva (STC. 15 nov. 1990).

sentencias firmes, por haberse desarrollado el proceso sin la intervención del demandado, siempre que ello constituya un supuesto de indefensión, lo mismo si ha existido un emplazamiento válido, obedeciendo su incomparecencia a causas extrañas que le impidieron comparecer, que si la indefensión está causada directamente por la irregularidad del emplazamiento (STC. 15/1996, de 30 de enero).

En este caso, el Borrador de la LEC ha recogido el mensaje[53].

b) El recurso de amparo constitucional

Establecido en el art. 53.2 de la Constitución española[54], puede interponerse contra resoluciones judiciales firmes por cualquier persona natural o jurídica que invoque interés legítimo y a la que se haya causado indefensión por vulneración, entre otros, del derecho fundamental de tutela judicial efectiva recogido en el art. 24 de la Constitución o de cualquiera de los derechos que la integran, entre los que importa señalar el de audiencia y contradicción. Es preciso el agotamiento previo de todos los recursos procedentes en vía judicial y que se haya invocado el derecho fundamental vulnerado tan pronto como hubiere habido lugar para ello.

En los últimos tiempos es, precisamente, este recurso -y no la audiencia al rebelde- el que ha venido a suplir la injusta regulación de la rebeldía en nuestra Ley, lo que pone claramente en evidencia la perentoria necesidad de una reforma sustancial que, en parte al menos, recoge el Borrador de la futura Ley de Enjuiciamiento Civil. Ello no obstante, el tratamiento más adecuado es el preventivo: modificar, actualizándolos, los actos de comunicación de los tribunales con el justiciable; su localización cuando tiene domicilio desconocido, utilizando para ello los medios que ya los distintos ordenamientos disponen (Información por la Policía, Ayuntamiento, intervención del Fiscal, etc.); la repetición de la citación o emplazamiento cuando no se haya podido realizar en persona la vez primera; la posibilidad de emplazar al demandado en el lugar del trabajo (en donde pasa muchas más horas que en su domicilio); permitir que, una vez localizado el paradero del demandado declarado rebelde, se le pueda notificar la existencia del proceso por si le interesa comparecer, etc[55].

A este respecto, contiene una mejor regulación el Código Procesal Civil Peruano cuando, en el art. 161 dispone que si el notificador no encontrara a la persona a quien va a notificar la resolución que admite la demanda, le dejará aviso para que espere el día indicado en éste con el objeto de notificarlo. También coadyuva a una mayor seriedad en la determinación del domicilio del demandado por el demandante el precepto del art. 165 C.P.C.P., según el cual la parte debe manifestar bajo juramento o promesa que ha agotado las gestiones destinadas a conocer el domicilio de la persona a quien se deba notificar, añadiendo a renglón seguido que, si la afirmación se prueba falsa o se acredita que pudo conocerla empleando la diligencia normal, se anulará todo

---

53 Dice el art. 502 B.LEC: Al demandado cuya situación de rebeldía involuntaria esté originada por desconocimiento de la demanda y del pleito, debido a una notificación viciada de nulidad o completamente ineficaz, **aunque se hubiese practicado regularmente**, así como al declarado en rebeldía al que una causa de **fuerza mayor** le hubiere impedido comparecer en plazo, se le concederán los medios de protección señalados en este título, cuando justifique que su incomparecencia se debe a alguna de las referidas causas. En el caso de notificación irregular se presumirá, salvo prueba en contrario, el desconocimiento de la demanda y del pleito.

54 Art. 53.2 CE: Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (...)

55 Precisamente, en los últimos tiempos, nuestro Tribunal Constitucional ha llamado constantemente la atención al legislador y al intérprete para que modifique, el primero, y aplique, el segundo, las normas sobre emplazamientos de modo que se procure, en todo caso, el emplazamiento personal, aún cuando ello exija algún tipo de investigación por parte del demandante o del Juzgado. (STC. 29, marzo 1985, 23 Abril 1986, 25 marzo 1987, 3 nov. 1987, etc.). Para citar una de las más recientes, la STC. 20 febrero 1997 dice: (...) consiste en averiguar si los emplazamientos y las notificaciones edictales o en estrados, ficciones jurídicas con un significado más simbólico que real, afectan o no a la efectividad de la tutela efectiva (...) previniendo así el riesgo de una conducta inaudita parte, si ser oído ni vencido en juicio. No puede haber victoria donde no hubo oportunidad de luchar (FJ 2) ... sin embargo hubiera bastado una atenta lectura de la documentación acompañada a la demanda para advertir que la **demandada era localizable sin esfuerzo**, pues en las hojas complementarias de la póliza, figura que Da Alfonsa (...) trabajaba en el Bar "B", situado en la calle "S", Nº 11 de Palma de Mallorca. Es claro que si la demanda hubiera sido formulada con el cuidado deseable y la **oficina judicial hubiera puesto una mayor atención en su lectura, se hubiera sabido desde un principio donde encontrar a la demandada para citarla personalmente sin necesidad de acudir al subidiario método edictal (FJ3).**

empleando la diligencia normal, se anulará todo lo actuado y el Juez ordenará a la parte al pago de una multa (...).

La sanción de la nulidad ha de ser, pienso, mucho más estimulante que la multa. Si comparece el demandado citado por edictos y demuestra que, con la diligencia normal, el demandante hubiese podido averiguar su actual paradero (se entenderá por diligencia normal consultar la guía de teléfonos, el ayuntamiento, la policía, etc.?), consigue la anulación de las actuaciones. En fin, existe, en último término, la asistencia del curador *ad litem* prevista en el art. 61 C.P.C.P. para el demandado de domicilio desconocido, figura que habrá de merecer un comentario aparte, pero sobre la que puede adelantarse que, a pesar de la garantía que representa para los intereses del ausente, no ha de impedir que se produzca la nulidad o la restitución del proceso cuando se den los presupuestos correspondientes (en especial, los del art. 165), puesto que no puede considerarse equivalente la defensa del curador, que no conoce los antecedentes materiales del objeto litigioso y ha de limitarse a la argumentación jurídica, con la posibilidad de oponer excepciones materiales (compensación, prescripción) o hechos impeditivos y extintivos e incluso determinados medios probatorios que sólo el demandado conoce.

3.4. Derecho peruano (Código Procesal Civil)

3.4.1 El emplazamiento

El emplazamiento se realiza conjuntamente con el traslado de la demanda (157.1 y 430)[56]. Cuando se conoce el domicilio real del demandado, se hace mediante cédula (431), que notifica el propio Juzgado competente o, cuando el domicilio está situado en el territorio de otro Juzgado[57], mediante exhorto. Cuando se conoce el domicilio, el emplazamiento se efectúa entregando la cédula al propio interesado y haciendo constar, con su firma, el día y hora de la entrega (160). Si no se encontrara allí el demandado, se le deja aviso para que espere el día que se le indique para volver a practicar la notificación[58]. Si por segunda vez resulta estar ausente de su domicilio, la cédula se entrega a la persona "capaz" que se encuentre en su casa y si no pudiera entregarse a nadie, se adhiere a la puerta de acceso o se deja debajo de ella (161).

Cuando, por el contrario, no se conoce el domicilio del demandado o la demanda se dirige contra personas indeterminadas o inciertas, el emplazamiento se hace por edictos, conforme a lo dispuesto en los arts. 165 y 168 del Código (435) y en los edictos se apercibe al demandado que, de no comparecer, se le nombrará curador procesal (435.II). Además, en todos los casos en que el Código Procesal autoriza la publicación de edictos, el Juez puede ordenar, de oficio o a instancia de parte, que los edictos se lean por radiodifusión (169).

La demanda comporta, como acertadamente señala el Código peruano, la carga de agotar las gestiones destinadas a conocer el domicilio del demandado (165), de modo que, si no se consigue, ha de jurar el actor que, al menos, agotó las posibilidades (jurar o prometer que así lo ha hecho), exponiéndose a la sanción de multa si promete o jura en falso y, a otra peor; a la nulidad de todo lo actuado (165.II). El juramento se entiende prestado con la simple presentación de la demanda (242.4). Además, se puede remitir copia de lo actuado al Ministerio Público para la investigación del posible delito y, si el autor fuere Abogado, se puede remitir copia a Colegio correspondiente para la investigación de una posible falta de ética profesional (441).

Ello es de interés para el estudioso español, pues en nuestro derecho falta esta precaución y tampoco se suple su falta por la actividad investigadora que de oficio adoptan los Tribunales en otros ordenamientos. Más arriba se dejó constancia

---

56 Art. 157.1 Sólo serán notificadas por cédula las siguientes resoluciones: 1. La que contiene el traslado de la demanda (...). Art. 430. Si el Juez califica la demanda positivamente, da por ofrecidos los medios probatorios, confiriendo traslado al demandado para que comparezca al proceso.

57 Art. 431 y 432. Cabe también que el emplazamiento se haga al apoderado del demandado cuando aquél estuviera facultado a este efecto y el demandado no se hallara en el territorio del Juzgado (art. 436).

58 El propósito de esta disposición -también existente en el derecho argentino- es que el demandado reciba personalmente esta notificación; el aviso deberá contener también la indicación de la hora, con lo cual se evita que aquél permanezca todo el día en la expectativa. En derecho argentino, la omisión del aviso de espera es causa de nulidad de la notificación. (Vid. **ALSINA, H.** ***Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial***. Buenos Aires: 1942, T. II. p. 72). A la misma conclusión habría de llegarse en derecho peruano, a la vista de los arts. 171 y ss, salvo, claro está, que se subsanara por la eficacia el acto defectuoso.

se hace en Francia y Alemania) recaben el auxilio de la policía y de los demás órganos de la Administración, incluido el Ministerio Fiscal, para conocer el paradero del demandado. De hecho, este sistema es, a mi juicio, preferible al del juramento (aunque éste es preferible a no tener ningún sistema). En efecto, el juramento de haber agotado las diligencias necesarias para conocer el paradero del demandado puede ser excesivamente gravoso si, por diligencias necesarias -agotan las gestiones- se entiende todas las posibles, sin tener en cuenta su gasto (piénsese en la utilización de corresponsales en otras regiones o capitales, en la contratación de detectives privados, etc.). Si, por el contrario, sólo se exige la mínima diligencia que está al alcance de la mano, o una diligencia razonable (comprobación en la guía de teléfonos o en el censo municipal) el sistema no tiene gran eficacia cuando el demandado se muda de ciudad y no deja a nadie en su entorno (vecinos, parientes) que sepa su paradero o lo quiera facilitar[59]. Pienso, sin embargo, que ésta debió ser la intención del legislador, y que el demandante cumplirá con el agotamiento de las gestiones si demuestra haber requerido a parientes, vecinos y Ayuntamiento sobre el paradero del ausente lo que, repito, es menos eficaz que las diligencias de búsqueda que puede acordar, de oficio, el Juez.

3.4.2 Incomparecencia del emplazado por edictos y nombramiento de curador *ad litem*

a) Presupuestos. Cuando no sea posible emplazar válidamente al demandado por ser indeterminado, incierto o con domicilio o residencia ignorados, según lo dispuesto por el art. 435, es cuando procede nombrar curador procesal (61.1)[60].

Los presupuestos de nombramiento de curador procesal son, pues: a) que el demandado sea incierto o indeterminado o que el demandante ignore su domicilio ; b) que se le aperciba en los edictos de que, si no comparece oportunamente, se le nombrará curador procesal y c) que, efectivamente, no comparezca el demandado.

Dejando aparte los supuestos de sucesión procesal y los de falta de capacidad, que no son casos de rebeldía, veamos hasta que punto el curador procesal del demandado incomparecido (rebelde o no) puede cumplir con su presencia y actividad la capacidad de defensa del propio demandado ausente y justificador o no que, a pesar del curador, el ausente involuntario puede tener derecho a *restitutio in integrum*.

La falta de alguno de los presupuestos del emplazamiento edictal produce, lógicamente, la nulidad de las actuaciones practicadas en ausencia del demandado (437) por haberse vulnerado la ley procesal (el art. 437 remite al 435 y 436). Ello ocurrirá si el demandante, realmente, no ignorase la identidad o el domicilio del demandado, o bien pudiera conocerlos con una ordinaria diligencia. Pero aun concurriendo tales presupuestos, ha de analizarse si el ausente involuntario puede ser debidamente defendido por el curador sin merma de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Para ello interesa analizar más detenidamente esta figura.

b) Concepto. Dice el art. 61 que el curador procesal es un Abogado nombrado por el Juez a pedido del interesado[61] que interviene en el proceso de los siguientes casos (...). Concluye la actuación

---

59 También el B.LEC, en su art. 146, pretende estimular el celo investigador del demandante al disponer que: 1. El actor habrá de designar un domicilio o residencia del demandado en el que pueda efectivamente encontrársele, salvo que el demandante justifique cumplidamente su imposibilidad de hacer tal designación (...)
Cuando el actor manifiesta que ignora el domicilio del demandado, **ALSINA** dice que la jurisprudencia ha exigido, siempre, que se justifique haberse practicado diligencias tendentes a conocerlo, lo cual puede hacerse por cualquier medio de prueba. Sin embargo, el Código no requiere esta justificación previa, que ocasiona demora sin ningún beneficio, desde que, probado que el actor conocía o tenía medios para conocer el domicilio del demandado, son nulas la notificación y todas las actuaciones posteriores a la misma, como también lo tiene establecido la jurisprudencia (Op. cit. T. I, p. 756). La realidad de la práctica forense, sin embargo, demuestra que la sanción hipotética de la nulidad, que sólo actúa cuando el demandado se entera realmente del proceso, no es suficientemente disuasoria de la inactividad investigadora del demandante, puesto que en algunas acciones (meramente declarativas y constitutivas, especialmente) no conoce el proceso hasta después de la sentencia firme, cuando ya le es mucho más gravoso obtener la rescisión.

60 El precepto contiene también otros supuestos en los que procede el nombramiento de curador procesal: cuando no se puede establecer o se suspenda la relación procesal por incapacidad de la parte o de su representante legal; cuando exista falta, ausencia o impedimento del representante del incapaz, según lo dispuesto por el art. 66 o cuando no comparece el sucesor procesal en los casos en que así corresponda, según lo dispuesto por el art. 108 (supuestos de sucesión procesal).

61 A veces, p.e. en el art. 66.2, no se exige la instancia de parte, sino que se nombra de oficio: el Juez le nombrará un curador procesal (...) en los supuestos de ausencia del representante del incapaz.

de los siguientes casos (...). Concluye la actuación del curador procesal si la parte o su representante legal comparecen al haber adquirido o recuperado la capacidad procesal, y también, obviamente, cuando comparece el ausente.

c) Situación procesal del ausente defendido por Curador. Su intervención en el proceso ha de limitarse, no obstante, a defender los intereses del ausente según los elementos de hecho y de derecho de que disponga, sin que en ningún caso se le reconozcan facultades de disposición sobre el objeto del proceso. Un abogado que ni siquiera conoce al demandado, difícilmente pueda conocer los hechos que pudieran constituir los fundamentos de las excepciones procesales (capacidad, legitimación, representación, etc.), y ha de limitarse a oponer las de falta de competencia o de jurisdicción. Pero donde el curador se revela menos útil es, precisamente, en las cuestiones relativas al derecho material que se debate. La falta de hechos constitutivos de la relación jurídica deducida o, por el contrario, la existencia de hechos impeditivos de su validez (error, dolo, violencia, intimidación, nulidad, etc) o los extintivos (pago, compensación, transacción, novación, etc.) o, en fin, los excluyentes (prescripción). Tampoco puede conocer las fuentes de prueba para acreditar las excepciones (documentos, testigos, etc.) a no ser que entable relación con alguno de los familiares -si existen- del demandado y que éste esté al corriente de estos pormenores.

Es por ello que la defensa del curador puede no ser suficiente para alcanzar el nivel de tutela jurisdiccional efectiva implícita en la cláusula del debido proceso (*due process of law*): en el principio jurisprudencial (más que Centenario en España) de que nadie puede ser condenado sin ser oído o, al menos, citado con arreglo a derecho, como también recoge la Constitución del Perú de 1993, en los números 3, 12 y 14 de su artículo 139 [62], o el mismo art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica [63].

El problema es clásica en la doctrina hispanoamericana, pues COUTURE ya proclamaba la inconstitucionalidad de la ley procesal que no autoriza un emplazamiento que no configure una razonable oportunidad para que el demandado llegue a tener conocimiento del juicio [64]. Por consiguiente, si bien el principio la cosa juzgada alcanza al ausente representado por defensor de oficio[65], no puede descartarse que, en determinados supuestos, el ausente involuntario, aun representado por curador procesal, no pueda acudir a la rescisión del proceso cuando la solicita dentro de un plazo razonable[66] no ha consentido la resolución y existen graves motivos de injusticia, como p.e. cuando pagó o se extinguió la obligación que se le reclama.

Aunque no es fácil hallar antecedentes a la figura del curador procesal del ausente (por tener ignorado domicilio) en Derecho europeo comparado [67], es un cambio ampliamente conocida en Derecho hispanoamericano[68] que, a su vez, la heredó del Derecho histórico español anterior a la

62 Dicen estos preceptos: Art. 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (...) 12. El principio de no ser condenado en ausencia (...) 14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso (...).

63 El Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana de Derechos Humanos, vigente para el Perú desde 1981),dice en su art. 8.- Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías (...) para la determinación de sus derechos y obligaciones del orden civil, laboral, fiscal (...).

64 **EDUARDO J. COUTURE**. ***Fundamentos del derecho Procesal Civil***. Buenos Aires: 1958, p. 154 (con citas de jurisprudencia norteamericana de 1914).

65 Id., op. cit., p. 424.

66 En materia de indefensión por ausencia involuntaria, lo mismo que en la revisión de la sentencia ganada injustamente por fraude, los ordenamientos han de buscar un equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica, sin la cual aquella no sería posible. En España, el recurso de revisión contra sentencia firmes no es posible transcurridos cinco años desde la publicación de la sentencia (1.800 LEC) y en el Perú la nulidad de cosa juzgada han de pedirse dentro de los seis meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada, sino fuese de ejecutable (art. 178).

67 Así lo afirma **GIANNOZZI**. Op. cit., p. 421.

68 P.e. **COUTURE**. Op. cit., p. 424.

69 Es una figura anterior a la primera ley de Enjuiciamiento Civil, pues en ella no aparece.

Ley de 1855[69]. ALSINA explica la existencia en base al principio de igualdad, para que el demandado no se encuentre en inferioridad de condiciones, pues de lo contrario (el ausente) se expondría a ser condenado sin habérsele escuchado en juicio (...) pero la Ley ha creado una categoría especial de funcionarios encargados de esta misión, y que se les designa con el nombre de defensores de pobres y ausentes [70]. Claro está que, partiendo el derecho hispanoamericano de la *ficta confessio* del ausente [71], la asistencia del curador está más justificada que en la ley procesal, como la española de 1855, en que al demandante no se le concedía lo pedido si no acreditaba su derecho [72] (*ficta litiscontestatio*), interpretándose la ausencia del demandado como una negación y oposición de la demanda. De este modo, en Hispanoamérica, el ausente no es un rebelde [73], aunque tampoco es un litigante defendido.

El Código de Procedimientos de Buenos Aires de 1880 decía en su art. 80: La citación a personas inciertas o cuyo domicilio se ignore se hará por edictos (...). Si vencido el término de los edictos no compareciere el citado, se le nombrará defensor que lo represente en juicio. Este precepto se justifica por la consecuencia que la rebeldía significa para el demandado (art. 434 del mismo Código, Vid. nota 70) y entronca, a su vez, con el derecho anterior a la LEC de 1855. ORTIZ DE ZÚÑIGA [74] y FEBRERO [75] se refiere al curador *ad litem* del menor (como lo hizo luego la LEC-55, art. 1253 y ss.), pero es en HEVIA DE BOLAÑOS donde, recogiendo el derecho de las Partidas, se decía que si el demandado o demandados estuvieran en alta mar o en partes remotas, fuera de la tierra o de la Provincia y no se espera venir de próximo, de pedimento de la parte, dando información de ello, el juez ha de nombrar curador y defensor a los bienes, con el cual ha de seguir la causa, según una Ley de Partida y su glosa de Gregorio López [76], con citas de BALDO Y BARTOLO[77].

Pues bien, en derecho justiniano, el ausente, aun representado por curador, podía tener derecho a la *restitutio in integrum: sententiam adversus absentes et indefensus ac maxime minores latam nullas vires obtinere notissimi iuris est* [78]. En el *Codex* se reconocía más o menos ampliamente el derecho de restitución al ausente menor [79] y también al mayor defendido por curador; unas veces por ser la ausencia debida al servicio del Emperador [80], otras porque la ausencia era, simplemente, legítima [81].

