



**Universidad La Salle**  
**Carrera Profesional de Derecho**

*“El conflicto jurídico entre el principio del Iura Novit Curia y el principio de Congruencia Procesal en los procesos civiles peruanos: Un análisis jurisprudencial del Noveno Pleno Casatorio Civil. Arequipa, 2018.”*

**Presentado por:**

*Bachiller Manuel Jesús Salas Chalco*

*PARA OPTAR EL TITULO PROFESSIONAL DE*  
*ABOGADO*

**Arequipa, Perú, 2019.**

**Dedicatoria:**

La presente tesis, la dedico en primer lugar, a Dios y a mi familia, porque son el primordial y más importante motivo e inspiración para poder cumplir todos los objetivos que me trazo.

La dedico también a todas aquellas personas que de alguna manera han influido tanto en mi formación profesional, como personal, en especial en lo que corresponde a un estudiante de la carrera de Derecho, o como más me gusta considerarme, un abogado en potencia.

Y especialmente, dedico esta presente investigación, a todos aquellos estudiosos del derecho que consideran que este no solo debe quedar plasmado y morir en aulas de universidad o en conversatorios académicos, sumamente interesantes, y a los cuales no se les resta la importancia debida; sino que, por el contrario, debe trascender a ello, y aplicarse con ideales de justicia y bienestar social, a cada caso concreto que se presenta en la vida.

## **Agradecimientos:**

Agradezco:

- ✓ A Dios, por haberme dado la vida y todos los regalos y dones, con los cuales he sido y soy favorecido cada día.
- ✓ A mi familia, por ser el primer regalo con el que Dios me bendijo, y a la cual le deberé eternamente mi formación como persona en valores, al haberme acompañado, guiado y enseñado, el mejor ejemplo de seres humanos que pueda señalar, en cada episodio de mi vida.
- ✓ A mis amigos y compañeros, por haber compartido conmigo tantas enseñanzas, alegrías, tristezas y retos que nos prepara el destino.
- ✓ A mis profesores y a mi Universidad, por haberme regalado un nuevo amor en mi vida: mi profesión.
- ✓ A quienes en alguna oportunidad han sido, mis jefes y compañeros de trabajo, por enseñarme que la integridad es más importante que el conocimiento, y que sin valores de nada sirve ser exitoso.
- ✓ Y a todas aquellas personas anónimas, que de alguna manera han influido tanto en mi formación profesional, como personal; porque sin ellas tampoco sería quien soy hoy.

## Índice general:

<u>Temas:</u>	<u>Páginas</u>
Portada.....	1
Dedicatoria: .....	2
Agradecimientos:.....	3
Índice general: .....	4
Resumen: .....	5
Palabras Clave.....	5
Abstract: .....	6
Key words .....	6
Resumo:.....	7
Palavras-chave .....	7
<b>I. CAPÍTULO I - EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN .....</b>	<b>8</b>
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: .....	8
1.1. Problemática:.....	8
1.2. Introducción: .....	10
1.3. Problema: .....	13
2. OBJETIVOS.....	13
2.1. Objetivo General. ....	13
2.2. Objetivos Específicos.....	13
3. JUSTIFICACIÓN .....	14
4. IMPORTANCIA .....	14
<b>II. CAPÍTULO II - MARCO TEÓRICO .....</b>	<b>14</b>
1. Principios y Normas: .....	14
2. Principio de Iura Novit Curia .....	22
3. Principio de Congruencia Procesal.....	35
4. Facultades de los Magistrados en el Proceso. ....	42
<b>III. CAPÍTULO III – METODOLOGÍA.....</b>	<b>46</b>
1. MÉTODO: Dogmática Jurídica y Análisis de Contenido. ....	46
2. TÉCNICA: Observación Documental y Análisis.....	47
<b>IV. CAPÍTULO IV – RESULTADOS Y DISCUSIÓN .....</b>	<b>48</b>
<b>V. CONCLUSIONES.....</b>	<b>73</b>
<b>VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:.....</b>	<b>77</b>
1. REFERENCIAS .....	77
2. MARCO NORMATIVO.....	85
<b>VII. ANEXOS:.....</b>	<b>86</b>
1. Sentencia del IX Pleno Casatorio Civil. ....	86

## **Resumen:**

*La presente investigación se encuentra referida a determinar la existencia de un problema en la aplicación de dos principios procesales fundamentales para la consecución de un debido proceso conforme al sistema jurídico peruano, ello debido a que, el primero de estos, el de Iura Novit Curia, aparenta otorgar al juzgador las facultades suficientes a fin de intervenir activamente en la pretensión de las partes planteada en el proceso aplicando el derecho correspondiente; mientras que el otro principio, el de Congruencia Procesal, limita la actuación judicial a que por un lado no pueda exceder el petitorio, ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes, y establecidos como puntos controvertidos en el proceso. Es así que en la aparente confrontación de ambos principios surge la teoría doctrinaria contemporánea de flexibilización del proceso, que señala que precisamente el juez conocedor del derecho, en virtud del primer principio referido, tiene la obligación de intervenir en la pretensión adecuándola con el fin de resolver el conflicto intersubjetivo de intereses obrante del expediente, casi de manera ilimitada, variando incluso la pretensión originaria del proceso. En mérito a tal corriente, en nuestra jurisdicción nacional se han venido emitiendo una serie de jurisprudencias, donde los efectos del fallo de la sentencia, han resuelto, e incluso, otorgado derechos a los litigantes, totalmente distintos a los ventilados en el proceso; especialmente en los procesos constitucionales, laborales y de familia, donde el juzgador por la naturaleza del proceso, tiene un rol tutelar y a la vez, tuitivo sobre los derechos discutidos; sin embargo, el problema resulta mayor, cuando dicho criterio es utilizado en procesos donde prima el principio de socialización del proceso y de igualdad de las partes; como por excelencia, es el Proceso Civil. En tal contexto, se ha emitido el Noveno Pleno Casatorio Civil, en el cual, los magistrados de la instancia suprema han establecido determinados precedentes vinculantes de obligatorio cumplimiento, con los cuales concretizan tal corriente en la labor del juzgador, como por ejemplo, facultar a que en cualquier proceso de cognición pueda ventilarse y resolverse la nulidad del acto jurídico, cuando el juez advierta que esta es manifiesta; variándose así la pretensión inicialmente planteada, y por ende vulnerando así, el principio de Congruencia Procesal clásico. Para el análisis del presente tema, se analizarán diversas fuentes documentales doctrinarias, tales como libros, artículos, y otros; así como jurisprudencia nacional y comparada, especialmente de las Salas Supremas Civiles de la Corte Suprema de Justicia del Perú.*

*Palabras Clave: Proceso civil peruano, Noveno Pleno Casatorio Civil, Iura Novit Curia, Congruencia Procesal, Conflicto entre principios.*

### **Abstract:**

*This research is concerned to determine the existence of a problem in the application of two fundamental procedural principles for the achievement of due process under the Peruvian legal system, this due to the first of these, on Iura Novit Curia, appears to give the judge sufficient powers to intervene actively in the claim of the parties raised in the process by applying the corresponding right; While the another principle, that of procedural consistency, limited the judicial action to hand can exceed the request not based its decision on facts different from those who have been alleged by the parties, and on the other hand, forces him to give an opinion on all controversial points in the process, to all of the arguments made by the parties in their Postulatory acts or Impugnatory means. It's so contemporary philosophic theory of easing of the process, which points out that precisely the judge knowing the right, under the first principle referred, has an obligation to intervene in the claim with the purpose of resolving the intersubjective conflict of interest in the file, almost unlimited, varying even claim to originating process emerged in the apparent confrontation of both principles. In merit to such power, in our national jurisdiction are have been issued a series of jurisprudence, where the effects of the failure of the ruling, have been solved, and even granted rights litigants, completely different to the ventilated in the process; especially in the processes of constitutional, labor and family, where the judge by the nature of the process, has a role foster at the same time, it's essentially protective rights discussed; However, the problem is greater, when this criterion is used in processes where raw material the principle of socialization of the process and equality of the parties; as par excellence, it is the Civil process. In this context, has been issued the ninth full Casatorio Civil, in which, the judges of the Supreme instance have established certain precedents binding, which concretize such power in the work of the judge, as for example, empowered in any process of cognition can be exhausted and resolved the nullification of the legal act, when the judge warn that this is manifest; Thus varying the claim initially raised, and therefore so, violating the principle of classical procedural consistency. For the analysis of this topic, we will analyses various doctrinal documentary sources, such as books, articles, and others; as well as case law national and comparative, especially of the halls Supreme civil from the Court Supreme of Justice of the Peru.*

*Key words: Peruano Process civil, ninth full Civil Casatorio, Iura Novit Curia, procedural coherence, conflict between principles.*

## **Resumo:**

*Esta pesquisa está em causa a determinar a existência de um problema na aplicação dos dois princípios processuais fundamentais para a realização do devido processo legal no âmbito do sistema jurídico peruano, isto devido a isso, o primeiro dos Estes, Iura Novit Curia, aparece dar ao juiz poderes suficientes para intervir ativamente na alegação das partes levantadas no processo, aplicando-se o direito correspondente; Enquanto o outro, o correspondente processuais de princípio, limitado a ação judicial a mão pode exceder a solicitação não baseiam a sua decisão em factos diferentes dos que foram alegados pelas partes e estabeleceu como pontos controversos na processo. É assim, em que aparente confronto desses dois princípios é contemporânea teoria filosófica de flexibilização do processo, que assinala que precisamente o juiz conhecer o direito, sob o primeiro princípio refere-se, tem a obrigação de intervir no pedido de adaptá-la a fim de resolver o obrante intersubjetivo conflito de interesses do registro, quase ilimitado, variando até mesmo reclamação, originários do processo. Em mérito de tal poder, em nossa jurisdição nacional são emitiram uma série de jurisprudência, onde os efeitos da falha da decisão, foram resolvidos e mesmo concedido litigantes direitos, completamente diferentes para a ventilada no processo ; especialmente nos processos de constitucional, trabalhista e família, onde o juiz pela natureza do processo, tem um papel promover ao mesmo tempo, seus direitos essencialmente protetoras discutidos; No entanto, o problema é maior, quando este critério é usado em processos onde cru material do princípio da socialização do processo e da igualdade das partes; como por excelência, é o processo Civil. Neste contexto, foi emitida a nona Casatorio Civil completo, no qual, os magistrados da Suprema instância estabeleceram certos precedentes de vinculação do obrigatório, cujo cumprimento concretizar esta corrente no trabalho do juiz, como por exemplo autorizar qualquer processo de cognição pode ser esgotado e resolvido a nulidade do acto jurídico, quando o juiz advertir que se trata de manifesto; Assim, variando a alegação inicialmente levantada e, portanto, então, violando o princípio de coerência processual clássico. Para a análise deste tópico, analisamos várias fontes documentais doutrinárias, tais como livros, artigos e outros; bem como a jurisprudência nacional e comparada, especialmente dos salões Supremo civil desde o Court Supreme da Justiça do Peru.*

*Palavras-chave: processo civil Peruano, nono Casatorio Civil completo, Iura Novit Curia, coerência processual, conflito entre princípios.*

## I. CAPÍTULO I - EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

### 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

#### 1.1. Problemática:

Nuestro sistema jurídico normativo, heredero del modelo romano germánico greco-latino traído por los españoles a Hispanoamérica durante la conquista, contiene en su dimensión adjetiva diversos principios que como entes rectores permiten la actuación y ejercicio de los derechos sustantivos de los ciudadanos, especialmente en su ámbito jurisdiccional. Entre los referidos principios encontramos al del “Iura Novit Curia”, que en su contenido otorga facultades al magistrado respecto a la pretensión judicial de las partes o litigantes y su actuación procesal, al señalar que el juzgador conoce el derecho mejor que las partes y por ende debe aplicarlo aunque este no haya sido invocado por las mismas; mientras por otro lado, y vigente también en el ordenamiento, encontramos al principio de Congruencia Procesal, que limita la actuación del juez circunscribiéndola a la pretensión de las partes, impidiendo su modificación, así como no basar su decisión en cuestiones distintas a las fijadas como puntos controvertidos en el proceso.

En nuestro ordenamiento nacional, el aforismo romano del “Iura Novit Curia” es recogido por el Art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil refiriéndose a un mayor conocimiento del derecho por parte del juzgador en relación a las partes procesales; el cual conlleva a que este pueda aplicar el referido principio determinando la calificación jurídica correspondiente al planteamiento inicial de los litigantes, pudiendo además aplicar la norma jurídica correspondiente y conceder el derecho derivado de la misma.

Asimismo, nuestro sistema procesal nacional, establece como otro principio rector y fundamental del proceso civil (entre otros sistemas adjetivos) al Principio de Congruencia Procesal, el mismo que se encuentra enunciado en el último párrafo del artículo 50 del mismo Código sancionando con nulidad su inobservancia, formando así parte integrante de un Principio y Derecho fundamental procesal y constitucional mayor, como es el Debido Proceso.

Se ha sumado también el análisis de numerosa doctrina y jurisprudencia, identificando a los mencionados principios, por ejemplo la Casación N° 1308-2001-CALLAO, enfatiza en la congruencia procesal mencionada, estableciendo la imposibilidad de un pronunciamiento *extra petita*, así como la obligación del magistrado de pronunciarse respecto a todos los puntos controvertidos establecidos en las causas judiciales y sobre todas las alegaciones efectuadas por las partes, ya sea en sus actos postulatorios, como en sus medios impugnatorios, así como la Casación N° 1347-2015 TACNA, donde se resalta el principio del “juez y derecho”.

Es en ese contexto que surge la problemática enunciada, toda vez que los operadores jurídicos al interpretar y aplicar los referidos principios procesales en la solución de un caso concreto, aparentemente confrontan ambos principios, ello a pesar de que uno de estos supone otorgar al juzgador las facultades suficientes a fin de intervenir activamente en la pretensión de las partes planteada en el proceso; mientras que el otro limita su actuación a lo establecido en el



petitorio; ello a pesar de que, de su contextualización clásica normativa, no resultan contraponerse, sino más bien se constituyen, como limitantes uno respecto al otro.

Sin embargo, en su contrastación práctica del ejercicio forense, los magistrados peruanos, incluso los de la instancia suprema, han desarrollado a través de sus fallos judiciales, de manera indirecta, una corriente jurisprudencial contemporánea basada en la flexibilización del proceso, toda vez que desarrollan que el juez concedor del derecho, en virtud del principio del *Iura Novit Curia*, tiene la obligación de intervenir en la pretensión adecuándola con el fin de resolver el conflicto intersubjetivo de intereses obrante del expediente casi de manera ilimitada, variando incluso la pretensión originaria del proceso; vulnerando así, el principio de Congruencia Procesal, en especial en los procesos civiles.

El problema resulta mayor cuando los jueces, “concedores del derecho”, por lo menos en teoría, mejor que las partes; pretenden analizar una pretensión que ni siquiera ha sido propuesta por la parte demandante, ni contestada por el demandado, y por ende, no habiendo sido fijada como punto controvertido del proceso, utilizan la figura “de oficio”, y por su criterio propio, la incluyen dentro del proceso, y presumen que debió corresponder en realidad a la intención de las partes que no supieron aplicar el derecho que los amparaba.

Así, sucede en el Noveno Pleno Casatorio Civil, en el cual al analizar los procesos de Otorgamiento de Escritura Pública – donde por su naturaleza sumarísima no se discuten los elementos de validez del acto jurídico, sino tan solo su cumplimiento y ejecución (pretensiones distintas) – los magistrados vulneran (por lo menos preliminarmente) el principio de congruencia procesal al no conceder a la parte demandada la posibilidad de pronunciarse respecto a la nueva pretensión advertida.

Es importante concluir en este punto que incluso en cualquier proceso cognitivo, los jueces advirtiendo la existencia de alguna de las causales de Nulidad del Acto Jurídico establecidas en el Artículo 219 del Código Civil, tienen no solo la facultad, sino la obligación de pronunciarse sobre la misma, *previo traslado y puesta a conocimiento de los litigantes* que en el proceso ahora se va a discutir la referida pretensión; la inobservancia de este procedimiento resulta, por lo menos, preliminarmente, una vulneración del Principio de Congruencia Procesal, y una suplencia de los juzgadores en la calidad de alguna de las partes integrantes del proceso.

Así, el objeto de la presente investigación se encuentra referido a analizar la verdadera naturaleza jurídica del Principio del *Iura Novit Curia*, y su aplicación en los procesos civiles peruanos, así como determinar la posible existencia de un conflicto con el Principio de Congruencia Procesal, los límites existentes entre ambos, y las facultades judiciales que poseen los magistrados nacionales respecto a la pretensión de las partes procesales; para lo cual se analizarán diversas fuentes documentales doctrinarias, tales como libros, artículos, y otros; así como jurisprudencia nacional y comparada, especialmente de las Salas Supremas Civiles de la Corte Suprema de Justicia del Perú.

## 1.2. Introducción:

*“En los pueblos libres el derecho ha de ser claro.  
En los pueblos dueños de sí mismos, el derecho ha de ser popular.”  
José Martí.*

El presente trabajo, con el merecido reconocimiento de los autores doctrinarios del derecho, a los cuales les debemos, según mi opinión personal, más de una institución jurídica fundamental en nuestro ordenamiento jurídico-social y la interpretación de bastas normativas, jurisprudencia, derechos y principios que lo conforman, y en los cuales también se basa en gran parte la presente investigación; pretende, quizá de una manera algo ambiciosa, no avocarse únicamente a un análisis meramente epistemológico, ideológico y doctrinario del tema, como el efectuado por los mencionados; sino desarrollar el mismo en su aplicación práctica contrastable en casos concretos extraídos de nuestra realidad.

En ese sentido, por lo general, en nuestro ordenamiento jurídico procesal los operadores del derecho, especialmente los magistrados del Poder Judicial, han desarrollado a lo largo de la emisión de fallos y demás jurisprudencia, ciertos criterios de aplicación para la correcta interpretación de las normas procesales. Sin embargo, en dicho desarrollo, en algunas ocasiones y sentidos de los fallos, se han introducido contemporáneas figuras a nuestra estructura normativa originaria, con criterios de interpretación que no solo varían el ordenamiento jurídicamente establecido por el legislador nacional; sino que, en muchas ocasiones, generan cierta incertidumbre respecto a los operadores jurídicos, y en general a las partes litigantes de los procesos nacionales.

Así, la presente investigación se encuentra referida a desentrañar la existencia de una problemática en la aplicación de dos principios procesales fundamentales para la consecución de un debido proceso conforme al sistema jurídico peruano, ello debido a que, el primero de estos, el de *Iura Novit Curia*, aparenta otorgar al juzgador las facultades suficientes a fin de intervenir activamente en la pretensión de las partes planteada en el proceso, aplicando la norma jurídica que conceda u otorgue el derecho correspondiente; mientras que el otro principio, el de *Congruencia Procesal*, limita la actuación judicial a que por un lado no pueda excederse el petitorio, ni fundarse una decisión judicial en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes, y establecidos como puntos controvertidos en el proceso. Es así que en la aparente confrontación de ambos principios surge la contemporánea corriente doctrinaria de la “Flexibilización del Proceso”, señalando que precisamente el juez, conecedor del derecho, en virtud del primer principio referido, tiene la obligación de intervenir en la pretensión adecuándola con el objetivo de resolver el conflicto intersubjetivo de intereses obrante del expediente, casi de manera ilimitada, variando incluso la pretensión originaria del conflicto.

En ese sentido, la relevancia del presente trabajo se encuentra básicamente referida a que la misma constituye un aporte para la discusión académica y un medio de información y de correcta interpretación tanto para los magistrados, como para los demás operadores jurídicos peruanos; al pretender desentrañar la verdadera naturaleza jurídica de un Principio Procesal fundamental del derecho nacional, y evitar la vulneración o contraposición que pueda existir con otro principio procesal, y que finalmente afecte al proceso y a sus partes integrantes.

Dicha discusión se encuentra referida a que, para una parte de los operadores jurídicos – entre los que necesariamente debo incluirme –, lo efectuado por los magistrados del Poder Judicial en virtud de los precedentes asentados en el Noveno Pleno Casatorio Civil respecto a la aplicación del Principio del Iura Novit Curia en los procesos civiles (sin previamente correr traslado a las partes), conforme la ya mencionada, “Corriente Flexibilizadora del Proceso”; significa no solo una vulneración del Principio de Congruencia Procesal, sino el desvirtuar el mismo Iura Novit Curia clásico contenido en el ordenamiento nacional; ello toda vez que al ir más allá del petitorio inicialmente propuesto, y variarlo, en realidad interpretan subjetivamente la intención real de las partes, resolviendo sobre cuestiones distintas a todos los puntos controvertidos establecidos a lo largo del proceso en sus etapas perentorias respectivas, así como a todas las alegaciones efectuadas por las partes, ya sea en sus actos postulatorios, como en sus medios impugnatorios; invocando el “derecho”, y con ello de oficio, otra pretensión distinta, lo que implica necesariamente en virtud de las garantías del debido proceso la necesidad de que previamente las partes procesales conozcan de la intención judicial.

La discusión resulta aún más compleja debido a que existe también incertidumbre por parte de algunos operadores del derecho respecto a la determinación de la verdadera naturaleza del Principio del Iura Novit Curia, así como de sus alcances, efectos y límites; dado a que el referido principio, entendido según la “Corriente Flexibilizadora”, como la aplicación del derecho correcto al mismo, aparentemente se opondría, conforme a la concepción clásica del derecho, a la teoría garantista procesal y utilizan esta última como respuesta a la contemporánea teoría Flexibilizadora, señalando que los derechos no se aplican, sino que estos se otorgan o conceden, conforme a la correcta interpretación de una norma jurídica, lo cual resulta concordante con la redacción del referido principio en nuestro ordenamiento sustantivo, que en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Civil señala que *“Los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda”*; por lo que, en ese sentido el juzgador no tendría las facultades suficientes para variar la pretensión planteada por las partes, sino tan solo aplicar la norma jurídica que erróneamente fue invocada, sin que ello implique variación alguna del petitorio inmediato del proceso, es decir, de la real intención de la demanda, propuesta en el proceso, al iniciar el mismo.

Ello resulta de vital importancia para la vida práctica forense nacional, toda vez que al no contar con una certeza, o por lo menos certidumbre, respecto a la naturaleza, efectos, alcances y limitaciones del referido principio, los magistrados realizan una aplicación dispar del mismo, llegando a contradecirse en sus sentencias, confundiendo el alcance y limitaciones de sus propias facultades procesales– como un ente imparcial encargado de administrar justicia y resolver conflictos intersubjetivos de interés e incertidumbres jurídica, desarrollando casi como obligación o deber, una notoria línea de criterios jurisdiccionales delineados por la contemporánea “Corriente Flexibilizadora” del proceso, en los cuales, a través de sus fallos judiciales, han obviado normas procesales estrictas con el pretexto y trasfondo de resolver los conflictos y administrar justicia como fines abstractos y concretos del proceso; pero finalmente desvirtuando garantías de los propios judicializados, como la seguridad y predictibilidad jurídica.

Tal aplicación de los magistrados judiciales, donde los efectos del fallo de la sentencia han resuelto e incluso, otorgado derechos a los litigantes totalmente distintos a los ventilados en el proceso, se ha realizado en determinadas causas jurisdiccionales, en las cuales el juzgador por la naturaleza de la pretensión y bienes jurídicos discutidos, tiene un rol tutelar y a la vez tuitivo sobre los derechos en conflicto, como ocurre en el caso de los procesos constitucionales, laborales y de familia, en los cuales la pretensión consta por lo general en la urgente y necesaria intervención del estado a través del *ius puniendi* (facultad sancionadora del Estado) ejercida por Poder Judicial, para la tutela de derechos fundamentales, sea por el inminente peligro o daño causado a los mismos, la condición especial de los sujetos tutelares de tales derechos e intereses o la condición de desproporción, por lo menos procesal, existente entre las partes litigantes. Sin embargo, el problema antes descrito resulta mayor cuando dicho criterio es utilizado en procesos donde el principio de socialización del proceso y de igualdad de las partes gobierna; como por excelencia se observa en el Proceso Civil; en el que el juzgador no posee las facultades y atribuciones referidas para los otros procesos antes señalados, sino que por el contrario, el juez resulta el ente absolutamente imparcial, que no bajo ninguna circunstancia general debe intervenir en la labor procesal de ninguna de las partes judicializadas. No obstante a ello, las pretensiones civiles han sido una materia en la cual también los magistrados nacionales han aplicado los referidos criterios adoptados por la tan polémica “Corriente Flexibilizadora” del proceso.

En tal contexto, se ha emitido el Noveno Pleno Casatorio Civil (Casación N° 4442-2015-Moquegua), en el cual, la Corte Suprema se pronunció, en última y definitiva instancia, respecto al caso de una pareja de esposos que compró un predio a otro matrimonio, a través de un documento privado, con la condición y acuerdo de que posteriormente sería elevado a escritura pública, pero participando en el referido documento solo uno de los integrantes de la sociedad conyugal vendedora; por lo que el matrimonio adquirente decidió demandar el otorgamiento de la escritura pública del referido negocio traslativo de dominio, conforme se había acordado previamente. Ante este hecho los jueces, tanto de primera como de segunda instancia, advirtiendo de oficio la nulidad en el contrato de compraventa dada la no intervención de uno de los integrantes de la sociedad conyugal vendedora en la disposición del bien, declararon improcedente la demanda y confirmaron tal fallo, respectivamente; por lo cual, mediante la interposición del recurso de casación, los magistrados supremos convocaron a un Pleno Casatorio Civil ante la existencia de pronunciamientos contradictorios respecto de si es posible que en un proceso (sumarísimo) de otorgamiento de escritura pública se realice un control de validez del negocio jurídico que se pretende formalizar; y en el cual finalmente han establecido determinados precedentes vinculantes de obligatorio cumplimiento, con los cuales concretizan la flexibilización procesal en la labor del juzgador, como por ejemplo, facultarlo para que en cualquier proceso de cognición, advertida una nulidad manifiesta se pueda ventilarse y resolverse la nulidad del acto jurídico; variándose así la pretensión inicialmente planteada, y por ende vulnerando, a criterio de gran parte de los operadores jurídicos nacionales, el antes referenciado principio de Congruencia Procesal.