70 **ALSINA**. Op. cit. T. I, p. 521

71 El art. 434 del Código de procedimientos de Buenos Aires de 1880 dice que: Declarado en rebeldía el demandado, el actor obtendrá lo que pidiere, siendo justo.

72 Art. 232 LEC-55: Transcurrido el término del emplazamiento sin haber comparecido el demandado citado (...) se dará por contestada la demanda.

73 Id., op. cit. T.II, p. 76, y nota 17, p. 81.

74 **ORTIZ DE ZÚÑIGA, D. M.** ***Elementos de práctica forense***. Granada: 1841 T. I, p. 244

75 **FEBRERO (NOVISIMO).** ***Librería de Jueces y Escribanos***. (1837), T. IV, p. 66.

76 **HEVIA DE BOLAÑOS.** ***Curia Philipica***. Madrid- 1979, 1E y 2E Tomos, p. 56. Se trata de la Ley XII, Tit. II de la Partida tercera: *Vegadas y ha que cautivan o non son en la tierra aquellos contra quien el demandador quiere facer su demanda, o mueren sin herederos por que han de fincar sus bienes como desamparados. Et por ende el que quisiese facer demanda contra algino destos, debe pedir al juez del logar que dé quien guarde en aquel pleyto los bienes de aquel a quien quiere demandar et él débelo face: et esto es porque su señor non sería para responder nin otri por él. Et quando tal guardador fuere dado, puede entrar en juicio con él, et todo quanto razonare et ficiere derechamente et sin engaño será valedero, también como si estodiese delante aquel cuyos fuesen los bienes; et de otra guisa non valdrie la demanda que ficiese*(...) La glosa de **GREGORIO LÓPEZ**, dice: *Concordat ab hostibus 15. in princip. D. quid caus, major, etc. et ibi glos. dixit de curatore qui datur bonis absenti, qui est ultra mare, quod gratia exempli posuit, nam idem, si absens esset, in partibus remote extra provinciam, ita quod venire de proximo sin speratur, nam et tali absenti dare curator eius bonis, ut dicit Bald. in.* (...) *ubi et Bart* (...) Las siete Partidas de muy noble Rey don Alfonso el Sabio glosadas por el Lic. Gregorio López, del Consejo Real de Indias de S.M., Tomo II. Madrid: 1844, p. 13

77 **BALDO** se refiere al curador de ausentes en el *Consilium* CLXXIII: *Nom valet dato curatorios facta absenti qui non est subiectus iurisdictioni dantis* y también en el *Consilium* CCLXXVI: *curator ad litem non potest iurare de calumnia, nisi habeat speciale mandatum* (pp. 92 y 138) *Domini Baldi di Perusio: Quintum volumen consilium, Venetiis*, MDLXXXV. **BARTOLO** se refiere al *curator ad item* en la glosa a la Lex II, Tit. VII: *De curatore bonis dando (Curator bonis datum a iudice nemine petente, si datur bonis defuncti, bonis absentis casu sine sua culpa)* Bartolus A. Saxoferrato. In Primam FF. *Novi Partem Venetiis*, MDLXX, pp. 141 y 142.

78 Rescripto de Diocleciano y Máximo Emp. Es derecho bien conocido que carecen de toda fuerza de obligar las sentencias dictadas contra ausentes e indefensos, y desde luego, contra menores. Epit. Cod. Gregor. Wisig. 10.13.1. (a.287). *Interpretatio: Adversus absentes vel minorem iudicata non valeunt.*

79 Vid. supra, nota (22).

80 Vid. supra, nota (22).

81 Vid. supra, nota (22).

3.4.3 Declaración de rebeldía

a) Supuestos. La rebeldía viene regulada en el Tít. IV de la Sección Cuarta del Código peruano (arts. 458 a 464)

Los presupuestos para la declaración de rebeldía, son a) transcurso del plazo para contestar a la demanda; b) emplazamiento válido[82] y c) incomparecencia del demandado (458 I.).

Se asimila a la rebeldía la falta de designación de nuevo Abogado o de nuevo apoderado cuando los primeramente designados han concluido su mandato o renunciado al cargo y, además, han transcurrido los plazos señalados en el art. 79 sin haberse nombrado otros (458 II)[83]. De hecho, aquí no se trata de incomparencia inicial, sino de inactividad sobrevenida, puesto que el litigante ya compareció en el proceso (por lo que conoce su existencia). Los cambios en su actividad procesal después de su comparecencia pueden tener efectos **asimilables a los** que produce la rebeldía (p.e. *ficta confessio*), pero no se trata, en sentido técnico, de rebeldía, de incomparecencia inicial que puede ser debida a desconocimiento del emplazamiento y del proceso y que requiere un trato específico. La inactividad sobrevenida ha de reputarse siempre voluntaria salvo, claro está, que existan defectos en los actos de comunicación, lo cual también tiene su propio régimen de ineficacia (Tít. V y VI de la Sec. Tercera: notificaciones y nulidad de los actos procesales).

b) Efectos

b.1) Procesales

b.1.1) Notificación. La declaración de rebeldía produce, en primer término, el efecto de que se notifica por cédula (si el demandado tiene domicilio conocido) o por edictos (si no lo tiene) la resolución en la que se le declara rebelde (459). También se le notificarán por estos mismos medios las resoluciones más importantes que se vayan dictando y que enumera el art. 459; la que declara el saneamiento; la que acuerda citar para audiencia o para sentencia; la sentencia misma y la que requiere su cumplimiento. Las demás resoluciones, añade el precepto, se tendrán por notificaciones el mismo día que lo fuesen a la otra parte.

b.1.2) Preclusión. El rebelde puede comparecer en el proceso en cualquier momento respetando el estado en que éste se encuentre (462). Se parte, naturalmente, de la presunción de que la rebeldía es voluntaria, por lo que la comparecencia tardía no tiene porque favorecer al demandado (ni perjudicar al demandante) restituyéndole las ocasiones y actividades precedías. Ahora bien, la solución puede ser injusta, en cambio, cuando la ausencia se produce por un defecto del emplazamiento (en cuyo supuesto el Código ha previsto la nulidad de los actos practicados) o por un hecho involuntario y no imputable al ausente, lo que merecerá nuestra atención más adelante.

b.1.3) Medidas cautelares. Declara la rebeldía -dice el 463- pueden concederse medidas cautelares contra el emplazado para asegurar el resultado del proceso. El *fumus boni iuris* que, con carácter general, constituye presupuesto de las medidas cautelares (que el art. 611 lo traduce en la prueba anexa que otorgue el carácter verosímil al derecho invocado) es, en estos casos, la propia situación de rebeldía y la presunción que de ella se deriva de que el demandado no tiene nada que oponer a la pretensión del actor o que, como decía MANRESA, no tiene razones para defenderse o que procede de mala fe[84]. Nuestras leyes procesales no exigían más, pero en el Código peruano no se menciona si en estos juicios en rebeldía han de darse también los presupuestos de las medidas cautelares señalados, con carácter general, en el art. 610,

---

82 Es interesante resaltar que en el art. 458 se requiere, expresamente, que el emplazamiento como supuestos de emplazamiento válido el de demandados inciertos o de domicilio ignorado (pues el mismo art. 61.1. dice que en tales casos no es posible emplazar válidamente) y b) extender esta falta de validez; ineficacia, al emplazamiento hecho a domicilio determinado pero que no es el real del demandado y que, según el art. 437 produce la nulidad.

83 En el art. 79 se designe si la conclusión del mandato tiene su origen en la voluntad del representado (revocación), en cuyo supuesto no surte efectos hasta que comparezca un nuevo apoderado, o si tiene por causa la voluntad del propio representante, en cuyo caso el cese surte efectos cinco días después de notificado personalmente el representado, bajo apercibimiento de proseguir el proceso en su rebeldía. (79. I y II)

84 *Comentarios* (...). Op. cit., T. III, p. 558.

señalados, con carácter general, en el art. 610, especialmente si ha de fundamentarse la petición y ofrecer contracautela. Ello no obstante, en el caso que nos ocupa no tiene excesiva importancia la cuestión pues por aplicación de la ficta confessio y de los arts. 460 y 461, se producirá inmediatamente la resolución de saneamiento y la sentencia. Esta, dictada en primera instancia, permite ya la adopción de medidas cautelares sin que sea preciso cumplir con los requisitos 1 y 4 del artículo 610 (615).

b.1.4) Costas y costos. Son a cargo de rebelde las costas [85] y costos causados por su rebeldía, dice el art. 464 del Código. El precepto es coherente con la presunción de voluntariedad de la rebeldía, pero no lo es en caso contrario; en ausencia voluntaria. Por ello, la condena en costas habrá de anularse si, comparecido el demandado, se produce, también a petición suya, la nulidad de las actuaciones. Pero, además, la norma sólo se refiere a las costas causadas por la rebeldía [86], no a las generales del juicio, por lo que si se desestima la demanda las costas no pueden corresponder al demandado, sino al actor (412) [87].

b.2) Efectos sobre el fondo. La declaración de rebeldía produce presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo que: 1) Habiendo varios emplazados, alguno conteste a la demanda; 2) La pretensión se sustente en un derecho disponible; 3) Requiriendo la ley que la pretensión demandada se pruebe con documento, esto no fue acompañado a la demanda o 4) El Juez declare, en resolución motivada, que no le produce convicción (461).

Del contenido del artículo transcrito se deduce claramente: Primero, que la consecuencia de una situación de rebeldía que se presume voluntaria no es una mera sentencia contumacial, que puede ser anulada por simple oposición (vid. sistemas francés y alemán), sino una sentencia que se presume contradictoria, en cuya apelación ni siquiera se permiten medios probatorios que hubiese podido aportar el rebelde en primera instancia (374). Segundo, que ello no obstante, a semejanza de otros ordenamientos que siguen análogo sistema, la sentencia no es necesariamente condenatoria [88] y la *ficta confessio* es atenuada, pues la presunta rebeldía no implica actuar necesariamente la consecuencia jurídica pretendida en la demanda (derechos indisponibles), ni siquiera implica una admisión incondicional de hechos (cuando se requiere algún documento, cuando algún otro demandado se oponga a la demanda o, en fin, cuando los hechos no produzcan convicción al Juez). Se trata, más que de una imposición, de una facultad que tiene el Juzgador de poder dictar sentencia condenatoria si, además de las condiciones mencionadas, se produce la necesaria convicción que, lógicamente, habría de estar apoyada en los documentos y justificaciones que se hubieran acompañado a la demanda. En otro caso, la Ley dice que el Juez, motivadamente, dictará sentencia **absolutoria**. Tercero: si a pesar de todo, el Juez dicta sentencia condenatoria y la ausencia se revela después involuntaria, ha de existir alguna manera de poder revocar la sentencia; ya sea mediante los recursos ordinarios, ya mediante los extraordinarios.

Existe algún caso en que la admisión de hechos viene, además, objetivamente limitada. Así en los procesos de expropiación forzosa la declaración de rebeldía del demandado sólo permite presumir su conformidad con la tasación acompañada a la demanda, pero no sobre los presupuestos y procedencia de la propia expropiación (524).

En definitiva; la admisión de hechos es facultativa, una presunción no vinculante; por eso el art. 461 la llama relativa, porque no es más que una dispensa de ulteriores pruebas[89] cuando las

---

85 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 (410), mientras que son costos del proceso el honorario del Abogado de la parte vencedora más un cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo para su fondo mutual y para cubrir los honorarios de los Abogados en los casos de Auxilio Judicial (411).

86 Serán los gastos de notificaciones o edictos de la rebeldía.

87 En el mismo sentido, **ALSINA**. ***Tratado*** (...). Op. cit. T. III, p. 375.

88 P.e. en Alemania, cuando no exige prueba suficiente 331 a ZPO o en Argentina (Cod. de Mendoza y Cod. de Buenos Aires, en que el Juez puede pedir nuevas pruebas, arts. 434 y 435).

89 **ALSINA**. Op. cit. T. III, p. 373.

hechos producen la convicción del Juez (461 a *contrario sensu*). Con referencia a la sentencia dictada en rebeldía, dice ALSINA, debe fundarse siempre en la prueba aportada, ya que la inactividad de una de las partes no puede ser causa suficiente para que se atribuya a la otra derechos que no tiene[90]. También en derecho peruano, a pesar de la presunción relativa de certeza que produce la rebeldía (voluntaria) del demandado, puede el juez exigir pruebas suplementarias -la continuación del juicio- si las aportadas no le producen convicción. Con ello nos hallamos en una posición intermedia, común en Hispanoamérica, entre la *ficta confessio*, que produce la inmediata sentencia contumacial y la *ficta litiscontestatio*, que suponiendo una pura y simple negación de la demanda, obliga a fallar según el resultado de las pruebas únicamente.

Con carácter previo a la sentencia, el Juez peruano ha de pronunciarse sobre el saneamiento, en todo caso, como previene el 460[91] y, en consecuencia, declarar si la relación jurídico-procesal es válida o no (465.1), esto es, verificar, entre otros presupuestos, si el emplazamiento estuvo bien hecho, si fue válido o si, por el contrario, procede algún tipo de nulidad o subsanación.

3.4.4 Comparecencia del rebelde o del ausente asistido por curador y tratamiento

3.4.4.1 Antes de sentencia firme: pedido de nulidad

Como vimos antes, uno de los efectos de la declaración de rebeldía es la preclusión de los actos procesales que se hayan realizado en ausencia del demandado (462). La solución, se dijo, es injusta cuando la ausencia es involuntaria. En tal caso, la vulneración del derecho al debido proceso autoriza la solicitud de nulidad de los actos procesales anteriores a la comparecencia del ausente mediante simple pedido o denuncia y siempre que no haya recaído sentencia, pues en tal caso, lo procedente es el recurso (406).

a) Causas de nulidad. Además de las generales de nulidad de los actos procesale conviene destacar aquí las siguientes:

1. Nulidad del emplazamiento, que se produc cuando el demandante juró o prometio falsamente que ignoraba el domicilio de demandado o que había agotado las gestione destinadas a conocer tal domicilio (165).
2. Otras faltas del emplazamiento, que son la contravenciones a lo dispuesto en los artículo 431 (el emplazamiento no se hizo en el domicilio real), 432 (no se hizo mediant exhorto, siendo procedente), 433 (no se tuvo en cuenta que el demandado estaba fuera de país), 434 (no se otorgó el plazo correcto cuando existían demandados de domicilios distintos fuera del territorio), 435 (supuesto de personas indeterminadas o inciertas o de ignorado domicilio, en que había de prevenírseles del nombramiento de curador si no comparecían), 436 (emplazamiento incorrecto a apoderado, cuando carecía de poder o el demandado se hallaba en el territorio del juzgado), 61 (falta de nombramiento de curador procesal al ausente de ignorado domicilio (art.165).
3. Cuando se vulnere el derecho al debido proceso (178), aunque no se haya cometido fraude ni colusión. En efecto, el art. 178 contempla diversos supuestos de nulidad de la cosa juzgada, supuestos que, con mayor razón justifican la declaración de nulidad antes de producirse la cosa juzgada. Entre ellos se encuentran los debidos a actividad dolosa o fraudulenta de las partes, del Juez, o de todos, junto a otros motivos que no presuponen fraude y pueden ser debidos a simple negligencia o, incluso, a fuerza mayor, caso fortuito o hechos no imputables a la parte afectada, pues lo que se contempla y tutela no es tanto la causa cuanto el resultado: este es el motivo -genérico- de violación del debido proceso (178 I, *in fine*) que, a su vez, entronca con los principios

90 Ed. Op. cit., T. III, p. 374.

91 Declarada la rebeldía, el Juez se pronunciará sobre el saneamiento del proceso. Si lo declara saneado, procederá a expedir sentencia, salvo las excepciones previstas en el art. 461 (460).

de audiencia y defensa (no ser condenado en ausencia involuntaria, no ser privado del derecho de defensa) todos ellos proclamados en los Nos. 3, 12 y 14 del art. 139 de la Constitución del Perú

Ahora bien, es también un principio procesal común a todos los ordenamientos que la nulidad de los actos de comunicación queda subsanada cuando no produce indefensión; esto es, la parte comparece sin reclamar la nulidad en la primera ocasión procesal, pues en tal caso, el supuesto lesionado no se considera tal. En España, el antiguo art. 24 de la LEC 1855 decía en su párrafo 2E que si a pesar de la nulidad de la notificación, la parte notificada se hubiere manifestado en juicio sabedora de la providencia, la notificación surtirá desde entonces sus efectos, como si estuviera legítimamente hecha[92].

También en derecho hispanoamericano[93], y desde luego en el Perú, es irrelevante la falta si la forma empleada por el acto de comunicación le ofreció al demandado las mismas o mayores garantías de las que el Código regula, o si el emplazado comparece y no pide la nulidad dentro del plazo previsto, no la reclama oportunamente (437); esto es, a la primera oportunidad que tuviera para hacerlo (176) o procede de manera que ponga de manifiesto haber tomado conocimiento oportuno del contenido de la resolución sin haber pedido la nulidad (172).

b) Forma de impugnación. La resolución defectuosa puede, desde luego, ser integrada antes de su notificación (172 V) y también puede ser anulada de oficio cuando el defecto es insubsanable (176 III). En otro caso es la parte quien debe pedir la nulidad del acto (el emplazamiento) o de la actividad procesal que vulneró el debido proceso (por ausencia involuntaria) en la primera ocasión procesal que tenga y tan luego como conozca el proceso (176) y puede hacerlo mediante una simple solicitud -pedido-que, a modo de remedio[94] atípico, constituirá una cuestión incidental.

La sustanciación es, en el Código, mínima. Puede entenderse aplicable el art. 358 relativo a los medios impugnatorios: el impugnante fundamentará su pedido en el acto procesal en el que lo interpone, precisando el agravio y el vicio o error que lo motivó. El impugnante debe adecuar el medio que utiliza el acto procesal que impugna. Naturalmente, el escrito podrá acompañar los documentos que justifiquen el domicilio real o el hecho no imputable que impidió la comparecencia. Para no infringir -esta vez en sentido contrario- el principio de audiencia y defensa, el Juez habrá de dar traslado del pedido, por tres días, al demandante (176), quien podrá oponer razones y aportar justificantes o documentos. Sin más trámites, el Juez dictará resolución, en forma de auto (121) declarando o no el derecho a la restitución de la actividad procesal precluida (y la correspondiente nulidad de la realizada en ausencia del demandado) en base al posible defecto procesal o al hecho no imputable al demandado que provocó su ausencia involuntaria (estar de viaje, etc.) El auto será apelable (365.2), aunque sin efecto suspensivo (372).

La desestimación de la impugnación planteada no habría de impedir reproducirla al apelar de la sentencia (apelación-nulidad) (176)[95] y, en tal caso, la Sala de lo Civil resolverá oyendo a la otra parte en auto de especial pronunciamiento o al momento de absolver el grado (176, *in fine*).

Asimismo, el recurso de casación, cuando proceda[96], puede fundamentarse en la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso o la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales (...) (386.3).

---

92 También el art. 279 II LEC 1882 y el 238 LOPJ, en cuanto condicionan la nulidad que implique infracción de los principios de defensa y asistencia a que, efectivamente, se haya producido indefensión. Es la nulidad relativa de la doctrina española, expuesta magistralmente por **SERRA** (vid. Actos procesales ineficaces, en sus Estudios de Derecho Procesal, Barcelona: 1969, p. 464).

93 Ya decía **COUTURE** que el acto viciado de nulidad relativa puede adquirir eficacia cuando la parte perjudicada cree más conveniente a sus intereses no acudir a la impugnación: el acto nulo puede subsanarse (...) La fórmula sería que el acto relativamente nulo admite ser invalidado y puede ser convalidado. ***Fundamentos...*** Op. cit., p. 379.

94 Art. 356. Los remedios pueden formularse por quien se considere agraviado por actos procesales no contenidos en resoluciones.

95 El pedido de nulidad se formula en la primera oportunidad que el perjudicado tuviera para hacerlo, antes de la sentencia. Sentenciado el proceso en primera instancia, sólo puede ser alegada expresamente en el escrito sustentatorio del recurso de apelación (...). Por lo demás, el art. 382 proclama que: el recurso de apelación contiene intrínsecamente el de nulidad (...).

96 Vid. art. 385.

3.4.4.2

Comparecencia después de sentencia firme

Las mismas causas que podían justificar la petición de nulidad o restitución antes de haberse dictado sentencia definitiva y firme, pueden ahora fundamentar la rescisión del proceso.

Claro está que, en este momento, se ha producido ya una sentencia con fuerza de cosa juzgada que merece mayor proyección en aras a la seguridad jurídica. Este principio impide que pueda discutirse indefinidamente y que, en algún momento, haya de ponerse fin al litigio sin volver sobre la justicia o la nulidad. Este principio, no obstante, no puede aceptarse con carácter absoluto. En efecto, todos los ordenamientos conceden algún medio de impugnación de la cosa juzgada (o de la apariencia de cosa juzgada, como dice RAMOS)[97] que, por motivos suficientemente graves, justifican la revisión o rescisión del proceso (no de la sentencia en sí) pero eso sí, limitados tales remedios a un plazo máximo, a partir del cual la cosa juzgada (injusta o no) despliega todos sus efectos. Es el tributo que la justicia paga a la seguridad jurídica, valores no son compatibles, sino incluso complementarios[98].

En España, contra la sentencia dictada en ausencia involuntaria del demandado cabe la audiencia al rebelde, que el algún caso puede interponerse hasta un año después de la publicación de la sentencia (777.1 LEC) y en Hispanoamérica cabe el recurso de rescisión [99] o de nulidad[100], como en el caso del Código Peruano.

En efecto, dice el art. 178 que hasta dentro de seis meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada si no fuese ejecutable, puede demandarse, a través del proceso de conocimiento, la nulidad de una sentencia o del acuerdo de las partes homologado por el Juez que pone fin al proceso, alegando que el proceso en que se origina ha sido seguido con dolo, fraude, colusión o afectando al derecho a un debido proceso, cometido por una o por ambas partes, o por el Juez, o, por éste y aquéllas. Puede demandar la nulidad la parte o el tercero ajeno al proceso que se consideren directamente agraviados por la sentencia, de acuerdo con los principios exigidos en este Título. En este proceso sólo se puede conceder medidas cautelares inscribibles. Si la decisión fuese anulada, se repondrán las cosas al estado que corresponda. Sin embargo, la nulidad no afectará a los terceros de buena fe y a título oneroso. Si la demanda no fuese amparada, el demandante pagará las costas y costos doblados y una multa no menor de treinta ni mayor de cien unidades de referencia procesal.

Así pues, el remedio es una acción de nulidad que sigue los cauces de un proceso declarativo ordinario, concretamente, de un proceso de conocimiento[101], que se resuelve con sentencia susceptible de apelación y casación (378). Englob la llamada oposición de tercero a la cosa juzgada, los motivos genéricos de revisión de sentencia firmes y los casos graves de nulidad o de vulneración del debido proceso. Como se vio más arriba, una de las columnas básicas del debido proceso es el derecho de audiencia y defensa, reconocido también en la Constitución del Perú (art. 139, No. 3

97 **RAMOS MÉNDEZ, F.** ***Derecho Procesal Civil***. Barcelona: 1992, T. II, p. 761.

98 Es más importante que se ponga un final a la contienda -a la lucha por la ley mediante una ley, y a la lucha en torno al caso jurídico singular, mediante una sentencia- que el que se le ponga un final justo; pues es más importante la existencia del orden jurídico que su justicia, ya que la justica es la segunda gran misión del Derecho, siendo la primera la seguridad jurídica, la paz. **RADBRUCH, G.** ***Introducción a la ciencia del Derecho***. Trad. de L. Recasens Siches, Madrid: 1930, pp. 33 y 34.

99 En derecho argentino, ejecutoriada la sentencia que se dicte en rebeldía, no se dará audiencia ni se admitirá recurso alguno contra ella (442 Cod. Procesal Buenos Aires 1880). Sin embargo, la Ley 50 (citada por **ALSINA**), dispone si el rebelde se presentara después del pronunciamiento de la sentencia definitiva en última instancia, sólo podrá interponer contra ella recurso de rescisión (art. 191). La rescisión -dice **ALSINA**- podrá solicitarse por el rebelde dentro de los quince días desde el siguiente a su notificación (art. 192). Si el condenado el rebeldía estuviese ausente, el Juez podrá señalarle en la sentencia un plazo más largo para que pueda solicitar la rescisión (art. 193). Aunque sean pasados dichos plazos, el condenado en rebeldía podrá solicitar la rescisión acreditando que no ha podido tener noticia de la demanda ni de la sentencia, o solicitar la misma rescisión por ausencia, enfermedad grave u otro accidente semejante (art. 194) (...) Tampoco se admitirá el recurso un año después de haber tenido cumplido efecto la sentencia en rebeldía en el caso de que ésta no se haya notificado (art. 196)). Tratado (...), op. cit., TIII, p. 377.

100 Puede ocurrir que una sentencia nula no admita recurso de apelación (...) El error se repara entonces mediante el **recurso extraordinario de nulidad notoria**, que se dan en contra de las sentencias que han pasado en autoridad de cosa juzgada (Uruguay, art. 677). En nuestro derecho, como un arrastre histórico de sus antecedentes coloniales, el recurso extraordinario de nulidad notoria lo es también, en cierto modo, de injusticia notoria. **COUTURE.** ***Fundamentos...*** Op. cit., p. 383. Sobre el recurso de injusticia notoria puede verse **MONTERO AROCA, J.** ***La herencia procesal española*** México: 1994, p. 62.

101 Regulado con la más amplias garantías en la Secc. Quinta, Tit. I del Código (arts. 475 a 479).

12 y 14), en el Pacto de San José de Costa Rica de 1969 (art. 8)[102] y en los Convenios Internacionales de Derechos Humanos[103]. Por ello, no ofrece dudas al jurista que la nulidad de los actos de comunicación, en especial, del emplazamiento, que impiden la defensa y audiencia del litigante privándole de ser oído ante el tribunal que le juzga, es una de las más graves vulneraciones del debido proceso. Ello nos remite a las normas procesales del Código peruano que regulan los actos de notificación y el emplazamiento, a la designación del domicilio del demandado; de un domicilio real (437 en relación con el 431); a la necesidad de agotar las gestiones destinadas a conocer tal domicilio (165), etc. Pero no basta remitirnos a la nulidad. Es preciso extender la protección del debido proceso a los supuestos de emplazamiento que, a pesar de ser formalmente válidos, se revelan ineficaces; a los supuestos de ausencia del demandado o a los casos de impedimento por fuerza mayor, caso fortuito o hecho no imputable que le priva del debido proceso[104]. Claro está que en tales supuestos, que pueden poner en peligro la seguridad jurídica de la cosa juzgada, habrán de exigirse ciertas garantías o cautelas; el demandante de la rescisión habrá de acreditar en la demanda, *prima facie*, el hecho o impedimento no imputable que le impidió comparecer; habrá de pedir la rescisión dentro de un plazo razonable (el art. 178 lo fija en seis meses después de ejecutada la sentencia)[105]; exponer los perjuicios sufridos por su ausencia involuntaria y, en definitiva, demostrar plenamente durante el juicio la involuntariedad de la ausencia y la falta del debido proceso.

Tampoco el curador procesal, según se vio más arriba, puede suplir siempre la defensa del ausente. Sólo es útil el curador cuando la única defensa posibles es la argumentación jurídica. Por eso el derecho romano admitió que no podía privarse al ausente de la *restitutio in integrum* cuando había sufrido perjuicio en el proceso. La rescisión ha de permitirle alegar las defensas de hecho y de derecho que no pudo llevar a cabo el curador procesal; los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes de la relación jurídica; la prueba de la inexistencia del hecho constitutivo alegado. Acreditando, pues, la involuntariedad de la ausencia y la inimputabilidad del hecho que la motivó; la existencia de perjuicios en su defensa y la verosimilitud de su indefensión, el ordenamiento ha de tutelar el derecho al debido proceso. Así resulta de los preceptos estudiados del Código Procesal Peruano. Abunda en esta interpretación, no sólo la mención expresa al debido proceso del art. 178, sino también las cautelas y sanciones económicas que establece el precepto para disuadir demandas de rescisión temerarias.

En fin, quizás pueda dar la medida exacta de la importancia del derecho al debido proceso la protección que le otorga, en último término, el Pacto de San José, pues a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, su violación puede incluso someterse al juicio supranacional de la Corte Interamericana (arts. 8, 48 y 51).

---

102 Dicho art. 8 se refiere a las garantías judiciales y dice: Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías (...) para la determinación de sus derechos de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

103 P.e., la Declaración Universal de los Derechos Humanos (NU) de 10 de diciembre de 1948, en su art. 10 (toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente ...para la determinación de sus derechos y obligaciones). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (NY) de 19 diciembre 1977, dice en su art. 14 que Todas las personas son iguales ante los Tribunales y Cortes de Justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un Tribunal (...).

104 Como dice ALSINA, aunque sean pasados dichos plazos, el condenado el rebeldía podrá solicitar la rescisión acreditando que no ha podido tener noticia de la demanda, ni de la sentencia, o solicitar la misma rescisión por ausencia, enfermedad grave u otro accidente semejante (art. 194 de la Ley 50) ***Tratado...*** Op. cit., T. III, p. 377. También el art. 77 del Código de Mendoza (Vid. **GIANNOZZI**. Op. cit., p. 421).

105 No es un plazo corto, como pudiera parecer a primera vista, puesto que los actos de ejecución necesariamente habrán alertado al demandado de la existencia del proceso.

ADMISIBILIDAD, PROCEDENCIA Y FUNDABILIDAD EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL CIVIL PERUANO

JUAN JOSÉ MONROY PALACIOS*

Resumen:

El autor desarrolla lineamientos para el uso adecuado de las categorías: admisibilidad, procedencia y fundabilidad. Parte de la idea que el común denominador de las tres categorías es el ser actos decisorios, y de la premisa que la cuestión, es la situación procesal donde se suelen confrontar las posiciones de los adversarios.

Para encuadrar las tres categorías, distingue la cuestión principal de las cuestiones previas. A partir de ello establece, que la fundabilidad es la categoría para decidir un aspecto de fondo y que la procedencia y la admisibilidad se utilizan para decidir aquello que no concierne al aspecto fondal de la cuestión; agregando que la distinción entre estas últimas incide sobre las consecuencias procedimentales que acarrean. Se refiere así, a que tanto la improcedencia como la inadmisibilidad constituyen una declaración de invalidez, siendo en la primera de carácter insubsanable; mientras que en la segunda la declaración de invalidez es provisional, es decir subsanable y superada ella nace el derecho de la parte a un pronunciamiento fondal.

Palabras clave: Admisibilidad, procedencia, fundabilidad, cuestión previa, cuestión principal, actos decisorios.

Abstract:

The author develops the outlines for the proper use of the following categories: admissibility, proceeding and sustainability. He sets out from the idea that the common denominator of the three categories is them being decision-making acts, and from the premise that the matter is the procedural situation where the confrontation of the adversaries' positions usually takes place.

To establish the three categories, he distinguishes between the matter in issue and the matter precedent. From this he establishes that the sustainability is the category needed to decide the main aspect and that the origin and admissibility are used to decided that which does not concern the main aspect of the matter. He adds that the distinction between the last two affects the procedural consequences they entail. He also indicates that both inopportuneness and inadmissibility constitute a declaration of invalidity, the former being of irreparable character whereas when it comes to the latter the declaration of invalidity is provisional, that

* Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú y socio principal del Estudio Monroy abogados.

43

is, reparable, such that when overcome the right to the declaration of the main aspect is born.

Key words: Admissibility, proceeding, sustainability, matter in issue, matter precedent

Sumario:

1. Nota preliminar. 2. Ámbito común de aplicación y examen de los criterios tradicionales para la clasificación de las cuestiones en el proceso. 3. Estructura interna del concepto cuestión en el derecho procesal y criterios base para la distinción de las categorías bajo estudio. 4. Utilización simultánea de más de una categoría bajo examen. Un breve comentario sobre la distinción entre cuestión, procedimiento simple y compuesto, subprocedimiento/incidente y fase. 5. Conclusiones.

1. NOTA PRELIMINAR

Si se intentara establecer una jerarquía en función del valor dogmático de los temas que devienen en objeto de investigación de los procesalistas contemporáneos, la cuestión referida a la distinción conceptual entre admisibilidad, procedencia y fundabilidad -o los variados nombres que a estas categorías se le otorguen en otros ordenamientos- ocuparía un lugar secundario, casi marginal. Si, por otro lado, la prelación se efectuara en razón del valor práctico de esta distinción, entonces el tema ubicaría una posición predominante. En efecto, casi no existe resolución judicial que no se pronuncie utilizando cualquiera de aquellos términos y, así mismo, no hace falta ser un profundo conocedor de nuestra realidad forense para advertir que, hasta la fecha, los usuarios de la justicia y los jueces, en el mejor de los casos, sólo tienen una idea aproximada y netamente empírica sobre el significado, alcances y límites de tales categorías procesales.

En efecto, si partimos de la constatación de que todo acto procesal de parte que contiene una petición (demanda, apelación, excepción, etc.) que, al generar una cuestión, es pasible de ser calificada con alguna de tales categorías y que ello constituye un requisito sine qua non para el normal desenvolvimiento del proceso, entonces resultará fácil advertir que el problema planteado requiere, con urgencia, ser abordado en términos razonablemente claros.

Hasta la fecha, a casi catorce años de vigencia del Código Procesal Civil, resulta evidente que tales conceptos han adquirido un significado más o menos definido, sin embargo, tal situación lejos de excluir el debate, impone que la

doctrina reflexione, profundice en la materia y otorgue mayores elementos para el análisis.

No podemos concluir esta introducción sin apuntar que el comportamiento todavía inestable del Tribunal Constitucional, sobre todo cuando enfrenta cuestiones procesales vinculadas al amparo, la nueva regulación de los procesos contencioso-administrativos o la inusitada importancia que ha adquirido en el último decenio el arbitraje, añaden un motivo determinante para la realización del presente estudio: nada contribuye más a la consolidación del sistema procesal, es decir, al sistema a través del cual se tutelan los derechos en nuestro ordenamiento que la armonización de sus categorías jurídicas fundamentales, de aquellas que están más allá de cualquier particularidad surgida de cada diseño procedimental y que, en buena cuenta, componen lo que solemos denominar teoría del proceso.

En razón de los argumentos expuestos, en las próximas líneas intentaremos desarrollar algunos lineamientos bajo los cuales consideramos posible un uso adecuado de tales categorías. Si bien el presente análisis no busca agotar el têma, ello no nos exime de plantear nuestra posición al respecto.

2. ÁMBITO COMÚN DE APLICACIÓN Y EXAMEN DE LOS CRITERIOS TRADICIONALES PARA LA CLASIFICACIÓN DE LAS CUESTIONES EN EL PROCESO

Las tres categorías comparten el mismo ámbito de aplicación porque son utilizadas en el contexto de un procedimiento (civil o penal, público o privado, etc.) y, dentro de éste, de manera exclusiva por parte del juez. A su vez, tienen el común denominador de tratarse de categorías cuyo uso se concreta sólo en actos decisorios, sin importar si concluyen el proceso; pueden de impulso, disciplinarios o de cualquier otra subespecie.

Ubicados ya en el plano procedimental, podemos decir que los actos decisorios son los que ponen fin a una cuestión suscitada a iniciativa de cualquiera de las partes o, eventualmente, del juez. Regularmente, dado el carácter dialéctico propio de la actividad litigiosa, el momento decisorio se configura luego de que cada una de las partes ha expuesto su posición respecto de las cuestiones que se van configurando a lo largo del procedimiento. A dicho desarrollo dialéctico, donde las partes hacen uso indistinto (de acuerdo a las etapas del procedimiento) de sus derechos de petición y de defensa, situado en un marco

donde se debe observar la paridad de armas (igualdad procesal) se le denomina contradictorio y, como se sabe, es la expresión concreta de uno de los más cualificados principios constitucionales del proceso[1]. Sin perjuicio de lo dicho, manteniendo el discurso en el ámbito indicado, resulta pertinente recordar que la jerga forense suele denominar a este fenómeno con la expresión sustanciación; por eso se suele decir que, salvo excepciones, no existe decisión válida sin sustanciación[2].

Como ya se adelantó, partimos de la premisa de que toda situación procesal controvertible, provocada por la parte o de oficio, que concluye con una decisión se denomina cuestión. Se trata de un concepto clave para entender la estructura y el funcionamiento de los procedimientos y, por tal razón, ha sido objeto de las más diversas clasificaciones. Aunque éste no es el momento de realizar un análisis exhaustivo al respecto, no podemos dejar de aludir a la clásica división cartesiana entre cuestiones procesales y cuestiones de mérito según versen, respectivamente, sobre aspectos de forma o de fondo.

La bipartición forma/fondo es el criterio más difundido y enraizado en la dogmática procesal y en la práctica forense de los últimos dos siglos. La razón de su éxito se centra en su simpleza y relativa utilidad: todo lo referido al acogimiento (o no) de la pretensión contenida en la demanda es fondo; todo lo demás es forma. Sin embargo, las carencias sustanciales de tal clasificación son evidentes. No sólo deja sin resolver problemas interpretativos fundamentales, sino que falsea la realidad, mucho más compleja, del procedimiento.

Dos ejemplos bastarán para demostrarlo:

a. el auto que declara fundada una excepción de falta de legitimidad para obrar activa no se pronuncia sobre el fondo del proceso, pero está muy lejos de ser una simple cuestión de forma. La legitimidad para obrar es una de las instituciones base del derecho procesal, a través de la cual se determina la aptitud de las partes para obtener un pronunciamiento válido sobre el fondo, en función de la titularidad que aquéllas alegan respecto del derecho discutido. Sin embargo, su correcto encuadramiento en el marco de la teoría del proceso y su adecuada aplicación en la variada casuística judicial puede llegar a niveles tales de sofistificación que la convierten en una figura sumamente compleja, objeto de permanentes y profundos análisis por parte de la doctrina. Siendo así las cosas, afirmar que la deducción de una excepción de falta de legitimidad para obrar da lugar a una cuestión de

"forma" no es insuficiente, sino errado. Tanto el Derecho Procesal como el Derecho Material contienen, por un lado, un gran y complejo acervo de información dogmática e histórica, teorías, categorías, instituciones y principios que componen su fondo y, por el otro, un conjunto de mecanismos a través de los cuales, ambas ramas, se expresan en el mundo físico: tiempo (plazos y términos), forma (oral o escrita), espacio (despachos judiciales), etc., todo lo cual se suele denominar, con expresión laxa, forma. Así, por citar un par de ejemplos, la formalidad ad substantiam de un contrato o los requisitos de la demanda constituyen la forma de los actos jurídicos materiales y procesales, respectivamente. Mientras que los principios que gobiernan la interpretación de los contratos o instituciones como la sentencia o la acumulación componen el fondo de ambas ramas del Derecho, Material y Procesal, respectivamente. En conclusión, distinguir las decisiones judiciales entre las que se pronuncian sobre la forma y el fondo es expresión de una mirada tan pobre que elimina cualquier posibilidad de apreciar el fenómeno procesal, sea a nivel teórico o a partir de una caso concreto, en sus auténticas dimensiones.

b.- Aún obviando la crítica atrás realizada, los emparejamientos cuestión procesal/forma y cuestión de mérito/fondo resultan igualmente equívocos. Comencemos por el último: en un proceso de revisión civil por fraude procesal (art. 178° CPC) la sentencia que declare fundada o infundada la demanda hará referencia a la existencia o no de dicha actividad dolosa, es decir, será una cuestión de mérito que, sin embargo, tendrá como contenido una cuestión puramente procesal, mal llamada "de forma". Por otro lado, la deducción de una cuestión prejudicial, como el caso de los incidentes de inconstitucionalidad previstos por ordenamientos como el italiano o brasileño, dará lugar a que una cuestión incidental, previa a la expedición de la sentencia, típicamente considerada "de forma", sea considerada, sin lugar a dudas, una cuestión de derecho material, a pesar de no estar ligada directamente a la calificación sobre la fundabilidad de la sentencia (cuestión de mérito). En otras palabras, estamos ante una cuestión que no es "de forma", pero que, a pesar de resolver una cuestión de estricto derecho material (la constitucionalidad de una norma), tampoco resulta "de mérito", por ser tan sólo prejudicial a ésta[3].

Demostrada la imposibilidad de comprender el fenómeno procesal a partir de la distinción forma y fondo, analicemos otro criterio que intenta superar esta limitación.

Un sector importante de la doctrina suele hablar de cuestiones previas (subdivididas en cuestiones preliminares y cuestiones prejudiciales) cuya contrapartida sería la cuestión principal. En las primeras se encontrarían todos los incidentes necesarios para el desarrollo del proceso y para la expedición de una sentencia válida sobre el fondo[4], mientras que la segunda haría alusión, única y exclusivamente, al objeto del proceso, es decir, al contenido de la demanda o, mejor aún, para expresarnos en los términos más claros posibles, a lo que será declarado fundado o infundado al momento de expedirse la sentencia. Por último, ambos criterios clasificatorios pueden ser mezclados, con lo cual podríamos tener cuestiones previas procesales y cuestiones previas de mérito.