El método utilizado para la presente investigación, conforme a la naturaleza del tema investigado, ha sido un método Descriptivo (Dogmática Jurídica); así como la Técnica empleada corresponde a la Observación Documental debido al análisis de fuentes

documentales doctrinarias, así como el análisis de jurisprudencia nacional y comparada. Para ello, por lo general no se han identificado limitaciones en cuanto a la recolección de fuentes bibliográficas; toda vez, que, debido a la naturaleza del trabajo, los referidos principios, así como sus alcances, efectos y competencias, resultan ampliamente desarrollados en la doctrina, e incluso en jurisprudencia y casuística, tanto nacional, como extranjera.

Finalmente, se debe señalar que en cuanto a la estructura que ostenta la presente investigación, preliminarmente se introduce al lector a través de un breve, pero conciso y atractivo resumen del tema analizado; dividiéndose además en capítulos a través de los cuales se desarrolla de modo específico cada cuestión relacionada con el tema central del trabajo, y que no solo resultan interesantes en el análisis, sino así mismo, necesarias para un correcto su correspondiente desarrollo, logrando la finalidad pretendida. Tales capítulos están conformados por el análisis de la problemática del caso (en la cual se describirá primeramente la situación problemática, señalando la especificidad de la investigación), la delimitación temporal y espacial, y finalmente las unidades de estudio empleadas para su examen. Posterior a ello, se realiza una introducción al lector, no solo del tema investigado, sino especialmente de su relevancia en el campo jurídico procesal, y en el estudio de la ciencia del derecho; para posteriormente desarrollar el problema, a través de los objetivos de la investigación, describiéndose la metodología, el marco teórico (sobre los principales temas relacionados al tema investigado tales como la definición doctrinaria y jurisprudencia de los Principios de Iura Novit Curia y de Congruencia Procesal) así como un análisis jurisprudencial de los precedentes sentados por el Noveno Pleno Casatorio Civil y de las facultades procesales de los magistrados y sus respectivos límites; todo lo que permitirá obtener conclusiones en relación al objeto estudiado, y a la problemática determinada, con la respectiva indicación de las fuentes bibliográficas utilizadas.

### 1.3. Problema:

¿Existe un conflicto entre los principios del Iura Novit Curia y el de Congruencia Procesal derivado de la aplicación de los precedentes vinculantes del Noveno Pleno Casatorio Civil?

## 2. OBJETIVOS.

### 2.1. Objetivo General.

- Determinar la existencia de un conflicto entre los principios del Iura Novit Curia y Congruencia Procesal por la aplicación de los precedentes vinculantes del Noveno Pleno Casatorio Civil.

### 2.2. Objetivos Específicos.

- Analizar la naturaleza jurídica de los principios del Iura Novit Curia y Congruencia Procesal, aplicables a los procesos civiles peruanos.
- Identificar el alcance de los precedentes vinculantes establecidos en el Noveno Pleno Casatorio Civil en cuanto a la aplicación del Principio del Iura Novit y su relación con el principio de Congruencia Procesal.

- Determinar las corrientes de interpretación y aplicación del Iura Novit Curia y su relación con la Congruencia Procesal, efectuada en los precedentes asentados en el Noveno Pleno Casatorio Civil.
- Determinar la naturaleza jurídica y aplicación de los Plenos Casatorios Civiles en el ordenamiento procesal peruano.

### 3. JUSTIFICACIÓN

La investigación se justifica en la necesidad de los operadores de justicia de determinar los límites y naturaleza de la aplicación de los principios del Iura Novit Curia y Congruencia Procesal, que, en interpretaciones dispares de órganos de administración de justicia, aparentemente se encuentran en conflicto, y del mismo modo limitar la actuación jurisdiccional de los magistrados respecto a la pretensión de las partes.

### 4. IMPORTANCIA

La importancia del presente trabajo radica en el hecho fundamental de determinar, en la aplicación práctica del derecho, la existencia, naturaleza y alcances del conflicto entre el Principio de Iura Novit Curia y el Principio de Congruencia Procesal en los procesos civiles, en virtud de los precedentes dispuestos mediante el Noveno Pleno Casatorio Civil; y determinar la existencia de los límites jurisdiccionales de los magistrados respecto a su intervención en la pretensión procesal.

## II. CAPÍTULO II - MARCO TEÓRICO

Conforme se ha esbozado brevemente con anterioridad, el presente trabajo constará básicamente en el desarrollo de una presunta conflictividad entre dos principios fundamentales de orden procesal que rigen nuestro sistema jurídico nacional, y el de muchos otros estados, con la misma, o similar tradición jurídica heredada del sistema romano-grecolatino. Sin embargo, para analizar dicha conflictividad se necesita realizar una descripción de ciertos conceptos previos que permitirán delimitar el asunto controvertido.

Para tal fin, se ha visto por conveniente, en especial para la mejor atención y sobre todo comprensión del lector, desarrollar ciertos conceptos teóricos previos necesarios que, en suma y posterior análisis y contrastación con la realidad y el conflicto planteados, permitirán confirmar o en todo caso, descartar la hipótesis inicialmente planteada.

### 1. Principios y Normas:

En cuanto al primer término de aproximación respecto al desarrollo del tema investigado, se tiene que un primer paradero sobre el cual necesariamente debe realizarse una breve, pero significativa escala, corresponde precisamente a la determinación de un principio procesal dentro del ámbito jurídico nacional; así como la distinción que posee este sobre otros imperativos jurídicos como las normas, reglas, leyes y preceptos, y la posibilidad de que los mismos pueda colisionar en alguna dimensión, previendo una posible solución de plantearse el caso.

Así, la acostumbrada discusión sobre la relación entre derecho y moral, sirve como interesante y metodológico punto de partida para analizar cómo se introducen los principios – hablando de los mismos en sentido general – en el ordenamiento jurídico, puesto que la consolidación de los mismos como elementos integradores del derecho y su auge reciente dentro de los textos constitucionales, reviven este paradigma, integrando al concepto de derecho en un sistema normativo que también cuenta con un fundamento moral, como definitivamente es necesario considerar el nuestro (Prieto Sanchís, 1998).

En esa misma línea de ideas, y partiendo de la premisa de la relación derecho-moral, es que, según el filósofo jurídico del derecho contemporáneo Robert Alexy, nos señala que “los principios son mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado”, dependiendo el grado de cumplimiento de las posibilidades fácticas y jurídicas. La diferencia entre reglas y principios, según Alexy, “se muestra de la manera más clara en las colisiones de principios y en los conflictos de reglas”. Cuando dos reglas colisionan, sólo se puede resolver el conflicto “mediante la introducción en una de las reglas de una cláusula de excepción que elimine el conflicto o mediante la declaración de que por lo menos una de las reglas es inválida” (Alexy, 2004). En tal sentido, para el referido autor, cuando dos principios entran en colisión, uno de estos ha de ceder (necesariamente) ante el otro, lo que no significa que ello sea una declaración (tácita o expresa) de invalidez del principio desplazado, ni mucho menos que en este haya que introducir una cláusula de excepción; sino que lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro, es decir, para un caso en concreto resulta de aplicación por sobre el otro, pudiendo darse la precedencia inversa bajo otras circunstancias, y ante otro caso distinto. Por lo tanto, de tal pensamiento podemos concluir del citado autor que lo determinante para él, en los conflictos entre principios es el peso, puesto que, en dicha conflictividad resulta vencedor el principio de mayor peso a la luz de las circunstancias del caso. (Ídem)

En suma, podemos concluir, de lo señalado anteriormente, en palabras del propio Alexy que “(...) los conflictos de reglas tienen lugar en la dimensión de la validez, mientras que las colisiones de principios – como quiera que sólo pueden entrar en colisión principios válidos – tienen lugar más allá de la dimensión de validez, en la dimensión del peso” (Alexy, 2004). Así, se tiene que obligatoriamente someter a un análisis crítico si es cierto tanto lo que Alexy dice para las reglas y sus conflictos como para los principios y los suyos; y ello contrastarla a la realidad de los conflictos de principios en nuestra realidad jurídica, especialmente, en nuestra realidad procesal civil nacional y su comúnmente aceptada práctica forense.

Sin embargo, no debemos de olvidar la denotada diferenciación entre normas y principios de la cual Alexy parte su pensamiento; pues ello llevará a determinar y concluir por el referido autor, no solo tiene claras las distinciones en su conceptualización y desarrollo teórico, sino incluso en los casos concretos en cuanto al planteamiento de soluciones diferentes. Así, señala el autor que el problema del conflicto entre reglas puede solucionarse por medio de reglas tales como “*lex posterior derogat legi priori*”<sup>1</sup> y “*lex specialis derogat legi*

---

<sup>1</sup> Del latín cuya traducción dice: “la norma posterior, deroga a la anterior”. El principio “*lex posterior derogat priori*”, comporta el llamado criterio de cronológico aplicándose para el caso de conflicto entre dos enunciados normativos de igual extensión e idéntico rango jerárquico, incompatibles promulgadas en momentos distintos en cuyo caso, prevalecerá la posterior en el tiempo.

*generalis*”<sup>2</sup> y<sup>3</sup>, pero también es posible proceder de acuerdo con la importancia de las reglas en conflicto. Para ello, tendrá que entenderse entonces, que con la “importancia” señalada en su obra, claramente hace alusión a la jerarquía formal entre las normas enfrentadas, aunque quizá tenga sentido interrogarse sobre el hecho de que no haya sido mencionado de tal forma, posiblemente, por pretender no sonar como Kelseniano, y/o, extremo positivista. Sea cual sea la razón, lo que queda claro de su pensamiento, es que insiste en que “Lo fundamental (en la resolución de conflictos de normas) es que la decisión versa sobre la validez (de las mismas)” (Alexy, 2004).

Respecto a ello, debe considerarse también como un asunto capital en el pensamiento de Alexy, la relación existente entre reglas y principios, y no únicamente su diferenciación; puesto que después de definir los principios como mandatos de optimización, es decir, como “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible”, y definirlo de manera abierta por el término mayormente atribuido al referido autor, de que los principios son los “núcleos duros del derecho”, sobre los cuales se basa el resto del ordenamiento y que prevalecen al cambio de exo-factores de la sociedad y su conducta imperante; es por ello que nos afirma que “El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestos” (ídem). Es decir, que lo que determina el grado en que en un caso un principio pueda cumplirse es, además de los datos fácticos, la colisión con otros principios o reglas, que puedan resultar (o más claro, resulten) aplicables al caso en concreto en el cual surja la colisión y/o conflictividad.

Sin embargo, como la de Alexy no es una teoría jurídica que se considere propiamente orientada a subrayar el carácter prioritariamente subjetivo de la decisión jurídica (contenido moral de las normas, y por consideración personal, los principios) o la discrecionalidad del operador jurídico que se encarga únicamente de aplicar las normas, como lo considera el catedrático del curso de Filosofía del Derecho español, Juan Antonio García Amado; resulta, por tanto, casi obligatorio, considerar que existe en la doctrina desarrollada por el autor, una escala de validez de las normas en general, y por extensión, para el caso concreto de investigación, se encuentra determinada por la relevancia material y moral de los principios. Dicha relevancia moral es la que, en un sentido general, o incluso en casos en concreto, convierte algunas reglas en invulnerables, y la que “hace también que las demás reglas se apliquen o no al caso concreto si concurren con un principio, y que cuando el conflicto acontece entre principios impere en el caso concreto uno u otro” (García Amado, 2010)

En otras palabras, lo referido por el citado autor, es que la relación de prioridad entre las normas de un sistema puede depender: “o bien de criterios formales o estructurales, como las relaciones de jerarquía formal o las relaciones lógico-semánticas; o bien de la decisión discrecional de quien decide los casos” – *en el caso concreto de la tesis, los magistrados del Poder Judicial, y en su caso, Tribunal Constitucional* – o bien de propiedades objetivas pero

---

<sup>2</sup> El aforismo latino “*lex specialis derogat generali*”, significa literalmente que “la ley especial deroga a la general”, e implica el llamado criterio de especialidad aplicándose para el caso de conflicto entre una norma general y otra especial debiendo con respecto a la primera, prevalecer esta última.

<sup>3</sup> Existen tres criterios tradicionales o principios legislativos (Criterio jerárquico, de especialidad y criterio cronológico) que la tradición jurídica y la jurisprudencia han empleado para la resolución de antinomias o conflictos normativos en el Ordenamiento Jurídico.



no formales, de propiedades objetivas materiales, especialmente de la relación de las normas con valores morales objetivos (Ídem).

En tal sentido, mientras que el precitado autor reconoce que, para una postura más kelseniana, lindante con el positivismo jurídico, son los criterios formales o estructurales de las normas positivas las que determinan la prioridad entre las mismas; Alexy nos presenta una alternativa de determinación, basado en una doctrina, claramente iusmoralista, en la que plantea el carácter moral de las normas como fuente imperante de su grado de validez. De ahí lo desarrollado por su pensamiento, que “las normas jurídicas no valen o dejan de valer, sino que valen más o menos en función de que cuenten más o menos las razones morales que son su pilar material” (Alexy, 2004).

Sin embargo, la determinación conflictual existente en dicho aspecto corresponde a un periodo anterior a la contextualización de Alexy, toda vez que a opinión del mismo autor, en la obra ya referenciada, quien desencadenó la discusión primigeniamente fue el filósofo del Derecho de Oxford Ronald Dworkin, a través de su tesis, indicando que una única respuesta correcta para cada caso se incluye en una teoría de los sistemas jurídicos que se distingue fundamentalmente de teorías positivistas como las de Hart y Kelsen (Kelsen, Teoría Pura del Derecho, 1953) y (Kelsen, Die allgemeine Theorie der Normen, 1979).

Explica dicho autor que en términos generales se entiende como principio jurídico a una clase de estándares diferente a las normas jurídicas, para ello textualmente refiere que “los principios desempeñan un papel esencial en los argumentos que fundamentan juicios referentes a determinados derechos y obligaciones jurídicas” (Dworkin, Los derechos en serio, 1989, pág. 80).

A partir del pensamiento de Dworkin, según una perspectiva positivista (con una clara referencia al pensamiento Kelseniano), el sistema de principios jurídicos es, por lo menos en su aspecto más esencial, un sistema de reglas ordenadas jerárquicamente sobre la base de su validez y/o eficacia; es decir, como lo reconoce abiertamente tal autor, que siempre este tipo de sistema, por diversos motivos, será un sistema abierto; sobre todo, por causa de “la vaguedad del lenguaje del Derecho, la posibilidad de conflictos entre normas y la existencia de casos no regulados” (Los derechos en serio, 1989).

Entonces, podemos concluir del pensamiento del autor que, si un determinado caso recae en un vacío del sistema jurídico, que, a esfuerzo de los magistrados, resulta también en una imposibilidad de ser cubierto con ayuda de la metodología jurídica, entonces el juez no se encontrará vinculado por el propio sistema jurídico, sino que debe de fundamentar de forma obligatoria su decisión necesariamente en fundamentos extrajurídicos.

En tal sentido, es innegable reconocer la semejanza existente entre los recursos que debe emplear el juzgador con la labor legislativa de, por ejemplo, en nuestra realidad, ostenta el parlamento del Congreso de la República. Sin embargo, no debemos olvidar, como aparentemente se realiza de manera deliberada, que Dworkin también reconoce con posterioridad en su pensamiento que, resulta prácticamente imposible hablar de una única respuesta correcta ante el caso expuesto, toda vez que la respuesta puede encontrarse en el propio sistema jurídico, lo que fundamenta en su modelo de principios, sobre el cual señala tan insistentemente, sobrepasa al sistema de reglas positivas, pero sin alejarse del propio

sistema jurídico; lo que claramente también, lo distingue sin lugar a dudar, de la labor legislativa antes señalada.

Para el autor, su modelo de principios, expone que el sistema jurídico está compuesto, además de reglas (de un modo esencial) por principios jurídicos, los que deben “(...) permitir que también exista una única respuesta correcta en los casos en que las reglas no determinan una única respuesta correcta” (Dworkin, 2012); es precisamente, en tal aspecto en el cual aparenta concordar con el jurista ítalo-franco, Luigi Ferrajoli, quien además resulta ser uno de los principales teóricos del garantismo jurídico, y que se define a sí mismo como un iuspositivista crítico; ello en la medida en la cual explica su pensamiento, por ejemplo, el filósofo del derecho, Manuel Atienza, en cuanto señala que el neopositivismo o positivismo crítico que defiende Ferrajoli – en cuanto a su concepción del fenómeno del constitucionalismo – supone, en respuesta al precitado paradigma de la discusión normas positivas - moral, cambios trascendentes en relación con la manera de entender la estructura del sistema jurídico, la dogmática jurídica, la jurisdicción, y hasta el propio derecho, que como concepto, se entiende a priori, supone una institución superior y más completa que las anteriores. En efecto, este no consiste ya en un sistema unitario de fuentes, dada la posibilidad de existencia de normas formalmente válidas, pero sustancialmente inválidas (Atienza, 2004).

Para tales efectos, según el pensamiento del autor, la ciencia jurídica no puede reducirse a ser entendida únicamente en términos puramente descriptivos, sino que corresponde ser complementada también con aspectos críticos y prospectivos, entendiendo principalmente que su función esencial es la de mostrar y tratar de corregir las lagunas y contradicciones generadas por la ley, pero especialmente, por la violación de los derechos, entendiendo que para Ferrajoli, estos existen en la medida en que están establecidos en dos fuentes normativas: la primera, la propia norma, partiendo de la norma suprema, la constitución, a pesar de que incluso se ausenten sus garantías, en especial, legislativas; y la segunda, en la jurisdicción, en la medida en que ha de verse como aplicación e interpretación de las leyes en conformidad con la propia constitución (trascendiendo al carácter de jerarquía normativa positivista), entendiendo que este no implica únicamente una mera determinación de rangos normativos, sino que a su vez incorpora un aspecto pragmático y de responsabilidad cívica en su aplicación.

Esa concepción del constitucionalismo de Ferrajoli tiene, sin duda, muchos puntos de coincidencia con las de los autores “constitucionalistas” que, o bien rechazan el positivismo jurídico (como Dworkin o Alexy), o bien consideran que la contraposición iusnaturalismo-positivismo jurídico es un problema mal planteado (Nino). Así, el equivalente al dualismo que plantea Ferrajoli se encuentra en Dworkin (Los derechos en serio, 1989), y en muchos otros autores, bajo la forma de la distinción entre reglas y principios (y, en las últimas obras de Dworkin, entre el Derecho como sistema de normas y como práctica interpretativa).

Situación similar es la que se presenta en el pensamiento de Alexy, toda vez que, sin tomar en consideración, la distinción que realiza también él entre reglas y principios, la concepción de que el Derecho contiene un elemento de idealidad, lo que él llama – inspirándose en Habermas (“Teorías de la verdad”, Teoría de la acción comunicativa: complementos y

estudios previos., 1989)<sup>4</sup> y en la teoría del discurso – una “pretensión de corrección”, que es lo que, en último término, le lleva a sostener que existe una conexión de tipo conceptual entre el Derecho y la moral.

Pero el pensamiento de Alexy no es el único que presenta similitudes con el referido filósofo del derecho, toda vez que, también en Nino, con su tesis de que las normas jurídicas no suponen por sí mismas razones justificativas autónomas (Fundamentos de derecho constitucional, 1992), explica que el razonamiento jurídico es un razonamiento abierto hacia las razones morales, insistiendo en que el Derecho puede definirse tanto descriptiva como normativa o valorativamente; lo que a su vez supone una crítica a la contraposición entre positivismo jurídico e iusnaturalismo, es decir, una determinación reiterativa del precitado dualismo.

Sin embargo, debe de señalarse también que, entre el pensamiento expuesto por los últimos tres autores y Ferrajoli, existen diferencias irreconciliables, especialmente en cuanto este último interpreta que los elementos de validez de la dualidad norma positiva - moral, ostentan un carácter autoritativo impuesto ya sea tanto por el legislador, como por el constituyente, refieren a una “autoridad”, a diferencia de los precitados autores, quienes reconocen un esfuerzo por integrar al referido elemento autoritativo, con el elemento valorativo.

Para Dworkin, por ejemplo, los fines y valores que definen la “práctica interpretativa” juegan un rol determinante, toda vez que priman sobre el elemento autoritativo de las normas, las que contienen una dimensión directiva, que guía la conducta de los ciudadanos, pero a su vez un rol valorativo que justifica dicha conducta. (Dworkin, 1989)

Sin embargo, no debemos olvidar, como en palabras del propio Alexy, “Tanto las reglas como los principios pueden concebirse como normas. En tal caso, de lo que se trata es de una distinción dentro de la clase de las normas. Los criterios de distinción que se ofrecen son numerosos y de diverso tipo.”; por lo que en lo que respecta al presente caso, habría que adoptar por lo menos, uno o dos de los referidos criterios y someterlos a una situación real de conflictividad entre los principios estudiados (Iura Novit Curia y Congruencia Procesal), para lo cual, presenta un propicio escenario la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia del Perú, a través del Noveno Pleno Casatorio Civil<sup>5</sup>, que a su vez, es también objeto de la presente tesis.

Para tales efectos, nos recuerda el propio Alexy que no todo conflicto de normas (entiéndase para tal efecto, leyes o principios) resulta siéndolo, desplegando así la posibilidad de que por lo menos puedan existir dos grandes clasificaciones de tales conflictos, los de naturaleza y existencia real, y así mismo aquellos que solo lo resulten siendo en apariencia.

Para ello, debemos concebir que la expresión conflicto, viene de la voz latina *conflictus*, que según la Real Academia de la Lengua Española significa “combate, lucha, pelea (en sent. fig.), enfrentamiento armado, apuro, situación desgraciada y de difícil salida, problema, cuestión, materia de discusión, choque, colisión o encuentro de dos cuerpos, ataque,

---

<sup>4</sup> Véase también (Habermas, Factibilidad y validez, 1998) de la cual también se sirve Alexy para la determinación de la dualidad norma – moral en base a la cual pretende dar respuesta al conflicto entre las normas jurídicas de un determinado ordenamiento.

<sup>5</sup> El Noveno Pleno Casatorio se encuentra contenido en la [Casación N° 4442-2015-Moquegua](#).

oposición, contrariedad, debatir, luchar contra algo adverso, contienda, oposición de intereses”<sup>6</sup>; y que en una mayor aproximación al tema en cuestión, referido a las normas o leyes, es según Cabanellas, “la concurrencia de dos o más normas de derecho vigente, cuya aplicación o cumplimiento simultáneo es incompatible; éste puede surgir en el tiempo, en el espacio, dentro de una misma codificación o por coincidencia de legislación de dos o más países” (Cabanellas, 1989).

Partiendo de tal conceptualización, entonces, ¿cómo es que Alexy esboza la posibilidad de un conflicto solo aparente y no real?, pues ello, según el jurista Fontan Balestra se da cuando dos o más normas que se excluyen entre sí, concurren aparentemente – aparecen como aplicables – respecto de un mismo hecho (Fontan Balestra, 1998); es decir, que según el referido autor, las normas en conflicto no concurren realmente, sino tan solo en apariencia; para lo cual, en nuestro país – y la mayoría de naciones que se regulan por un similar sistema jurídico – el sistema metodológico preferible es el que hace del concurso aparente de normas un punto de la teoría de la interpretación; es aquí donde debe tratarse este tema, pues el problema de la subordinación no es otra cosa que una parte en la tarea de interpretar la ley. Dicho contexto es complementado por la definición dada por la Suprema Corte de Justicia de México, quien en su Diccionario Jurídico señala que se considera que el concurso normativo es “aparente”, pues una ley determinada de acuerdo con ciertas reglas, desplaza la aplicación de las demás; señalando además que existen principios que sirven de base para dar solución a esta problemática, los cuales son: a) La especialidad; b) la consunción; c) la subsidiariedad y d) la alternatividad. En el primero de los principios, el de especialidad, se ve como válida la expresión de que una ley especial deroga a una general. Opera cuando la norma especial contiene la materia o el caso de la norma general, más una nota o elemento específico. En este principio existe una concurrencia aparente, porque la norma especial tiene validez sobre la general (Vidal Riveroll, 1994). Sin embargo, a consideración propia y con el debido respeto de los autores citados, dichos conceptos se encuentran algo limitados, toda vez que el conflicto aparente en un caso real no solo se da cuando en las palabras ya citadas de Fontan Balestra “dos o más normas que se excluyen entre sí, concurren aparentemente”, (ídem) sino que también puede darse en “dos o más normas que no necesariamente se excluyen entre sí, sino que solo se excluyen en apariencia”; y ello tiene relación precisamente con los métodos para la solución de conflictos de leyes que nos menciona la doctrina y máximas del derecho.

Así, es necesario recordar que una solución adoptada y desarrollada no solo a tema doctrinario, sino jurisprudencialmente a nivel nacional e internacional, es lo hoy denominado “Método de Ponderación”, el cual, no resulta otra cosa, que una aplicación del conocido método que en la década de los 30’ dentro del ámbito de la ética formuló David Ross, en tanto propuso que al existir más de un valor que se pudiese encontrar en discusión en un determinado caso en concreto, y que eventualmente vayan a entrar en conflicto entre sí; debería entonces preponderarse cuál valor ponderar (Ross, 2003).

---

<sup>6</sup> Definición extraída de la Web del Diccionario de la Lengua Española (DLE) de la Real Academia de la Lengua Española (RAE), en fecha 14 de marzo del 2018, encontrada en el siguiente enlace: <http://dle.rae.es/?id=AGHyxGk>

Para tal autor, las obligaciones morales no son absolutas, en tanto estas podían entrar en conflicto con otras obligaciones morales, para tal aspecto, señala que son obligaciones “prima facie”, debido a que recién en un caso concreto podían establecerse si eran o no obligaciones morales absolutas desplazando en ese caso a otras que podían entrar en conflicto con ellas.

Tal sistema desarrollado hace más de ochenta años por Ross, podría ser considerado como una técnica para resolver conflictos de derechos fundamentales; con tal, los jueces tendrían la facultad para poder determinar en un caso concreto, por intermedio de la ponderación de principios, cuál es, por ejemplo, un derecho fundamental que debería prevalecer en una hipótesis de conflicto.