Como se puede deducir de lo dicho, a pesar de partir de una lógica elemental e incuestionable (distinguir la cuestión de mérito de todas las cuestiones previas o incidentales), el elevado grado de sistematicidad al que se intenta llevar la clasificación sólo es posible concebirlo en el mundo de las ideas. En efecto, la presunta irreductibilidad que se pretende atribuir a algunos conceptos (p.e., cuestión previa procesal) colapsa cuando se confronta con el mundo real, desapareciendo el orden y la claridad, convirtiendo a aquellos tan sólo en criterios aproximativos, antes que en criterios de determinación (tal como fueron originalmente concebidos) para el análisis e interpretación del proceso[5]. Por ejemplo, cada día se torna más difícil y hasta en algunos supuestos carente de sentido establecer una división tajante entre Derecho Material y Procesal; ¿cómo calificar -por citar un ejemplo- un incidente de carácter probatorio?[6] o, luego de un exhaustivo análisis, ¿cuál sería la utilidad de denominar a una cuestión prejudicial procesal antes que de mérito, si casi siempre las decisiones sobre ambas son pasibles de los mismos tipos de impugnación y si ambos tipos de incidencias condicionan igualmente el contenido de la decisión final? La respuesta no siempre es la misma. En buena parte, es aquí donde se expresa el horror y la fascinación que encierra el Derecho como ciencia y por cierto nuestra disciplina. No hay respuestas exactas, menos aún, sub specie æternitatis.

Recapitulando nuestro análisis, resulta pertinente apuntar lo siguiente: el acto decisorio constituye un suceso normal del proceso que se verifica en repetidas ocasiones a lo largo de su desarrollo, es decir, desde la calificación de la demanda hasta la expedición de la resolución (auto o sentencia, según cada caso concreto) que lo concluye. Aquél pone fin a la cuestión sin importar si es procesal, de mérito, previa (incidental) o principal. Por último, si bien, dependiendo de la particularidad de los casos, los actos decisorios tienen distintos grados de

incidencia sobre el resultado final del proceso, es fundamental tener en cuenta que toda decisión judicial, de manera expresa o tácita e independientemente de la cuestión que resuelva, siempre podrá encuadrarse en cualquiera de las tres categorías que titulan el presente trabajo: admisibilidad, procedencia y fundabilidad o, como es natural, en sus respectivos antónimos: inadmisiblidad, improcedencia e infundabilidad.

3. ESTRUCTURA INTERNA DEL CONCEPTO CUESTIÓN EN EL DERECHO PROCESAL Y CRITERIOS BASE PARA LA DISTINCIÓN DE LAS CATEGORÍAS BAJO ESTUDIO

No toda crítica a una teoría o a un criterio clasificatorio tiene que implicar una eliminación in totum de éste o de aquélla. Concluir una reflexión en esos términos, es decir, destruir todo lo hecho y proponer una concepción distinta de tal o cual fenómeno jurídico, seguramente con novísimas categorías y reformulaciones de principios, sólo es sinónimo de una inaceptable inmadurez que, por citar un caso elocuente, acompañó a buena parte de los primeros procesalistas iberoamericanos del siglo XX[7]. Con cada monografía surgía una nueva teoría o concepción de la acción o de cualquier otra institución básica del proceso. El resultado previsible se concretó: el estancamiento de nuestra disciplina y su inevitable conversión en una especialidad tan teórica como poco práctica.

De los criterios para clasificar las cuestiones resulta esencial el que distingue la cuestión de fondo de todas las demás que, sin importar su contenido, son previas a aquélla o, si se quiere, incidentales. Tanto el procedimiento que se inicia como producto de la deducción de una excepción o una defensa previa, como la tacha u oposición de un medio probatorio suponen la configuración de una cuestión previa o incidental respecto de la cuestión principal, que se inicia con la interposición de la demanda y que, al menos en potencia, aspira a concluir con la expedición de una sentencia.

Pero no sigamos ahondando en un tema referido más a la estructura del procedimiento que al contenido de los actos decisorios. Sólo rescatemos esta idea: así como un procedimiento puede contener, además de la cuestión principal, cuestiones incidentales, una cuestión, en sí misma entendida, sea cual fuere su contenido, también tiene en su interior un aspecto de fondo y otro u otros instrumentales a aquél, los cuales se comportan, en su gran mayoría, como requisitos de validez de la cuestión misma, pero que, con mayor precisión,

pueden ser concebidos como requisitos para un pronunciamiento válido sobre el aspecto de fondo. En otras palabras, por más simple o sofisticada que ésta pudiera resultar, la estructura interna básica de toda cuestión procesal está conformada por elementos de fondo y elementos de validez (del pronunciamiento fondal). Ahora bien, la ausencia o defecto de un requisito de validez impide que la cuestión cumpla su tránsito fisiológico regular, es decir, que concluya con un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión misma. Veamos algunos ejemplos: a) la deducción de una tacha u oposición da lugar a una cuestión donde se discute la idoneidad de un medio probatorio, buscándose evitar que éste pueda utilizarse para la dilucidación del objeto del proceso. En consecuencia, el acogimiento o rechazo de cualquiera de tales remedios probatorios constituye propiamente su aspecto de fondo (p.e., fundada la tacha, infundada la oposición, etc.). Sin embargo, al igual que sucede con cualquier medio impugnatorio, la deducción de los remedios probatorios se encuentra sujeta a un plazo u oportunidad determinada (art. 478.1, 491.1 y 553 CPC), con lo que, de no deducirse aquellos en el momento adecuado, no será posible que el juez se pronuncie sobre el fondo del pedido, expidiendo una decisión meramente inhibitoria al momento de dar por finalizado el incidente (improcedente la tacha); b) una de las funciones básicas del recurso de queja es fungir de garantía a la parte que ha visto rechazado su recurso de apelación o de casación, sin poder acceder al órgano jurisdiccional superior para que examine su causa. En consecuencia, una estimación del recurso de queja supone habilitar la posibilidad de que se examine el fondo de la apelación o casación, originalmente frustrada, por parte del juez competente. Éste es el fondo del recurso. ¿Qué pasaría si en un determinado caso se interpone queja directamente ante el órgano superior sin antes haberse apelado? El juez de la queja estaría de calificar el fondo de ésta, pues la ausencia de apelación supone el incumplimiento de un requisito esencial para la validez del incidente iniciado con aquélla: su adecuación[8].

Los ejemplos citados abonan nuestra hipótesis en el sentido de que toda cuestión se encuentra compuesta por un aspecto de fondo y otros referidos a la validez misma de un eventual pronunciamiento fondal. Ahora bien, la mayor parte de los requisitos de validez se encuentran ligados al plano procedimental; sin un procedimiento regular se desvirtúa la posibilidad de que se resuelva una cuestión con una decisión sobre el fondo. En este sentido, dado que todo procedimiento se compone de un conjunto de actos concatenados que tienen como objetivo la dilucidación del aspecto de fondo, resulta pertinente añadir una nueva premisa a nuestra construcción: toda invalidez que se produzca

durante el desarrollo del procedimiento, de no ser subsanable, frustra la posibilidad de que se expida un pronunciamiento de fondo sobre la cuestión planteada. Más aún, si se llegara a expedir el acto decisorio que pone a fin a la cuestión y, luego de aquél, se verificara la invalidez total o parcial del procedimiento, el pronunciamiento será igualmente inválido. El único límite lo constituye la decisión que adquiere la autoridad (sentencia) o, según previsión expresa de la ley, los efectos (el auto que concluye el proceso y laudo arbitral) de la cosa juzgada.

Bajo estos lineamientos es posible ensayar la primera respuesta a la interrogante que plantea el presente estudio: la fundabilidad o no de una cuestión está reservada para los casos donde se resuelva el fondo de aquélla. Por ello, no es casual que ambas palabras compartan una misma raíz gramatical. De este modo, una demanda, una excepción o una tacha se declararán fundadas o infundadas cuando el pedido concreto contenido en cualquiera de aquellos actos de parte haya sido acogido o rechazado. En ciertas ocasiones, sin embargo, la costumbre hace que se omitan estas expresiones en la resolución judicial, sin que ello desnaturalice el verdadero carácter de la decisión, es decir, que constituya un pronunciamiento sobre el fondo. Así, por ejemplo, en el caso de una decisión sobre un pedido cautelar, el juez no lo calificará "fundado" o "infundado", a pesar de que, en estricto, ello es lo correcto, sino resolverá diciendo "concédase" o "improcedente" la "medida cautelar". En el primer caso no hay mayores inconvenientes. A pesar de no constituir una expresión técnica, la "concesión" puede admitirse como sinónimo válido de "fundabilidad". En cuanto a la "improcedencia" cautelar, el tema sí es problemático pues, como veremos a continuación, la procedencia es una categoría jurídica que en el marco de nuestro ordenamiento procesal posee un significado bien definido y diferenciado respecto de la "fundabilidad". Tal como sucede con el amparo, la costumbre de declarar "improcedente" a todo rechazo del pedido cautelar, sin distingo alguno por la razón que motivó dicha decisión, está profundamente asentada en nuestro medio, pero es necesario atacarla y dejarla de lado por ser fuente de innumerables equívocos tanto en el ámbito doctrinal como en la práctica forense[9].

Identificado el supuesto de aplicación de la "fundabilidad", pasemos ahora a la búsqueda de los criterios-base que nos ayuden a encuadrar las categorías "procedencia"y "admisibilidad". El punto inicial puede establecerse a partir de la siguiente premisa: todo aspecto ajeno al fondo de la cuestión y, por tanto, referido a la validez del procedimiento al que aquélla da lugar o, más genéricamente, a la validez de un eventual pronunciamiento sobre el fondo, se

resuelve en función de las categorías procedencia y admisibilidad. Si bien positivamente utilizadas ambas expresiones pueden operar, en las escasas hipótesis que ofrece el ordenamiento, como sinónimos (p.e., decir "se admite la demanda" o "se declara procedente el recurso de casación" es declarar válido, hasta ese momento, el procedimiento al que han dado lugar cada uno de aquellos pedidos y encaminarlo hacia su desenlace regular: el pronunciamiento sobre el fondo[10]), en el plano opuesto, sin embargo, improcedencia e inadmisibilidad poseen significados distintos: el primero sirve para denunciar la existencia de una invalidez cuyo defecto invocado es considerado insubsanable y que, en consecuencia, al igual de lo que sucede con la infundabilidad, pone fin al procedimiento. En cambio, con la inadmisibilidad el juez -ex officio o a pedido de parte- expide una declaración provisional de invalidez por medio de la cual, sin concluir con el procedimiento, otorga un plazo para remover el defecto que la provocó, por considerar que la situación es subsanable. De producirse la subsanación, habrá nacido en el juez el deber de pronunciarse sobre el fondo de la cuestión. Por el contrario, agotada la oportunidad para sanear el vicio identificado con la declaración de inadmisibilidad, en razón del principio procedimental de preclusión que gobierna el ordenamiento procesal nativo, la cuestión habrá de concluirse con un pronunciamiento de improcedencia, pues lo subsanable se habrá convertido en insubsanable.

4.UTILIZACIÓN SIMULTÁNEA DE MÁS DE UNA CATEGORÍA BAJO EXAMEN. UN BREVE COMENTARIO SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE CUESTIÓN, PROCEDIMIENTO, SUBPROCEDIMIETO/INCIDENTE Y FASE

Es común apreciar en la práctica forense que en una sola decisión judicial se utilice más de una de las tres categorías analizadas en el presente estudio. Por ejemplo, el auto que declara fundada la excepción de incompetencia por materia y, a la vez, improcedente la demanda parecería contradecir lo que hemos venido señalando, en el sentido de que lo fundado, lo procedente y lo admisible tienen un contenido y un ámbito de aplicación específicos y diferenciados entre sí. Sin embargo, tal percepción inicial queda desvirtuada luego de una meditación más profunda. Veamos.

En primer lugar, luego de haber ensayado una definición, clasificado y analizado la estructura interna de la cuestión, que podríamos considerarla como la situación jurídica procesal sobre la que recae un acto decisorio, resulta necesario ubicar dicha figura en el contexto general de la estructura del proceso.

No es el caso desarrollar a profundidad el tema, sino simplemente, para los fines del presente trabajo, limitarnos a destacar que el procedimiento, como manifestación concreta del proceso, constituye el concepto matriz a partir del cual se analiza la estructura de aquél. Todo proceso contiene al menos un procedimiento que es el que va desde la interposición de la demanda hasta la expedición de la resolución que le pone fin. Eventualmente pueden surgir otros procedimientos subalternos, denominados incidentes o subprocedimientos, que cumplen funciones específicas de acuerdo al diseño legislativo previsto por cada ordenamiento. Por ejemplo, en el caso peruano, al procedimiento principal se le pueden sumar el cautelar o el destinado al tratamiento de las excepciones.

Ahora bien, es factible afirmar que todo procedimiento, principal o incidental, contiene al menos un tipo de cuestión, la principal. Los que tienen esta característica se denominan simples. Por ejemplo, el escrito defensivo donde se deduce más de una excepción o el pedido cautelar en el que se solicita una medida de embargo en forma de inscripción y otra de secuestro conservativo respecto de un mismo bien, dan lugar, cada uno, a un subprocedimiento con más de una cuestión, pero no por ello dejarán de ser simples, pues contienen cuestiones de un mismo tipo, principal[11]. Por ello, definiendo a contrario, es acertado sostener que los procedimientos simples son aquellos que carecen de cuestiones previas: en el Perú, los subprocedimientos o incidentes, según se prefiera, son simples. No es posible generar articulaciones en su interior.

Por su parte, los procedimientos que contienen (por lo menos, potencialmente) más de un tipo de cuestión son los llamados complejos: el proceso judicial es el procedimiento complejo por antonomasia. En estos casos, como ya lo adelantamos al inicio del presente trabajo, el procedimiento se compone de una cuestión principal y otra u otras denominadas previas. Aquí, a su vez, cabe destacar lo siguiente: si bien no existe procedimiento sin, al menos, una cuestión (¡la principal!), las cuestiones previas pueden desarrollarse sin necesidad de un procedimiento ad hoc. Este hecho, lejos de poseer una significación dogmático conceptual, obedece simplemente a criterios de opción legislativa que, sin embargo, resulta útil no perderlos de vista. En el ordenamiento peruano, por ejemplo, los pedidos de improcedencia de la demanda por indebida acumulación de pretensiones o falta de interés para obrar, o la deducción de tachas u oposiciones dan lugar a cuestiones previas, sin necesidad de generar subprocedimientos. Así, podemos decir que, en realidad, toda cuestión previa genera un incidente, siendo propios aquellos respecto de los cuales el legislador prevé un subprocedimiento e impropios todos los demás.

Así como el ámbito de la cognición judicial se encuentra comprendido por la cuestión principal y las cuestiones previas, desde un plano puramente estructural, procedimiento principal, incidentes propios e impropios constituyen el universo de posibilidades sobre los que se desenvuelve el fenómeno procesal en el sentido más concreto de la expresión. Ninguno de los problemas fundamentales del proceso podrá ser afrontado con éxito si es que el jurista, acostumbrado a volar por los cielos del conceptualismo repetidor y fútil, no es capaz de bajar al llano y estudiar con la misma profundidad los problemas concretos que encierran cada una de las realidades descritas, la cognoscitiva y la estructural. Cualquier indagación sobre algún principio o categoría procesal debería aterrizar en aquéllas, bajo pena de no ser tomadas en serio por ninguno ¡Cuánta falta la hace a nuestra disciplina estudios semejantes! Ésta vez la responsabilidad no sólo es nacional. Por ahora no profundicemos más en el asunto y volvamos a nuestro análisis.

A efectos de que puedan ser mejor comprendidos los alcances de la clasificación que venimos esbozando, en el proceso civil peruano, por citar un ejemplo cercano, los únicos procedimientos complejos son los que se inician con la interposición de una demanda (de conocimiento, ejecutiva, tercería), todos los demás casos, es decir, los incidentes o subprocedimientos son simples.

Con estas premisas estamos en condiciones de dar respuesta a la interrogante planteada el inicio del presente apartado: ¿en qué circunstancias una resolución judicial utiliza, correcta y simultáneamente, más de una de las categorías fundabilidad, procedencia y fundabilidad? Siendo consecuentes con lo dicho hasta aquí, la respuesta resulta obvia: a) en casos donde, estando ante un procedimiento simple con varias cuestiones principales, el juez se encuentra en el deber de pronunciarse, en el fondo, respecto de cada una de ellas; b) en casos donde, estando ante un procedimiento complejo, el juez resuelve una cuestión previa (preliminar o prejudicial) cuyo resultado influye fatalmente sobre el procedimiento principal, llevándolo hacia su conclusión[12]. El ejemplo no se limita al referido líneas atrás sobre la excepción perentoria que es declarada fundada, pues también se equipara a tal consecuencia el caso en el que el recurso de apelación de sentencia interpuesto por el demandante derrotado en primer grado es declarado fundado y, en consecuencia, revocándose la apelada, se declara fundada la demanda. Se trata de una doble fundabilidad contenida en una misma resolución, perfectamente justificada por lo demás: la primera concluye la cuestión

provocada por el recurso de apelación; la segunda se pronuncia sobre el procedimiento principal que nunca se bifurcó, sino que, con la apelación, ingresó a una segunda fase[13].

5. CONCLUSIONES

Delineadas ya, de manera general, las directrices a partir de las cuales se aplican las categorías objeto del presente estudio, podemos dar por concluida esta reflexión inicial sobre una materia que si bien formalmente está circunscrita al ámbito de la eficacia de los actos decisorios, por ser parte de la teoría general de nuestra disciplina, extiende sus alcances hacia toda la compleja trama de principios, instituciones y categorías que dan contenido al fenómeno procesal.

Creemos poder sintetizar las ideas expuestas en las siguientes proposiciones conclusivas:

- Las categorías admisibilidad, procedencia y fundabilidad se aplican en el ámbito de los actos decisorios, es decir, son inherentes a la actividad del juzgador.
- La cuestión es la situación procesal -originada a iniciativa de parte o, eventualmente y siempre que ello fuera posible, por el juez- donde se suelen confrontar las posiciones de los adversarios que, en los casos regulares, concluye con un acto decisorio.
- Dentro de toda la inmensa masa de categorías procesales, la cuestión es la partícula atómica que debemos aislar, identificar y desentrañar a efectos de utilizar adecuadamente las tres categorías bajo examen. El error más común que comete todo operador jurídico consiste en aplicar dichas categorías a fenómenos procesales que le son ajenos: no se discrimina en función del tipo de procedimiento (principal o incidental) ni del tipo de cuestión (principal o previa), sino, agudizando aún más nuestro lente cognoscitivo, en función del aspecto interno de la cuestión misma sobre el cual recae la decisión. La cuestión sólo posee dos: el aspecto de fondo, que se resolverá en clave de fundabilidad y en aspecto ligado a la validez del procedimiento sobre el cual se desarrolla la cuestión misma y sin el cual no es posible un pronunciamiento sobre el fondo, donde se utilizarán las categorías procedencia y admisibilidad.
- Las cuestiones se suelen presentar a lo largo de todo el proceso y son objeto de múltiples divisiones. La más convincente o, al menos, la que mejor sirve

a efectos de un correcto encuadramiento de las tres categorías objeto del presente estudio, es la que distingue la cuestión principal, que se inicia con la demanda y está destinada a extinguirse, en las situaciones típicas, con la sentencia, de las cuestiones previas, es decir, aquéllas cuya solución deberá producirse de modo anticipado a la conclusión del proceso. Nada obsta para que, en determinadas circunstancias, la decisión de una o más cuestiones previas se consigne en la misma decisión que finaliza el proceso, sin embargo, aún en tal supuesto, éstas resultan antecedentes de la decisión sobre la cuestión principal.

- Recapitulando entonces, la fundabilidad o no de una cuestión es la categoría que utiliza el juzgador para decidir sobre su aspecto de fondo, otorgándole la razón a alguna de las partes en juicio. Se declara fundada o infundada una demanda, una excepción, una tacha, una apelación, etc.
- Por su parte, la procedencia y la admisibilidad, en forma complementaria, se utilizan para decidir sobre todo aquello que no concierne al aspecto fondal de una cuestión, sino (en la gran mayoría de casos) a la validez de ésta o del procedimiento sobre el cual se encarrila.
- La distinción entre procedencia y admisibilidad es tan sutil que sólo existe en el plano negativo y no está referida al aspecto sobre el cual inciden (la validez de la cuestión o del procedimiento que le sirve de soporte), sino a las consecuencias procedimentales que cada una acarrea. Mientras la improcedencia constituye una declaración de invalidez con carácter insubsanable pues la cuestión y, a menos que la decisión sea recurrible, el procedimiento que lo contiene habrán concluido indefectiblemente; la inadmisibilidad es también una declaración de invalidez, pero provisional, es decir, denuncia la existencia de un vicio subsanable y, por tanto, sin concluir la cuestión, permite al juzgador otorgar un plazo a la parte interesada para que elimine el defecto. Superada la inadmisibilidad nace el derecho de la parte a un pronunciamiento fondal; viceversa, concluida la etapa de subsanación sin que ésta se haya producido corresponderá, naturalmente, una declaración de improcedencia.

Éste es el cuadro general de nuestra propuesta. Estamos seguros que posteriores indagaciones sobre los alcances del ordenamiento procesal peruano y de su inagotable casuística servirán no sólo para afinar, o contrariar quizás, lo expuesto, sino para identificar nuevos niveles de desarrollo y aplicación de esta fundamental materia para los operadores jurídicos.

[1] Sobre la garantía del contradictorio y su relación con el derecho de defensa y la igualdad procesal, véase Comoglio, voz: Contradittorio, en Digesto4, IV, Torino, 1998, p. 1 ss.

[2] Las situaciones excepcionales donde las decisiones "no sustanciadas" no se encuentran, sin embargo, viciadas de invalidez, suelen tener las siguientes características: a) están expresamente previstas por el ordenamiento y b) no suponen una violación al principio constitucional del contradictorio. Un claro ejemplo lo constituye el principio consagrado por nuestro ordenamiento procesal civil, según el cual, las medidas cautelares se conceden inaudita altera pars, es decir, con contradictorio diferido; otro, la posibilidad de rechazar liminarmente la demanda en los casos donde el juez verifique su manifiesta improcedencia (art. 427, incs. 1 y 2 CPC). En estos casos la norma excluye el contradictorio simplemente porque la contraparte no tiene ningún derecho qué defender: si el juez rechaza liminarmente la demanda, la contraparte se libera del proceso sin siquiera haber participado en aquél, y es que el contradictorio no constituye una fórmula hueca o vacía que debe ser cumplida irreflexivamente en el procedimiento; es fundamental en la medida que permite a cada parte ejercer plenamente su derecho de defensa, y por esta misma razón, en los casos de examen liminar de la demanda, no existe mayor posibilidad de perjuicio para la demandada o, en el más amplio sentido de la expresión, no hay amenaza de que se le vulnere derecho alguno pues, en el peor de los casos, el juez admitirá la demanda y lo emplazará para que ejerza plenamente su derecho de defensa, integrándose así la relación procesal sobre la cual se desenvolverá la litis.

[3] No toda cuestión de derecho material es una cuestión de mérito, no sólo porque el mérito de la causa, como decíamos, puede contener una cuestión de derecho procesal, sino porque el mérito es única y estrictamente aquello que ha sido demandado y sobre lo cual, fundada e infundada que se declare la demanda, recaerá la autoridad de la cosa juzgada. Por tanto, yerra Liebman (Manuale di diritto processuale civile5, Milano, 1992, I, pp. 162 y 163) cuando señala que "tutte le questioni, la cui risoluzione può essere direttamente o indirettamente influente per tal decisione, formano complessivamente il merito della causa". Un ejemplo basta para demostrarlo: cuando en el Perú un Juez, para declarar fundada la demanda de un contribuyente, aplicando previamente control difuso, inaplica una norma de derecho tributario por considerarla inconstitucional (típica cuestión de derecho material) resulta evidente que la cosa juzgada sólo recaerá sobre el contenido de la demanda, mas no sobre la norma inaplicada. Ergo, en sede nacional el control difuso da lugar a una cuestión prejudicial (de derecho material) que, sin embargo, no forma parte del mérito de la causa.

[4] "O exame das questões prévias sempre pressupõe a existência de ao menos duas questões: a que precede e subordina e a que sucede e é subordinada. Quando entre duas ou mais questões houver relação de subordinação, dir-se-á que a questão subordinante é uma questão prévia". Didier Jr., Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo, São Paulo, 2005, p. 67.

[5] A pesar del contenido marcadamente exegético, sobre la variedad de criterios clasificatorios puede consultarse, como referencia, pero sin que ello asegure adquirir una noción clara del asunto, Denti, Sentenze non definitive su questioni preliminari di merito e cosa giudicata, en Riv. dir. proc., 1969, pp. 213; Id., Ancora sull'efficacia della decisione di questioni preliminari di merito, Riv. dir. proc., 1970, pp. 560 ss., Montesano, Questioni preliminari e sentenze parziali di merito, en Riv. dir. proc., 1969, pp. 579 ss.; Id., Questioni e cause pregiudiziale nella cognizione ordinaria del codice de procedura civile, en Studi Allorio, I, Milano, 1989, pp. 885 ss. y sobre todo Garbagnati, Questioni preliminari di merito e questioni pregiuziali, en: Riv. dir. proc., 1976, pp. 257 ss. y bibliografía allí citada.

[6] Sobre la inutilidad de la distinción entre derecho procesal y material ya escribió, con argumentos incontestables, Denti, La relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali, en Riv. dir. proc., 1964, pp. 64 ss., y publicado luego en Dell'azione al giudicato, Padova, 1983, pp. 3 y ss.

[7] A propósito, dice Couture, "en Occidente un hombre se enamora de una teoría y otro de otra y ambos proceden a demostrar su teoría y el error de la adversa, con gran cultura y estupidez" (Introducción al estudio del proceso civil, Buenos Aires, 1978, p. 52; ya citado en J.J. Monroy Palacios, Teoría cautelar, Lima, 2002, p. 80).

[8] "Un ordenamiento procesal regula cierto número de recursos. En cada uno de ellos se precisa para qué tipo de resolución pueden ser utilizados, sean decretos, autos o sentencias. La adecuación del recurso consiste en el deber que tiene el recurrente de interponer el recurso que corresponda atendiendo a la naturaleza de la resolución que está impugnando. Así, por ejemplo, por más trascendente que fue para una parte un decreto –el que en su opinión lo agravia y tiene error- no podrá utilizar la apelación contra él, porque este recurso sólo se concede contra los autos y sentencias". Monroy Gálvez, Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil, en Ius et veritas, 5, 1992, p. 24; ahora en La formación del proceso civil peruano2, Lima, 2004, p. 245.

[9] Particularmente, sobre la necesidad de diferenciar el rechazo cautelar entre "razones procedimentales" y "razones de mérito" me permito hacer una remisión a mi Teoría cautelar, cit., pp. 326-329.

[10] Salvo los dos casos ejemplificados, y otros pocos más, por cuestiones de economía procesal el legislador no prevé pronunciamientos expresos de procedencia/admisibilidad en la dilucidación de las cuestiones. En la

gran mayoría de casos los operadores jurídicos suelen identificar, correctamente, un reconocimiento tácito de la validez del procedimiento que contiene la cuestión (procedencia o admisibilidad) con la decisión misma sobre el fondo o mérito que recae sobre aquélla

[11] Nótese que la clasificación entre procedimientos simples y complejos no es incompatible con lo mencionado en el numeral 3 en cuanto a la estructura interna de la cuestión: toda cuestión posee elementos de fondo y de validez, sin importar si es principal o previa. Por ejemplo, el procedimiento al que da lugar la excepción de incompetencia por materia tiene como elemento de fondo la dilucidación sobre si el juez de la causa es idóneo, por su especialidad, para continuar haciéndose cargo del proceso judicial. Sin embargo, si la contraparte se defiende señalando que el excepcionante no ha cumplido con adjuntar el certificado de pago de tasa que por concepto de ofrecimiento de medios probatorios debía realizar, resulta evidente que, antes de pronunciarse sobre su propia competencia (fondo de la excepción), el juez deberá resolver un aspecto ligado a la validez del subprocedimiento: no puede pronunciarse válidamente sobre la excepción sin antes resolver la controversia suscitada en torno a la exclusión de los medios probatorios ofrecidos.
Sin embargo, corresponde hacer la salvedad de que, como veremos a continuación, en el caso de los procedimientos complejos, todo aspecto no ligado al fondo de la cuestión principal constituye, como producto de la tradicional organización procesal de los distintos ordenamientos del civil law, una cuestión previa, con la previsión o no, según la opción legislativa, de un subprocedimiento ad hoc para su tratamiento.

[12] "É possível que algumas questões sejam de admissibilidade, em relação a um dado procedimento, e de mérito, em relação a outro. Jamais uma mesma questão pode ser de admissibilidade e de mérito em relação a um mesmo procedimento". Didier Jr., cit., p. 75.

[13] Los medios impugnatorios, como género, buscan la revisión, total o parcial, fondal o sobre el plano de la validez, de una decisión, es decir, del acto judicial que pone fin a una cuestión. Por tanto, no crean un nuevo procedimiento, sea principal o incidental, sino más bien constituyen la prolongación, o fase sucesiva, del procedimiento originario. Lo que sí crea, y esto no hay cómo negarlo, es una nueva cuestión. Se trata de la cuestión paridà por el medio impugnatorio, que resulta instrumental y previa respecto de la cuestión principal que es objeto de revisión. Por esta razón, por ejemplo, el juez que rechaza una apelación por extemporánea (cuestión instrumental) debe ratificar la decisión que, inicialmente, se pronunció sobre la cuestión principal, confirmando su vigencia y, a menos que el ordenamiento prevea un medio impugnatorio adicional, otorgándole estabilidad.

ANEXO

Reglas de definiciones de términos procesales que deben observarse en la expedición de Resoluciones Judiciales

RESOLUCIÓN SUPREMA - Lima, 15 de Agosto de 1978 - Vistos y CONSIDERANDO: Que al absolverse el grado se puede confirmar, revocar, anular o complementar la sentencia apelada, declarando en su caso fundada o infundada, fundada en parte, improcedente e inadmisible determinadas peticiones, de lo cual resulta impropio usar las expresiones "con lugar", "improcede", "fundada o con lugar" como sinónimo de amparar, acoger o desestimar alguna pretensión; que la demanda es inadmisible cuando no satisface las exigencias de orden formal que condicionan su admisión a trámite; que la demanda resulta improcedente si al Ley no concede acción en función de determinada situación jurídica o, porque quien la interpone o el demandado carecen de la legitimatio ad causan y, por consiguiente uno no es el titular de la acción o el otro el obligado a cumplir la ley; finalmente la demanda es fundada o infundada según se encuentre o no debidamente comprobada con el mérito de las pruebas actuadas el derecho argüido; que la nulidad se sanciona toda vez que en el desarrollo del procedimiento se incurra en vicio de nulidad insubsanable y, los actuados devienen en insubsistentes si a consecuencia de la resolución pronunciada en el Artículo de nulidad se invalida el procedimiento debiéndose en este caso reponerse la causa al estado que corresponda; que asimismo, si se declara inadmisible la demanda es implicante y contradictoria confirmar el fallo en cuanto desestima la tacha de testigos y menos justificable que se arribe a esa conclusión, por estimar que las pruebas actuadas no acreditan los fundamentos de hecho y derecho que sustentan la demanda; que por lo expuesto la recurrida no ha observado lo dispuesto en el Art. 1074, inc. 4° del Código de Procedimientos civiles, incurriendo en la causal de nulidad prevista en el Art. 1085, inc. 13°, y, Art. 1087 del acotado; declararon NULA la sentencia, MANDARON que la Sala Civil de la Corte Superior de Cusco expida nueva resolución salvándose las omisiones anotadas; en los seguidos por doña Asunta Poblete viuda de Albuca con don Ramiro Mora Trejo, sobre rescisión de contrato y otros conceptos; y los devolvieron - S.S. NUGENT - FERNANDEZ - FREYRE - VASSALO.

MONTERO AROCA, Juan. **"La Prueba en el Proceso Civil"**.
Editorial Aranza S.A. 4º Edición. Navarra, 2005

CAPÍTULO III

EL OBJETO DEL PROCESO

LECCIÓN 6.ª

El objeto del proceso de declaración: la pretensión.- Relevancia técnico jurídica del objeto del proceso.- Elementos delimitadores del objeto: A) La petición o *petitum*; B) La causa de pedir o *causa petendi*.- La acumulación de objetos procesales: A) Concepto; B) Presupuestos.- La acumulación inicial (de acciones): A) Simple, alternativa, subsidiaria y accesoria; B) Acumulación exclusivamente objetiva; C) Acumulación objetivo-subjetiva.- Acumulación pendiente el proceso.- La acumulación de procesos: A) Presupuestos de admisibilidad; B) Procedimientos.

EL OBJETO DEL PROCESO DE DECLARACIÓN: LA PRETENSIÓN

La teoría del objeto del proceso cumple principalmente una función de identificación del proceso, esto es, de individualización del mismo, de distinción de los demás procesos posibles, y por ello la pretensión (a la que nos referimos en el Tomo I) sirve perfectamente para esa finalidad.

Aunque en ocasiones se haya sostenido que el objeto del proceso civil es un derecho subjetivo y una obligación o, incluso, una relación jurídica material o una situación jurídica material, parece claro que hay que desechar de entrada estas explicaciones, atendido simplemente que un derecho o una relación o una situación jurídica pueden dar lugar a una gran variedad de pretensiones, es decir, de verdaderos objetos del proceso. Si un derecho subjetivo y una relación jurídica pueden dar origen a muchos objetos de otros tantos procesos, dicho está que ni aquél ni aquélla pueden servir para identificar el objeto de un proceso determinado.

a) La pretensión: el objeto del proceso

En sentido estricto el objeto del proceso, es decir, aquello sobre lo que versa éste de modo que lo individualiza y lo distingue de

todos los demás posibles procesos, es siempre una pretensión, entendida como petición fundada que se dirige a un órgano jurisdiccional, frente a otra persona, sobre un bien de la vida.

En el Tomo I vimos que la pretensión es una declaración de voluntad petitoria que se caracteriza porque ha de estar fundamentada, esto es, que tiene que hacer referencia a un acontecimiento determinado de la vida. La petición puede ser, por ejemplo, una cantidad de dinero, pero esa petición por sí sola no está identificada. La identificación exige que la petición se base, también por ejemplo, no en la relación jurídica de préstamo, sino precisamente en un préstamo concreto, que habrá que individualizar con referencia a un conjunto fáctico preciso.

b) La resistencia: el objeto del debate

Como par alternativo de la pretensión aparece la noción de resistencia o de oposición a la pretensión. La resistencia es la petición que el demandado dirige al órgano jurisdiccional como reacción a la pretensión formulada contra él por el demandante. Lo que hemos dicho sobre la naturaleza de la pretensión es aplicable a la resistencia. Esta es también una petición, si bien es siempre la misma: no ser condenado.

> Aunque pudiera pensarse que la petición del demandado debe ser la de ser absuelto, hay que tener en cuenta que no siempre es así, mientras que sí lo es siempre la de no ser condenado. En efecto, si el demandado alega excepciones procesales su petición no puede ser la de ser absuelto, sino que ha de ser la de no ser condenado, por cuanto la estimación de las excepciones procesales impide al juez entrar en el fondo del asunto y pronunciarse sobre la pretensión. Por eso decimos que, en todo caso, la petición en que consiste la resistencia ha de ser, por lo menos, la de no ser condenado.

Centrados en el objeto del proceso importar advertir que:

1.º) La fundamentación en la resistencia no es necesaria: El demandado puede, aparte de no dar ninguna respuesta, limitarse a negar los fundamentos de la pretensión y formular petición de no condena. Cabe que la resistencia se fundamente, y entonces tendrán que afirmarse hechos distintos de los afirmados por el actor, pero esta fundamentación no es necesaria.

2.º) La resistencia no sirve para delimitar el objeto del proceso: La oposición del demandado, esté o no fundamentada, no introduce un objeto del proceso nuevo y distinto del fijado en la pretensión (salvo en el caso de la reconvención, pero ésta no es mera resistencia, sino algo más).

La resistencia sí puede:

1) Ampliar los términos del debate: Si el demandado fundamenta su resistencia, esto es, si alega hechos base de excepciones materiales, esos hechos, no sirviendo para delimitar el objeto del proceso, sí amplían la materia del debate procesal.

2) Completar a lo que debe referirse la congruencia de la sentencia: Si el demandado opone excepciones la congruencia de la sentencia no ha de referirse sólo a la pretensión (petición y su fundamentación) sino que ha atender también a la fundamentación de la resistencia.

Con todo debe quedar claro que ni la petición de no condena ni su fundamentación sirven para determinar el objeto del proceso, como se demuestra teniendo en cuenta que la misma existencia de la resistencia expresa depende de la voluntad del demandado. El objeto de un proceso no es distinto dependiendo de que el demandado oponga o no resistencia expresa. Lo distinto puede ser el ámbito sobre el que versará el debate y al que debe referirse la congruencia de la sentencia, pero esto es algo diferente.

c) El tema de la prueba

La distinción anterior entre objeto del proceso y objeto del debate precisa completarse atendiendo al tema de prueba (no al objeto de prueba que es cosa diferente), esto es, a lo que debe probarse en un proceso concreto para que el juez declare la consecuencia jurídica pedida por la parte. El tema de prueba son:

1.º) Los hechos afirmados por una o por otra parte: En todo caso la prueba ha de referirse a los hechos afirmados por el actor, pero también a los afirmados por el demandado, cuando éste no se ha limitado a negar la fundamentación de la petición del actor.

2.º) Los hechos controvertidos: Dentro de los hechos afirmados por la partes, la necesidad de prueba sólo puede referirse a los hechos que, después de las alegaciones, resulten controvertidos. Los hechos afirmados por las dos partes, o afirmados por una y admitidos por la otra, quedan existentes para el juez y excluidos de la necesidad de prueba (art. 281.3 LEC).

La prueba no se refiere ni a la pretensión ni a la resistencia, sino simplemente a la fundamentación de una y otra, es decir, a los hechos que se afirmen como causa de pedir de la petición que hace el actor y como causa de pedir de la resistencia que opone el demandado.

RELEVANCIA TÉCNICO-JURÍDICA DEL OBJETO DEL PROCESO

La discusión doctrinal en torno al objeto del proceso es cualquier cosa menos algo inútil o meramente teórico. Sin perjuicio de que al

objeto del proceso ha de atenderse para considerar la extensión y límites de la jurisdicción española en el orden civil (art. 22 LOPJ), la competencia genérica o del orden civil en relación con los demás órdenes jurisdiccionales (art. 9 LOPJ), la competencia objetiva (tanto por la materia como por la cuantía, arts. 45 y 47 LEC) y la competencia territorial (arts. 50 y ss. LEC), la verdadera relevancia ha de referirse a:

a) Las prohibiciones de transformación de la demanda que se contienen en el Ordenamiento procesal, como las de los arts. 412 y 426 LEC: Es cierto que estas normas prohiben también la transformación de la contestación de la demanda, pero el caso es que sólo podrá saberse si ha existido verdadera modificación ("alteración sustancial") cuando antes se haya determinado el objeto del proceso.

b) La congruencia de la sentencia, en los términos del art. 218 LEC: También aquí es cierto que la congruencia no se refiere sólo al objeto del proceso, dado que comprende asimismo el objeto del debate (pues la congruencia ha de referirse también a la resistencia del demandado), pero es obvio que la exigencia de pronunciamiento sobre todo lo pedido por el actor y la prohibición de pronunciamiento sobre lo no pedido, ha de referirse al objeto del proceso.

c) La acumulación: La fijación del objeto del proceso condiciona, primero, si existen o no dos objetos diferentes (presupuesto de la acumulación misma) y, después, la conexión entre ellos.

d) La reconvención: Las dificultades existentes para la determinación de cuando existe verdadera reconvención, porque el demandado no se limita a oponerse a la pretensión del actor sino que introduce un objeto nuevo, sólo pueden resolverse cuando se ha perfilado el objeto del proceso introducido en la demanda.

e) La litispendencia: La excepción de litispendencia sólo puede estimarse cuando el objeto del segundo proceso es el mismo que el del primero, y para ello es imprescindible fijar uno y otro.

f) La cosa juzgada: Como dice el art. 222.2 la cosa juzgada alcanzará a las pretensiones de la demanda y de la reconvención, y en párrafo 1 se alude al objeto del proceso.