Sin embargo, la ponderación, según lo habíamos citado anteriormente, en palabras de Alexy, es objeto del tercer sub principio del principio de proporcionalidad – en sentido estricto – que trata de la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. El objeto de los dos primeros sub principios (idoneidad y necesidad), es la optimización relativa de las posibilidades fácticas. Lo que se trata de evitar frente a una situación fáctica de conflicto, son los costos que pueden recaer sobre los derechos fundamentales y los fines del legislador. (Alexy, 2004)

En ese sentido, la ley de ponderación desarrollada por Alexy, puede sintetizarse en la siguiente regla: “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”; y así mismo, puede dividirse de manera práctica en tres etapas: 1) determinar el grado de no satisfacción o restricción de un principio, 2) determinar la importancia de la satisfacción del principio contrario y 3) determinar si la importancia del principio contrario, justifica la no satisfacción o restricción del otro principio. Todas ellas, implicarían “juicios racionales”: primero la intensidad, luego la importancia de las razones que justifican la interferencia y tercero la relación entre ambas; sin embargo, según el citado autor, sin la realización de estos juicios, las críticas de Habermas (Habermas, “Teorías de la verdad”, Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos., 1989) y Schlink (autores que consideran irracional el método de la ponderación) serían correctas.

Lo que trata de demostrar Alexy, es la posibilidad de efectuar juicios racionales donde el juez pueda determinar el grado de importancia del derecho fundamental que debe optimizarse.

Sin embargo, en el caso de los principios procesales, debemos adicionar al contexto y conceptualización dada por los autores antes citados, como lo señala Lino Enrique Palacio, que “estos son categorías y conceptos básicos que orientan el proceso”, constituyendo la opción acogida por el legislador para el sistema procesal imprimiéndole ciertas características al proceso, principios rectores que sirven como guía hermenéutica que orienta la interpretación de las normas del código procesal; definiéndose como “las directivas u orientaciones generales en que se inspira cada ordenamiento jurídico procesal” (Palacio, 2003).

Además de ello, es infaltable mencionar que cumplen un rol importante en el proceso y en la labor del Juez, dado que la función que estos cumplen resulta tan importante para el derecho que su ejercicio no puede dejarse al desgobierno y al caos; como lo menciona el propio Monroy Gálvez, resulta imprescindible que los mecanismos de generación del derecho se sujeten a pautas objetivas, precisamente esas normas orientadoras y auto creativas están

expresadas en los principios generales del derecho; siendo que el Juez, no puede desvincularse de la observancia de los principios que orientan el proceso civil. (Monroy Gálvez, 1996)

En el caso en concreto, para la determinación de un conflicto entre los dos principios desarrollados (tanto el de Congruencia Procesal, como el del Iura Novit Curia) será necesario previamente determinar el contenido y alcance de los mismos, ello a fin de determinar si el referido conflicto es real, y por ende corresponde del análisis de los métodos planteados por Atienza, Alexy, Dworkin, y los otros doctrinarios revisados, o si en todo caso, el conflicto es aparente, y por ende no corresponde dicho análisis, sino por el contrario, la determinación de la real naturaleza de los principios referidos, y por ende sus límites y efectos.

Sin embargo, conforme se señaló al inicio del presente trabajo, como lo que se pretende no es que el análisis de la posible conflictividad quede solo en el ámbito de un análisis jurídico doctrinario, sino sea relacionado con la aplicación práctica del derecho procesal de nuestro sistema jurídico nacional, o por lo menos, local; se deberá analizar previamente las facultades que poseen las partes procesales en un determinado proceso, especialmente realizando un análisis exhaustivo de las facultades, obligaciones y limitaciones de los magistrados en su actuación, y a la luz de ello, determinar la verdadera naturaleza jurídica de los principios materia de investigación, y su posible conflicto en el ámbito de interpretación judicial, como lo suscitado en el Noveno Pleno Casatorio Civil.

## 2. Principio de Iura Novit Curia

Ahora, desarrollado lo anterior, podemos señalar que dentro de los referidos Principios de dimensión adjetiva que tiene nuestro sistema jurídico normativo que permiten la actuación y ejercicio de los derechos sustantivos de los ciudadanos en su ámbito jurisdiccional, y que aparentemente se encuentra en conflicto según los precedentes asentados por el Noveno Pleno Casatorio Civil, se encuentra un adagio, aforismo o hasta máxima del derecho de tradición romana-grecolatina – a lo cual como ya se señaló pertenece nuestro actual sistema jurídico – el Principio del Iura Novit Curia, regulado en nuestro ordenamiento procesal civil en dos normas que se complementan; de un lado, el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil señala expresamente que: “Los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda”<sup>7</sup>; y por otro lado, el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil señala al pie de la letra que: “El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes”<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Art. VII del Título Preliminar del Código Civil: “Los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda”. Código Civil, Edición Septiembre del 2016. Jurista Editores E.I.R.L.

<sup>8</sup> Art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil: “El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes”. Código Procesal Civil, Edición Septiembre del 2016. Jurista Editores E.I.R.L.

De estas dos normas, podemos observar que, conforme lo desarrolla el jurista nacional contemporáneo Javier Murillo, existen tres supuestos de hecho en el desarrollo de los referidos principios:

Primero, la aplicación del derecho (norma jurídica) que corresponda; ello quiere decir, según el referido autor, el deber normal, que fundamenta la existencia, no solo del Poder Judicial, sino de la función jurisdiccional de los magistrados; lo cual resulta perfectamente concordante con lo señalado en el artículo 138 de la Constitución<sup>9</sup>, así como en el artículo 1 y el inciso 2 del artículo 184 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Decreto Supremo N° 017-93-JUS).

Segundo, la aplicación del derecho (norma jurídica) que corresponda pues no ha sido invocado por las partes; lo que podemos traducir en que ninguna de las partes procesales<sup>10</sup> omite expresar las normas aplicables según los hechos mencionados en sus actos.

Aplicación del derecho que corresponda pues ha sido invocado incorrectamente por las partes; es decir, que cualquiera de las dos partes exprese normas incorrectas según los hechos mencionados en sus actos procesales (Murillo, 2014).

Sin embargo, algo adicional a lo referido por el jurista antes señalado es que, de las mismas normas antes referidas podemos observar los límites del Principio del *Iura Novit Curia*, y, por lo tanto, los límites de la actuación judicial en relación al petitorio.

Así, tenemos que dichas limitaciones corresponden de un simple análisis literal de la norma, a las siguientes:

- El magistrado no puede ir más allá del petitorio.

Lo que nos señala desde ya, que se constituye como límite de las facultades del juzgador, lo dispuesto por las partes en el petitorio de la demanda, es decir, de su pretensión.

- El magistrado no puede fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.

Es decir, el juez no puede agregar hechos a los expresados y probados por las partes.

Sin embargo, cabe ir más allá del derecho positivo para poder entender las cuestiones específicas de un aforismo como este; en ese sentido serán analizadas posiciones teóricas a fin de determinar la correcta interpretación jurídica del referido principio, y con mucha mayor trascendencia, sus límites, efectos y alcances.

Así, primeramente, respecto al *Iura Novit Curia*, y su naturaleza jurídica, Bentolila, citando en parte a Sentís Melendo, señala que “En cuanto al sentido del mismo, la traducción literal es ‘el juez (la Corte, el Tribunal, el Magistrado o, en general, la autoridad judicial) conoce

---

<sup>9</sup> Artículo 138 de la Constitución Política del Perú de 1993: “*La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior*”.

<sup>10</sup> Refiriéndonos tanto al Demandante (quien propone la pretensión en el proceso), como al Demandado (quien contradice o muestra resistencia frente a la referida pretensión).

los derechos'. Para poder traducirlo como es usual, esto es 'el juez conoce el derecho', sería necesario que el aforismo fuere *Ius Novit Curia*" (Bentolila, 1997). Sin embargo, independientemente de la nominación o traducción correcta del referido principio, este implica, tal como lo señala la doctrina, un análisis, sin duda, un tanto más subjetivo, emocional y sujeta a diferencias bastantes sutiles.

Para tal efecto, concuerdo con el origen etimológico desarrollado por el Diccionario de Frases y Aforismos Latinos desarrollado por German Cisneros Farías, en cuanto señala que por el *Iura Novit Curia*, los jueces dan el derecho; explicando para tales efectos que, para algunos autores tal principio surgió en forma de advertencia, que casi podría ser considerada como un exabrupto de un juez, quien fatigado por la exposición jurídica de un abogado, le dirigiría las siguientes palabras: "*Venite ad factum. Iura novit curia*"; o lo que es lo mismo: "Abogado: pasad a los hechos; la corte conoce el derecho". El citado autor, explica bien que dicha manifestación del juzgador, nos muestra su relación con otro aforismo de capital importancia en la vida del proceso, el mismo que corresponde a: "*Da mihi factum, dabo tibi ius*", también señalado como "*da mihi facta, dabo tibi ius*", que también resulta muy usado aún en la práctica judicial forense, y que dicta: "dame los hechos, yo te daré el derecho"; es decir, la consecuencia jurídica de dichos hechos (Cisneros Farias, 2003).

Sin embargo, más allá de la determinación y origen etimológico del aforismo que contiene el principio, debemos tratar de entender su naturaleza, esencialmente aquella con la cual ha sido introducida en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que corresponderá determinar tal aspecto en base al análisis de la doctrina, en especial, de la nacional, o aquella que tiene una directa influencia en esta, y con mayor arraigo con nuestra estructura normativa.

En tal sentido, por ejemplo, para el doctrinario nacional, el Dr. Carlos Mesía Ramírez, dicho principio puede traducirse en forma simple a la expresión "el juez conoce el derecho", sin embargo, no resulta superficial su afirmación, toda vez que fundamenta para ella, que si bien es cierto que las partes aportan los hechos a un proceso judicial, a la hora de expresarlos puede que lo hagan sin una clara fundamentación jurídica, ya sea porque, en el intento de expresar su verdadera intención al demandar (pretensión), omiten invocar las correctas normas a aplicarse, o en todo caso, debido a una mención equívoca de estas, ya sea en razón al tiempo, la naturaleza o hasta el lugar, confluyentes en el caso en concreto (Mesía Ramírez, 2013).

Del mismo modo, otro autor nacional, el Dr. Gerardo Eto Cruz, afirma además que, tal principio resulta un deber del juez (refiriéndose en específico al juez constitucional, aunque para estos efectos puede hacerse extensivo al juez civil) de calificar correctamente el acto lesivo (en este caso, el derecho que ampara la pretensión), según el derecho fundamental que se hubiera vulnerado (Eto Cruz, 2011).

Dicha concepción, no resulta exclusiva de la doctrina del derecho nacional, debido a que, por ejemplo, el rosarino, Dr. Jorge Peyrano – como representante de una de las doctrinas más influyentes de nuestro ordenamiento procesal, y que ha servido además de base para toda la doctrina latinoamericana, la argentina – fundamenta que, el principio del *Iura Novit Curia* significa, la necesaria libertad con la que debe contar el "sentenciante" – en nuestro argot jurídico, juzgador – para subsumir los hechos alegados y probados por las partes, dentro del margen de las previsiones y alcances normativos que resulten aplicables al caso en concreto;



para tales efectos adiciona que, esta subsiste aún en la hipótesis de que los litigantes hubieran invocado la aplicabilidad de otras disposiciones normativas, por demás erróneas para su aplicación, o que inclusive, ni siquiera hayan sido invocadas (Peyrano, 1978).

Sin perjuicio de lo expresado por los referidos autores, que ciertamente han sabido con fortuna y acierto exponer la naturaleza del principio, los mismos lo han realizado desde una perspectiva general del derecho; no obstante, como se expresó con anterioridad, la intención del presente trabajo no es limitarse a la determinación doctrinaria del tema investigado, sino trascender a su aplicación práctica en nuestro ejercicio forense nacional, por lo que, resulta absolutamente necesario, considerar que como bien lo reconoce el doctrinario nacional, Dr. Magno Abraham García Chávarri, y varios otros autores más – que merecerán una especial atención con posterioridad – entienden que dicho principio en nuestro ordenamiento, resulta de distinta aplicación de acuerdo a la materia y/o especialidad a tratar (derecho civil, constitucional, y las otras ramas del derecho nacional), por lo que expone, por ejemplo, que, de otra fuente inspiradora e influyente de nuestro ordenamiento procesal, como es el derecho mexicano, se ha desarrollado un instituto jurídico denominado “suplencia de error”, el mismo que considera, se recoge en el principio *Iura Novit Curia* previsto, no en el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil o Procesal Civil nacional, sino por el contrario, en el artículo VIII del Título Preliminar de nuestro Código Procesal Constitucional (García Chávarri, 2012).

Entonces, de lo expuesto, merecerá realizar una especial atención al pensamiento de los tratadistas que se pronuncien respecto al referido principio, en su concepción diversa por cada rama del derecho, especialmente, para los efectos de la investigación, el derecho constitucional.

Sin embargo, a priori a abrir el debate intelectual respecto a la determinación de la naturaleza, alcances y efectos del principio por cada rama del derecho – en especial, con la postura contraria a la planteada por los autores con tonos más garantistas – corresponde precisar la distinción notoria entre la naturaleza propia de un proceso constitucional, con uno de corte civil; para los que, sin lugar a dudar, los principios que los desarrollan mantienen distancia en cuanto a las referidas diferencias entre los mismos, siendo por tanto, distintos también los alcances, o posibilidad (margen) de interpretación que posee el *Iura Novit Curia* constitucional, que el Civil.

Al respecto, Luis Diez Picazo y Antonio Gullón Ballesteros exponen que el juez puede alterar el fundamento jurídico de la pretensión de la parte (...) (Diez Picazo & Gullón, 1982), haciendo con ello, una clara referencia al *Iura Novit Curia* constitucional, sin embargo, a pesar de lo señalado, debe considerarse que los autores expresan también de forma clara y contundente, que dicha alteración corresponde al “Fundamento Jurídico” de la pretensión, es decir, que reconocen que, con ello, hacen alusión únicamente a la calificación jurídica de esta (petitorio mediato), no expresando mención alguna a ningún tipo de mutación en la pretensión real (petitorio inmediato), es decir, lo que realmente pretende el accionante.

El pensamiento de dichos autores, resulta no solo concordante, sino hasta podría considerarse como complementado, no solo a nivel doctrinario, sino inclusive jurisprudencial, esencialmente de orden constitucional, toda vez que el máximo intérprete de la Constitución, el propio Tribunal Constitucional, define al principio del *Iura Novit Curia*, en su concepción,

también Constitucional, haciendo referencia, por ejemplo, a que “(...) el juez tiene el “poder-deber” de identificar el derecho comprometido en la causa, aun cuando no se encuentre expresamente invocado en la demanda. De este modo el juez, como director del proceso, dice el derecho antes de emitir sentencia, lo que no implica, en ningún caso, la modificación del objeto de la pretensión o de los términos de la demanda; es decir, que ello no puede suponer fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes”<sup>11</sup>.

Reconoce además el supremo intérprete constitucional, que este principio “recae únicamente en los fundamentos jurídicos de la pretensión”<sup>12</sup>. Por lo que concluye en otra sentencia que, al aplicar el derecho a las cuestiones debatidas, se buscará “no alterar ni sustituir las pretensiones y hechos facticos que sustentan la demanda y resulten acreditados en el proceso”<sup>13</sup>.

No obstante a ello, el referido Tribunal precisa que una de las particularidades de la aplicación del principio en el proceso constitucional es que “la obligación del juzgador de aplicar correctamente el derecho objetivo, involucra simultáneamente, la correcta adecuación del derecho subjetivo reconocido en aquel”<sup>14</sup>; haciendo una clara referencia a la “invocación o no invocación de las normas jurídicas que sirven de fundamento a las pretensiones esgrimidas por las partes dentro de un proceso”<sup>15</sup>, de manera tal que, “el hecho de que no se aleguen determinados derechos, no signifique que el contradictorio constitucional no gire en torno a ellos, lo cual, no resultaría óbice para que se pueda pronunciar sobre esos y otros derechos”<sup>16</sup>.

En tal sentido, corresponderá analizar concepciones previas a la aplicación del derecho, es decir, relacionadas a la introducción de hechos de las partes, para tales efectos, siguiendo, por ejemplo, al Dr. Víctor Ticona Postigo (El Debido Proceso y la Demanda Civil, 1999), o al Dr. Juan Monroy Gálvez (Teoría General del Proceso, 2007) es, a opinión personal, más fundamentada su postura, en cuanto señalan que conociendo que la demanda, es el acto procesal que da inicio al proceso, y además el vehículo para el ejercicio del derecho de acción que se dirige contra el Estado, termina siendo, sobre todo para fines del presente trabajo, el “objeto del proceso que contiene en sus entrañas a la pretensión procesal”; lo que es una declaración de voluntad, por medio de la cual se pide tutela jurisdiccional, ante un tercer imparcial, que no solo no conoce, sino que no debe de conocer el conflicto anteriormente, y por ende es presentado por las partes, desde su pretensión (objetivo por el cual se presenta una demanda civil), y que en nuestro ordenamiento procesal, corresponde al juez.

En ese orden de ideas, que autores que comparten el razonamiento jurídico de los doctrinarios antes citados, como el Dr. Luis Zavaleta Revilla, han desarrollado en su doctrina la conceptualización de la convergencia de dos elementos que conforman la pretensión procesal: los primeros, subjetivos – que en este caso vienen a ser las partes accionantes, es decir, el demandante y el demandado – y los segundos, objetivos – conformados por los fundamentos de hecho y los fundamentos de derecho o jurídicos; que calificados de manera

---

<sup>11</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional - Exp. N° 0569-2003-AC, del 5 de abril de 2004, F.J. 6.

<sup>12</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional - Exp. N° 00797-1999-AA, F.J. 7, y Exp. N° 02094-2005-PA, F.J. 1.

<sup>13</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional - Exp. N° 0569-2003-AC, del 05 de abril de 2004, F.J. 8.

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional - Exp. N° 0905-2001-AA, del 14 de agosto de 2002, F.J. 4.

<sup>15</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional - Exp. N° 0569-2003-AC, del 05 de abril de 2004, F.J. 5.

<sup>16</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional - Exp. N° 0256-2003-HC, del 21 de abril de 2005, F.J. 5.

conjunta, se denominan “causa petendi”, “iuris petitem”, “iuris petitio” o más propio del idioma español, como la “causa o razón de pedir” (Zavaleta Revilla, 2013).

Para tales efectos, explica también el referido autor que, la pretensión procesal per sé, tiene un elemento nuclear que recibe el nombre de “petitorio inmediato”, aun cuando en doctrina suele llamársele también “petitum” o “petitio”, que corresponde al pedido concreto del accionante, el mismo que es dirigido contra el demandado de quien se exige que cumpla, se abstenga o reconozca un derecho respecto del cual el demandante cree ser titular y que en el campo de la realidad es lo que como pretensor quiere que sea reconocido y declarado a su favor por el órgano jurisdiccional, y que se encuentra integrado por el objeto inmediato – la clase de pronunciamiento que se solicita – y el bien perseguido – que es la relación jurídica cuya existencia o inexistencia deba declararse (Ídem).

Es precisamente en tal distinción, que entra a tallar, el referido principio del Iura Novit Curia, en el sentido que como deber del juzgador, no abarca en su totalidad a la pretensión del demandante, sino tan solo a la calificación jurídica de la misma.

Por su parte, el Dr. Luis Castillo Córdova, afirma que, la razón de este principio debe encontrarse en la naturaleza jurídica del derecho que no ha sido invocado o que lo ha sido de manera errada, llevándolo nuevamente al campo constitucional, toda vez que señala que dichos derechos, vinculan al juez constitucional, no por haber sido o no invocados, sino por estar recogidos en la norma constitucional que obliga plenamente por ser plenamente normativa (Castillo Córdova, 2006).

En cierta contraposición, pero no total, el Dr. Edgar Carpio Marcos, expresa que si bien tal principio faculta a los jueces a suplir el derecho que las partes invocan erróneamente, ello no debe entenderse como una justificación de que los mismos puedan introducir en el debate, ex officio, pretensiones no articuladas ni debatidas, a pesar de tratarse de una acepción constitucional del referido principio (Carpio, 2004).

En ese sentido, resulta concordante la hipótesis de la presente investigación de acuerdo con lo que se afirma, siempre y cuando el autor, por “pretensiones”, se haya referido a los fundamentos de hecho y al petitorio. Por lo que concluiríamos que el juez constitucional, de oficio, y en virtud del Iura Novit Curia, no podría modificar los fundamentos fácticos ni el petitorio.

En cuanto a la concepción de la naturaleza jurídica del principio Iura Novit Curia en el derecho comparado internacional, debemos considerar que aún en países que sigan la misma tradición jurídica del derecho romano germánico Greco-Latino, existen notorias diferencias que podrían hacer variar la concepción de los efectos, alcances y limitaciones del mismo.

Señala para tales efectos, Mario Alzamora Valdez citando a Pedro Baptista Martins, que dicho autor con justeza observa, al comentar el código del proceso civil brasileño, que para formar el material de cognición en el proceso está graduado según el predominio de la concepción privadística o publicística de la legislación. Explica así por ejemplo, que en los códigos procesales de molde antiguo, basados en el criterio civilista de la acción y del proceso, que se inspiran en la filosofía política individualista y en la teoría de la separación entre la moral y el derecho, y que corresponden a la corriente privadística, el juez está obligado a una pasividad casi absoluta y su papel es de “mero espectador del litigio”; por ello

señala que dicha tendencia se caracteriza por el predominio del interés individual o “interés en litigio”. La acción es para ella, el “medio de hacer valer en juicio nuestros derechos” y el juicio “pertenece a las partes”; como lo declaraba el título preliminar del Código Procesal Civil de Tucumán de 1872 (Alzamora Valdez, 1985).

Respecto a ello, el autor, realiza una clara alusión a los sistemas que irrestrictamente tienen la conformación de sus normas adjetivas basadas en el extremista pensamiento Kelseniano, y la interpretación, no solo errónea, sino que radical de los conceptos y postura esbozada por Hans Kelsen en su obra (Teoría Pura del Derecho, 1953) y en su posterior complementación en la obra (Die allgemeine Theorie der Normen, 1979); en base a las cuales se basa solo en parte nuestro sistema procesal civil nacional, y no de manera irrestricta como hace referencia el autor.

De ahí, que el citado doctrinario nacional considere que como consecuencia de esta concepción del proceso como “lucha de intereses privados”, se da a lo que denomina “el natural alejamiento del juez” y por ende la limitación de sus facultades. Y frente al cual señala que en respuesta a la obstrucción del proceso, a las dilaciones, a la desviación del curso de la controversia, al ocultamiento de la verdad producida por las partes, el juzgador nada podía hacer; por lo que resalta y califica como ilógica la persistencia de dicha situación que incluso llega a considerarla como un “atentado contra la justicia”; por lo que en respuesta notoria ante tal aparente aberración de administración de justicia, surge la orientación publicista, la misma que significa para el autor un vigoroso cambio bajo la inspiración de la escuela procesal italiana (Alzamora Valdez, 1985, pág. 164).

Por su parte Chiovenda, en su proyecto de reforma del procedimiento civil publicado en 1920, propugna el aumento de los poderes del juez como director del proceso; debido a que en sus arts. 29, 30 y ss., se atribuye al juez la potestad de “disponer cuanto es necesario para aclarar la verdad de los hechos, ordenar diligencias de oficio y peticiones a las partes y a sus abogados con el fin referido” (Chiovenda, 1925).

Así, si de Códigos “Modernos” debemos hacer referencia – entiéndase estos como los compendios normativos con la variación privadística-publicística de la cual nos hablaba Alzamora Valdez – es que debemos hacer una mención especial del Código Procesal Civil Italiano de 1940, que se encontró especialmente caracterizado por las facultades que se le atribuyen al juez; así mismo, la ley modificatoria de la Ordenanza Procesal Alemana de 1933, inspirada en la Zivilprozessordnung austriaca de 1895 de Franz Klein, que otorga al juez amplias facultades de esclarecimiento, al igual que en América se pudo apreciar con el Código del Brasil, el Código Procesal Argentino – que sobre “Facultades ordenatorias e instructoras” confiere en específico las siguientes atribuciones a los juzgadores (jueces y tribunales):

- 1) Tomar las medidas necesarias para evitar la paralización del proceso; vencido un plazo se haya o no ejercido la facultad respectiva, se pasará a la etapa siguiente;
- 2) Ordenar diligencias necesarias para esclarecer la verdad;
- 3) Corregir algún error material o suplir cualquier omisión de la sentencia;
- 4) disponer en cualquier momento la comparecencia personal de las partes para una conciliación o para proporcionar explicaciones;

- 5) Deducir en cualquier momento la comparecencia de los peritos y testigos para interrogarlos; y
- 6) Mandar que se agregue en documentos existentes en poder de las partes o de terceros.

En el mismo sentido, es desarrollado el Código de Procedimiento Civil Colombiano vigente desde 1971, el Código Brasileiro de 1974, el Código Federal de Procedimientos Civiles de México, entre otros (Alzamora Valdez, 1985, págs. 165 - 166).

Sin embargo, lo mencionado debe ser complementado, con criterios desarrollados a mayor profundidad sobre lo propuesto, como lo realizado por el autor Jaime Guasp, quien señala que el principio prohibitivo de la iniciativa del juez, ha sido y sigue aun formulándose, como una de las fundamentales reglas científicas que informan toda la marcha del procedimiento, y que según Garsonnet, deben ser tomadas de dicho modo, debido a que el proceso según el procedimiento civil francés, “debe ser dirigido por las partes”; por lo que señala dicho autor, que para marcar la tendencia española – que por cierto es considerada por el mismo, como una simple reproducción del derecho común que consagró la abstención del juez y la limitación de su arbitrio – como las frases del clásico Manresa quien en más de una ocasión refirió: “Que la mejor ley de procedimiento es la que deja menos campo al árbitro judicial dadas las circunstancias de la sociedad en que se vivía, puesto que de otro modo no serviría de garantía y salvaguarda de los derechos civiles” (Guasp, 1943).

Por lo que es precisamente en ese sentido que Alzamora Valdez resalte que en nuestro predecesor Código Adjetivo – el de Procedimientos Civiles de 1912 – en su exposición de motivos, al referirse a la “Comparecencia ante el juez”, defina con toda claridad esta posición, y que claramente se constituye como una definición civilista y privadística de la acción, como una las instituciones básicas del proceso, expresa en forma clara así el sentido del Código y las limitaciones que la función judicial se halla sometida dentro del mismo (Alzamora Valdez, 1985).

No obstante, no debe olvidarse en este contexto que no solo el principio del Iura Novit Curia, sino todo el ordenamiento procesal, ha variado significativamente entre el mencionado Código de Procedimientos Civiles de 1912 – que estuvo, con sus debidas modificaciones periódicas, en vigencia por más de 80 años en nuestro país – con el actual Código Procesal Civil de 1993. Es por eso, que el procesalista Juan José Monroy Palacios, señala que “el actual Código Procesal Civil desde su entrada en vigor, como principal ordenamiento procesal, supuso una ruptura con todo aquello que hasta la fecha se había hecho sobre la materia en el Perú. La versión sintética que, por fines didácticos, se suele divulgar sobre dicho acontecimiento alude a un tránsito del procedimiento al proceso, de la modesta disciplina de las prácticas judiciales a la concreción legislativa de la moderna Ciencia del Proceso, también llamada Teoría General del Proceso o, simplemente, Derecho Procesal. La simplificación, convertida ya en parte de la mitología jurídica local, es, sin embargo, inexacta e insuficiente” (Monroy Palacios, 2008).

En ese entendido, considero personalmente que el Código Procesal Civil peruano vigente que, en palabras propias del citado autor, “como humilde obra humana, nunca aspiró a convertirse en un canto a la perfección” (Ídem, pág. 64), posee muchos más aciertos que desaciertos y, en esa línea, está lejos, por un lado, de constituir un frío producto científico y,

por el otro, antes que una conquista de nuestra cultura jurídica, marca más bien el inicio de una nueva era en la concepción y práctica de la justicia que se imparte en nuestro país.

En efecto, concuerdo en considerar que en nuestra realidad ya no resulta suficiente que la justicia civil se encamine únicamente hacia la tutela de los intereses individuales, que en muchos casos resulta hasta cómplice silenciosa de las terribles situaciones de desigualdad de las que padecemos constantemente; sino que esta debe dirigirse hacia una aplicación distinta del derecho (en particular, procesal), en cuanto se le asigne una función instrumental insustituible que, por esencia, tenga como propósito coadyuvar a la construcción de una comunidad más igualitaria (en sentido sustancial y no formal), tolerante y digna.

Sin embargo, no considero que ello necesariamente deba entenderse como una parcialidad del juzgador con alguna de las partes en la intervención activa de su pretensión, ni menos aun introduciendo pretensiones no invocadas por las partes procesales; sino más bien, debe corresponder a la garantía que este constituya un ser imparcial, alejado de toda, mal llamada “contaminación” de intereses y sentimientos, y resuelva a la luz de la legislación, la que sin lugar a dudas debe aspirar a la justicia.

Es en ese contexto donde debe valorarse la apuesta del Código en colocar al Juez como director del proceso, lo que ciertamente, no queda reducido a tomar parte en esa falsa polémica, entre “garantismo” y “publicismo”, a partir de la cual, una parte minoritaria de la doctrina pretende reivindicar lo que nadie puso en cuestión (las garantías constitucionales del proceso) y poner en entredicho uno de los más importantes logros de nuestra disciplina (la función social del proceso), que como su propio nombre lo dice, y es desarrollado en forma expresa en el código procesal civil, pretende la igualdad entre las partes, y por ende la no parcialización del juzgador en la forma de intervención en la pretensión planteada.

En realidad, no puede sesgarse la atribución del carácter publicista a un proceso judicial, a la determinación de activismo irrestricto del juzgador en la pretensión de las partes; sino que se puede interpretar en los más variados sentidos, partiendo de la propia conceptualización de la corriente, que esta no se concentra únicamente a este concepto.

No obstante, dicha amplitud parece quedar relegada a aludir al uso que le dio uno de los padres del proceso civil contemporáneo (Piero Calamandrei) y sus más insignes seguidores (Mauro Cappelletti y Vittorio Denti) quienes, a lo largo del siglo XX, lucharon no sólo por liberar a nuestra disciplina de la absorbente ideología liberal, racional e iluminista, sino por diferenciarla del diseño procesal propio de las ideologías autoritarias, de carácter intrínsecamente conservador, como lo fue el fascismo; pero de una manera distorsionada, relegándola a considerar que el juez no solo dirige el proceso, sino que lo protagoniza, incluso en su pretensión.

Tal contexto no le resulta ajeno a nuestro vigente Código Procesal Civil, el mismo que es considerado por muchos autores, como una contraposición al Código Civil de 1984, de una innegable matriz marcadamente liberal, individualista y distante a las diferencias económicas y culturas de la sociedad.

Si bien es cierto, este código adjetivo, encuentra convergencia y similitud con bases constitucionales, especialmente en las desarrolladas por nuestro, también actual, Código Procesal Constitucional, que por ejemplo, a consideración del antes citado Dr. Monroy

Palacios, coloca a la paz social como un fin supremo del proceso, y a los derechos a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso, como principios informadores de la actividad judicial, como referentes interpretativos primarios para la aplicación de las normas y para el efectivo reconocimiento de los derechos procesales y de los que son puestos en juego durante el desarrollo de las causas (El Código Procesal Civil del Perú: Una Presentación, 2008), considerando sin embargo, que también los referidos son criterios de actuación no sólo jurídicos, sino éticos tanto de los Jueces y auxiliares, como de las partes en conflicto y sus abogados, herencia que considero se mantiene intacta en nuestro actual código procesal civil, tanto desde su creación, hasta su significado en nuestro actual ordenamiento jurídico vigente.

Al respecto señala el procesalista Sagastegui Urteaga que en la Comisión Revisora del Código Procesal Civil de 1993 (nuestro actual Código Civil Adjetivo), se propuso que los dispositivos del Título Preliminar, como normas principistas, abarquen no solo a la justicia civil sino a la especial, como es la laboral y agraria; por lo que, en todos dichos casos, la jurisprudencia debía ser la encargada de concordar la restricción que se hace en este artículo VII (Iura Novit Curia) en su parte final. Señala a continuación, sin embargo, que entre la redacción de dicho artículo principista en el Código Procesal Civil de 1993 y el Código Civil de 1984 hay importantes diferencias para precisar la figura de la “Iura Novit Curia”, aforismo que en la norma sustantiva resultaba insuficiente y distorsionada, por ser “rara avis”<sup>17</sup> en un código civil, teniendo mejor cabida en un código procesal, como señala que felizmente se ha logrado por ser norma típicamente procesal y no sustantiva (Sagastegui Urteaga, 2003).

Además de ello, es el mismo autor quien explica su contextualización de las diferencias existentes entre la redacción de ambos códigos citados anteriormente, ello toda vez que señala que debe destacarse que este principio, en el Código Procesal Civil, en vez de aplicarse únicamente a la “norma errónea”, se hace extensiva no sólo a esta “fuente de derecho”, la ley, sino también a las otras a las que el derecho peruano debe recurrir. Asimismo, no sólo se trata de la “demanda” sino a todos los actos del “proceso”, esto es, el aforismo impone al Juez el “*deber de aplicar el derecho que corresponda a todo el proceso*” (Ídem).

Señala además Sagastegui Urteaga que los límites del aforismo, esto es, cuánto o hasta dónde se permite al Juez a suplir la invocación errónea o inexistente del derecho, que le permita seguir siendo “imparcial”, es señalado también por este dispositivo: no puede el Juez modificar el petitorio o incorporar hechos no propuestos por las partes o por los terceros legitimados (Ibídem).

Con las referidas referencias doctrinarias de los ilustres pensadores antes señalados, no permite el esbozo en el cual tanto sustentan su principal fundamento las corrientes más flexibilizadoras del proceso, en el sentido que son concretas las expresiones de limitación del aforismo y principio del Iura Novit Curia, en tanto, que su interpretación, queda intacta a la inicialmente sustentada en su redacción originaria, siendo que, esta únicamente hace referencia la calificación jurídica de la pretensión (sea norma mal, deficiente o

---

<sup>17</sup> Expresión latina que en su traducción literal significa “ave desconocida y rara” y que se usa generalmente para identificar a una persona o cosa que es considerada poco común o por tener alguna característica que la diferencia de las demás de su misma especie; por lo que, en ese sentido, debe entenderse que el Profesor Sagastegui Urteaga, hace referencia a tal expresión por la diferenciación de tal principio en relación al resto de normas principistas del Código Civil de 1984.

inexistentemente aplicada, o la fuente del derecho que corresponda, entiéndase principio, jurisprudencia, costumbre, tratado, etc.), no haciendo extensiva dicha alusión a la pretensión concreta del accionante, es decir, al arto mencionado, petitorio inmediato, quien permanece intacto e inalienable por el juzgador de oficio, al inicialmente planteado por el accionante.

En conclusión, respecto a ello, podemos señalar que, conforme a la doctrina revisada, la interpretación del Principio del Iura Novit Curia debemos entender en su contenido a la expresión “derechos”, dentro de la frase “El juez debe de aplicar el derecho correspondiente” como normas jurídicas o fuentes de derecho; sin embargo, no debe entenderse por concederse un derecho distinto al pretendido por las partes, aun así, este, según criterio del juzgador resulte manifiesto.

Según Ezquiaga “La pretensión consiste en una declaración de voluntad del actor formalizada con la demanda, deducida ante el juez y dirigida contra el demandado, por la que se solicita al órgano jurisdiccional una sentencia para que declare o niegue la existencia de un derecho, bien o situación jurídica, cree, modifique, regule o extinga una determinada prestación” (Ezquiaga, 2000); ello quiere decir que las pretensiones al estar contenidas dentro de los actos procesales de las partes; son una expresión de su pura voluntad y conocimiento.

En ese mismo orden de ideas, Vescovi reafirma lo señalado por el autor antes citado, toda vez que señala que: “La pretensión es la declaración de voluntad hecha ante el juez y frente al adversario. Es un acto por el cual se busca que el juez reconozca algo, con respecto a una cierta relación jurídica. En realidad, estamos frente a la afirmación de un derecho y a la reclamación de la tutela jurídica para el mismo. (...) La pretensión viene a ser el contenido de la acción. Aquella no se dirige al Estado (o al juez) sino a un sujeto de derecho” (Vescovi, 1999).

En la doctrina como en la jurisprudencia, existe cierto criterio unánime al señalar que tanto el petitorio como los fundamentos de hecho, constituyen límites a la aplicación del principio de Iura Novit Curia.

Retomando la determinación de la naturaleza del principio, señala el procesalista, Dr. Juan Monroy Gálvez, el aforismo Iura Novit Curia posibilita que el juez aplique la norma jurídica pertinente a la situación concreta cuando las partes no hayan invocado, o lo hayan hecho con error; precisando para tales efectos que este encuentra su límite en la imposibilidad del juzgador de modificar el petitorio, así como de incorporar hechos no propuestos por las partes o terceros con legitimación (Monroy Gálvez, 2003).

También, el antes citado autor, Luis Castillo Córdova afirma que, aunque el derecho no haya sido invocado correctamente, el juez está en la obligación de hacerlo, sin embargo, esto no significa permitir y dar cobertura constitucional a una aceptación arbitraria del juez, toda vez que, en efecto, si bien está vinculado al derecho, lo está también a los hechos, y por ende, a la pretensión que plantee el demandante en el caso concreto (Castillo Córdova, 2006).

Así, podemos concluir, por lo menos hasta le presente etapa de investigación, que la relación entre la pretensión y el Iura Novit Curia es la de *ser su límite*.

Precisamente, dicha atingencia es reconocida por el Catedrático y Doctor en Derecho, el jurista argentino Gustavo Calvino, en cuanto señala que: “La imputación jurídica implica



para el actor exponer el encuadre en derecho material que fundamenta la pretensión y que debe relacionarse directamente con el hecho. Es sustancial y fundamenta la pretensión al relacionar el hecho con el ordenamiento legal. Es válida incluso si no especifica disposición alguna, pues importa que señale el encuadramiento en derecho de la pretensión procesal a efectos de permitir la defensa en juicio a la contraria. Siempre que la autoridad, aun invocando la regla *Iura Novit Curia*, proceda a modificar la imputación jurídica dada por el pretendiente, estará entrometiéndose en la pretensión. En otras palabras, estará invadiendo la esfera de la libertad del individuo, violando el derecho de defensa y la igualdad de las partes. En conclusión y contrariamente a lo que muchos opinan, el juzgador no puede aplicar en absoluto la calificación legal sobre la pretensión porque necesariamente implica extralimitación en sus poderes, interferencia en la libertad individual y afectación de las garantías de defensa en juicio e igualdad de los contendientes. Porque la calificación legal debe relacionarse con el objeto del proceso, concepto diferente al de pretensión procesal. Se aprecia entonces que la regla *Iura Novit Curia* no debe ingresar ni influir en ésta.” (Calvinho, 2010).

Sin embargo, a pesar de concluir en la hipótesis anteriormente planteada, la propuesta de Calvinho, nos genera otro ámbito de análisis; ello toda vez que, la expresión de la libertad de las partes, a la cual hace referencia, ostenta ciertos elementos diferenciables, claves para la mejor comprensión y determinación, de la verdadera naturaleza, tanto del Principio del *Iura Novit Curia*, como del propio Petitorio o pretensión en el proceso civil nacional.

Así, podemos identificar precisamente que las partes, a las cuales, hace referencia el autor, y que son desarrolladas a lo largo de su basta doctrina, se constituye como las siguientes:

- El *petitum*.
- Y la *causa petendi*; que a la vez se divide en fundamentos de hecho y fundamentos de derecho.

Así, dichas partes, han sido ampliamente desarrolladas por numerosa doctrina, sin embargo, a fin de no alejarnos de la concepción de Calvinho, es que precisamente tomaremos la definición de uno de sus más consultados referentes jurídicos, el Dr. Guillermo Cabanellas, quien a través, de su Diccionario Enciclopédico Jurídico, desarrolla, al *petitum*, como el objeto de la pretensión, el pedido objetivo que hace la parte al órgano jurisdiccional; en cambio, define a la *causa petendi*, como la causa de la pretensión, es decir, como las razones o fundamentos que sustentan el pedido concreto de las partes (Cabanellas, 1989).

En ese orden de ideas, podemos señalar que el Principio del *Iura Novit Curia* puede relacionarse con cada uno de los elementos de la pretensión, en tales extremos.

Así, por ejemplo, podemos señalar que el *petitum*, al igual que toda la pretensión en conjunto, es un límite al *Iura Novit Curia*; criterio que es concordante con la doctrina desarrollada por Ezquiaga, quien señala que: “El *petitum* es el elemento fundamental de la pretensión del actor en relación con la congruencia de la sentencia ya que ni su objeto inmediato (la petición en sentido estricto, solicitud de un tipo concreto de tutela jurídica) ni mediato (derecho subjetivo, bien o interés jurídico al que se refiere la solicitud de tutela jurisdiccional) pueden modificarse a lo largo del proceso ni en la resolución judicial.” (Ezquiaga, 2000, pág. 136).

Como vemos, ni las partes ni, mucho menos, un magistrado puede modificar el *petitum* de las pretensiones de cualquier acto procesal; pues este es determinado por las partes, antes de presentar un acto procesal ante el juez, expresando, en este elemento de la pretensión, su petitorio determinado libre y voluntario respecto a la controversia con la otra parte.

Por otro lado, continuando con el desarrollo planteado por Calvino, tenemos que la *causa petendi*, a la vez, se divide en dos aspectos: *i*) los fundamentos de hecho, o *rerum* y *ii*) los fundamentos de derecho. Los primeros son otro límite expreso del Iura Novit Curia, pues, con sustento en este aforismo, el juez no puede agregar hechos a los alegados en las partes. Como lo indica la misma norma y, así también, conforme señala el jurista nacional Joao Pico Junoy, respecto de la iniciativa probatoria del juez, “son los litigantes quienes deben traer al proceso el material fáctico que identifica, configura y fundamenta sus respectivas pretensiones, no pudiendo el órgano jurisdiccional llevar a cabo ninguna actividad tendente a investigar o aportar hechos no alegados por las partes, ni fallar alterándolos, so pena de incurrir en la sentencia en un vicio de congruencia” (Pico Junoy, 1998).

No obstante, en relación al otro componente (fundamentación jurídica), debemos señalar que estos, por el contrario, si son susceptibles de variación por el órgano jurisdiccional, precisamente en aplicación del referido principio del Iura Novit Curia; siendo este, conforme se ha desarrollado, el esencial fundamento de esta institución procesal, es decir, el aplicar el derecho que corresponda al proceso si no ha sido invocado por las partes o si lo ha sido erróneamente; ello quiere decir, que únicamente este debe ser aplicado por motivo de no invocación de las normas (u otras fuentes del derecho) aplicables, o en todo caso, una mención incorrecta de estas; sin embargo, no cambiar nunca el sentido de la demanda por reemplazo de las mencionadas. Esto último sería intervenir en el *petitum* y cambiar el sentido de los fundamentos de hecho de la *causa petendi*, lo cual como hemos visto está vedado por el ordenamiento.

Finalmente, tanto el *petitum* (o más propiamente dicho, la Pretensión mediata de la demanda) como la *causa petendi*, en cuanto a la expresión de sus fundamentos de hecho, no tendrían objeto de ser materia de discusión en la aplicación del Iura Novit Curia; toda vez que, como con amplitud, y espero acierto, hemos podido concluir, de lo señalado por la doctrina, lo único a lo que se encuentra facultado el juez, concordando con las normas expresas del ordenamiento y el verdadero sentido del Iura Novit Curia, sería, extraer una norma no mencionada por los accionantes, o, corregir un error formal en la mención de una norma, procurando en todo momento, el respeto de la concordancia con el pedido concreto efectuado por la parte, sea erróneo o no.

Si bien, parte de la fundamentación crítica de lo expresado se esfuerza en sustentar que dicha concepción, que consideran “minimalista”, del juzgador, permite la no tramitación de casos, y lo que resulta más inquietante, la no administración de justicia; y la corriente extremista contraria, señala que la actuación “permisible” de este, conllevaría a la admisión de errores que finalmente puedan perjudicar el proceso; ante la trivial conjetura, resulta, a consideración personal, una solución que implica un razonamiento y análisis, no mayor que el aplicar lo establecido por la propia normativa procesal; toda vez que, ante un error en el *petitum*, procede la declaración de inadmisibilidad de la pretensión, lo que por consecuencia natural, conlleva al otorgamiento de un plazo razonable para su subsanación, constituyéndose ello

como una respuesta equilibrada entre las mencionadas improcedencias y admisiones de error, antes referidas; pero que, sobre todo proscribe la intervención del juzgador en la pretensión de manera casi ilimitada, dejando dicha actuación en el ámbito de los accionantes.

Lo mismo ha sido precisado también en sede jurisdicción, en cuanto se señala que: “tres son las notas esenciales del principio dispositivo: a) que las partes son dueñas de los derechos e intereses materiales que se discuten en el proceso, y al tener poder de disposición sobre el derecho material ostentan también la plena titularidad del derecho de acción, por tanto, nadie se le puede obligar a pedir tutela judicial o a ejercitar su defensa ante los tribunales si no desea. Esto se concreta en el axioma *ne procedat iudex ex officio*; b) las partes son dueñas absolutas de la pretensión y por ende de la continuación del proceso, pudiendo disponer de él a través de una serie de actos que pueden ocasionar la terminación del proceso, con sentencia o con anterioridad a ella, como es no impugnar, allanarse, transar (léase transigir), desistirse, etc; c) las partes vinculan mediante sus pretensiones la actividad decisoria del juez, quien tiene la obligación de resolver de modo congruente con respecto a la pretensión del actor y la resistencia del demandado, lo que se manifiesta en el aforismo *ne eat iudex ultra petita partium*”<sup>18</sup>.

Sin desviar el tema, luego de fijar las pautas teóricas de los límites del principio *Iura Novit Curia* es bueno observar estas aplicadas en la práctica, toda vez que este es un criterio, que de aplicarse de manera estricta, traería posiblemente como consecuencia, el otorgamiento de un derecho que en el fondo nunca fue exigido, terminando por no satisfacerse las verdaderas necesidades jurídicas de los justiciables; por lo que como, casi todo en el campo jurídico, debe ser analizado por caso concreto, no significando ello, una distinta interpretación al principio, sino la adecuación del mismo, a la situación concreta presentada en un proceso judicial real, y no observado desde el tubo de ensayo de un laboratorio jurídico, al cual se limita, no de manera incorrecta o reprochable, la mayor parte de la doctrina.

### 3. Principio de Congruencia Procesal

Ahora bien, determinada la naturaleza y alcances del principio antes desarrollado, y con la premisa, de que, si bien es cierto, de manera limitada, a través del mismo, se otorgan facultades al juzgador, respecto a la pretensión, encontramos en contraposición de la misma, por lo menos teóricamente hablando, otro principio fundamental del derecho procesal nacional, el Principio de Congruencia Procesal.

Así, en virtud del referido principio, podemos señalar que a fin de poder lograr que el proceso cumpla con su función de un tratamiento útil de la administración de justicia, y una aplicación concreta del derecho, y la subsunción de la norma, en las situaciones reales, o hechos con relevancia jurídicos suscitados en la realidad, es que, según el jurista contemporáneo Ignacio Avendaño Leyton, nos señala que son necesarios ciertos principios que se basen en postulados elementales de justicia, estos son los llamados Principios Procesales, y que a su vez, son definidos también por el citado autor, como las grandes directrices que van a permitir que el proceso pueda operar eficazmente (Avendaño Leyton, 2016); a lo cual podríamos

---

<sup>18</sup> Casación 2798-99, Arequipa, publicado en El Peruano el 7 de abril de 2000, pp. 4996-4997.

agregar que dichos principios van a permitir “cumplir con sus fines, especialmente, con el fin abstracto de administrar justicia (agregado propio).

En este entendido, el principio de congruencia constituye, junto a otros, uno de los pilares en base a los cuales se estructura el proceso para un avance coordinado y eficaz hacia la solución jurisdiccional de los asuntos controvertidos de su competencia y jurisdicción.

Es en relación al referido principio que al igual que la ciencia jurídica en sí, ha sufrido una serie de cambios y evoluciones; así por ejemplo, era definido por el derecho romano, conforme lo cita Hugo Botto con el aforismo latín: “*sententia debet esse conformis, libello; ne eat judex, ultra, extra aut citra petita partium; tantum legatum quantum judicatum; judex judicare debet secundum allegata et probata parlium*”; que en su traducción mayormente aceptada, quiere decir: “la sentencia debe estar conforme con la reclamación escrita, para que el juez no vaya más allá, fuera o más acá de las demandas de las partes; tanto lo imputado como lo sentenciado; el juez debe juzgar de acuerdo con las razones alegadas y probadas por las partes” (Botto, 2007).

Ahora bien, para efectos de entender este trascendental principio, debemos comenzar señalando que la palabra congruencia, conforme lo define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española; proviene del latín *congruentia* que significa coherencia o relación lógica y que, en su sentido natural y obvio, la concebimos como la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones de las partes formuladas en el juicio<sup>19</sup>.

Doctrinariamente la congruencia se ha definido por numerosos autores, siendo uno de los más reconocidos, la definición del jurista argentino (Ayarragaray, 1962) quien la establece como “un principio normativo que limita facultades resolutorias del juez, por el cual debe existir identidad entre lo resuelto y controvertido, oportunamente, por los litigantes, y en relación con los poderes atribuidos en cada caso al órgano jurisdiccional por el ordenamiento jurídico”.

Sin embargo, existen otras aproximaciones teóricas comúnmente aceptadas y recogidas a su vez, por otros autores, incluso de índole nacional, como el jurista Monroy Gálvez, que en numerosas presentaciones, y a testimonio de algunos de sus alumnos de la universidad, cita al también doctrinario argentino Devis Echandía, quien a través de su doctrina conceptualiza al referido principio como “el principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones judiciales que deben proferirse, de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes (en lo civil, laboral, y contencioso-administrativo) o de los cargos o imputaciones penales formulados contra el sindicado o imputado, sea de oficio o por instancia del ministerio público o del denunciante o querellante (en el proceso penal), para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones o imputaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas, a menos que la ley otorgue facultades especiales para separarse de ellas” (Devis Echandía, 1985); ello quiere decir, que dicho autor entiende que los derechos de acción y de contradicción imponen al Estado el deber de proveer mediante un proceso y por una sentencia, cuyo alcance y contenido están

---

<sup>19</sup> Consultado del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en su vigésima segunda edición. Consulta realizada el 07 de junio del 2017. [www.rae.com.pe/congruencia/](http://www.rae.com.pe/congruencia/)

delimitados por las pretensiones y las excepciones que complementan el ejercicio de aquellos derechos.

En síntesis, a mérito de los dos autores citados, se puede sostener que la congruencia es la debida correspondencia entre las partes que componen un proceso, entendido este como un conjunto de actos, y las actuaciones procesales de un tercer imparcial encargado de la resolución del conflicto o incertidumbre planteada.

Sin embargo, la definición del referido principio, no se ha realizado únicamente por la Doctrina, tanto internacional, como nacional, y que será ampliamente desarrollada en la elaboración de la tesis correspondiente al presente proyecto; y que si bien es cierto, el Dr. Julio Armaza Galdós, mencionó “*Que la doctrina es probablemente la fuente con mayor fundamento en el derecho, pero la que menos fuerza posee*” (*dixit*); que ahora me veo en la obligación de mencionar la conceptualización y desarrollo que se ha realizado respecto al referido principio, en nuestra jurisprudencia nacional, que a través de numerosas sentencias en diversas instancias nacionales, la definen como el principio conforme al cual debe existir conformidad entre todos los actos del procedimiento, aisladamente considerados, que componen el proceso.

En ese sentido, una de las conceptualizaciones más completas y a la vez precisas, que considero en mi percepción personal, es el contenido en la Casación N° 1308-2001-CALLAO<sup>20</sup>, en la cual se hace referencia a que este principio, implica por un lado, la condición de que el juez no pueda ir más allá del petitorio inicial de las partes, ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes, y por otro lado, la obligación de los magistrados de pronunciarse respecto a todos los puntos controvertidos establecidos en el proceso, a todas las alegaciones efectuadas por las partes, ya sea en sus actos postulatorios, como en sus medios impugnatorios.