ELEMENTOS DELIMITADORES DEL OBJETO

Los elementos identificadores de la pretensión son:

a) Subjetivos, que se refieren a las personas, es decir, a las partes y que, por consiguiente, no atienden ni a la petición ni a la fundamentación de la misma, no sirviendo para determinar el obje-

to del proceso, aunque sí quedan comprendidos en la congruencia y en la cosa juzgada.

b) Objetivos, que se refieren a la petición y a su causa de pedir o fundamentación, y que son los que sirven para delimitar el objeto del proceso.

A) La petición o *petitum*

En la llamada petición que se dirige al órgano jurisdiccional hay que distinguir, realmente, dos peticiones:

a) Una *inmediata*, que atiende a la actuación jurisdiccional y que ha de referirse a un tipo de tutela jurisdiccional, consistente en juzgar, en decir el derecho en el caso concreto.

A su vez, dentro de este tipo de tutela judicial, hay que distinguir varias subclases:

1.ª) De condena: Lo que se pide al órgano jurisdiccional es que declare la existencia de una prestación a cargo del demandado y le imponga el cumplimiento de la misma. Lo específico de las sentencias de condena es que, además de producir cosa juzgada, constituyen título ejecutivo, con el que puede iniciarse después la ejecución forzosa.

2.ª) De mera declaración: Se pide al órgano jurisdiccional la mera declaración de la existencia (positiva) o de la inexistencia (negativa) de un derecho o situación jurídica, de modo que la sentencia estimatoria agota su fuerza en la producción de cosa juzgada, pero no llega a crearse un título ejecutivo.

3.ª) De constitución: La petición de la pretensión se dirige a obtener la creación, modificación o extinción de una relación o situación jurídica, es decir, a lograr un cambio respecto de lo existente y con fuerza de cosa juzgada, pero tampoco se produce la creación de un título ejecutivo.

b) Otra *mediata*, que atiende siempre a un bien jurídico al que se refiere la tutela judicial, dado que ésta no se pide ni puede prestarse sin referencia a un bien. La tutela judicial, sea cual fuere su clase, no puede prestarse sola, en el vacío, sino que ha de atender a un bien. También aquí hay que subdistinguir:

1.º) De condena: El bien jurídico es siempre una prestación, tal y como se entiende en el Derecho privado y más concretamente en el art. 1088 del CC: dar (y la cosa puede ser genérica o específica), hacer o no hacer alguna cosa.

La cosa más genérica en las prestaciones de dar es siempre el dinero, y en nuestro Ordenamiento se han prohibido las peticiones ilíquidas o con reserva de liquidación, debiendo pedirse, al menos, las bases con las que se liquide por medio de una simple operación matemática (art. 219 LEC). Cuando se trata de cosas genéricas distintas del dinero (frutos, rentas, uti-

lidades o productos) ha establecerse en la petición por lo menos la calidad (el género) y la cantidad. Y cuando se trata de cosas específicas, sean muebles o inmuebles, ha de estar perfectamente identificada la cosa, de modo que no pueda confundirse con ninguna otra.

En las prestaciones de hacer y no hacer han de quedar perfectamente establecidas la conducta y las circunstancias de la misma (cualitativas y cuantitativas), bien que se pide se impongan al demandado, bien que se pide se le prohiban.

2.º) De mera declaración: El bien jurídico consiste aquí en la declaración de existencia (y conformación) o inexistencia de la relación o situación jurídica (o de algún elemento de ella), o de un negocio o acto jurídico (o de un elemento del mismo). Para el actor es, sin duda, un bien jurídico que se declare inexistente una servidumbre de paso o la nulidad de un matrimonio.

El art. 5 de la LEC parece aludir sólo a la declaración de la existencia (positiva) no de la inexistencia (negativa), con lo que pudiera creerse que sólo admite las pretensiones declarativas puras positivas, no las negativas. Sin embargo existen en la misma LEC claras manifestaciones de estas pretensiones negativas; por ejemplo en el art. 251.1, 6.ª, LEC. También fuera de la LEC existen claros ejemplos, como en el art. 127.1 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes.

Tradicionalmente se ha sostenido que para que esta pretensión pueda triunfar no basta con que el demandante sea titular del derecho material alegado, es preciso además que acredite un interés jurídico suficiente en lograr la declaración del órgano judicial. Se dice así que los tribunales no pueden realizar declaraciones retóricas de derechos, y de ahí que el actor haya de encontrarse en una situación tal que, sin la declaración judicial, pudiera sufrir un daño, daño que puede ser evitado precisamente con la declaración judicial. Lógicamente se exige, además, que la declaración se pida frente a la persona con la que esa declaración crea una situación de certeza.

Esta teoría del interés (o de necesidad de tutela judicial) añadido a la pretensión meramente declarativa para que la misma pueda admitirse o, en todo caso, ser estimada, debe, por lo menos, ponerse en cuestión, pues no acaba de comprenderse porqué un tipo de pretensión necesita del mismo y los demás no, aparte de que cuando una persona se gasta el tiempo y el dinero en interponer una pretensión, dando lugar a un proceso, y dejando a un lado los casos patológicos, es difícil negar la existencia de interés.

3.º) De constitución: También el bien se refiere aquí a la creación, modificación o extinción de una relación o situación jurídica (o algún elemento de ella) o de un negocio o acto jurídico (o un elemento de él). Bien jurídico es así la declaración de divorcio o la rescisión de un contrato por fraude de acreedores.

En las pretensiones constitutivas hay que distinguir dos supuestos: 1) Unas veces son necesarias en el sentido de que, teniendo la parte derecho al "cambio", éste sólo puede producirse por la jurisdicción y por medio del proceso, de modo que si la parte quiere el "cambio" el ejercicio de la pretensión es para ella necesario; es el caso del divorcio o de la declaración de incapacidad; y 2) Otras veces la pretensión constitutiva no es necesaria, en el sentido de que las partes de la relación jurídica material podrían lograr el "cambio" por sí mismas, si bien se precisaría la voluntad concorde de todas ellas; es el caso de la disolución de una sociedad, que puede realizarse por todos los socios, pero si uno de ellos se niega habrá de acudirse a la jurisdicción y al proceso.

B) La causa de pedir o *causa petendi*

a) Insuficiencia de la petición

La petición, tanto en su sentido mediato como en el inmediato, es insuficiente para determinar el objeto del proceso, y ello por la elemental razón de que un mismo bien puede pedirse con base en causas de pedir muy diversas, tanto que sin referencia a una causa precisa y determinada la pretensión no está individualizada, en el sentido de distinguida de las demás posibles.

El ejemplo que pusimos al principio respecto de una petición de cantidad de dinero puede repetirse aquí. Pero pueden añadirse otros. La petición de que se condene al demandado a que entregue la posesión de una casa determinada no es en sí misma suficiente para individualizar la pretensión, y no lo es porque esa posesión puede tener que entregarse por razones muy diversas, que van desde la afirmación de la propiedad hasta la existencia de un contrato de arrendamiento, pasando porque el demandante tiene el derecho de usufructo sobre la misma.

b) Irrelevancia de la fundamentación jurídica

La causa de pedir no puede consistir en normas ni en calificaciones jurídicas, pues ni unas ni otras pueden cumplir con la finalidad de individualizar un proceso con respecto a otros posibles. Las normas no añaden realmente nada a la identificación del proceso, a su distinción de otros posibles.

En primer lugar las normas jurídicas por ser abstractas y referirse a una plural diversidad de hechos de la vida social no son aptas para identificar la causa de pedir de una determinada petición, y lo mismo puede decirse de la calificación jurídica. Así decir que la causa de pedir de una petición de una cantidad de dinero es el art. 1500 del CC o que es la compraventa es manifiestamente insuficiente, pues la norma que establece que el comprador está obligado a pagar el precio no dice nada respecto de la exis-

tencia de unos hechos concretos que sean constitutivos de una compraventa determinada, y lo mismo cabe decir de la referencia general a la compraventa.

Pero además, y en segundo lugar, la función de los órganos jurisdiccionales consiste en la actuación del derecho objetivo en el caso concreto, y el conocimiento de las normas jurídicas se presupone en aquéllos, los cuales están obligados a aplicarlas conforme al principio *iura novit curia*, por lo que la mera alegación de una norma no puede añadir nada identificador respecto de la petición (art. 218.1, II, LEC).

Cuando unos mismos hechos pueden calificarse jurídicamente de formas distintas, porque esos hechos son el supuesto fáctico de dos normas, la calificación jurídica alegada por la parte, en cuando condiciona la petición concreta, sí puede servir para delimitar el objeto del proceso, y a ese concreto objeto han de referirse la congruencia y la cosa juzgada.

c) Hechos con trascendencia jurídica

En principio la causa de pedir es un conjunto de hechos, aunque el mismo tiene que tener trascendencia jurídica. Esto supone que:

1.º) La causa de pedir tiene que ser hechos, acontecimientos de la vida que sucedieron en un momento en el tiempo, y que además tengan trascendencia jurídica, es decir, que sean el supuesto de una norma que les confiere consecuencias jurídicas. Con ello se está diciendo que no cualesquiera hechos integran la causa de pedir, sino precisamente sólo los hechos que tiene importancia jurídica, con lo que se excluyen los hechos intranscendentes desde el punto de vista jurídico.

2.º) Los hechos intranscendentes para la determinación de la causa de pedir pueden tener importancia desde el punto de vista de la prueba, pero se trata de dos aspectos muy diferentes.

La causa de pedir en una pretensión dineraria de condena puede ser el no pago del precio por una compraventa determinada y concreta y habrá que hacer referencia a los hechos determinadores de la existencia de esa relación jurídica. El que de los hechos fueran testigos unas personas no hace a la existencia de la causa de pedir, pero puede servir para utilizar a esas personas como medios de prueba.

3.º) No todos los hechos con trascendencia jurídica sirven como fundamento de la petición o, dicho de otra manera, no constituyen la causa de pedir; es preciso todavía distinguir entre hechos constitutivos y hechos identificadores de la pretensión.

Los hechos constitutivos son aquellos que conforman el supuesto fáctico de la norma cuya alegación hace el actor como base de la consecuen-

cia jurídica que pide, de modo que de su alegación y prueba depende la estimación de la pretensión, mientras que los hechos que identifican la pretensión del actor, la causa de pedir, son sólo una parte de los anteriores y no se refieren a la estimación de la pretensión del actor por el juez, sino simplemente a su distinción de otras posibles pretensiones. Por ejemplo y escalonadamente:

1) Si en la demanda se dice que se reclama una cantidad de dinero (que se fija) en concepto de comisión por el trabajo efectuado por un agente de la propiedad inmobiliaria, esa demanda no contendrá la causa de pedir de la pretensión.

2) Si en la misma demanda se añade que la operación concreta por la que se pide la comisión se refiere a la venta de una determinada vivienda, la pretensión tendrá fundamentación o causa de pedir, pero con sólo esos hechos no podrá llegarse a una sentencia estimatoria.

3) Si además de todo lo anterior se añade que la comisión se refiere a una venta determinada y concreta, la que se hizo en un momento determinado en el tiempo y habiendo puesto en relación el agente de la propiedad inmobiliaria al comprador y al vendedor, quedarán determinados los hechos constitutivos que, si son probados, darán lugar a la estimación de la pretensión.

d) En cada clase de pretensión

Partiendo del anterior esquema general de la causa de pedir hay que referirse ahora a cada una de las pretensiones declarativas:

1.ª) De condena

La causa de pedir es muy distinta según se trate de una pretensión que se basa en un derecho de obligación o en un derecho real:

1") Derecho de obligación: La causa de pedir serán siempre los hechos concretos que dan lugar al nacimiento del derecho subjetivo. La pretensión habrá de referirse a unos hechos específicos de los que nazca el derecho de crédito alegado y lo distingan de los otros posibles derechos de crédito.

Si se está reclamando una cantidad de dinero por responsabilidad extracontractual tendrá que hacerse mención de la acción o de la omisión concreta en que intervino culpa o negligencia, lo que supone ubicar esa acción u omisión en el tiempo y en el espacio.

2") Derecho real: La titularidad del derecho real es la misma sea cual fuere el modo de su adquisición y todas las personas están obligadas a respetarlo en los mismos términos, por lo que el hecho determinante de la adquisición del derecho no hace a la causa de pedir sino que es simplemente un hecho constitutivo (art. 400 LEC).

En la pretensión reivindicatoria se ve muy claro lo que estamos diciendo. Esta es una pretensión de condena cuya petición ha de referirse a un bien concreto pero cuya causa de pedir es la afirmación de la propiedad sin más. Existiendo una demanda donde el actor pida que el demandado sea condenado a entregarle la posesión de una cosa cierta con base en que aquél es el propietario de la misma, la pretensión está individualizada por la petición y por la causa de pedir.

Naturalmente para que la pretensión sea estimada, el actor tendrá que alegar y probar un título de adquisición (una herencia concreta, una donación determinada, una compraventa, la usucapión), pero el título no hace a la identificación de la pretensión (al objeto del proceso), sino al hecho constitutivo que permitirá la estimación de la demanda.

La cosa juzgada que en el proceso se forme cubrirá todos los títulos posibles de adquisición, y por eso puede la jurisprudencia sostener que, reivindicada una finca con base en el título de adquisición de un contrato de compraventa, y desestimada la pretensión, no puede luego el demandante ejercitar otra vez la pretensión reivindicatoria alegando la usucapión, por ejemplo, por cuanto la cosa juzgada formada en el primer proceso opera en el segundo, concurriendo entre los dos identidad objetiva.

Para explicar la causa de pedir suele atenderse a las teorías de la individualización y de la sustanciación, si bien la poca utilidad de las mismas se evidencia cuando se advierte que ninguna de ellas sirve para explicar todos los supuestos.

2.º) De mera declaración

Como hemos dicho esta pretensión puede ser positiva (cuando se pide la declaración de la existencia de la relación o de la situación jurídicas o que tiene un contenido determinado) o negativa (si se pide la declaración de inexistencia o nulidad de la relación jurídica) y la causa de pedir es distinta en uno y otro supuesto.

1") En las pretensiones positivas puede repetirse lo que hemos dicho antes para las pretensiones de condena, con su distinción entre derechos de crédito (el conjunto de hechos del que nace) y derechos reales (la afirmación de la existencia del derecho mismo).

2") En las pretensiones negativas la situación es mucho más compleja y lo es tanto que falta precisión doctrinal y la solución legal es dudosa, tanto que el art. 5 LEC parece no referirse a esta clase de tutela jurisdiccional.

Para comprender las dificultades puede ponerse un ejemplo, el de la declaración de nulidad del matrimonio.

A veces se ha sostenido que la petición de nulidad es por sí misma suficiente para identificar el objeto del proceso, sin necesidad de hacer referencia a conjunto alguno de hechos de los contemplados en el art. 73 del CC como causas de nulidad. De seguirse esta orientación se estaría,

por un lado, diciendo que la alegación de una causa concreta sería necesaria como hecho constitutivo, pero no como elemento identificador de la pretensión, pero por otro se estaría también concluyendo que, dictada sentencia desestimando la pretensión, por no haberse probado la concurrencia de una causa de nulidad, todas las causas posibles quedarían cubiertas por la cosa juzgada, de modo que no podría intentarse otro proceso pidiendo la nulidad y alegando otra causa.

Otras veces se ha defendido que la petición de nulidad no es suficiente por sí sola para identificar el objeto del proceso, siendo preciso añadir una causa, esto es, el conjunto de hechos que es concebido en la norma como una causa de nulidad específica. La consecuencia más importante de esta concepción es la de que la cosa juzgada incluirá solamente esa causa, siendo entonces posible acudir a un proceso posterior en el que se pida la nulidad por una causa diferente.

Esta segunda postura parece la más correcta pero aún debe tenerse en cuenta que entonces la causa de pedir no sería propiamente el conjunto de hechos afirmado por el actor, sino la causa tal y como se enuncia en la ley. Es decir y por ejemplo, la causa de pedir no sería el hecho concreto afirmado por el actor del que se dedujera la falta de consentimiento matrimonial, sino que la causa sería la falta de este consentimiento, de modo que en un proceso posterior ya no podría volver a alegarse esta causa, aunque pretendiera basarse en otros hechos de los afirmados en el primero.

El art. 400.1 LEC parece inclinarse por la solución de que el objeto del proceso queda delimitado sólo por la petición de nulidad, quedando incluidas en ella todos los hechos y fundamentos o títulos jurídicos que pudieran invocarse al tiempo de la presentación de la demanda. En el mismo sentido el art. 408.2 se refiere a la oposición de nulidad absoluta del negocio jurídico. Con esta solución se quiere impedir la existencia de varios procesos consecutivos en los que se pide la nulidad de un matrimonio o de un negocio jurídico alegando causas distintas.

3.ª) De constitución

Esta pretensión puede referirse, bien a la creación o modificación de una situación o relación jurídica, bien a la extinción de la misma, y la causa de pedir requiere precisiones específicas en uno y otro caso.

1ª) Si el actor pretende la creación o modificación, parece que la causa de pedir la conforma el conjunto de los hechos de los que la ley hace derivar el derecho a crear o modificar.

Esto supone, por ejemplo, que la causa de pedir en la pretensión de incapacitación de una persona es la enfermedad o deficiencia física o psíquica que impide a la persona gobernarse por sí misma (art. 200 CC) y con relación a un momento determinado, con lo que la sentencia que

se dicte desestimando la pretensión impedirá que se inicie un nuevo proceso si la situación de enfermedad o deficiencia se sitúa en un momento anterior al de haberse dictado esa sentencia. Por el contrario, la cosa juzgada no podrá alegarse (o deberá desestimarse) si la petición de incapacitación se basa en la enfermedad o deficiencia producida después de haberse dictado la anterior sentencia.

2ª) Cuando el actor pretende la extinción de una relación o situación jurídica, debe estarse a lo que hemos dicho antes con relación al art. 400 LEC.

MONTERO AROCA, Juan. **"La Prueba en el Proceso Civil"**.
Editorial Aranza S.A. 4º Edición. Navarra, 2005

LECCIÓN 10.ª

Actitudes posibles del demandado.— La rebeldía: A) Concepto; B) Efectos; C) El proceso en rebeldía.— Las excepciones: A) Las excepciones procesales; B) Las excepciones materiales.— Contestación a la demanda: A) Concepto; B) Contenido; C) Documentos que deben acompañarla; D) La prohibición de transformación.— La reconvención: A) Conceptos; B) Requisitos.

ACTITUDES POSIBLES DEL DEMANDADO

La admisión de la demanda lleva al trámite siguiente del emplazamiento del demandado, que debe realizar el Juzgado conforme a las normas generales de este tipo de notificación y para el caso concreto de que la parte no esté aún personada (arts. 155 y ss. LEC y lección 23.ª del Tomo I). Frente a la demanda el demandado puede allanarse o resistir.

Si el demandado se allana el tribunal debe proceder a dictar sentencia de conformidad con el allanamiento (art. 21), pues no puede existir un proceso sin resistencia. Con todo, debe tenerse en cuenta que el allanamiento no es un acto específico de este momento procedimental, es decir, no es algo que sólo pueda hacerse ahora, sino que puede hacerse en cualquier momento de la instancia. Cuando se dice que el allanamiento es uno de los posibles contenidos de la contestación de la demanda, se está afirmando algo esencialmente incorrecto. Por lo mismo nos remitimos para su estudio a la lección 18.ª.

La resistencia que puede oponer el demandado, es decir, su petición de no ser condenado, está implícita en cualquier actividad que el mismo realice, e incluso lo está en su falta de actividad, pues en nuestro derecho positivo la rebeldía supone resistencia. Ahora bien, decir que la resistencia se resuelve en que el demandado pide su no condena es decir muy poco, siendo necesario aclarar las actitudes concretas dentro de la resistencia.

De modo escalonado esas actitudes concretas pueden ser:

a) No hacer nada o, dicho en términos más técnicos, no comparecer: La consecuencia será que el tribunal le declarará en rebeldía.

b) Comparecer pero no contestar a la demanda: Esta actitud puede responder a dos situaciones procedimentales:

1.ª) Personación y no contestación sin más: Principalmente para evitar ser declarado rebelde, el demandado puede limitarse a comparecer sin formular la contestación a la demanda (aunque esto ocurre raramente en la práctica).

2.ª) Personación y oposición de declinatoria: La ley permite a demandado plantear de modo previo, esto es, antes de la contestación a la demanda, la no concurrencia de los presupuestos procesales relativos a la jurisdicción y a la competencia de todo tipo, por medio de la declinatoria (art. 63 LEC y lección 2.ª).

c) Contestar a la demanda: Este es el acto en el que el demandado opone expresamente la verdadera resistencia; luego veremos sus posibles contenidos.

d) Reconvenir: En el escrito de contestación a la demanda, el demandado puede, además de formular la resistencia, interponer contra el demandante otra pretensión; con esta actitud se sale de la mera resistencia, por lo que se incoa un nuevo proceso que se resolverá en el mismo procedimiento.