Entonces, podemos concluir de ello que si bien se pone énfasis por la doctrina en resaltar los nexos entre las pretensiones sostenidas por el actor en la postulación de su demanda (petitorio), y el contenido y efectos de la decisión final (sentencia), no se puede desconocer que tiene igualmente aplicación en relación con la oposición, la prueba y los recursos, teniendo su mayor limitación en cuanto a los hechos de la causa, ya que en lo referente al derecho aplicable, al juez le vincula al principio *Iura Novit Curia*, en el sentido que el juez conoce y aplica el derecho (como es entendido por la mayoría de juzgadores a nivel nacional), pero más correctamente correspondiente, y conforme lo señala el propio Art. VII del Título Preliminar del Código Civil nacional, el juez conoce y aplica la norma jurídica pertinente, que debe entenderse en modo extensivo, como toda fuente del derecho.

Ahora bien, conforme a lo señalado por la doctrina antes referida, podremos sostener y con razón, que en nuestro derecho no existe un conjunto de disposiciones que regulen explícitamente este principio, que lo estructure en sus presupuestos, requisitos y efectos, pero no por ello ha sido desconocido en nuestro ordenamiento, conforme ya se ha desarrollado, y que por lo tanto, corresponde su aplicación, con mucha mayor razón, si esta corresponde a

---

<sup>20</sup> Recuperado de la Web del Poder Judicial.

<https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/76187d004062e9a6a329ff95cb2bb342/CAS++281310.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=76187d004062e9a6a329ff95cb2bb342>. Consultado el 25 de mayo del 2017.

un principio rector, y probablemente, uno de los más importantes del derecho procesal, como lo es el Debido Proceso.

También dichas concepciones teóricas encuentran mayor fuerza argumentativa en la Jurisprudencia Nacional emitida en dicho aspecto, toda vez que por ejemplo, en la Casación N° 3265-99<sup>21</sup>, señala que para que exista propiamente la infracción del principio de congruencia, que daría lugar en este caso a la incongruencia *extra petita*, se requiere que el juzgado conceda algo no pedido o cuando concediendo lo pedido, lo hace en base a una *causa petendi* de la invocada en la demanda; pronunciamiento similar al expresado en la Casación N° 1453-99-Cono Norte<sup>22</sup>, en el cual se expresa que nuestro sistema procesal se basa en el principio dispositivo, pues el Juez puede brindar tutela jurídica sólo a iniciativa de parte (*nemo iudex sine actore*), y por lo mismo, resulta vigente el principio de congruencia procesal, por el cual “se exige al juez que omita, altere o exceda las peticiones contenidas en el proceso que resuelve”. Asimismo, se señala en la Casación N° 465-99-Lima<sup>23</sup> que en las sentencias en las cuales se ordene el pago, de por ejemplo, suma distinta a la solicitada, se ha ido más allá del petitorio, contraviniendo el Art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

Concordante tal pronunciamiento con el de la Casación N° 2353-2000<sup>24</sup>, en el cual se dice que al resolverse un acto del cual se pretendía su nulidad como ineficaz, se ha excedido el juzgador de sus funciones, dándose un fallo *extra petita*, es decir, algo diferente a lo pedido, y transgrediéndose con ello el principio de congruencia procesal que garantiza el debido proceso legal; todo ello, en cumplimiento de lo establecido en la Casación N° 2550-99-La Libertad<sup>25</sup>; por la cual se establece que, si bien el principio del Iura Novit Curia implica que el juez deba aplicar el derecho que corresponde al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes, o lo haya sido erróneamente; por el mismo, se establece la prohibición del juzgador de ir más allá del petitorio; finalmente señala la casación en mención, que, no está permitido al Juez fundar su decisión en hechos diversos a los alegados por las partes. Por tanto, una vez establecidos los hechos, el Juez procederá a su valoración jurídica, con cuyo propósito los ubica dentro de las hipótesis de la ley, lo que conduce a la determinación de la norma aplicable, para lo cual no tiene limitación alguna, sobre la base del principio “Iura Novit Curia”.

Es más, inclusive la propia Corte Suprema, reconocía que, como lo señala Lino Enrique Palacios, sólo a las partes (exclusivamente) incumbe determinar el *thema decidendum* y no al Juez, quien debe limitarse en su pronunciamiento a lo que las partes han pedido; incurre en “incongruencia” el Juez que falla apartándose de las cuestiones incluidas en la pretensión del actor y en la oposición del demandado<sup>26</sup>.

---

<sup>21</sup> Sentencia publicada en el Diario Oficial El Peruano en fecha 24 de agosto del 2000.

<sup>22</sup> Sentencia publicada en el Diario Oficial El Peruano en fecha 20 de enero del 2000.

<sup>23</sup> Sentencia publicada en el Diario Oficial El Peruano en fecha 31 de agosto de 1999.

<sup>24</sup> Sentencia publicada en el Diario Oficial El Peruano el 23 de enero del 2001.

<sup>25</sup> Sentencia publicada en el Diario Oficial El Peruano en fecha 11 de julio del 2000.

<sup>26</sup> Casación N° 3265-99-Lima, El Peruano, 24 de agosto del 2000.

Finalmente, dentro de esa misma línea de pronunciamientos, se señala en la Casación N° 2574-2000<sup>27</sup>, que el Juez no puede resolver la controversia a su cargo, otorgando más o diferente a las pretensiones de los sujetos procesales intervinientes como partes; además de ello señala la Casación N° 2614-2000<sup>28</sup>, que hay incongruencia y violación al debido proceso si la Segunda Instancia para declarar fundada la controversia en acción ejecutiva, sostiene que vía integración de la sentencia apelada “hay acuerdos que nunca fueron alegados por las partes”; puesto que son estas las únicas que fijan los puntos en controversia y quienes como involucrados deben probar sus pretensiones, encontrándose prohibido el juzgador declarar fundada la contradicción por un argumento que jamás fue esgrimido en el proceso.

Además de lo señalado, es la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, que citando a Jaime Guasp, define el principio de congruencia procesal como “la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso”; asimismo, citando a Ramos Méndez, señala que “la congruencia es la adecuación entre las peticiones de las partes deducidas oportunamente en el pleito y la parte dispositiva de la resolución judicial”. Finalmente, citando a Devis Echandía expone que la congruencia en sede procesal es “el principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones judiciales que deben proferirse de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes para que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones, donde los jueces tienen el deber de motivar sus resoluciones como garantía de un debido proceso, no estando obligados a darle la razón a la parte pretendiente, pero sí a indicarle las razones de su sinrazón y a respetar todos los puntos de la controversia fijados por las partes (...)”.<sup>29</sup>

Para esa línea de razonamiento, la congruencia es el principio que delimita el contenido de las resoluciones judiciales de acuerdo con las peticiones realizadas por las partes, con el fin de que exista identidad entre lo resuelto por el Juez y lo discutido por los litigantes en el interior de un proceso judicial, en el cual, especialmente se ve priorizada por excelencia el principio y deber/derecho de socialización de las partes, como lo es el proceso civil.

Sin embargo, tal principio no solo haya su fundamentación en un ordenamiento de corte legal, sino inclusive supra legal, como le otorga su reconocimiento constitucional, siendo que, si la decisión es incompatible con las pretensiones, menoscabaría el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (derecho constitucionalmente reconocido) y, en concreto, el derecho de defensa (derecho constitucionalmente reconocido, de igual modo), privando así al agraviado de toda posibilidad para argumentar y ofrecer prueba respecto de los puntos que no fueron objeto de controversia: y que, a apreciación personal, no queda ello salvado al permitirse una suerte de contradictorio para una pretensión surgente ajena a la intención de las partes y más bien, propiedad del juzgador, en un momento posterior a la etapa postulatoria; lo que definitivamente demostraría que el principio de congruencia es, sin lugar a duda alguna razonable, una condición sine qua non para referirnos al derecho al debido proceso, y sin el cual no se emitiría una decisión fundada en derecho.

---

<sup>27</sup> Sentencia publicada en el Diario Oficial El Peruano en fecha 30 de abril del 2001.

<sup>28</sup> Sentencia publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30 de abril del 2001.

<sup>29</sup> CAS. N° 3466-2006 LIMA, Tercería de Propiedad. Lima, catorce de mayo del dos mil siete.

Por otro lado, en un mayor desarrollo del principio, considera gran parte de la doctrina como la desarrollada por el autor nacional, el Doctor en Derecho por la UNMSM, Martín Alejandro Hurtado Reyes, que señala que este principio (el de Congruencia Procesal) se considera de suma importancia para la emisión de un fallo judicial, y que además tiene una relación directa con el tipo de pretensión introducida por las partes al proceso, puesto que, de solo identificarse el tipo de pretensión se podría determinar el tipo de decisión a adoptarse (Hurtado, 2015); en ese sentido sería fácil señalar liminarmente que la decisión judicial debe de respetar siempre los límites de la pretensión.

De dicha definición podríamos extraer una de las más clásicas concepciones de la naturaleza del principio de congruencia procesal, que precisamente señala que la congruencia implica el principio por el cual una decisión judicial debe responder a una pretensión planteada por las partes, ya sea estimándola o denegándola, conforme a derecho corresponda.

Ahora bien, debemos analizar a mayor profundidad la naturaleza del referido principio, por lo que sería necesario estimar la clasificación que se le da al mismo, toda vez que la concepción antes señalada corresponde a únicamente uno de los tipos desarrollados en doctrina, pero no a la totalidad del desarrollo del mismo. En este sentido, la congruencia, señala la doctrina clásica, puede ser externa e interna. Será del primer tipo cuando se exija la concordancia entre el pedido y la decisión a recaer (concepción anteriormente desarrollada y comúnmente interpretada), pero, también señala dicha doctrina que puede ser interna, cuando se exija la concordancia entre la motivación y la parte resolutive. (Avendaño Leyton, 2016)

Sin embargo, dicha clasificación encuentra a su vez una subdivisión desarrollada por otros autores, quienes consideran que la congruencia procesal que resulta de la relación negativa (disconformidad) existente entre lo pretendido y lo otorgado por el juez (externa), llamada en práctica forense como incongruencia, tradicionalmente se clasifica a su vez en:

- Incongruencia *ultra petita*, referida a aquel tipo de incongruencia surgente cuando el Juez en su fallo otorga más de lo pretendido por las partes<sup>30</sup>.
- Incongruencia *citra petita*, presente cuando el juzgador omite pronunciarse respecto a la totalidad de las pretensiones planteadas por las partes, dejando así de resolver algún conflicto de intereses o incertidumbre jurídica introducida válidamente al proceso<sup>31</sup>.
- Incongruencia *infra petita*, se genera esta cuando el juzgador decide sobre una pretensión en extensión menor que la solicitada, sea que se conceda o niegue y en el entendido que se ha requerido una cantidad determinada y no otra; del mismo modo, concurre esta si se otorga menos de lo reconocido por el demandado.
- Incongruencia *extra petita*, se presenta cuando el Juez, apartándose de las pretensiones formuladas por las partes, otorga cosa distinta de lo pedido<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Se encuentra regulado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el mismo que dispone: "(...) El Juez no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes"

<sup>31</sup> Se encuentra regulada en el artículo 122° numeral 4) del Código Procesal Civil de la siguiente manera: "Toda resolución debe contener, la expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos"

<sup>32</sup> Dicho tipo de incongruencia encuentra también sustento legal en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil.



Es precisamente, la última sub clasificación negativa del principio, aquella que constituye una infracción del principio dispositivo imperante en nuestro ordenamiento nacional adjetivo que impide al órgano judicial pronunciarse sobre aquellas pretensiones que no fueran ejercitadas por las partes, al ser éstas las que conforman el objeto del *thema decidendi* y el alcance del pronunciamiento judicial.; en tal sentido, responde la doctrina con tonos más garantistas que, tal pronunciamiento debe de adecuarse necesariamente a lo que fue objeto del proceso, delimitado por las partes, por el *petitum* y por los hechos que sirven como *causa petendi* (conceptos anteriormente desarrollados) (Hurtado, 2015).

En el sentido expuesto, es importante referirnos a las formas de corrección que desarrolla la norma adjetiva a fin de subsanar un vicio de incongruencia procesal, las cuales pueden ser ejercidas tanto por la parte agraviada (de parte), como por el propio juzgador (tanto *A quo*, como *A quem*), e inclusive el Ministerio Público (de ser el caso participe en el proceso, tanto como parte como dictaminador especial). En tal sentido, la parte podrá solicitar la nulidad del acto viciado, expedido con indudable atentado contra el principio de congruencia; e incluso el juzgador podría ejercer tal facultad de declaración de nulidad de oficio (en ambos casos, teniendo como resultado la consecuencia directa de una declaratoria de nulidad, es decir, el reponer los actuados del proceso al estado anterior al vicio de nulidad). Es más, nuestro ordenamiento, no limita tal actuación en segunda instancia, debido a que el superior jerárquico podrá inclusive integrar la parte decisoria de la resolución venida en grado, siempre que de la fundamentación aparezca en la parte considerativa, precepto contenido en el artículo 370° del Código Procesal Civil; y finalmente, el Ministerio Público, dentro de sus atribuciones como parte, como tercero con interés o como dictaminador, denunciará el incumplimiento del principio examinado cuando así lo evidencie; contándose por tal con base legal desarrollada en tal sentido que haga merecedor a tal principio de una protección especial que le permita no faltar en una decisión judicial fundamentada en derecho y con respeto del ordenamiento civil adjetivo nacional.

A mérito de lo expresado, es posible considerar que una vulneración al principio de congruencia procesal conlleva además a la vulneración de la prohibición de la reforma en peor (*nom reformatio in peius*) presente también en nuestro ordenamiento jurídico como un principio fundamental y un derecho constitucionalmente reconocido de las partes litigantes en un proceso judicial, y que consiste en que el superior (*A quem*) no pueda modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante, salvo que la otra parte también haya apelado o se haya adherido<sup>33</sup>. Incluso, a lo señalado, aporta el uruguayo Eduardo J. Couture, en cuanto señala que: “La reforma en perjuicio (*reformatio in peius*) consiste en una prohibición al juez superior de empeorar la situación del apelante, en los casos en que no ha mediado recurso de su adversario.” (Couture, 1958); Por lo que al generar el *A quem* el tipo de incongruencia *extra petita* en tal instancia, sería una clara contravención a lo señalado por tal principio.

---

<sup>33</sup> Artículo 370° del Código Procesal Civil, modificado por Ley N° 29834, que, en su artículo único, modifica el referido dispositivo en tal sentido: “El Juez superior no puede modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante, salvo que la otra parte también haya apelado o se haya adherido o sea un menor de edad. Sin embargo, puede integrar la resolución apelada en la parte decisoria, si la fundamentación aparece en la parte considerativa. Cuando la apelación es de un auto, la competencia del superior solo alcanza a este y a su tramitación.”

Cabe destacar, adicional a lo señalado, que conforme respeta la estructura del presente trabajo, los fundamentos esbozados, no solo encuentran fuerza argumentativa en la doctrina, sino de igual manera en recurrente jurisprudencia de la Corte Suprema, la cual ha señalado que el principio de congruencia “(...) constituye un postulado de lógica formal que debe imperar en todo orden de razonamiento, toda vez que el Juez debe decidir según las pretensiones deducidas en el juicio y en armonía con la relación jurídica procesal establecida, sin alterar o modificar los aspectos esenciales de la materia controvertida, en lo que se sustenta la garantía constitucional de este fundamento que impide al Juez fallar sobre puntos que no han sido objeto de litigio (...)”<sup>34</sup>; agregando que “(...) el principio de congruencia procesal implica por un lado que el juez no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes, y por otro lado la obligación de los magistrados es de pronunciarse respecto a todos los puntos controvertidos establecidos en el proceso, a todas las alegaciones efectuadas por las partes en sus actos postulatorios o en sus medios impugnatorios (...)”<sup>35</sup>.

Por último, se debe de tener presente, a manera de conclusión de lo antes desarrollado, que este principio se constituye, con todo derecho, como un pilar básico de todo proceso y, como tal, resulta imperioso que se vea reflejado en toda resolución, por cuanto, lo que resulta no solo más lógico, sino que natural, es que un fallo sea coherente con lo peticionado por las partes, exigencia que no sólo refiere a un asunto exclusivamente procesal; sino porque, esencialmente se enmarca en la necesidad de someter al examen que puede hacer cualquier ciudadano de lo manifestado por el juez, y de los fundamentos a través de los cuales objetivamente, se base la decisión.

#### 4. Facultades de los Magistrados en el Proceso.

Siendo el objeto de la presente investigación el análisis de la existencia de un conflicto entre dos principios procesales en su aplicación práctica en los procesos civiles nacionales, a la luz de una jurisprudencia emitida por los Magistrados Civiles de la Corte Suprema de Justicia del Perú, en un Pleno Casatorio (Casación N° 4442-2015-Moquegua); resulta por lo tanto necesario que posterior al desarrollo de los principios en presunto conflicto, se analicen los límites de los propios magistrados en su actuación procesal en los casos que según su jurisdicción y competencia son de su conocimiento, en especial en lo relacionado a la materia civil.

Respecto al presente punto, concuerdo con muchos autores, como el Dr. Manuel Atienza, que consideran que las principales facultades del juzgador devienen esencialmente de sus obligaciones dentro del ámbito de aplicación de su cargo, entre los cuales debemos considerar como uno de sus fundamentos, a la argumentación jurídica, la misma que, a consideración del autor antes referido, contribuye a que los juristas sean más conscientes de su propio quehacer, esto es, dentro de una faceta descriptiva de la misma (Atienza, 2004); encontramos sin embargo que otros autores, como por ejemplo Perelman, quien en su obra “La lógica Jurídica y la nueva retórica”; considera que argumentar, es no solo una contribución al abogado, sino que esta es, sin lugar a duda, una de las habilidades que todo buen abogado ha

---

<sup>34</sup> CAS. N° 1967-2007-LIMA

<sup>35</sup> CAS. N° 1308-2002-CALLAO

de saber desarrollar y llevar a la vida de la práctica forense para poder llevar a buen término los asuntos que se encuentren bajo su conocimiento (Perelman, 1988).

Hemos de entender así por argumentación jurídica, conforme lo señala el jurista mexicano Jaime Cárdenas Gracia; como el conjunto de razonamientos de índole jurídico que sirven para demostrar, justificar, persuadir o refutar alguna proposición que va encaminada a la obtención de un resultado favorable a favor del litigante y su cliente o para la resolución de un caso controvertidos por parte del juzgador o tribunal de determinada causa (Cárdenas Gracia, 2007).

En ese sentido, en un aspecto inminentemente práctico, debemos realizar, como lo señaló el Dr. Riccardo Guastini, en el Programa de Formación de Aspirantes del VI Curso del PROFA, relacionado precisamente al Razonamiento Jurídico, realizado en la ciudad de Lima en el año 2005, que habrá que previamente distinguir entre la argumentación que llevan a cabo los jueces y aquella que es propia de los abogados litigantes (Guastini, 2005).

Así tenemos que la argumentación por parte del Juzgador, es llevada a cabo por el juez o tribunal (según sea el caso y la instancia) que conoce de la causa en determinada materia, su trascendencia se traduce en la resolución que tome dicho tribunal o juez para sustentar su decisión; mientras que la argumentación por parte de abogado litigante, entre los cuales se encuentra, eminentemente la labor de la defensa del estado, de la sociedad y de sus intereses, como la realizada por Fiscales, Defensores Públicos y demás Procuradores; que esta es aquella argumentación que desarrollara el abogado de la causa ante el juez o el tribunal que este conociendo de la misma, para esto el abogado habrá de valerse de sus habilidades como buen orador, así como de sus herramientas de tipo lingüístico para poder obtener una resolución o sentencia favorable.

Entonces, de lo señalado, podemos concluir que la importancia de la argumentación jurídica, radica, en que como lo señala la doctrinaria española Victoria Iturralde Sesma, que esta es uno de los pilares más importantes dentro de la práctica forense jurídica debido a que sin ella no sería lógico y mucho menos posible llevar a cabo una defensa adecuada por parte de los juristas y emitir una adecuada sentencia por parte de los juzgadores (Sesma Iturralde, 2004).

En conclusión, podemos señalar que resulta fundamental que tanto el estudio como la aplicación de la argumentación dentro de la práctica jurídica este encaminada a una constante mejora por parte de todos aquellos que se encuentren inmersos en el ámbito jurídico como operadores del derecho, y que además se encuentre siempre basada tanto en la lógica, como en una retórica que tienen como propósito el de demostrar y definir los verdaderos fundamentos de los temas que tratan las aulas de Justicia.

Así, si bien es cierto que a parte de la faceta descriptiva de la argumentación señalada por el profesor Atienza, esta tiene una perspectiva prescriptiva que nos lleva a concluir cómo deberían de razonar los operadores del derecho, y en especial, como deberían de decidir los juzgadores ante determinadas situaciones jurídicas (Atienza, 2004).

Para ello, Atienza nos refiere que argumentar significa exponer las premisas, normativas o no, de una inferencia práctica, es decir, de un razonamiento cuya conclusión es una norma; y así mismo, nos dice, que no es posible estudiar la argumentación jurídica aisladamente, sin

ninguna atención a la razón práctica, así como que la argumentación jurídica nos va servir para resolver conflictos de envergadura compleja.

En efecto, como podemos señalar de la práctica forense propia de un abogado, por lo menos en el país, existen casos sencillos que no van a exigir más allá de la aplicación de la subsunción como procedimiento de resolución directa; pero sin embargo, existen aquellos otros casos complejos, que no van a presentar la misma facilidad en su resolución, por lo que requerirán un mayor empleo de la Oratoria para persuadir al juzgador (en caso de tratarse de un abogado litigante), o un mayor razonamiento, con aplicación de lógica jurídica, para resolución de contiendas (en caso de los jueces).

Así, la teoría de la argumentación jurídica de Atienza puede definir, de otra forma, cuáles han de ser las herramientas conceptuales más idóneas para dar solución al conflicto; por lo que el juzgador deberá acudir a las herramientas estándares del razonamiento jurídico para hallar la solución al conflicto, con inminente empleo de la lógica, especialmente en la aplicación y la interpretación de las normas, que admitan más de una lectura para su comprensión, y sus efectos.

Por otro lado, en cuanto a sus facultades procesales, nos señala Mario Alzamora Valdez que, prescindiendo de las peculiaridades de la legislación, corresponden al juez dentro del proceso, tres clases de facultades generales: 1) Facultad de Dirección, 2) Facultad de apreciación de los hechos y de investigación de verdad, y 3) Facultad de Decisión; ello toda vez que señala que el juez en su calidad de representante del interés social del Estado, interviene en el proceso como sujeto de la relación procesal y su función consiste, no en gobernarlo desde fuera, sino en realizar todos los actos necesarios para que cumpla su finalidad (Alzamora Valdez, 1985, pág. 168). Extremo en el cual concuerda con el italiano Giuseppe Chiovenda, en cuanto señala que el juez es el órgano público, que ejerce la representación del Estado dentro del proceso, por lo que debe imponer su decisión, independientemente de la justicia intrínseca y el consentimiento de las partes (Chiovenda, 1925).

Sin embargo, si bien no se hace específico el principio del *Iura Novit Curia* como una facultad del Juez en el proceso, sin embargo, se introduce de manera amplia poderes tales al juzgador con su rol de director independiente a las partes, ello principalmente, como lo exige la doctrina publicista moderna, con el propósito de evitar toda paralización por obra de las partes, e impedir el desvío de la controversia, el progreso de cuestiones irrelevantes, inútiles o redundantes debidas a ignorancia o malicia de los justiciables.

Es aquí que suele surgir la discusión teórica de tales facultades del juez, debido a que como lo reconoce Jaime Guasp, deben ser las mismas compatibles con el principio del impulso procesal privado, que según la ciencia procesal actual, se considera imprescindible, porque la esencia de los derechos civiles, que en la ley se reconoce a los particulares, es absolutamente incompatible con la derogación de la regla que prohíbe la iniciación de oficio de un proceso civil; y que reconoce el mismo autor, que no solo se ha regido por el principio de "*Nemo iudex sine actore*" – que se refiere al inicio del proceso – y el principio "*Ne procedat iudex ex officio*" – que se refiere al resto de actos procesales (Guasp, 1943, págs. 31 - 33).

Precisamente en nuestro ordenamiento nacional, el Art. IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil actual, señala los “Principios de iniciativa de parte y de conducta procesal”, siendo el tenor de la referida norma, en cuanto lo tratado que “El proceso se promueve sólo a iniciativa de parte, la que invocará interés para obrar. (...)”; artículo que es complementado por el Art. VI del Título Preliminar del Código Sustantivo (Código Civil), en el cual se señala que para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral.

Francesco Carnelutti considera que el juez no desempeña otra función que la de acertar (*accertare*) obligaciones y responsabilidades, y sólo excepcionalmente se halla dotado de poderes dispositivos o constitutivos (Carnelutti, 1944, pág. 295).

En mi consideración personal, en una estructura normativa como la existente en nuestro país, enmarcada en un Estado Constitucional de Derecho, los roles que establecen la división tripartita de poderes que rigen el ordenamiento conductual de la sociedad, cumplen determinadas funciones que establecen la limitación al ejercicio de sus facultades. Es decir, que ante una arbitrariedad y/o abuso de alguno de estos poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), se encuentra en contraposición el ejercicio de las facultades que lo limitarán.

En tal sentido, ante una norma inconstitucional y/o inaplicable para un caso en concreto, emitida por el legislativo, surte la facultad de control de constitucionalidad, ya sea diferido (Poder Judicial), o concentrado (en este caso, ejercido por un organismo constitucionalmente autónomo, que, en cierta medida, y para tales efectos, se comporta también como un limitante al ejercicio de los poderes del Estado, en este caso, el Tribunal Constitucional). Situación que se repite en la labor de fiscalización del Congreso de la República, ante las instituciones semejantes de los otros Poderes, y en otros supuestos establecidos en la norma.

Es por tal razón, que para que se configure un ejercicio notable de las facultades y funciones de cada poder, es que resulta absolutamente necesario que estos no sobrepasen las mismas, puesto que la norma, conforme al citado Estado Constitucional de Derecho que nos regula, se encuentra por encima de los mismos poderes; por lo que debe ser observada y obligatoriamente aplicada. Así, nuestro ordenamiento, establece funciones determinadas para cada poder y sus instituciones en el país, siendo labor propia de los magistrados la aplicación de las normas jurídicas a fin de administrar justicia, y no, por tanto, la creación de nuevas figuras normativas, función que claramente le corresponde al legislativo.

Finalmente, resulta casi obligatorio recordar, aquellas palabras que definitivamente, no solo aprendí, sino aprehendí en el despacho judicial en el cual tuve la dicha y fortuna de poder cimentar parte del inicio de mi formación e introducción, no solo en mi vida laboral, sino inclusive de mis primeros contactos con la práctica forense jurídica; las mismas que a la letra refieren que resulta mayor obligación de los jueces el aplicar las normas que el administrar justicia, y de ninguna manera el crear nueva normativa, puesto que por más que un magistrado pueda encontrarse inclusive más preparado que un legislador, además del hecho de no poder sobrepasar su labor judicial, se encuentran influenciados en extrema libertad por factores personales que no solo resultan peligrosos de nublar su juicio objetivo, sino que al normarse, resultaría igual de incorrecto aplicarse a casos distintos, toda vez que en derecho, cada caso, por más similar que aparente, resulta sumamente singular, y debe ser analizado, y resuelto de manera individual, y en aplicación de la ley.

### III. CAPÍTULO III – METODOLOGÍA

#### 1. MÉTODO: Dogmática Jurídica y Análisis de Contenido.

La presente investigación se centrará en el análisis jurídico de un principio normativo procesal, cuya función es propia de la ciencia del derecho.

El objeto de este conocimiento es desentrañar, aplicar, interpretar, explicar el conjunto de normas sistematizadas, el significado de este dato que es la norma, para evaluarla; es decir, investigar la interpretación de la ley y los precedentes asentados por los Jueces de la Corte Suprema de Justicia del Perú, a través del Noveno Pleno Casatorio.

Para ello, debemos considerar que según Carlos Santiago Nino, la noción de validez kelseniana<sup>36</sup> nos señala que un Derecho positivo es válido si se funda en la norma fundante o básica (Nino, 1984).

La fuerza obligatoria o la validez de las normas jurídicas se deduce hipotéticamente de la norma fundamental de tres maneras según Bobbio<sup>37</sup>: *i*) determinar la existencia de la autorización de poder de producir normas jurídicas, *ii*) comprobar si no han sido derogadas y *iii*) comprobar que no sean incompatibles con otras normas del ordenamiento jurídico (Bobbio, 1992).

Así tenemos que:

La dogmática emplea tanto la tópica como la exégesis.

La tópica implica encontrar problemas en las normas jurídicas, principalmente.

La exégesis implica efectuar un análisis gramatical Interpretativo de las palabras de las leyes, de la ley o de un artículo en la ley.

La combinación de ambos procedimientos de razonamiento jurídico más el fundamento dado por la dogmática constituye el método dogmático jurídico, el cual será de aplicación para la presente investigación.

La dogmática es, desde luego, a concepción de Atienza, una actividad compleja en la que cabe distinguir esencialmente estas tres funciones: 1) suministrar criterios para la producción del derecho en las diversas instancias en que ello tiene lugar; 2) suministrar criterios para la aplicación del derecho; 3) ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico. Las teorías usuales de la argumentación jurídica se ocupan también de las argumentaciones que desarrolla la dogmática en cumplimiento de la segunda de estas funciones (Atienza, 2004, págs. 2-3).

---

<sup>36</sup> Para ello, Nino señala que: “El ideal positivista de mantener separadas la identificación y descripción del Derecho de su valoración se preservaría, pues aun un jurista que considerara que un sistema jurídico es radicalmente injusto y que no debe ser obedecido, podría describirlo como tal con sólo presuponer, como mera hipótesis de trabajo a los efectos de la descripción científica, que las disposiciones del sistema tienen fuerza obligatoria”.

<sup>37</sup> Segunda Edición Castellana de la Traducción de Jorge Guerrero R. de la obra de Bobbio, Teoría general del Derecho, Editorial TEMIS, Santa Fe de Bogotá, 1992, p. 21.

Por otro lado, en concordancia con la intención expresada con anterioridad de no limitar la presente investigación a un análisis netamente doctrinario, es que también la misma presenta una perspectiva de análisis crítico de lo tratado; por lo que resultó necesario además de la mera observación el emplear un método analítico.

Para tales efectos, explica por ejemplo, el metodólogo Ramón Ruiz Limón, que dicho método, consiste en la desmembración de un todo, a través de su descomposición en las partes y elementos del mismo, ello con el propósito de estudiar sus causas, naturaleza y efectos (Ruiz Limón, 2006).

En tal sentido, al haberse realizado una evaluación crítica de los precedentes asentados en el Noveno Pleno Casatorio, resultó necesario profundizar en la interpretación de la naturaleza y espíritu de la misma, a fin de comprender su esencia, lo que, si bien conlleva una importante carga de subjetividad de percepción personal, se pretendió efectuar de manera objetiva, basada en hechos concretos, y resueltos; y no en meras suposiciones del autor.

Con ello, se concretiza lo señalado por el autor, que con el método se permite incluso establecer nuevas teorías a partir de las analizadas (Ídem).

Al respecto, según la RAE, el concepto de “análisis” se define de manera expresa como la “Distinción y separación de las partes de algo para conocer su composición”; por lo que, dicho método significará desintegrar, descomponer un todo (principios procesales estudiados) en partes a fin de estudiar en forma intensiva cada uno de sus elementos, así como las relaciones entre sí y con el todo, y que con ello se logre el propósito de su empleo, el que, en base a lo analizado en el presente trabajo, pueda ser aplicado en la realidad.

## 2. TÉCNICA: Observación Documental y Análisis.

Responder a un modelo fundado en la epistemología y tipos de investigación (por ejemplo, investigación de síntesis –para revisar el material existente y evaluar qué se ha tratado sobre nuestro tema–, investigación operativa –para mejorar la traducción de las hipótesis en operaciones de investigación– e investigación epistemológica –que persigue hacer un análisis del lenguaje político, así como al impacto social del estudio. En ese sentido, no se pretende solamente una investigación dogmática, sino jurídico-social-política (esto último implica partir de nuestro modelo de sociedad y no de lo existente en otros países).

Muchas disciplinas científicas, especialmente las ciencias sociales y la psicología, utilizan este método para obtener una visión general del sujeto o tema. La justificación de la investigación descriptiva se basa en la necesidad de observación y análisis.

Entonces, de la correlación existente entre análisis-descomposición, podemos establecer una relación adicional con la síntesis empleada en la exégesis, que equivale a “composición”, por lo que entonces podría señalarse que la técnica de observación documental y análisis, procede evidenciando y descomponiendo los elementos reales, o racionales e ideales del tema analizado, en sus partes (¿Qué es el método analítico? Características, reglas, clasificación y demás”, 2019).

Por tanto, debemos considerar que dicho método corresponde a aquel proceso investigativo, de naturaleza empírica-analítica, que se enfoca en la descomposición de un todo, en varias

partes a fin de determinarse las causas, naturaleza y efectos del fenómeno investigado; por lo que resulta además, ser el más usado en el campo de las ciencias sociales, como el derecho (Analytical Research, 2019).

El análisis toma forma desde de lo concreto a lo abstracto, ya que con el instrumento de la abstracción puede separarse las partes del todo así como también sus relaciones básicas que son de interés para un estudio intensivo (Graziano & Raulin, 2019).

De lo expuesto se puede señalar que, en cuanto a la presente investigación las pautas de la misma son: descripción, explicación y proposición.

Es “Descriptiva”, porque en ella se exponen las concepciones, posturas, teorías, y demás pensamientos y opiniones, tanto sobre la concepción de un conflicto existente entre el Principio del Iura Novit Curia y el Principio de Congruencia Procesal, en los procesos Civiles Peruanos, en relación a los precedentes asentados por el Noveno Pleno Casatorio Civil.

Por otro lado, es “Explicativa”, porque se formula un análisis crítico de las posturas teóricas elaboradas en la dogmática jurídica, lo cual permite dar respuesta a algunas interrogantes que subyacen en dichos postulados.

Y por último “Propositiva”, porque en ella se proponen planteamientos personales sobre la determinación de la real naturaleza jurídica del Principio del Iura Novit Curia y su aplicación en nuestro ordenamiento nacional, así como sus límites en relación a la Congruencia Procesal que debe de existir respecto a la pretensión inicialmente planteada por las partes.

#### **IV. CAPÍTULO IV – RESULTADOS Y DISCUSIÓN**

Es ahora, que precisamente surge la importancia del tema discutido, en especial por la intención de la elaboración de la investigación, que como se afirmó inicialmente, es llevar el resultado de las conclusiones doctrinarias ampliamente expuestas con anterioridad, al campo de aterrizaje de la realidad forense plasmada en casos concretos de resolución judicial, que como demandas ingresan al órgano jurisdiccional con la pretensión concreta de un clamor de administración de justicia; lo cual, en el presente caso, se verá reflejado en la cuestión controvertida discutida, pero no decidida sobre el fondo, en la Casación N° 4442-2015-Moquegua.

En ese sentido, un punto de partida respecto al análisis propio de la Sentencia del Pleno Casatorio contenido en la referida Casación N° 4442-2015-Moquegua, también identificada como IX Pleno Casatorio Civil, es la referida a la descripción fáctica, o la ocurrencia de los hechos del proceso que conllevó a la emisión del referido fallo.

De ahí que tenemos que el caso analizado corresponde a una pareja de esposos que compró un predio a otra pareja unida en matrimonio (ambas con un régimen de sociedad de gananciales), a través de un documento en el que constaba la transferencia privada de propiedad del determinado bien inmueble, con la expresa condición de que posteriormente sería elevado a escritura pública, con el propósito de otorgar mayor seguridad jurídica al negocio; sin embargo, para la elaboración del referido documento de compraventa, únicamente participó uno de los integrantes de la sociedad conyugal vendedora. Es en esas circunstancias, que, ante eventos ajenos no se llegó a elevar a la escritura pública concertada



previamente; por lo que la sociedad conyugal adquiriente decidió demandar su otorgamiento del referido negocio traslativo de dominio.

En cuanto, a las actuaciones procesales y pronunciamientos acontecidos en el referido proceso iniciado, tenemos que inicialmente el juez de primera instancia, advirtió de oficio la nulidad en el contrato de compraventa, dado que no intervino uno de los integrantes de la sociedad conyugal en la disposición del bien, lo que significó una falta de manifestación de voluntad e inobservancia de la forma prescrita por ley, por lo que declaró improcedente la demanda; ante ello, vía recurso impugnatorio de apelación, la referida decisión fue elevada a la Segunda Instancia, ante la cual, los jueces de la Sala, confirmaron tal fallo. Disconformes con tales pronunciamientos, los compradores, en ejercicio de su derecho a la Pluralidad de instancias interpusieron el extraordinario recurso de casación, disponiéndose su elevación a la Corte Suprema de Justicia de la República, en la cual, los magistrados supremos, debido a la complejidad y polémica causada, y ante la existencia de pronunciamientos contradictorios respecto de si es posible que en un proceso (sumarísimo) de otorgamiento de escritura pública se realice un control de validez del negocio jurídico que se pretende formalizar, convocaron al Noveno Pleno Casatorio Civil.

Es en ese contexto, que en fecha 8 de junio del año 2016, se llevó a cabo la reunión de los miembros de las Salas Civiles de la Corte Suprema con la finalidad de llevar a cabo el referido IX Pleno Casatorio, el mismo que posteriormente fue publicado en el diario Oficial El Peruano en fecha 18 de enero del 2017, y en el cual, se resolvió lo siguiente:

#### “DECISIÓN

**PRIMERO.** - Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto; en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista; **INSUBSISTENTE** la sentencia apelada, y **NULO** todo lo actuado hasta el emplazamiento de uno de los codemandados; **ORDENARON** además que el A quo, reponga la causa al estado que corresponda y proceda conforme a las consideraciones referidas en el mismo.

**SEGUNDO.** - Asimismo, declararon que **CONSTITUYEN PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE** las siguientes reglas:

- ✓ El proceso sumarísimo de otorgamiento de escritura pública es un proceso plenario rápido, en tanto no presenta limitaciones en torno a las alegaciones que podrían formular las partes o a los medios probatorios que podrían aportar en relación al fondo de la controversia, sin perjuicio de las restricciones impuestas por el artículo 559 del Código Procesal Civil.
- ✓ En un proceso de otorgamiento de escritura pública el Juez puede declarar de oficio, la nulidad manifiesta del negocio jurídico que se pretende formalizar, pero siempre que, previamente, haya promovido el contradictorio entre las partes en la forma señalada en el fundamento 60. Si el Juez considera que el negocio jurídico que se pretende formalizar es manifiestamente nulo, lo declarará así en la parte resolutive de la sentencia y declarará, además, infundada la demanda de otorgamiento de escritura pública. Si el Juez considera que el negocio jurídico que se pretende formalizar no es manifiestamente nulo, expresará las razones de ello en la parte considerativa de la

sentencia y en la parte resolutive únicamente se pronunciará sobre la pretensión de otorgamiento de escritura pública.

- ✓ La declaración de oficio de la nulidad manifiesta de un negocio jurídico puede producirse en cualquier proceso civil de cognición, siempre que la nulidad manifiesta del referido negocio jurídico guarde relación directa con la solución de la controversia y que, previamente, se haya promovido el contradictorio entre las partes.
- ✓ La nulidad manifiesta es aquélla que resulta evidente, patente, inmediatamente perceptible, en suma, aquélla que resulta fácil de detectar sea que se desprenda del acto mismo o del examen de algún otro elemento de prueba incorporado al proceso. La nulidad manifiesta no se circunscribe a algunas o a alguna específica causal de nulidad, sino que se extiende a todas las causales que prevé el artículo 219 del Código Civil.
- ✓ La demanda por medio de la cual se peticiona el otorgamiento de escritura pública de un negocio jurídico que, precisamente, debe revestir esta última forma bajo sanción de nulidad, será declarada improcedente por petitorio jurídicamente imposible.
- ✓ Dentro del control de eficacia del negocio jurídico que se pretende formalizar, y sin perjuicio de que se puedan considerar otros supuestos, se tendrán en cuenta los siguientes:
- ✓ Si la obligación de elevar a escritura pública el negocio jurídico se encuentra supeditada a una condición suspensiva y el demandante no logra acreditar la verificación del evento puesto como condición, la demanda será declarada improcedente por manifiesta falta de interés para obrar.
- ✓ Si todos los efectos del negocio jurídico se encuentran sujetos a un plazo suspensivo que aún no ha vencido, la demanda de otorgamiento de escritura pública será declarada improcedente por manifiesta falta de interés para obrar.
- ✓ Si la obligación de elevar a escritura pública un negocio jurídico, se encontrara sujeta a plazo de cumplimiento que aún no ha vencido y que, además, ha sido estipulado en beneficio del deudor, la demanda será declarada improcedente por manifiesta falta de interés para obrar, a menos que exprese su voluntad de renunciar a dicho beneficio.
- ✓ En los procesos de otorgamiento de escritura pública el Juez podrá analizar el ejercicio de la excepción de incumplimiento, y de advertirse que la excepción en cuestión es amparable, la demanda será declarada improcedente por manifiesta falta de interés para obrar.
- ✓ Se procederá del mismo modo cuando el incumplimiento se invoque como argumento de defensa.
- ✓ En los casos en que el demandado alegue que se ha producido la resolución extrajudicial del contrato, el Juez analizará en la parte considerativa de la sentencia si concurren los requisitos de ley, o pactados por las partes, para ello, y, de ser así, declarará improcedente la demanda de otorgamiento de escritura pública, sin declarar la resolución del contrato.
- ✓ Si el Juez advierte que no concurren tales requisitos, declarará fundada la demanda de otorgamiento de escritura pública, sin pronunciarse sobre la resolución extrajudicial del contrato. En ambos supuestos, el Juez no se pronunciará en el fallo sobre la resolución extrajudicial del contrato.
- ✓ Se modifica la *ratio decidendi* contenida en el fundamento 39 del Primer Pleno Casatorio Civil (Casación N° 1465-2007-Cajamarca), de fecha veintidós de enero de

dos mil ocho, debiendo entenderse en lo sucesivo que la Corte de Casación puede advertir una nulidad manifiesta aun cuando las instancias de mérito no la hayan advertido en su oportunidad, y aun cuando no haya sido invocada como agravio en el recurso de casación, en cuyo caso, en decisión motivada y con expresa indicación de la causal de nulidad que podría haberse configurado en la celebración del negocio jurídico, se declarará la nulidad de la sentencia de vista, la insubsistencia de la sentencia apelada y se ordenará que el Juez de primera instancia, previa promoción del contradictorio entre las partes, emita pronunciamiento sobre la posible nulidad manifiesta.

- ✓ Se modifica el precedente vinculante contenido en el punto 5.3. del Cuarto Pleno Casatorio Civil (Casación 2195-2011-Ucayali) de fecha trece de agosto de dos mil doce, debiéndose entender en lo sucesivo que: Si en el trámite de un proceso de desalojo, el Juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220° del Código Civil, previa promoción del contradictorio entre las partes, declarará dicha situación en la parte resolutive de la sentencia y, adicionalmente, declarará fundada o infundada la demanda de desalojo, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta.”

Este Pleno ha generado muchos cuestionamientos por parte de especialistas en la materia, y lo más seguro a esperar es que continúe del mismo modo, por lo menos, por un tiempo más; sin embargo, ello propicia a la necesidad de un mayor análisis y estudio, sobre todo desde el punto de vista práctico, en torno a cómo los jueces tendrán que lidiar con este cambio de rumbo establecido por la Corte Suprema, o la apertura realizada por los mismos en cuanto al a determinación y actuación frente a la pretensión invocada por las partes.

Por un lado, se encuentra la postura a favor de la nueva propuesta que permite con mayor libertad, que el juez pueda adoptar cierta clase de decisiones (por ejemplo, la nulidad) al interior de cualquier tipo de proceso, fundamentado ello bajo el noble espíritu de evitar la dilación de los procesos, o la tramitación de nuevos, que innecesariamente implicarían no solo un mayor esfuerzo de los accionantes, sino el ejercicio de todo el aparato judicial, con el propósito de resolverlo.

Entre los autores, que sustentan la referida postura, destaca el Dr. Nelson Ramírez Jiménez, *amicus curiae* de este Pleno, quien coincidió con la tesis sostenida por otros especialistas en el sentido de que “nada impide discutir la validez del acto a escriturar al interior de un proceso sumarísimo” (Ramírez Jiménez, 2018).

Así, respecto a la naturaleza del proceso de otorgamiento de escritura pública, la Corte Suprema en el Pleno Casatorio ha precisado que: “El proceso sumarísimo de otorgamiento de escritura pública es un proceso plenario rápido, en tanto no presenta limitaciones en torno a las alegaciones que podrían formular las partes o a los medios probatorios que podrían aportar en relación al fondo de la controversia, sin perjuicio de las restricciones impuestas por el artículo 559 del Código Procesal Civil.”

El Código Procesal Civil, en su artículo 546°, en el cual se regula aquellos procesos que se tramitan en la vía sumarísima, no menciona al proceso de otorgamiento de escritura pública como uno que deba desarrollarse en esta vía. Y aunque parezca inverosímil, incluso jóvenes

abogados aún sustentan que este proceso se lleva en esta vía en atención a la “la urgencia de tutela jurisdiccional” conforme lo señala el inciso 7 de la norma mencionada. Ello porque de manera expresa en la norma procesal civil no halla esta figura de manea textual.

Sin embargo, la vía procedimental del proceso de otorgamiento de escritura pública se regula en el art. 1412° del Código Civil: “Si por mandato de ley o por convenio debe otorgarse escritura pública o cumplirse otro requisito que no revista la forma solemne prescrita legalmente o la convenida por las partes por escrito bajo sanción de nulidad, éstas pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida. La pretensión se tramita como proceso sumarísimo, salvo que el título de cuya formalidad se trata tenga la calidad de ejecutivo, en cuyo caso se sigue el trámite del proceso correspondiente.”

Si bien, en esencia, la finalidad de este Pleno era unificar las diferentes interpretaciones respecto a si resulta posible la discusión sobre la validez del acto jurídico en un proceso en el cual se demanda otorgamiento de escritura Pública (pretensiones totalmente distintas); sin embargo, se le han atribuido a través del mismo, facultades extra proceso a los magistrados para intervenir activamente en la pretensión de las partes, e incluso modificarla; evidenciándose notoriamente la, denominada en el presente trabajo, “Corriente Flexibilizadora del Proceso”, en un claro desmedro del proceso civil, e incluso con vulneración al principio de imparcialidad, objetividad y oportunidad procesales; realizando una notoria variación, en cuanto interpretación, al principio fundamental del Iura Novit Curia.

La común discusión realizada en torno al IX Pleno Casatorio Civil, ha generado debate en cuanto a diversos aspectos de lo resuelto en la referida sentencia, especialmente, en cuanto la determinación de si resulta posible analizar, dentro del proceso de otorgamiento de escritura pública, la validez del acto respecto del cual se demanda el otorgamiento de la formalidad; o, inclusive, la discusión referida a las cuestiones esenciales de determinación sobre la naturaleza de nulidad, anulabilidad, ineficacia o invalidez del acto jurídico en el caso concreto planteado, en torno a los hechos expuestos y posteriormente introducidos al proceso. Siendo en tal sentido, inclusive a la fecha los fallos contradictorios, dado que mientras para algunos vocales sí es posible dicho análisis, para otros solo se limita al cumplimiento de una formalidad, debiendo dejarse de lado el análisis de las cuestiones vinculadas con la validez del acto.

En tal sentido, como lo señala el catedrático docente de Derecho Civil, Mag. Alan Pasco Arauco, el tema no es sencillo porque estamos ante dos intereses contrapuestos: ya sea que el juez otorgue (indebidamente) la escritura pública de un acto nulo o rechace (indebidamente) la escritura pública respecto de un acto perfectamente válido, alguien termina siendo afectado; por ello considera fundamental “hilar fino” en este problema, ello con el propósito de no generar un daño mayor del que precisamente se busca evitar.

Al respecto, se explica que el problema con que un juez otorgue la escritura pública de un acto nulo es que, con ello le permitiría al falso adquiriente publicitar su derecho a través de su inscripción en los Registros Públicos, y por los efectos de la “apariencia registral”, este a su vez podría transferir el derecho (que en realidad no tiene) a un tercero de buena fe, quedando este último protegido frente al verdadero titular. En tal caso, la contingencia en el ejemplo tratado se le genera al verdadero titular, pues se le obliga a interponer una demanda de nulidad e inscribirla antes de que el tercero consolide su adquisición.

Mientras que, ante el supuesto contrario (que el acto jurídico resultase perfectamente válido), si el juzgador se negará a otorgar la formalidad del mismo, esta vez el problema se le genera al adquirente pues se vería imposibilitado de inscribir su derecho en los registros públicos, lo que, definitivamente devendría en múltiples consecuencias negativas al mismo, tanto desde una simple apariencia registral de solvencia frente a la adquisición y acceso crediticio ante terceros, especialmente entidades financieras, hasta afectación de que su transferente, valiéndose que aún tiene el bien inscrito a su favor, lo venda a un tercero de buena fe, y desmedre su derecho adquirido conforme a ley (Pasco Arauco, 2016).

Asimismo, relacionado a la posibilidad de análisis y decisión, dentro del proceso de otorgamiento de escritura pública (proceso sumarísimo), de la validez del acto jurídico respecto del cual se demanda el otorgamiento de la formalidad, el referido Pleno Casatorio Civil, ha enfatizado en su fundamento 60, la configuración del principio de contradictorio, el cual señala debe ser promovido por el Juez antes de que emita pronunciamiento sobre la nulidad, lo que significa la comunicación que debe efectuar el juzgador a las partes procesales, de la posibilidad de fundar su decisión en la nulidad manifiesta del negocio jurídico que se pretende formalizar, especificando la causal de nulidad y concediéndoles un plazo igual al que se tuvo para contestar la demanda, para que éstas puedan formular sus posiciones al respecto y, de ser el caso, aportar los medios probatorios que juzguen pertinentes.

El momento considerado por el Pleno de magistrados intervinientes en la emisión de la casación en mención, para que el juzgador evoque la posible nulidad a ser sentenciada, y no alegada por las partes, corresponde a la anterioridad del saneamiento procesal, puesto que, consideran que resulta posible el planteamiento de argumentos de contradicción que permitan ejercitar el derecho de defensa de las partes, citando inclusive a suerte de ejemplos, una excepción de cosa juzgada o de litispendencia, en caso de que en relación a la causal que pretende considerar el Juez ya exista un pronunciamiento firme o ésta se encuentre siendo discutida ante otro órgano jurisdiccional, respectivamente (como se da en el caso en concreto del IX Pleno Casatorio Civil).

Para ello, la citada casación expone en su fundamentación, que la calificación de los medios probatorios y las excepciones procesales relativas a la pretensión de nulidad introducida por el juzgador, y considerada “manifiesta” por el mismo, deberá ser resuelta en la audiencia única; ello ante el supuesto que dicha advertencia se realice en un momento anterior al saneamiento del proceso. Incluso, ante la eventualidad de un caso contrario, el Juez, igualmente, antes de emitir sentencia, comunicará a las partes tal posibilidad, especificando la causal de nulidad y concediéndoles un plazo igual al que se tuvo para contestar la demanda, para que éstas puedan formular sus posiciones al respecto y aportar los medios probatorios que juzguen pertinentes, los cuales han de estar referidos únicamente a la posible nulidad manifiesta del acto jurídico; para lo que, de ser necesario, se fijará fecha para una audiencia complementaria en la que se resolverán los medios empleados por las partes a fin de ejercitar su derecho de defensa ante la nueva pretensión introducida por las partes.