LA REBELDÍA

Frente a la demanda la primera actitud que puede adoptar el demandado es la de no comparecer; a esta actitud, entendida como inactividad inicial y total, se denomina un tanto incorrectamente rebeldía.

A) Concepto

Los derechos romano y germánico se basaban inicialmente en la idea del juicio como sometimiento voluntario de las partes a un juez y, por tanto, no podían concebir el proceso en ausencia del demandado. El lógico paso siguiente fue configurar la presencia de éste en el proceso como una obligación y de ahí el establecimiento de sanciones para impulsarlo coactivamente a personarse; surge así la *missio in bona* y la proscripción. Hoy la concepción es, naturalmente, distinta y descansa, por un lado, en el principio de contradicción y, por otro, en la noción de carga.

El principio de contradicción, entendido como derecho fundamental de audiencia o defensa, supone que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, pero no puede jugar de la misma manera en todos los procesos. En el civil el principio se respeta cuando se ofrece al demandado la posibilidad real de ser oído, sin que sea necesario que éste haga uso de esa posibilidad. La demanda, pues, no impone al demandado la obligación de comparecer, sino simplemente la carga de hacerlo, es decir, un imperativo de su propio interés, que puede o no "levantar" según le parezca más conveniente.

La noción de rebeldía como inactividad precisa de algunas matizaciones para que sea rectamente entendida:

1.ª) La rebeldía es inicial y total, debiendo distinguirse de la inactividad parcial con relación a un acto determinado.

Si el demandado ha comparecido en el proceso, el no realizar después un acto procesal concreto en el plazo concedido para ello, incluida la propia contestación a la demanda, supone simplemente la pérdida de esa oportunidad, con la preclusión correspondiente, pero no es algo comparable a la rebeldía, pues ésta implica ausencia del proceso de modo total e inicial.

2.ª) Para llegar a la situación de rebeldía es indiferente la voluntad del demandado.

Este puede no haber comparecido por muy diferentes razones, las cuales se tendrán en cuenta a la hora de reconocerle el derecho de defensa o de concederle la denominada audiencia al rebelde, pero aquéllas no afectan a la situación de rebeldía que es algo objetivo.

3.º) El actor no puede incurrir en rebeldía.

Esta es una situación exclusiva del demandado. La presentación de la demanda supone que el demandante ha comparecido, por lo que ya no puede existir respecto de él inactividad inicial y total. La inactividad posterior del actor puede ser parcial o total. Si el actor no realiza un acto concreto, estaremos ante la pérdida del mismo por preclusión, que ya hemos dicho que es algo distinto de la rebeldía. La inactividad total posterior a la presentación de la demanda teóricamente ha de recibir tratamientos procesales muy distintos, según se trate de procedimientos escritos u orales, y la distinción atiende a la interposición completa o no de la pretensión en la demanda.

1.º) En un procedimiento predominantemente escrito la demanda contiene la pretensión completa, y con ella el juez dispone de todos los datos necesarios, tanto relativos a la identificación del objeto del proceso como a los hechos constitutivos, para conocer del asunto y dictar sentencia sobre el fondo de él; problema distinto será el de la carga de la prueba y las consecuencias de no haber probado. Por ello en estos procedimientos la

inactividad del actor no impide la continuación del proceso. La aplicación de esta solución, que es la teóricamente correcta, se ha desvirtuado al pretenderse dar la mayor trascendencia a la audiencia previa al juicio, y por ello el art. 414.3 y 4 LEC dice que la incomparecencia del demandante o de su abogado a la misma lleva al sobreseimiento del proceso (salvo que el demandado alegare interés legítimo en la continuación).

2ª) En un procedimiento oral la no asistencia del demandante al acto básico del juicio oral, vista, audiencia o comparecencia se hace equivaler a desistimiento tácito; esta es la solución del art. 442.1 LEC, para el juicio verbal (siempre salvo que el demandado alegue interés legítimo en la continuación del proceso).

4.ª) La rebeldía precisa de declaración expresa, que se hace de oficio por el juez, sin necesidad de que se acuse por el actor.

A esa declaración se refiere el art. 496.1 LEC que la exige en todos los juicios. Realmente en el juicio verbal la incomparecencia del demandado al acto de la vista implica su rebeldía sin necesidad de declaración expresa (y así el art. 83.3 de la LPL).

En el juicio ordinario la declaración de rebeldía va unida al hecho de que el demandado no se persone en las actuaciones dentro del plazo para contestar a la demanda (art. 496.1 LEC). Normalmente ello irá unido al hecho de que no conteste a la demanda, pero es posible que el demandado se persone y que no conteste.

B) Efectos

La rebeldía del demandado no impide la continuación del proceso hasta su final. Cuando hablamos de efectos lo que tratamos es de precisar qué consecuencias produce esta situación sobre el proceso que continúa su curso regular.

1.ª) La preclusión, propia de la inactividad, lleva a que el demandado pierda la posibilidad de realizar los actos procesales correspondientes, y en especial la contestación a la demanda, pero ello no implica consecuencia positiva alguna. En otros ordenamientos la rebeldía supone que el demandado admite los hechos alegados por el demandante y aun que se allana a la pretensión, pero esto no ocurre en el nuestro, en el que el art. 496.2 LEC dice claramente que la declaración de rebeldía no equivale ni a allanamiento ni a admisión de los hechos alegados en la demanda. La rebeldía se hace equivaler a que el demandado niega los hechos alegados por el actor y se opone a la petición de éste. El actor, para que sea estimada su pretensión, tendrá que realizar todo lo que tendría que hacer si el demandado hubiera contestado negando. La rebeldía supone así una resistencia implícita.

Esta es la regla general en nuestro Derecho, pero el propio art. 496.2 LEC admite que la ley puede disponer lo contrario, por lo existen algunas excepciones.

1.ª) En el juicio verbal el art. 440.2 LEC hace equivaler la incomparecencia del demandado a la vista a allanamiento, cuando se trata de dar efectividad a derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad.

2.ª) También en este juicio verbal el art. 440.3, y para el juicio de desahucio, hace equivaler la incomparecencia a la vista con allanamiento, pues entonces se declarará el desahucio sin más trámites.

3.ª) En el art. 441.4, y ahora para los casos 10.º y 11.º del art. 250.1 la inasistencia del demandado a la vista lleva a dictar sentencia sin más trámites estimatoria de las pretensiones del actor.

4.ª) Según el art. 602 LEC la no contestación a la demanda en la tercería de dominio se entiende como admisión de los hechos alegados por el tercerista en la demanda, y, según el art. 618 LEC, lo mismo ocurre en la tercería de mejor derecho.

Cuando el art. 440.1, II, dice que la inasistencia del demandado puede suponer admisión de los hechos en el interrogatorio de la parte, no está aludiendo a una consecuencia de la rebeldía, sino a una consecuencia de la inasistencia personal del demandado para la práctica de un medio de prueba. Por ello la remisión se hace al art. 304 que es el propio del interrogatorio de la parte.

2.ª) La resolución que declara la rebeldía se notificará al demandado por correo si su domicilio fuera conocido y, si no lo fuere, por medio de edictos. Hecho lo anterior ya no se le notificará resolución alguna, salvo la resolución que ponga fin al proceso (art. 497.1 LEC).

En el juicio verbal la notificación al demandado de la resolución que declara la rebeldía no debe hacerse. Esa resolución es oral, documentándose en el acta, y carece de sentido la notificación de la misma, primero porque en general las resoluciones orales no se notifican por escrito y, segundo, porque si la sentencia debe dictarse en el plazo de los diez días siguientes a la vista (art. 448 LEC), lo necesario será notificar ésta.

C) El proceso en rebeldía

En el desarrollo del proceso en rebeldía no existen trámites específicos. El actor tendrá que proceder a la realización normal del mismo, probando los hechos constitutivos que alegara si quiere que su pretensión sea estimada. Tres aspectos, sin embargo, deben resaltarse:

a) Cuando por desconocerse el domicilio del demandado, o por hallarse en ignorado paradero, fue emplazado para personarse por medio de edictos, debe procederse a comunicarle la pendencia del proceso, de oficio o a instancia de parte, en cuanto se tenga noticia del lugar en que pueda llevarse a cabo la comunicación (art. 498 LEC).

b) La comparecencia del rebelde: Este es, naturalmente, parte en el proceso, aunque permanezca inactivo y, por tanto, puede ser sujeto pasivo de determinadas actuaciones que frente a él pida el demandante; el caso más claro es el de la prueba de interrogatorio de la parte. Pero lo que importa es destacar que el rebelde puede personarse en el momento que lo estime oportuno y sea cual fuere el estado del pleito; a partir de esa personación el demandado asume las expectativas y cargas, pero el procedimiento no retrocederá en su tramitación (art. 499 LEC). Esto supone que el demandado que deja de estar en rebeldía asume el proceso en el estado en que se encuentre, *in terminis* (STC 184/1989, de 6 de noviembre).

> Una única matización requiere la afirmación anterior y se refiere a la prueba. Si el demandado comparece en el proceso después del momento establecido para la proposición de prueba en la primera instancia y su incomparecencia se produjo por causa que no le sea imputable, puede pedir en la segunda instancia que se practique toda la prueba que convenga a su derecho (art. 460.3 LEC).

c) Frente a la no notificación al rebelde de las resoluciones de ordenación del proceso, la sentencia (sea de primera instancia o de cualquier recurso) o la resolución que ponga fin al mismo, se notificará al demandado personalmente, en la forma prevista en el art. 161 de la misma LEC, aunque si se encuentra en paradero desconocido la notificación se hará por medio de edicto, que se publicará en el B. O. de la Comunidad Autónoma o del Estado (art. 497.2 LEC).

> Cuando la sentencia le haya sido notificada al demandado rebelde de modo personal, sólo podrá utilizar contra ella el recurso de apelación o los recursos extraordinarios por infracción procesal o de casación, y dentro de los plazos legales. Si la notificación se ha hecho por medio de edicto, el demandado puede utilizar los mismos recursos, pero el plazo para ello se inicia desde el día siguiente al de la publicación del edicto de notificación de la sentencia en alguno de los boletines oficiales (art. 500 LEC).

Tema distinto es el de la posibilidad de que el demandado rebelde inste, bien la nulidad de actuaciones, con base en el art. 225, 3.º, LEC, cuando se le haya colocado en situación de indefensión porque no se hizo correctamente el emplazamiento, bien la llamada audiencia al rebelde, en los supuestos del art. 501 LEC (lección 24.ª).

LAS EXCEPCIONES

La palabra excepción fue adquiriendo en nuestro Derecho tantos sentidos que al final acabó por no significar nada, al haber preten-

dido significarlo todo. Después de una larga evolución histórica se había llegado a la conclusión de que por excepción debía entenderse todo lo que el demandado pudiera alegar con el fin de no ser condenado, tanto se refiriera a defectos en la relación jurídico procesal por falta de presupuestos o requisitos procesales, como al tema de fondo. De esta manera cuando, estudiando las actitudes del demandado frente a la demanda, se decía que aquél ha excepcionado, las posibilidades de contenido de esta respuesta eran tantas que en realidad era inútil, por carecer de toda precisión.

Con ánimo de no romper con la tradición pero, al mismo tiempo, de dar sentido técnico a las palabras, la doctrina distinguió entre excepciones procesales y excepciones materiales, de modo que cuando el demandado alega excepciones procesales centra su oposición en la falta de presupuestos y/o requisitos procesales, en lo que nuestros tribunales suelen llamar defectuosa constitución de la relación jurídico procesal, y tiende a conseguir una resolución meramente procesal en la que no se entre en el fondo del asunto. Con las excepciones materiales el demandado tiende a la desestimación de la pretensión, refiriendo la oposición a su falta de justificación, de correspondencia con el derecho material, en cuanto éste no protege el interés del demandante, aspirando el demandado a un sentencia de fondo absolutoria.

La importancia de esta distinción se basa, no en las palabras, sino en reconocer que el demandado puede articular dos líneas de oposición escalonadas; puede primero referirse al proceso, alegando en torno a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales y, después o al mismo tiempo, según los distintos procedimientos, puede referirse al fondo del asunto, alegando en torno al derecho subjetivo alegado por el actor.

Naturalmente la vieja distinción entre excepciones dilatorias y excepciones perentorias, que proviene del Derecho romano y que, dándole sentido diferente a las palabras, se asumió en la LEC de 1881 exclusivamente para el juicio de mayor cuantía, ha desaparecido en la LEC de 2000.

A) Excepciones procesales

La excepción procesal tiene como contenido la falta de presupuestos o el incumplimiento de requisitos procesales, lo que supone que el demandado puede referirse a:

a) En primer lugar esta excepción puede referirse a la falta de *presupuestos procesales*. Estos son las condiciones que atienden a la posibilidad de que se dicte sentencia sobre el fondo del asunto; el

tribunal sólo podrá resolver el fondo del litigio planteado en la pretensión cuando concurran los elementos que determinan la correcta constitución de la relación jurídico procesal. Ello significa, obviamente, que los presupuestos se refieren al proceso como conjunto, no a un acto concreto del mismo; la existencia válida de los actos especialmente considerados depende de que en ellos concurran los requisitos legales, que son algo muy distinto.

Desde la posición en que ahora nos encontramos, desde las actitudes del demandado, lo que importa resaltar es que, sea o no estimable de oficio la falta de presupuestos, éstos pueden en todo caso ser alegados por el demandado, y que esa alegación se realizará por medio de las excepciones procesales. En ocasiones el tribunal apreciará de oficio su falta, en otras no, pero siempre cabe la alegación del demandado.

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

> El demandado puede alegar que en la demanda no se contiene una petición, o que ésta es oscura, o que se contienen peticiones contradictorias, pero no podrá excepcionar procesalmente que faltan hechos constitutivos, pues esto es tema de fondo que surgirá en las excepciones materiales A estos requisitos se refiere la LEC cuando habla de "defecto legal en el modo de proponer la demanda" (art. 416.1, 5.ª, LEC).

De lo dicho debe desprenderse que a la hora de fijar el contenido de las excepciones procesales podemos ofrecer una lista y una serie de remisiones, pues a los distintos presupuestos o impedimentos nos hemos referido ya o hemos de referirnos in extenso, y lo mismo hay que decir de los requisitos de la demanda.

> En consecuencia las excepciones procesales pueden referirse a:
>
> a) *Subjetivas*: Atiende a los sujetos del proceso, es decir:
>
> 1.º) Al tribunal: Respecto del presupuesto procesal de la competencia la LEC ha preferido darle a ésta un tratamiento distinto del propio de las excepciones; la falta de competencia, en su sentido más amplio, pues comprende todo lo relativo a la jurisdicción, a la competencia e, incluso, el sometimiento de la cuestión a arbitraje, se alega en la forma de declinatoria (arts. 39, 63, 64 y 416.2 LEC).
>
> 2.º) A las partes: Las alegaciones del demandado pueden referirse a una gran variedad de presupuestos: 1) Las partes han de existir y estar

determinadas, 2) Capacidad para ser parte, 3) Capacidad procesal (incluyendo la representación de las personas físicas y el órgano de las jurídicas), 4) Legitimación, comprendiendo el litisconsorcio necesario, y 5) Postulación, tanto lo relativo al procurador como al abogado.

b) *Objetivas*: Se refieren al objeto del proceso y posibilitan al demandado alegar: 1) La existencia de litispendencia, 2) De cosa juzgada, y 3) Falta de reclamación administrativa previa.

c) *Procedimentales*: Se refieren a: 1) La determinación del proceso adecuado, tanto por la materia como por la cuantía (y en ésta también a la determinación de la misma si de ella depende la existencia de recurso de casación), 2) Falta de requisitos de la demanda, y 3) A la indebida acumulación de pretensiones en la demanda.

B) Excepciones materiales

Si las excepciones procesales se refieren a la válida constitución de la relación jurídico procesal, las materiales se refieren al fondo. En este aspecto material el demandado aspira a que la pretensión sea desestimada.

El actor, al formular su pretensión de modo completo, ha expuesto una serie de hechos constitutivos, es decir, de hechos que son el supuesto fáctico de una norma jurídica de la que se desprende la existencia de su derecho subjetivo; esos hechos (recordemos la lección anterior) se refieren a las condiciones específicas de la existencia de la relación jurídica. Acudiendo a un ejemplo similar al que antes pusimos, si el actor pide que se condene al demandado al pago del precio resultante de una compraventa, sus hechos constitutivos serán las condiciones especificas de este tipo de contrato, las del art. 1.445 CC.

Frente a esos hechos el demandado puede oponerse a la pretensión sin llegar a alegar verdaderas excepciones materiales. La oposición entonces se basará, bien en la negación de la existencia de los hechos constitutivos, con lo que los convierte en controvertidos y, por tanto, en necesitados de prueba, bien en la admisión de la existencia de los hechos, pero alegando al mismo tiempo en torno al derecho aplicable, con lo que la discusión se transforma en jurídica. En todo caso no estamos aquí ante verdaderas excepciones materiales; el demandado pide la desestimación de la pretensión, pero lo hace negativamente, no en virtud de una actitud positiva de alegación de hechos distintos.

Las verdaderas excepciones materiales son hechos nuevos, distintos a los alegados por el actor y supuestos fácticos de normas también diferentes. Estamos ante excepciones materiales, sin más, cuando esos hechos no constituyen la *causa petendi* de otra pretensión; en caso contrario, el demandado no se limita a defenderse, sino que formula una nueva pretensión, con lo que surge la reconvención. Las excepciones materiales se mantienen dentro de la misma relación deducida por el demandante y además no suscitan un objeto

procesal nuevo; con base en ellas el demandado se limita a pedir su absolución, no pidiendo nada positivo frente al actor.

Así como respecto a las excepciones procesales puede hacerse una enumeración, respecto de las materiales a lo más que puede llegarse es establecer una clasificación de los hechos que puede alegar el demandado. De la misma forma que los hechos constitutivos dependen de la relación jurídica material, y éstas son innumerables, los hechos a alegar por el demandado dependen también de esa relación y si pretendiera ofrecerse una enumeración exhaustiva habría que hacer mención de todas y cada una de las relaciones jurídicas imaginables.

Los hechos a alegar por el demandado pueden ser:

a) Impeditivos: Son aquéllos que, recogidos por la norma correspondiente, impiden desde el principio que los hechos constitutivos desplieguen su eficacia normal y, por tanto, que se produzca el efecto jurídico pedido por el demandante.

Siguiendo con el ejemplo de la compraventa, el demandado puede admitir que el contrato se realizó formalmente, pero que en él no concurrió alguna de las condiciones generales de los contratos, por lo que éste es nulo; con base en el art. 1.251 CC el demandado puede alegar falta de causa, siendo el contrato simulado.

b) *Extintivos*: En otros casos los hechos constitutivos han existido y han desplegado su eficacia normal, pero posteriormente se ha producido otro hecho que ha suprimido esos efectos.

En el ejemplo de la compraventa el demandado reconoce que el contrato existió y que en un momento pasado debió el precio; el hecho nuevo que alega es alguno de los modos de extinción de las obligaciones del art. 1.156 CC, como que procedió ya a su pago.

Con los hechos impeditivos lo que el demandado dice es que el derecho subjetivo alegado por el demandante no llegó a nacer, aunque existieran los hechos constitutivos; con los extintivos la alegación se refiere al tiempo; el derecho subjetivo del actor existió en el pasado, pero no existe en el momento del proceso.

c) *Excluyentes*: También aquí se han producido los efectos de los hechos constitutivos, pero el demandado alega otros hechos, supuesto de la aplicación de una norma que le permite excluir dichos efectos. Frente al existente derecho del actor, existe otro contraderecho del demandado que puede excluir los efectos de aquél. El ejemplo típico es el de la prescripción, pero también cabe aludir al beneficio de excusión del fiador, al pacto de no pedir en plazo determinado, etc.

La diferencia fundamental de este caso, frente a los dos anteriores, radica en su sistema de aplicación; mientras los hechos impeditivos y extintivos pueden ser tenidos en cuenta por el tribunal, aunque no los alegara el demandado, siempre que hayan sido regularmente aportados al proceso y probados en él, los excluyentes sólo pueden ser tenidos en cuenta por el juzgador si existe alegación expresa del demandado y si han sido probados por éste.