Ante ello, si bien es cierto, el juzgador, a mi opinión personal, no con todo el desarrollo que correspondería, pretende salvaguardar el derecho de defensa de los justiciables, deja muchas cuestiones sin precisar que resultan también bastante cuestionables, debido a que aunque la

sentencia del juzgador no sea expresa respecto a la resolución de nulidad del acto jurídico, la puede realizar de manera tácita o indirecta a través de la declaración de no procedencia de formalización de un acto jurídico que no cumple con todos los requisitos de validez; en tal supuesto no establecería la oportunidad de contradictorio, afectando el derecho de las partes, y más aún, propiciando el inicio de un nuevo proceso que tendrá como resultado resolutivo, el ya esbozado en el anterior proceso señalado, a fin de no afectar la predictibilidad de los fallos jurisdiccionales y la contradicción entre los mismos.

No obstante a ello, no debe olvidarse también que el derecho de defensa no es el único derecho con el que cuentan los justiciables, sino lo es también el debido proceso, en el cual se encuentra contenido el derecho, y su vez principio, de congruencia procesal, que, como se ha desarrollado a amplitud con anterioridad, limita la actuación judicial a los alcances del interés manifestado por las partes al iniciar el proceso (pretensión y contradicción), el mismo que debe ser contrastado y aplicado de manera integral con otro principio contenido del derecho de debido proceso, que resulta el de Iura Novit Curia, sin que ello signifique el exceder las facultades como juzgador frente a la pretensión materia de Litis, especialmente, en cuanto a la pretensión derivada de los hechos introducidos por los mismos.

Sin embargo, si bien, resulta por demás debatible, y rico en desarrollo lo antes señalado; ello no resulta materia de análisis en la presente investigación, la cual marca distancia con las ya realizadas en torno a la precitada casación; ello toda vez que, lo que va abrirse en debate se encuentra referido a que si en un caso en concreto – como el planteado en la jurisprudencia analizada – el juzgador, en aplicación del Principio del Iura Novit Curia, puede intervenir tan activamente en la pretensión inicialmente planteada por las partes, que pueda llegar a modificarla sustancialmente, e incluso de forma total, al extremo de introducir una nueva pretensión; ello a pesar de que esta última no haya sido pretendida por ninguna de las dos partes procesales en litigio, ni fijada como punto controvertido en el proceso por el juez, en su debida oportunidad; y pronunciarse sobre la misma en la emisión del fallo contenido en la sentencia, pretendiendo salvarse únicamente dicho aspecto, con un derecho al contradictorio de las partes ante esta pretensión introducida por un agente externo a los que deben manifestar su voluntad e interés en el proceso (las partes procesales). Determinado en tal sentido, si lo mencionado, se podría llegar a considerar como una contravención al principio de Congruencia Procesal.

Ahora, a la luz de los aportes doctrinarios desarrollados en el marco teórico de la presente investigación, corresponde determinar si en nuestro ordenamiento jurídico actual, el principio del Iura Novit Curia, otorga al juzgador las facultades antes señaladas que le permitan variar la pretensión de las partes, especialmente en la etapa decisoria del proceso, con la “salv guarda” de dejar a salvo el derecho del contradictorio entre las partes.

Es así que conforme se ha desarrollado, e inclusive, pretendido concluir, el Principio Procesal del mayor conocimiento del juzgador (Iura Novit Curia), en cuanto a su desarrollo doctrinario refiere, ha experimentado, al igual que gran parte del ordenamiento jurídico, y del derecho en sí, una serie de evoluciones de percepción y concepción del mismo. Sin embargo, también se concluye del análisis doctrinario que el referido principio, fue consignado en nuestro código civil, y posteriormente, procesal civil, como aquel que por su propia naturaleza ostenta su limitación en el principio de congruencia procesal, que por un lado señala que no

pueda excederse de la pretensión inicialmente planteada por los justiciables, ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las mismas.

De ahí que corresponde ahora analizar, ¿qué concepción del principio debe ser aplicada por las partes procesales (entiéndase por estas ahora, tanto a los litigantes, como al propio juzgador)?, aquella referida a la concepción actual del principio desarrollada por la doctrina, o aquella desarrollada inicialmente por el juzgador, con el espíritu consignado en su positivación en la norma tanto sustantiva, como procesal; y que corresponde enfatizar, no ha sufrido de modificaciones, encontrándose plenamente vigente a la fecha de la elaboración de la presente investigación.

Es en tal sentido que, como resultado de la investigación doctrinaria desarrollada, y del desarrollo de la propia sentencia analizada, así como de aquellas otras mencionadas en el desarrollo doctrinario, me atrevo a señalar la existencia de por lo menos dos corrientes o teorías doctrinarias respecto a la aplicación del precitado principio, que para efectos prácticos de la intención de la investigación, denominaré: 1) La Corriente Garantista del proceso, que señala, resumidamente, que debe respetarse el proceso tal cual ha sido desarrollado en nuestro ordenamiento vigente, toda vez que solo así se garantizaría la administración efectiva de justicia; y 2) La Corriente Flexibilizadora del proceso, que por el contrario señala que con el propósito de administrar justicia, el juzgador, de considerarlo necesario y pertinente, podría aplicar el derecho procesal de forma flexible, es decir, sin un cumplimiento estricto de lo expresamente señalado por la norma, priorizando además la oportunidad y economía procesales.

Ante ambas posturas, considero personalmente, que como la mayoría de cosas en la vida, su forma extrema de aplicación resulta negativa y contraproducente a las intenciones nobles y fines pretendidos por las mismas.

La corriente Flexibilizadora, denominada por otros autores como activismo judicial o jurisdiccional, plantea una intervención protagonista del juzgador en el proceso, especialmente en cuanto a la pretensión planteada por los justiciables, ya sea en el petitorio del demandante, como en la contradicción y resistencia del demandado, bajo la premisa de lograr el fin de administrar justicia fundada en derecho en los casos judiciales.

Al respecto, concuerdo con lo planteado con la Magister en Derecho Procesal, Flavia García Melgarejo, en su ponencia, “Activismo judicial y Garantismo procesal. Los poderes Jurisdiccionales a la luz del debido proceso” dada en el VII Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, y elegida como segunda mejor ponencia en la categoría “Joven Abogado”, en cuanto señala que *“el llamado activismo judicial pone el acento en el actuar del juez, en el rol social que éste detenta en su carácter de representante de Estado”*, dando a entender con ello, que aquéllos que siguen esta doctrina, ponderan la función jurisdiccional a los intereses individuales, ya que persiguen un fin último y de ejemplo que consiste en definir para la sociedad aquello que es justo y verdadero muy a pesar de lo que soliciten las partes (García Melgarejo, Flavia, 2006).

Es a mérito de esta corriente que se ha desarrollado un catálogo de opiniones, ideas y debates que ponen sin lugar a duda, en mérito, la presente investigación.

A modo de breve explicación de los fundamentos, de mi consideración, más sólidos que presenta la no tan novedosa, pero si novísima corriente insertada en nuestro ordenamiento procesal civil, debemos remontarnos a una época menos reciente, puesto que como lo señala Fernando M. Racimo, el “activismo judicial” es un concepto importado por la doctrina nacional de los Estados Unidos de América donde tuvo su origen y se ha desplegado con múltiples significados desde su aparición a mediados de la década de los cuarenta; así señala que el término fue utilizado para describir la conducta de la Corte Suprema estadounidense y paulatinamente adquirió un contenido peyorativo al referirse a una supuesta demasía en el rol asignado a las cortes sobre la doctrina de la teoría de la “autorrestricción judicial”, fuertemente atrincherada como criterio aplicable para examinar la conducta de los jueces en la resolución de casos judiciales (Racimo, 2015).

Mientras tanto, fue con posterioridad que, recién se dio la introducción de tal perspectiva en uno de nuestros más fuertes referentes jurídicos, haciendo referencia al derecho latinoamericano, dándose inicialmente en la doctrina argentina, recién a partir de la década de los ochenta, produciéndose una resignificación de su contenido original, vinculado especialmente con la doctrina de la declaración judicial de la inconstitucionalidad de las leyes; aspecto similar en el cual se fue desarrollando en nuestro país.

Al igual que el activismo judicial estadounidense, en nuestro ordenamiento, tal concepto surge como una reacción al modelo previo, que pecó de ser altamente formalista, lleno de una autorrestricción judicial, que menoscababa la finalidad del proceso, especialmente en aquellos fueros en los cuales el juzgador requería una actuación especialmente protagonista, como el caso del derecho constitucional. Así, representantes en el campo de la protección de los derechos humanos y de la modernización de los procesos, de la talla de Morello (La apelación y la casación. Aspectos comparativos en un tiempo de desplazamiento y ajustes, 1986), Peyrano (Eficiencia del sistema de justicia, 2003) y Mabel De los Santos (La flexibilización de la congruencia, 2005), han puesto de resalto esta traslación del activismo judicial a la dirección del proceso, a fin de que este sea visto como un valor en sí mismo abandonándose el rol pasivo de los jueces.

Sin embargo, a juicio personal, si bien es cierto, el activismo procesal, posteriormente transformado en la corriente Flexibilizadora del proceso, se dirige a cuestionar la pasividad de los jueces en la interpretación de las leyes y no busca desafiar las leyes mismas provenientes del parlamento; sin embargo, resulta preocupante la distorsión emanada del poder de los mismos en respuesta a los factores endógenos y exógenos de los magistrados, quienes se sienten dotados ya no únicamente de una función jurisdicción con la finalidad de administrar justicia, sino más bien, con la capacidad creadora de normas, y sus correspondiente vertientes de modificación, ampliación, corrección, entre otros, sin mencionar las dispares interpretaciones concernientes al juicio personal de los mismos.

Dicha corriente, se hizo extensiva no únicamente a los procesos constitucionales, sino también a aquellos en los cuales el juzgador también ostenta un rol protagónico en su actuación y equilibrio de partes, como el derecho de familia, en el cual tiene el objetivo principal de protección del menor, del cónyuge afectado, etc., y posteriormente introducido en el derecho laboral, en cuanto a la disparidad existente entre empleador y empleado.



Para tales fines, en la práctica forense nacional, se ha ido desarrollando toda una técnica de manejo de los procesos en los cuales no solo se resuelve sobre el caso concreto planteado, sino con la intención de cuestionar, rebatir, enfatizar, y hasta sustentar, por el simple hecho de hacerlo, la norma, con somera atención a la constitución política, evidenciando errores, salvando “derechos” y subsanando actuaciones propias de los justiciables, como partes procesales.

Para Racimo, dicha corriente se configura a través de los siguientes mecanismos:

- a) Ampliación de la legitimación (generalmente activa): Citando a Bidart Campos (Rotulos, casilleros y categorías de cara al activismo judicial, 2007), la importancia de este concepto para superar las categorías de la ley, de la doctrina y de la Constitución Nacional, a fin de que no operen como cerraduras herméticas sino como válvulas promotoras de la tutela judicial eficaz.
- b) Instrumentalización apropiada del amparo.
- c) Dirección del proceso: la idea de un juez civil activo y director del proceso incluso procurando la pacificación de los interesados antes que la sentencia misma. El magistrado debe intervenir oficiosamente superando los marcos rígidos de su actividad que habían sido establecidos en el siglo XIX, incluso en situaciones que suponen restringir el derecho a la concesión del beneficio para litigar sin gastos.
- d) Búsqueda de soluciones eficaces para superar las perspectivas rígidas y formales de las leyes.
- e) Creación y reforzamiento de medios procesales apropiados: se trata de proteger a las partes mediante el ejercicio de un activismo judicial que persiga una solución más ajustada a derecho respetando, al mismo tiempo, los derechos de terceros.
- f) Reconocimiento de derechos sociales en el proceso.
- g) Actividad preventiva de los daños.
- h) Búsqueda de la verdad material: a menudo se alude al “sano activismo judicial” para superar las angosturas del marco del derecho procesal para alcanzar la verdad y la justicia material (Racimo, 2015).

No obstante, tan explicativos, como debatibles, los mencionados mecanismos, han sido objeto de diversas críticas de autores, que según el jurista y expresidente de la Corte IDH, Héctor Fix-Fierro, generalmente se concentran en grupos “conservadores” o “de derecha”; mientras que los defensores se hallan en la izquierda. Aunque, como él mismo lo reconoce, también es posible hablar de un activismo judicial de derechas que busca eliminar las “conquistas” de la “izquierda”, así como a restablecer situaciones jurídicas del pasado.

Es en ese contexto que resulta importante señalar que la doctrina nacional también ha reflexionado sobre la corriente en mención, especialmente desde criterios de teoría política que motivarían este tipo de decisiones de los magistrados. Sin embargo, la disposición de jueces y tribunales a hacer uso de una interpretación expansiva, encaminada ya sea a ampliar el ejercicio de los derechos constitucionales de los ciudadanos o a lograr determinados cambios y resultados de política pública, se configuró en, no otra cosa, que la declaración de inconstitucionalidad de leyes y actos de autoridad, o en la interrupción o modificación de criterios de interpretación establecidos y confirmados; pero desde una connotación negativa, con amplitud casi ilimitada de los magistrados, y en una total distorsión de los derechos

pretendidos por los justiciables introducidos por los mismos en el fuero a través del proceso judicial.

Precisamente, en tal arribo es que vuelve a surgir la corriente clasista en contraposición a la novísima corriente Flexibilizadora, puesto que se apertura el debate para definir hasta qué punto las decisiones jurisdiccionales pueden afectar e intervenir en las decisiones políticas de los estados, en distorsión incluso de la división de poderes del Estado, y las funciones y atribuciones de los mismos, en tanto este supone la creación (legítima o ilegítima) de derecho nuevo, pese a no ser facultad propia de los magistrados.

Sin embargo, es importante precisar también que la concepción actual de dicha corriente, y precisamente la aplicada en el Noveno Pleno Casatorio Civil, ha surgido a base de diversas evoluciones conceptuales, identificándose una perspectiva tradicional, que tiende a trasladar la bipolaridad propia del universo estadounidense ya que se mueve entre la autorrestricción y el activismo judicial en un marco definido desde el comienzo; y una perspectiva puramente instrumental, en la cual, a diferencia de la anterior, resulta difícil determinar cuál es el rasgo que define este activismo frente a la labor “normal” de los jueces, al tratarse de un patrón fuertemente subjetivo que dependerá del modo en que el autor estime que se debe desarrollar la tarea judicial, y en base a la cual no solo ha perdido su carga peyorativa en nuestro país sino que se establece como una especie de módulo de actuación de los jueces que deben aplicar operativamente los derechos constitucionales, incluso aunque ello importe afectar estructuras de gobierno o de administración de los otros poderes, como particularmente el poder legislativo.

En tal sentido, considerando que como se ha señalado, el activismo judicial, necesariamente conlleva una fuerte carga de connotación política en la interpretación judicial de los casos concretos, ello da carta abierta a que jueces y tribunales no se limitan a resolver las cuestiones que se les ha planteado en un asunto concreto, sino que las exceden por razones de ideología política, o peor aún, de interés personal, y absolutamente subjetivo; extralimitándose, en cualquier supuesto, en el ejercicio de sus facultades, e invadiendo el ámbito de poder legítimo de los legisladores y otros órganos del Estado; sin mencionar el ámbito fundamental del proceso judicial, que es el interés pretendido por los justiciables.

En nuestro contexto nacional, la creciente ideología de un rol interventor del Estado, que pretenda el bienestar general, ha supuesto el más fiero y arraigado argumento de los defensores de tal propuesta, con el propósito de encontrar soluciones a los nuevos problemas de la política pública a partir de la adaptación y reinterpretación de las leyes vigentes, conforme a criterios personales e ideologías particulares.

Es en esta dimensión que precisamente, se sitúa la novísima interpretación y concepción del principio del *Iura Novit Curia*, puesto a que, se pretende utilizar al mismo como aquel fundamento que sustente ese rol interventor y excesivo de los juzgadores, y que como se ha manifestado anteriormente, se ha efectivizado sobre todo en el campo de los derechos humanos o fundamentales; siendo emblemáticas algunas sentencias de la Suprema Corte de los Estados Unidos, como *Brown v. Board of Education* (1954), la cual ordenó la

desegregación racial en las escuelas de ese país, o *Roe v. Wade* (1973)<sup>38</sup>, que reconoció a las mujeres el derecho a interrumpir libremente su embarazo durante el primer trimestre, a partir de un “derecho constitucional a la privacidad” de construcción jurisprudencial. También las Supremas Cortes de Canadá, la India e Israel, por señalar otros ejemplos, han sido alabadas, o criticadas, por el activismo que han desplegado en la expansión de los derechos de sus respectivos ordenamientos constitucionales.

Los tribunales internacionales y supranacionales también han adoptado orientaciones que se podrían considerar “activistas”. En el campo de los derechos humanos se reconoce que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, más recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han adoptado resoluciones de avanzada, que no siempre han sido fácilmente aceptadas por los países de la región.

La Corte Interamericana, particularmente, se ha caracterizado con contemporaneidad, por el dictado de medidas de reparación que no están encaminadas solamente a compensar el daño de las víctimas en un caso en particular, sino que pretenden generar medidas y políticas más amplias por parte del Estado ofensor, de modo que se elimine la causa estructural de las violaciones de derechos humanos y no solamente sus efectos.

Igualmente, su doctrina del “control de convencionalidad”, conforme a la cual todas las autoridades, particularmente las judiciales, tienen la obligación de controlar la conformidad de su actuación con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tiene claras implicaciones de “activismo judicial”.

Otro tribunal activista es el Tribunal Europeo de Justicia, al cual se reconoce un importante papel como promotor de la integración de la actual Unión Europea; por ejemplo, gracias a la doctrina de la supremacía del derecho comunitario sobre el derecho interno de sus países integrantes. (Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y convencional, 2014)

Es con tales antecedentes, que se ha introducido a nuestra judicatura la corriente Flexibilizadora del proceso, viendo plausible su manifiesto en los precedentes asentados en el Noveno Pleno Casatorio Civil; y a respuesta de esta, ha – por denominarlo de algún modo – resurgido la corriente garantista, que afirma que precisamente el proceso ha sido desarrollado a fin de lograr sus fines, abstrayendo todo factor exógeno proveniente de política, ideología, entre otros, propios de los magistrados, que en su condición humana resultan falibles y vulnerables antes dichos factores.

Si bien, opino que dicha interpretación garantista no debe ser irrestricta, reconozco, sin embargo, su finalidad, que es salvaguardar el principio de soberanía, de uniformidad, de imperio del Estado, a la luz de un cuerpo perfectible, pero regulable, “la norma”; la que garantizará finalmente la administración de justicia, como rol fundamental de los jueces y tribunales. Puesto a que, como empecé a señalar recientemente, en un Estado de Derecho como el que vivimos, los ciudadanos no elegimos las normas a aplicar, sino tenemos la obligación de aplicar las existentes; aun así estas, se encontrasen erradas, supuesto para el

---

<sup>38</sup> Esta última sentencia continúa vigente, a pesar de que ha sido muy criticada por carecer de un fundamento constitucional explícito y no obstante que una integración más conservadora de la Corte la ha matizado de manera importante. Ello se debe igualmente a que han resultado infructuosos los intentos de revertirla mediante reforma constitucional

cual deben ser modificadas, y es precisamente la misma norma la que ha establecido dichos presupuestos y condiciones, y no por tal razón debe ser simplemente inaplicada, o peor aún, aplicada distinta en su sentido e interpretación por cada juzgador que lleve casos en concreto.

A tal razón es que se ha desvirtuado la concepción de normas vigentes que se encuentran establecidas de cierta forma en nuestro ordenamiento, y que, resulta importante señalar no han sufrido modificatoria alguna, por lo que deben de preservar la voluntad perenne de las mismas, hasta su correspondiente modificatoria, o en todo caso, expuesta a control de constitucionalidad, conforme a los procedimientos preestablecidos.

Así, el Principio del Iura Novit Curia, si bien ahora, pretende dársele la connotación Flexibilizadora antes descrita; persiste intacta desde su consignación en nuestro cuerpo normativo sustantivo y procesal civil, por lo que debe limitarse a sus alcances y efectos, y en especial no pretender con ella, obviar o desvirtuar otros principios como el de Congruencia Procesal o Imparcialidad del juzgador.

Tales principios, en su aplicación sistemática e integral, refieren en consecuencia, que la decisión judicial debe encontrar su sustento respecto a los fundamentos de la pretensión del actor y la resistencia del demandado, los que funcionan como garantía para ambos ya que constituyen el límite del juez al decidir; quedando así los hechos que no han sido afirmados por las partes, que para el magistrado no existen y por el contrario, sí debe pronunciarse sobre lo manifestado y comprobado por ellas independiente de lo que surja del cotejo con la realidad misma.

El Dr. José Ramón Chaves García, magistrado especialista de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y director de la prestigiosa página web [www.contencioso.es](http://www.contencioso.es), nos ofrece una breve y amena charla sobre los abogados y el reto de sobrevivir a los formalismos procesales intitulada audazmente así: “Cómo ser abogado y no morir en el procedimiento”; en esta señala que los papeles están muy claros: “Al juez hay que convencerlo, lo que quieren las partes es ganar, y lo que hay es un camino de garantías, que es el procedimiento.” Y en mi consideración personal, este debe ser respetado.

Además de ello, corresponde analizar, a la luz de lo desarrollado previamente, la naturaleza de los procesos civiles peruanos, y los efectos que podrían producir todo lo determinado, incluso con la condición de Precedente de Obligatorio Cumplimiento, la referida casación.

En ese sentido, además de la discusión doctrinaria procesal de los principios materia de investigación y su posible conflicto, debe de contextualizarse las limitaciones de tanto las partes, como el mismo juzgador dentro de nuestro actual, y aunque perfectible en muchos aspectos, vigente y plenamente aplicable, ordenamiento jurídico procesal civil.

Corresponde entonces, analizando la aplicación sistemática dada a la interpretación del principio del Iura Novit Curia efectuada por las corrientes más flexibilizadoras del proceso aplicadas en nuestro ordenamiento, realizar primeramente una clara distinción entre la naturaleza de los procesos tramitados en nuestra sistematización jurídica nacional.

Así, corresponde reiterar que dicha interpretación y corriente, fue inicialmente introducida en los procesos constitucionales, seguido de los procesos de familia e incluso laborales, en los cuales ha sido desarrollada de manera más amplia, y con menos discusión de la planteada

al pretender aplicarse a los procesos civiles; por lo que corresponderá definir, las principales diferencias existentes, por su propia naturaleza, de los procesos antes referidos.

Es el proceso constitucional el que encuentra mayor arraigo, en las sin lugar a duda, buenas intenciones de la corriente tan criticada por mi persona en el presente trabajo, toda vez que este por su propia naturaleza, requiere de la presencia de un juez con un rol distinto al de un proceso ordinario civil; ello toda vez que al encontrarse en discusión derechos fundamentales de las personas, y sobre todo a fin de preservar y proteger los mismos, el juez debe de tener un rol protagonista en su tutela, y asimismo un rol tuitivo respecto a los mismos.

Incluso de lo desarrollado por el máximo intérprete de la constitución, el Tribunal Constitucional, quien ha precisado al respecto que: “Los “derechos fundamentales” y los “procesos para su protección” se han instituido como institutos que no pueden entenderse de modo aislado, pues tales derechos sólo podrían “realizarse” en la medida en que cuenten con mecanismos “rápidos”, “adecuados” y “eficaces” para su protección; para lo cual desarrolla que estos procesos poseen un especial carácter, que los hace diferentes de los procesos ordinarios en cuatro aspectos:

- 1) Por sus fines, pues a diferencia de los procesos constitucionales, los ordinarios no tienen por objeto hacer valer el principio de supremacía constitucional ni siempre persiguen la protección de los derechos fundamentales.
- 2) Por el rol del juez, porque el control de la actuación de las partes por parte del juez es mayor en los procesos constitucionales
- 3) Por los principios orientadores, pues si bien es cierto que estos principios, nominalmente, son compartidos por ambos tipos de procesos, es indudable que la exigencia del cumplimiento de principios como los de publicidad, gratuidad, economía procesal, socialización del proceso, impulso oficioso, elasticidad y de favor *processum* o *pro actione*, es fundamental e ineludible para el cumplimiento de los fines de los procesos constitucionales.
- 4) Por su naturaleza, que es de carácter subjetivo-objetivo, pues no sólo protegen los derechos fundamentales entendidos como atributos reconocidos a favor de los individuos, sino también, en cuanto se trata de respetar los valores materiales del ordenamiento jurídico, referidos en este caso a los fines y objetivos constitucionales de tutela de urgencia<sup>39</sup>.

Para ello, procesalistas como Alfaro Pinillos, consideran que a partir de la vigencia del Código Procesal Constitucional actual, se introduce un “nuevo modo” de praxis de los procesos constitucionales, la que abarca tanto la preparación del caso, como su tramitación, su resolución y hasta su ejecución con rasgos muy singulares y únicos, conforme los nuevos y exclusivos criterios y reglas procesales, acordes al tipo de derecho a cautelar; es decir, que la ratio iuris constitucional, resulta muy diferenciada de la civil (Alfaro Pinillos, 2014).

En cuanto a los procesos de familia, corresponde resaltar también la intervención distinguida de los magistrados encargados de resolver las Litis planteadas, por ejemplo, respecto a la protección del derecho de menores, alimentistas, núcleo familiar, etc.

---

<sup>39</sup> Fundamentos Jurídicos 8-12 de la Sentencia N° 00023-2005-AI/TC.

En tal sentido, el derecho de familia y los diferentes procesos que abarca, citando una de las frases más célebre de Calamandrei, resultan no solo en el estudio del proceso, que es estéril, sino también en el estudio del hombre vivo; por lo que requieren por parte del magistrado judicial con competencia en la materia una constante actitud de análisis, innovaciones y replanteos, debido a que se debe priorizar la necesidad de dar una respuesta a las pretensiones de las partes sin dejar de lado el derecho de fondo y de forma que rige en la materia, requiriendo de un fuero especializado a cuyo frente se encuentre un juez comprometido con el propósito de brindar adecuada y oportuna tutela a los planteos de diferentes matices que se efectúan en su ámbito, demandando una participación procesal activa del juez que facilite y encamine la actuación de las partes y de los auxiliares de la justicia, en la esfera propia de sus atribuciones y con la diligencia que sea posible en función de las circunstancias, debiendo el juez de familia desarrollar una tarea hermenéutica finalista y previsor de lo que eventualmente pueda sobrevenir, a fin de impedir que se agudicen los conflictos anteriores o se susciten inéditos en el futuro; lo cual se traduce en una actuación procesal distinta a la de un juez ordinario civil.