El demandante ha de alegar los hechos constitutivos, y ello puede entenderse como manifestación concreta del principio dispositivo. Con base en la misma consideración el demandado ha de alegar los hechos excluyentes, que sólo pueden ser válidamente aportados al proceso a través de su alegación. Por el contrario, los hechos impeditivos y extintivos, en cuanto no conforman la pretensión ni la excluyen, han de ser, sí, alegados por las partes, pero para que el tribunal los tenga en cuenta no es preciso distinguir cuál de ellas los ha alegado.

De la misma demanda puede desprenderse que el contrato de compraventa, cuyo precio reclama el actor, carecía de causa, pues se simuló a efectos fiscales, por ejemplo, y también puede desprenderse que han transcurrido con exceso quince años sin que el demandante ejercitara su derecho. La diferencia de tratamiento consiste en que el primer hecho puede ser tenido en cuenta por el juez, si resulta probado e independientemente de quien lo alegara y probara, aunque el demandado no lo alegue expresamente, pues el contrato nació nulo por falta de causa (arts. 1.261, 3.º, 1.275 y 1.276 CC), mientras que la prescripción del art. 1.964 CC requiere alegación expresa del demandado, y el juez no puede tenerla en cuenta sin esa alegación.

Todas las excepciones pueden articularse en una misma contestación a la demanda. Para expresarlo gráficamente se tratará de trincheras escalonadas en la oposición. La primera línea la constituyen las excepciones procesales, que tienden a que el tribunal no entre en el fondo del asunto; superada esa línea, las materiales tienden a la desestimación de la pretensión, una vez que se ha entrado en el fondo del asunto, lo que se hará necesariamente en la sentencia.

Existen dos excepciones materiales que tienen tratamiento específico en la LEC/2000. Se trata de:

1.ª) Compensación: La naturaleza jurídica de la alegación por el demandado de compensación ha sido tradicionalmente debatida por la doctrina, sin haber alcanzado un resultado claro (hecho extintivo como el pago, hecho excluyente, reconvención). Generalmente se ha distinguido: 1) Si el demandado opone la compensación y pide que el demandante sea condenado por el exceso entre la cantidad pedida por éste y el importe del crédito sobre el que se pide la compensación, suele considerarse que se trata de una reconvención o, por lo menos, que ha de tener el tratamiento de ésta, 2) Si el demandado lo único que pide es que no sea condenado, aduciendo la compensación, suele considerarse que se trata de una excepción.

El art. 408.1 LEC, si entrar a decidir sobre ese debate, ha igualado el tratamiento procesal de la compensación, de modo que, en todo caso, es

decir, incluso cuando el demandado sólo pretende su absolución, y no la condena al saldo que a su favor pudiera resultar, el demandante podrá controvertir la excepción en la forma prevenida para la contestación a la reconvención. Más aún, la sentencia que se dicte sobre la compensación producirá cosa juzgada.

2.ª) Nulidad absoluta del negocio jurídico: Cuando el demandado aduzca en su defensa hechos determinantes de la nulidad del negocio en que se funda la pretensión o pretensiones del actor y en la demanda se hubiera dado por supuesta la validez del negocio, el actor podrá pedir al tribunal que así lo acordará, mediante providencia, contestar a la referida alegación de nulidad en el mismo plazo establecido para la contestación a la reconvención, y además la sentencia decidirá con efectos de cosa juzgada (art. 408.2 LEC).

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

A) Concepto

Si la demanda se define por su contenido (acción más pretensión), la contestación también debe definirse atendiendo al mismo criterio: Es el acto procesal de parte en el que se opone expresamente la resistencia por el demandado, esto es, por medio del cual el demandado pide que no se dicte contra él sentencia condenatoria. La contestación como acto es un continente; el contenido es la resistencia y ésta es una declaración petitoria de no condena.

Adviértase que estamos diciendo que la resistencia consiste en la petición de no ser condenado, que es más general, no en que se dicte sentencia absolutoria respecto del fondo, que es ya específica. Si el demandado puede alegar excepciones procesales es porque ha de pedir que no sea condenado, no que sea absuelto.

El art. 405 LEC dispone una contestación a la demanda en la que han alegarse todas las defensas que el demandado tenga contra la pretensión del actor, tanto las excepciones procesales como las materiales.

En la contestación, pues, el demandado pide que no se dicte contra él sentencia condenatoria, es decir, formula la resistencia y en ella no existe variedad. Esta aparece cuando se trata de justificar esa petición; entonces, sí, entonces el demandado puede: 1) Alegar en cuanto a la forma, pidiendo que la no condena se produzca porque el juzgador no puede entrar en el fondo del asunto, y/o 2) Alegar en cuanto al fondo negativa y/o positivamente, pidiendo que la no condena se produzca porque se desestime la pretensión del actor. En cualquier caso se trata de modos de lograr que no sea condenado, pero manteniéndose la misma resistencia.

Es cierto también que cabe resistencia sin contestación a la demanda, pero ésta es el único acto en que la resistencia es expresa. Cuando no se comparece, y surge la rebeldía, y cuando se comparece y no se contesta, nuestro ordenamiento supone que existe una resistencia implícita, esto es, de petición de no condena, y por ello el demandante debe probar los hechos constitutivos. Con todo la resistencia expresa se formula en la contestación y por ello estimamos conveniente definir ésta atendiendo a su contenido.

Esto no supone asimilar la naturaleza de la contestación a la de la demanda. Como acto iniciador del proceso la demanda es imprescindible para que exista la actividad jurisdiccional, mientras que la contestación no es un acto necesario. Su no necesidad proviene de que la resistencia puede ser también implícita. Lo necesario es la resistencia, no la contestación, pero si ésta es realizada por el demandado es para contener la resistencia.

B) Contenido

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

a) Negativas

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

1.°) *Negarlos*: El efecto base de la negación es que convierte a los hechos en controvertidos y, por tanto, en necesitados de prueba (art. 281.3 LEC).

Cuando existe contestación a la demanda el demandado tiene la carga de pronunciarse sobre los hechos constitutivos, negándolos expresamente o admitiéndolos, con lo que añade algo a la negación implícita que el ordenamiento atribuye a la rebeldía y a la no contestación a la demanda. En estos casos el juez no puede dar como existentes los hechos de la demanda, que han de ser probados por el actor, pero cuando el demandado contesta a la demanda la no negación expresa de los hechos puede ser considerada por el juez como admisión implícita y, aún más, las respuestas evasivas pueden ser estimadas por el tribunal en la sentencia como admisión (art. 405.2 LEC).

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

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

> Esta admisión puede ser incluso total y no supone allanamiento, pues el demandado continúa pidiendo que no sea condenado con base en los fundamentos de derecho. Cuando hay admisión expresa total de los hechos, la contienda se ha reducido a una pura cuestión jurídica, con lo que desaparece la necesidad de prueba (art. 429.1 LEC).

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

> Sin alegar hechos nuevos y admitiendo los alegados por el actor, el demandado deja reducida la cuestión a una controversia jurídica. Ello no es común, pero sí posible. La negación de los hechos y la negación de los fundamentos de derecho implican consecuencias distintas; los hechos pueden fijarlos las partes, el Derecho lo aplica el juzgador independientemente de las alegaciones de las partes; el principio *iura novit curia* supone siempre la no vinculación y el conocimiento por el juez.

b) Positivas

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

1.ª) *Alegar excepciones procesales*: Las hemos examinado ya y hemos concluido que mediante ellas se trata de poner de manifiesto la no concurrencia de algún presupuesto y/o requisito procesal, lo que conduciría, en su caso, a una resolución meramente procesal. Estas excepciones son también resistencia y petición de no ser condenado, pero dictándose sólo una resolución procesal de sobreseimiento y archivo.

> La terminología tradicional distinguía entre absolución en la instancia (que equivalía a sentencia que no se pronunciaba sobre el fondo del asunto por apreciar la concurrencia de un óbice procesal) y absolución sobre el fondo (que supone desestimar la pretensión al entrar en el fondo del asunto). Esta terminología está hoy, después de la LEC de 2000, sujeta a

revisión, pues en esta LEC se parte de que no deben existir sentencias de absolución en la instancia. Las resoluciones procesales son autos que se dictan en la audiencia previa, autos por los que se sobresee el asunto y se archivan las actuaciones.

2.ª) *Alegar excepciones materiales*: Se trata ahora, respecto del fondo del asunto, de pedir la absolución con base en hechos nuevos alegados por el demandado que tienden a desvirtuar los hechos alegados por el actor. Entran así en juego los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes. Para que existan verdaderas excepciones sobre el fondo el demandado no debe limitarse a negar o admitir, sino que ha de afirmar hechos propios sobre los cuales asumirá la carga de la prueba.

Cuando estudiábamos la demanda nos referíamos a sus requisitos de contenido; ahora con relación a la contestación, al establecer su contenido, no hemos hablado de requisitos; hemos establecido su contenido posible, partiendo de la base de que contestar a la demanda supone necesariamente pedir no ser condenado.

Ese contenido posible implica que en la contestación pueden mezclarse las actitudes negativas y positivas o que pueden articularse sólo algunas de ellas. En la contestación el demandado puede simplemente negar todos los hechos constitutivos, citar los fundamentos de derecho oportunos y pedir la absolución; puede también negar unos hechos, admitir otros, alegar hechos nuevos, citar las normas jurídicas correspondientes y pedir la absolución; de la misma manera puede alegar excepciones procesales y después entrar en los hechos de fondo para acabar pidiendo una resolución procesal y subsidiariamente una resolución de fondo absolutoria. El principio de eventualidad puede hacer que las alegaciones sean incluso contradictorias pero que, sin embargo, deban oponerse al mismo tiempo.

C) Documentos que deben acompañarla

Sobre la distinción entre documentos procesales y materiales y sobre la necesidad de acompañarlos a la contestación, puede reproducirse lo dicho respecto a la demanda, puesto que los arts. 264 y ss. LEC se refieren siempre a la demanda y a la contestación, en su caso, aunque es necesario hacer alguna matización.

a) Procesales

1.º) El poder que acredita la representación procesal del procurador, si la representación no se ha otorgado *apud acta* o por el turno de oficio (arts. 264.1, 1.º, y 24.1 LEC): Su no presentación, cuando sea necesario y no sea sustituido por las otras dos posibilidades, significará que el juez no dará curso a la contestación, si bien cabrá

subsanación, y sólo a falta de ésta se tendrá por no presentada la contestación y por no comparecido al demandado.

2.º) Acreditación de la representación legal de la persona física y la consideración de órgano de la jurídica (art. 264.1, 2.º, LEC): También aquí la falta del documento impedirá que el juez dé curso a la contestación, aunque siempre cabrá subsanación.

3.º) Tantas copias de la contestación y de los documentos como demandantes haya (arts. 273 y 275 LEC): La falta de estas copias no origina, en principio, la inadmisión de la contestación, sino simplemente que se conceda plazo de cinco días para que se presente, pero, en último caso, si no se subsana el defecto, se tendrán por no presentados el escrito y los documentos.

b) Materiales

Lo dicho para la demanda es exactamente aplicable aquí, teniendo en cuenta que se refieren, no a la estimación de la pretensión sino a su desestimación, a la absolución del demandado. Estos documentos, dictámenes periciales e informes (art. 265 LEC) podrán ser necesarios cuando el demandado alegue hechos nuevos, pero no cuando se limite a negar los hechos alegados por el actor.

D) La prohibición de transformación

Las prohibiciones de transformación de la demanda que se contienen en las leyes son trasladables *mutatis mutandis* a la contestación. Los arts. 412 y 413 LEC se refieren también a la contestación, y respecto de ésta son también aplicables las posibilidades de alegaciones complementarias previstas en la Ley.

> La prohibición de transformación se ha referido siempre a la demanda, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, pero las mismas razones constitucionales y técnicas que existen respecto de aquélla pueden referirse a la contestación, y aquí también puede colocarse al demandante en situación de indefensión y es preciso mantener un orden en las alegaciones del demandado.

Respecto de las alegaciones complementarias debe tenerse en cuenta que si una es específica del demandante (la ampliación de la demanda del art. 401 LEC), las demás son posibles a las partes, esto es, también al demandado, como se desprende de los arts. 286, 270, 271.2, 426 y 460 LEC.

LA RECONVENCIÓN

A) Concepto

Además de todo lo dicho anteriormente sobre las actitudes negativas y positivas del demandado frente a la demanda, cabe la formulación de reconvención. Se trata entonces de la interposición por el demandado de una pretensión contra la persona que le hizo comparecer en juicio, entablada ante el mismo juez y en el mismo procedimiento en que la pretensión del actor se tramita, para que sea resuelta en la misma sentencia, la cual habrá de contener dos pronunciamientos.

A la reconvención nos referimos ya en la acumulación de pretensiones (lección 6.ª). Entonces dijimos que se trata de una acumulación exclusivamente objetiva, sucesiva y por inserción realizada por el demandado, y hay que completar ahora el estudio de la misma.

La reconvención supone salir del objeto del proceso fijado en la demanda, y de las actitudes del demandado frente a la misma, para fijar un nuevo objeto procesal, esto es, una nueva pretensión y, consiguientemente, un nuevo proceso. Frente a la demanda puede el demandado adoptar una serie muy variada de actitudes que van desde la incomparecencia a la oposición de excepciones materiales. Si prescindimos de la primera, de la incomparecencia, todas las demás actitudes son compatibles con la formulación de reconvención, y lo son porque ésta no es en realidad una actitud del demandado frente a la demanda, sino el aprovechamiento de la existencia de un procedimiento iniciado por el actor para interponer frente al mismo otra pretensión.

La tradición española en materia de reconvención no exigía conexión objetiva alguna entre las pretensiones acumuladas, por lo que era posible que el actor pretendiera el precio de una compraventa y el demandado reconviniera pidiendo la devolución de un préstamo. Esta situación ha cambiado con la LEC/2000, pues el art. 406.1 dice que sólo se admitirá la reconvención si existiere conexión entre su pretensión y la que sea objeto de la demanda principal.

Establecida la necesidad de la conexión objetiva pueden surgir dos problemas:

1.º) Incompatibilidad de pretensiones: El art. 71.3 LEC prohibe la acumulación de pretensiones cuando sean incompatibles entre sí, esto es, cuando se excluyan mutuamente o sean contrarias entre sí, de suerte que la elección de una impida o haga ineficaz el ejercicio de la otra, pero esta

prohibición no puede aplicarse a la acumulación por reconvención, pues ello iría contra la naturaleza misma de ésta. Si el actor pidió el precio convenido en un contrato de construcción de obra, el demandado puede reconvenir por la indemnización de daños y perjuicios acordada para el caso de incumplimiento del constructor.

2.º) Distinción entre contestación y reconvención: La reconvención se efectúa en el escrito de contestación a la demanda pero no es actuación de respuesta ni de oposición a la demanda. Con la reconvención se sale del objeto del proceso fijado por el actor y se entra en otro objeto, en otra pretensión. Con todo las diferencias entre contestación y reconvención no siempre están claras.

Los elementos básicos para la distinción son: 1) La súplica de la contestación a la demanda: si el demandado pide algo más que la mera absolución, y siempre que ese algo más no esté implícito en la absolución, estaremos ante una reconvención, y 2) La extensión de la cosa juzgada: si lo que el demandado alega y pide en la contestación quedaría cubierto por la cosa juzgada, aunque no hiciera petición expresa, no existe reconvención y en caso contrario sí.

La distinción tiene especial importancia cuando se trata de peticiones positivas y negativas. Si el demandante pide una declaración positiva y el demandado pide su absolución y la declaración negativa contraria, normalmente no existirá reconvención porque la segunda petición con la absolución quedaba cubierta por la cosa juzgada. Al revés la solución no es tan clara. Si el actor interpone una pretensión negatoria de servidumbre de paso, no existirá reconvención si el demandado pide que se declare, además de su absolución, la existencia de la servidumbre, pero sí existirá reconvención si lo que pide es la constitución de la servidumbre.

B) Requisitos

a) Momento: La reconvención se interpone en el juicio ordinario siempre y exclusivamente en el escrito de contestación a la demanda (art. 406 LEC). Después de ese momento no podrá reconvenirse, quedando a salvo el derecho del demandado para interponer su pretensión en el juicio correspondiente.

b) Forma: Si la reconvención tiene que proponerse en el escrito de contestación a la demanda, la ley pretende que se distinga claramente entre uno y otro contenido del escrito. Por eso dice el art. 406.3 LEC que se propondrá a continuación de la contestación, acomodándose al contenido de la demanda según el art. 399 LEC.

El problema era el de la reconvención llamada implícita, esto es, aquélla cuya existencia ha de deducirse del escrito de contestación a la demanda, con base en que el demandado pide algo más que su absolución y ese algo más supone la interposición de una pretensión. Frente a reconvención implícita el art. 406.3 LEC reacciona disponiendo: 1) Habrá de expresarse con claridad la concreta tutela judicial que se pretende obtener, respecto del actor y, en su caso, de otros sujetos, y 2) En ningún caso se

considerara formulada reconvención si el escrito de contestación a la demanda del demandando finaliza con petición de simple absolución respecto de la pretensión formulada en la demanda.

De la demanda reconvencional debe darse traslado a los reconvenidos, para que contesten a la reconvención en el plazo de veinte días, contestación que se ajustará a lo dispuesto para la contestación a la demanda (art. 407.2 LEC).

c) Competencia: Para que la reconvención sea admisible el tribunal que está conociendo de la pretensión inicial debe ser también competente para conocer de la pretensión acumulada. Este es el principio general a matizar:

1.º) La competencia objetiva del tribunal por la materia no puede ser alterada por la reconvención (art. 406.2 LEC)

2.º) La competencia objetiva por la cuantía puede ser alterada, pero sólo a favor del tribunal más competente (art. 406.2, II, LEC).

Suele decirse que, atendiendo a la cuantía, el tribunal que puede lo más puede lo menos, pero no al revés. Si la pretensión inicial ha dado lugar a un juicio ordinario, atendida la cuantía, puede formularse reconvención por cuantía de juicio verbal, pero no a la inversa.

3.º) La competencia territorial sí puede ser alterada: Para conocer de la reconvención es competente el tribunal que está conociendo de la pretensión inicial.

d) Procedimientos homogéneos: La reconvención no será admisible cuando la pretensión que se ejercite deba ventilarse en juicio de diferente tipo o naturaleza. Así cabe reconvención entre pretensiones que puedan ventilarse por los juicios ordinarios (con la limitación antes dicha de la competencia), pero no cabe cuando una pretensión se tramita por un juicio ordinario y la otra tiene señalado cauce procedimental especial.

e) Legitimación pasiva: En nuestra tradición jurídica la reconvención podía formularse sólo contra el que era demandante en la demanda principal, no contra otras personas (salvo en algún caso especial, como el de la tercerías). Ahora el art. 407.1 LEC dispone que la reconvención puede formularse contra el demandante y contra otros sujetos no demandantes, siempre que puedan considerarse litisconsortes voluntarios o necesarios del actor reconvenido por su relación con el objeto de la demanda reconvencional.

Mientras está claro el supuesto del litisconsorcio necesario (en el que existe un único proceso con pluralidad de partes, por lo que es obvia la posibilidad de demandar al actor y a otra u otras personas), no ocurre lo

mismo con el llamado litisconsorcio voluntario que, como dijimos en la lección 6.ª, no es un supuesto de litisconsorcio, sino de acumulación de pretensiones. Admitido ahora que la reconvención se dirija contra el demandante y otra persona en el caso de este pretendido litisconsorcio voluntario, lo que se está admitiendo en realidad es que el demandado reconvenga formulados dos pretensiones: Una contra el actor y otra contra persona distinta, si bien esas dos pretensiones tienen que ser conexas entre sí y respecto de la pretensión formulada en la demanda inicial.

f) Efectos: La reconvención produce los efectos típicos de la acumulación de pretensiones que ya vimos en su momento: 1) Las dos pretensiones, la inicial y la reconvenida, se discutirán en un mismo procedimiento, y 2) Las dos se resolverán en una sola sentencia, la cual contendrá dos pronunciamientos, que no pueden ser contradictorios.

LECTURAS RECOMENDADAS:

SAMANES ARA, *La tutela del rebelde en el proceso civil*, Barcelona, 1993; VERGE GRAU, *La rebeldía en el proceso civil*, Barcelona, 1989; BACHMAIER, *La rebeldía en el proceso civil norteamericano y español*, Madrid, 1994.
TAPIA, *La compensación en el proceso civil*, Madrid, 1988; DE LA PLAZA, *Hacia una nueva ordenación del régimen de las excepciones en nuestro derecho positivo*, en Rev. de Der. Procesal, 1945.
TAPIA, *La reconvención*, Valencia, 1994; ROMERO GARCÍA-MORA, *La reconvención en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en Revista General de Derecho, 2001, marzo-abril.