Otra distinción que corresponde efectuarse entre los procesos y el rol brindado por el juzgador de los mismos, corresponde al derecho laboral, en el cual, no se prioriza la especial protección o atención a un derecho fundamental que requiera especial actuación estatal, sino que se concentra en la distinción natural existente entre sus partes litigantes, siendo que el empleador, resulta en una posición, por lo general, más ventajosa que el trabajador, quien no solo tiene condición de dependencia sobre este, sino que se ve desabastecido de fuente probatoria a fin de sustentar su pretensión, ante los propios efectos y alcances del rol propio del empleador; ante lo cual, el juzgador debe de procurar la igualdad de los mismos, equiparando incluso, a suerte de redistribución, la carga procesal de la prueba establecida en el código civil.

En los antes mencionados procesos, por poner ejemplos concretos, se evidencia una diferenciada actuación jurisdiccional, por lo que el proceso también se encuentra afecto a peculiaridades, que podrían variar la naturaleza de aplicación e interpretación de principios procesales, como el de *Iura Novit Curia* y *Congruencia Procesal*.

Por tanto, para la determinación de los referidos principios, en cuanto a la perspectiva propia del presente tema de investigación, debemos dejar de lado aquellos procesos que por su naturaleza impliquen una actuación adicional o distinta del juzgador, y centrarnos únicamente en los procesos civiles, en los cuales, por norma general prima el principio de sociabilización del proceso e igualdad de las partes, y en los cuales se requiere una intervención sumamente neutral e imparcial del juzgador, a quien no se requiere, ni exige la protección de ningún derecho fundamental expuesto al peligro que necesite de una intervención especial del Estado, ni el equiparar una situación natural de desequilibrio entre las partes.

Así, resulta necesario denotar que nuestro actual sistema procesal civil, presenta notables tintes preclusorios, toda vez que dicha expresión se ciñe a las diversas etapas procesales existentes para cada proceso, y que, como bien, lo señala la tesis elaborada por la Mag. Eugenia Silvia María Ariano Deho para la obtención de su grado de Magíster en Derecho

Procesal por la PUCP, las preclusiones de alegación (es decir, en relación a la fijación del *thema disputandum*), son las siguientes:

- ✓ El demandante en su demanda (rigurosamente) escrita (art. 424 CPC), tiene que formular su “petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide” (inc. 5 del art. 424 CPC) y alegar todos los hechos “en que se funde el petitorio, expuestos numeradamente en forma precisa, con orden y claridad” (art. 424 inc. 6 CPC). Hecho no alegado (pudiendo serlo) es un hecho que nunca más podrá ser introducido al proceso;
- ✓ El demandante solo puede modificar su demanda antes que ésta sea notificada al demandado (art. 428 CPC). Ello no posible en el procedimiento sumarísimo (inc. 4 del 559 CPC);
- ✓ El demandado, si es que contesta la demanda dentro del plazo correspondiente, tiene que pronunciarse expresamente “respecto de cada uno de los hechos” y exponer (todos) los hechos en que fundamenta su defensa “en forma precisa y ordenada” (art. 442 inc. 4 CPC). Si el demandado no se “pronuncia” sobre cada uno de los hechos o realiza una negativa “genérica”, el juez puede tener por reconocidos los hechos (art. 442, inc. 2 CPC). En cuanto al hecho no alegado (pudiendo serlo) rige la misma preclusión que para el demandante; el demandado, si no contesta la demanda en el plazo correspondiente, cae automáticamente en “rebeldía” (art. 458 CPC), con la consecuencia de que no solo ya no puede tomar posición sobre la demanda y aportar sus hechos, sino que—como regla— se “presume” la verdad de los hechos afirmados por el demandante (art. 461 CPC). No existe previsión alguna que admita las defensas “tardías”;
- ✓ La reconvencción sólo puede ser planteada “en el mismo escrito en que se contesta la demanda” (art. 445 CPC), estando, en cuanto a las alegaciones, sujeta al mismo régimen de la demanda. En el proceso sumarísimo no es posible reconvenir (inc. 1 del art. 559 CPC);
- ✓ Las “pretensiones accesorias” pueden acumularse hasta antes del “saneamiento procesal” (art. 87 CPC);
- ✓ No se prevé posibilidad alguna de una “reconvencción de la reconvencción” (no está ni prohibida ni permitida) (Ariano Deho, 2011).

Resulta claro entonces que nuestro ordenamiento adjetivo denota un claro proceso de etapas preclusorias, que permiten que este no se retrotraiga a etapas que ya han sido superadas, entre las cuales, primeramente aparece la etapa postulatoria, en la cual las partes manifiestan, sin lugar a modificaciones – una vez superada la notificación de la demanda y contestación, de ser el caso – su pretensión, tanto en sentido inmediato (petición concreta de lo pedido) – y que resulta inmutable en el proceso – como en su sentido mediato (calificación jurídica de la pretensión), luego de superada la misma, dicha etapa no puede ser nuevamente aperturada, ni modificada, conforme lo permitiría el precedente asentado por la sentencia en estudio, al permitir/obligar discutir y declarar la nulidad del acto jurídico en un proceso en el cual no ha sido planteado como pretensión por la parte demandante, ni alegado como contradicción por la parte demandada; por lo cual tampoco ha sido determinada como punto controvertido del proceso.

Pues bien, en relación a ello Chiovenda parte de la premisa de que el ordenamiento jurídico no se limita a regular las actividades procesales y su forma en particular, sino que regula la totalidad del desarrollo de la “relación procesal”, dando “un orden legal” a las actividades

procesales, orden éste enderezado a “dar mayor precisión al proceso, hacer posible la declaración definitiva de los derechos y garantizar su exacto cumplimiento” (Chiovenda, 1925)

La definición le resultó a Chiovenda por demás tautológica (la preclusión consiste (...) en que “está precluido” ...) y vaga (“precluye” el derecho de realizar “otros actos procesales determinados o, en general, actos procesales” ...).

Pero lo más asombroso es el “efecto de la preclusión”: “De la preclusión puede nacer un derecho”, pero por lo general “puede nacer” una “simple situación jurídica”, entendiendo por tal, sobre las huellas de Kohler, aquella figura “que se distingue del derecho en que contiene únicamente un elemento del derecho o de un efecto o acto jurídico futuro”. Si ese “estar precluido” tendría el significado de que la parte ya no podría realizar “algo”: ¿cómo así ese “ya no se puede” podría dar lugar al “nacimiento” de algo (un “derecho” o una “simple” situación jurídica)?

Históricamente, la dosis máxima de “preclusión” estuvo representada por el proceso común germánico, netamente inspirado en el principio que los propios alemanes llamaron *Eventual maxime* (principio de eventualidad), cuya caracterización viene dada así por Millar: “supone que las partes, en las respectivas fases, deben presentar simultánea y no consecutivamente todas las alegaciones y elementos de prueba que pertenezcan a estos períodos, sean compatibles o no con otros, y aun cuando el pronunciamiento en base a uno de estos puntos hiciese innecesaria la consideración de los demás”.

Pero hay un tercer “modelo” histórico de proceso: el proceso “sin fases”, fundado en el principio de libertad procesal (*Prozessfreiheit*), propia del proceso francés, en donde son las partes mismas las que “determinan el orden del procedimiento, y las alegaciones y pruebas referentes al fondo de la causa tan solo resultan inadmisibles cuando se pronuncia el fallo”. Es el modelo de proceso que suele denominarse (despectivamente) “liberal-individualista” (o de “cosa de partes”), Robert Wyness MILLAR, prefiere llamarlo “principio de acumulación eventual” (Millar, 1995). En similar sentido, Goldschmidt, grafica la degeneración a la que condujo este “principio” con el siguiente ejemplo de contestación de la demanda: “En primer término, no me has dado dinero alguno, eso no es verdad. En segundo término, te ha sido devuelto hace ya un año. En tercer término, tú me aseguraste que me lo regalabas. Y, por último, ha prescrito ya, y está pendiente el juramento” (Goldschmidt, 1989).

Por su parte, Chiovenda, nos caracterizó así el proceso fundado en el principio de eventualidad: “Cuando el principio de preclusión se entendió en el sentido de que en un estadio posterior no pudiese deducirse nuevas circunstancias y pruebas, sino para combatir las deducciones hechas en el estadio precedente por el adversario, ocurrió que cada uno de los litigantes encontrándose obligado a producir en el primer estadio todas las deducciones y las excepciones que le pudiesen asegurar la victoria, aunque fuesen contradictorias entre sí, y esto “*in omnem eventum*”, es decir, para el caso en que una u otra de las deducciones no fuese acogida (principio eventual)” (Chiovenda, 1925, pág. 144).

Sin embargo, Monroy Gálvez, repitiendo lo que se decía (y se sigue diciendo) de los Códigos europeos del S. XIX inspirados en el principio de libertad, indicaba, en 1988, que el “ordenamiento procesal civil no es ajeno a una respuesta ideológica, al contrario, se encuentra



sólidamente sustentado en los fundamentos de la llamada Filosofía Individualista, es decir, es expresión de la concepción liberal emanada de los postulados de la Revolución Francesa (...). Esta base ideológica significa que los conceptos de Libertad e Igualdad (...) están presentes en el actual Código de Procedimientos Civiles, sin que tal hecho constituya un mérito”. (Monroy Gálvez, Proceso civil en el Perú: origen y destino, 1988). Años más tarde, el mismo autor llega a decir que el proceso francés, ni más ni menos, es el “modelo que constituye el antecedente directo de los códigos sudamericanos de comienzos de siglo XX, entre ellos el peruano de 1912” (Monroy Gálvez, La reforma del proceso civil peruano - quince años después, 2009). Tal aseveración carece por completo de fundamento histórico, pues nosotros los latinoamericanos, en materia procesal, no tenemos (hasta hoy) nada francés. Lo dice con todas sus letras Liebman, los países latinoamericanos quedamos del todo “inmunes” frente a la oleada innovadora francesa y lo que hicimos en las codificaciones procesales del S. XIX fue simplemente mantener la tradición del proceso común español “en sus aspectos menos buenos”: “proceso escrito y secreto, rigurosamente articulado en etapas separadas con términos preclusivos, instrucción basada en las posiciones, con medios de prueba cuya eficacia legal está fijada en fracciones aritméticas destinadas a ser sumadas, etc.” (Liebman, 1953).

Ahora bien, habiéndose realizado una precisión corta, pero concreta respecto a la naturaleza de un proceso judicial civil a la luz de nuestro actual ordenamiento procesal de la materia, es que corresponde retomar el tema central de discusión, referido ahora sí a la discusión de la existencia o no de un conflicto entre el Principio de Congruencia Procesal y el Principio de Iura Novit Curia en el contexto planteado en el caso materia de análisis.

Para tales efectos, si bien, con anterioridad ya se ha realizado una exposición de las principales posiciones doctrinarias tratadas a fin de determinar la naturaleza de tal conflicto, no puede en el extremo de analizarse un caso concreto, dejar de mencionar a los antes precitados autores, y a algunos otros más, con los cuales pretenderé definir la aceptación o rechazo de la hipótesis planteada en el presente caso.

Así, del caso planteado debe evidenciarse un primer aspecto al análisis relacionado a la cuestión prejudicial, es decir, a la situación y acontecimiento de los hechos planteados en la demanda, pero abordados desde un momento anterior a la interposición de la misma. Para ello, a modo de síntesis, podemos definir que fue voluntad de ambas partes participantes del negocio jurídico (cónyuges compradores y cónyuges vendedores) – como incluso lo han expresado ambas partes en el transcurso del proceso – realizar la transferencia de dominio del bien inmueble materia del acto jurídico celebrado, y que por cuestiones, ajenas a dicha voluntad, no solo de celebración sino de perfeccionamiento del contrato, es que no se consignó la firma de ambos cónyuges vendedores (defecto en la constitución del acto jurídico), y que por cuestiones, también ajenas a dicho interés (pre-constitutivo del acto) es que no se logró solucionar tal incertidumbre jurídica en una vía prejudicial.

Posterior a ello, debemos ahora analizar la pretensión de las partes en el interior del proceso, que ciertamente resulta distinta a la voluntad prejudicial de la celebración del acto jurídico originador de la incertidumbre tratada en el proceso, debido a que prejudicialmente a momento de realizar la compraventa del bien inmueble la intención fue transferir el mismo, que se transmita el bien de la esfera de dominio de los cónyuges vendedores a favor de la de

los cónyuges compradores; mientras que en el proceso la intención ya no era esa, sino era perfeccionar tal transferencia a través del otorgamiento de un documento público que la contenga (escritura pública) con el aparente y posible propósito de inscribir la referida transferencia de dominio en los Registros Públicos correspondientes, a fin de publicitar el derecho adquirido (fin publicitario y no constitutivo).

En tal contexto, la pretensión de las partes en ambos momentos resulta idéntica, y por tanto, no existe un conflicto de intereses en tal aspecto, dado a que procesalmente la pareja de esposos demandada (cónyuges vendedores) omiten contestar la demanda, siendo declarados rebeldes<sup>40</sup>, lo que, según el artículo 461 del Código Procesal Civil vigente, refiere a una presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos.

Si bien es cierto, ya en segunda instancia, a través de escrito de fojas 199, Elsa Flores Pally, actuando en representación de la codemandada Rosa Estrella Reátegui Marín, se apersona al proceso e informa sobre la existencia de un proceso de nulidad del contrato que ahora se pretende formalizar, proceso seguido por la antes mencionada contra su cónyuge Ángel Gabriel Collantes Arimuya y la señora Liliana Amanda Mejía García (demandante en el presente proceso), ante el Juzgado Mixto de Ilo, adjuntando a su escrito copia de la demanda de nulidad de acto jurídico y de un escrito de apersonamiento y formulación de excepciones presentado por Liliana Amanda Mejía García; dicho fundamento no fue considerado como una expresión de declaración del Iura Novit Curia en el proceso, toda vez que la pretensión nulificatoria del acto jurídico, debía tramitarse en el proceso ya iniciado; y en mi apreciación personal, inclusive la consideración de posibilidad de acumular los procesos, a fin de evitar sentencias contradictorias en un mismo ordenamiento, y sobre un mismo caso en concreto.

Sin embargo, de lo evaluado en el proceso, conforme la oportunidad de ejercicio de su derecho de defensa, la parte demandada, procesalmente no manifestó resistencia a la pretensión planteada, sino más bien conformidad, de acuerdo a la presunción relativa no desvirtuada por no incurrirse en ninguno de los supuesto establecidos en el artículo 461 del Código Procesal Civil; por lo que no correspondía analizarse una pretensión de nulidad no propuesta, ni planteada por las partes, como prescribe la casación en mención.

En realidad, el problema es creado por parte de otros actores del proceso judicial, refiriéndome a los directores del mismo (los juzgadores), quienes ciertamente reconocen que se ven en la imposibilidad de perfeccionar un acto jurídico que presenta un vicio y/o deficiencia de validez en su constitución; y que por tal motivo, deben declarar infundada la referida demanda (que a mi consideración personal, resulta correcta tal aseveración y modo de resolución); sino que más bien mi discrepancia, está relacionada a que el proceso, en la más alta instancia de nuestro ordenamiento jurídico, es resuelto por los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la República, los mismos que si bien amparan de forma excepcional el recurso de casación interpuesto, lo realizan al encontrarse comprometida la validez de la causa jurisdiccional como consecuencia de la probable vulneración al debido proceso y, específicamente, al derecho de defensa, en base a la consideración de la situación de indefensión generada a las partes procesales en cuanto a la negligencia del propio Órgano Jurisdiccional (que no promovió el contradictorio y que no verificó que los actos de

---

<sup>40</sup> Por resolución número dos de fojas 54 se declaró la rebeldía de los demandados Ángel Gabriel Collantes Arimuya y Rosa Estrella Reátegui Marín, y se señaló fecha para la audiencia única.

notificación hayan sido regulares), amparan su decisión en las causales de infracción normativa de los incisos 3 y 14 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, situación que conlleva a una nulidad insubsanable, resultando de aplicación lo dispuesto en los precitados artículos 171 y 176 del Código Procesal Civil; señalando de manera expresa que, en tal momento, carecía de objeto emitir pronunciamiento sobre una posible afectación de las normas de carácter material, no resolviendo por tanto, la Litis surgente en torno a la nulidad manifiesta señalada por los propios jueces intervinientes en el Pleno Casatorio Civil estudiado sino concentrándose en la formalidad (importante como no) del proceso.

En ese sentido, lo que si realizaron los referidos magistrados fue asentar como precedente de obligatorio cumplimiento la obligación de los juzgadores de declarar la nulidad de un acto jurídico en un proceso en el cual no se presenta como pretensión la misma, y que inclusive como en el caso en cuestión, es manifiesta la intención de ambas partes (tanto demandantes, como demandados) de ser contraria su pretensión al modo de resolución propuesto por el Noveno Pleno Casatorio Civil, toda vez que estos no pretenden de ningún modo la declaración de nulidad del acto jurídico (transferencia de dominio de propiedad inmueble); con la salvedad de la intervención de la representada de la demandada en segunda instancia, que menciona un proceso paralelo en el cual efectivamente se estaba discutiendo la validez del negocio jurídico en mención, pero no mencionando su voluntad de que en el presente proceso sumarísimo se resuelva la nulidad del acto; variando así, la pretensión introducida por las partes en el proceso, y aperturando la posibilidad de que pueda efectuarse del mismo modo en otros procesos civiles de similar naturaleza.

Por tales fundamentos, posteriormente de la emisión de la sentencia antes citada, ya sea tanto en el desarrollo de sus propios considerandos, como de aquellos tomados de otros operadores jurídicos que han sustentado los fundamentos de la misma, es que se ve presente la referida corriente Flexibilizadora, indicando que efectivamente se puede resolver del modo propuesto por el Noveno Pleno Casatorio Civil, en virtud de precisamente el principio del Iura Novit Curia.

Sin embargo, respecto a tal principio, además de lo ya señalado ampliamente con anterioridad, el doctrinario Francisco J. Ezquiaga Ganuzas señala que: “Bajo el aforismo Iura Novit Curia se esconden dos usos del conocimiento judicial del Derecho diversos: como presunción y como principio jurídico (...) En el ámbito del proceso, la distribución de tareas entre las partes y el órgano jurisdiccional se sustenta, en buena medida, en la presunción de que este último conoce el Derecho aplicable al litigio, circunstancia que exime a las primeras de alegar y probar los materiales jurídicos y que justifica, además, que el Juez no se encuentre vinculado a las consideraciones de Derecho que eventualmente aquéllas efectúen (...) Junto a esa función puramente procesal, el aforismo actúa también como un principio normativo, como un deber impuesto a los Jueces de resolver los litigios utilizando el Derecho, es decir, de sujetarse a éste, lo que implica conocerlo (...) Ambas funciones (...) reposan, no obstante, en la misma condición: que sea posible conocer el Derecho” (Ezquiaga, 2000, págs. 18-19).

Tal definición no resulta en contraposición con el principio de Congruencia Procesal, sino que lo complementa e incluso absolutamente concuerda con el mismo, toda vez que, como se mencionó con anterioridad, este Principio también se constituye como uno normativo, tal

como lo considera Ezquiaga “un deber impuesto a los Jueces de resolver los litigios utilizando el Derecho”, y en este caso, también los hechos introducidos por las partes.

Desde otra perspectiva, a partir de lo señalado podemos considerar también que la relación entre el referido principio (*Iura Novit Curia*) con el de Congruencia Procesal radica en que, al no gozar los Jueces de un poder absoluto, es decir, sujetos a determinados límites, podemos afirmar que un límite del mismo está comprendido por el principio de congruencia procesal. En este orden de ideas, el Juez, alegando que conoce el derecho, no puede otorgar más de lo pretendido, dejar de pronunciarse respecto de las pretensiones de las partes u otorgar cosa distinta de lo peticionado, lo cual trasciende incluso a los referidos principios, y se encuentra relacionado más bien inclusive a otro principio de mayor connotación y trascendencia en nuestro ordenamiento procesal, que como principio/derecho continente alberga en su desarrollo muchos otros, haciendo obviamente referencia al principio del Debido Proceso; el mismo que encuentra su amparo en una norma constitucional, contenida en el artículo 139° de la Constitución Política del Estado y expresado por ejemplo de manera integral-sistemática con su numeral 5), en la cual se establece como uno de los principios de la función jurisdiccional, contenido en tal principio la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan (este precepto constitucional debe ser concordado con los artículos 121° y 122° numeral 3) del Código Procesal Civil).

Y es que, la motivación tiene como finalidad principal el de permitir el acceso de los justiciables al razonamiento lógico jurídico empleado por las instancias de mérito para justificar sus decisiones jurisdiccionales y así puedan ejercer adecuadamente su derecho de defensa, cuestionando de ser el caso, el contenido y la decisión asumida; y que a su vez constituye un deber para los magistrados, tal como lo establece el numeral 6) del artículo 50° del Código Procesal Civil, y dicho deber implica que los magistrados señalen en forma expresa los fundamentos fácticos y jurídicos que sustentan su decisión, respetando los principios de jerarquía normativa y de congruencia procesal (Columna Jurídica, 2018).

Tal sentido encuentra su sustento en el marco global de nuestro ordenamiento procesal jurídico nacional, respecto al cual debemos desarrollar nuestros procesos judiciales y aplicar nuestras normas, tanto sustantivas como adjetivas, correspondiendo realizar una interpretación sistemática que respete la intención del juzgador y el espíritu de la ley, para que no se incurra en un ejercicio abusivo del derecho derivado del criterio personal y unilateral de más de un operador jurídico, como por excelencia en el proceso, resultan los juzgadores y su poder de decisión. Este es un concepto muy propio del Estado Constitucional de Derecho, al cual corresponde nuestra nación y por ende también nuestro ordenamiento jurídico, y sobre el cual señala por ejemplo Gustavo Zagrebelsky, que tiene como una característica fundamental que la ley viene sometida a una relación de adecuación, y, por tanto, de subordinación a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución. Con ello, afirma que, con el Estado Constitucional de Derecho, más que una continuación del estado de derecho, se trata de una variación profunda que afecta la concepción del derecho; puesto que, con el Estado Constitucional, la ley cede el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. La ley es destronada y se favorece a la instancia más alta, la constitución, la misma que asume la importantísima función de mantener la paz social. Así, el principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución de este objetivo

de unidad (Zagrebelsky, 1999, pág. 34). Y que, por lo tanto, al encontrar la conjunción de tales principios un amparo constitucional superior al de su desarrollo individual de carácter meramente legal, es que debe primarse por el primero de ambos principios.

Así, concuerdo con el blog en red que de manera, desconozco si anónima o corporativa, señala textualmente que “(...) para efectos prácticos, debemos entender que en un Estado Constitucional de Derecho, la actuación del Juez cobra preponderancia; puesto que este modelo se refleja en el ámbito de la decisión judicial, permitiendo la revisión de la ley en el marco de un proceso ordinario o constitucional, en virtud del precepto que establece que ante la incompatibilidad entre la norma constitucional y una legal o infra legal, el juez deberá preferir la primera. En este sentido, si la norma legal o infra legal atenta contra los derechos constitucionalmente protegidos, el Juez podrá ejercer el control difuso de la constitucionalidad normativa, inaplicando para el caso concreto la norma impugnada, es decir, el precepto incompatible con la Constitución” (Columna Jurídica, 2018).

Al respecto, el Noveno Pleno Casatorio Civil, trata el debate en sus fundamentos 53 y 54, fundamentando su discusión en la doctrina desarrollada por los juristas Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena y Eugenia Ariano Deho. Para tales efectos sustenta que, sobre la relación que existe entre el poder que tiene el juez de declarar de oficio la nulidad de un negocio jurídico y el principio de congruencia procesal, el primer autor sostiene que “la declaración de oficio de la nulidad de un negocio jurídico constituye una excepción al principio de congruencia procesal”, lo que se justifica en atención a que la nulidad es de orden público, es decir, se encuentra fuera del ámbito dispositivo de las partes (Lohmann, 2002).

Así, el referido autor señala que: “A la necesidad de proteger este orden público, las buenas costumbres y, a la postre, esos intereses superiores; y privar al acto jurídico de los efectos que negativamente podrían repercutir sobre todo ello, obedece el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil como excepción al principio de congruencia entre petitorio y fallo”. Y continúa diciendo que: “el artículo VII del Código Procesal Civil cede ocasionalmente su rigor cuando el petitorio y, en relación con él, los hechos invocados, no versan sobre derechos disponibles. La regla de que el juez no puede apartarse de las peticiones de las partes no es plena ni irrestricta si esas peticiones van más allá de sus privativos intereses tutelables y disponibles”. No obstante, sostiene también que la norma civil y la norma procesal no son contradictorias y podrían conciliarse si interpretamos la primera a la luz de la última y entendemos que “el juez puede declarar la nulidad que no forma parte del petitorio, pero no debe significar que resuelva sin discusión de las partes sobre el particular”, ante ello “lo que el juez puede hacer es plantear de oficio la cuestión, pedir a las partes que formulen sus posiciones al respecto y, en su momento, si a su criterio hay nulidad, emitir declaración en la sentencia sobre ello, aunque no formara parte de las pretensiones”. Siendo su opinión del autor que venimos citando, el momento adecuado para que el Juez pueda traer a colación una posible nulidad no alegada por las partes es el de la audiencia de determinación de puntos controvertidos (Ídem).

Con todo, hay que enfatizar que para Lohmann la nulidad que el Juez advierta de oficio puede ser declarada en la parte resolutive de la sentencia; para lo cual plantea los siguientes lineamientos para su aplicación:

- i. Que el Juez sea de primera instancia y tenga competencia si la nulidad hubiera sido demandada;
- ii. Que la causal de nulidad esté de manifiesto en el propio acto;
- iii. Que el acto esté directamente e inseparablemente relacionado con la controversia y que el pronunciamiento sobre su validez sea indispensable para la decisión sobre los puntos controvertidos;
- iv. Que las partes del proceso sean las mismas del acto, y si éste involucra a terceros que hayan sido debidamente emplazados; y,
- v. Que, advertida la posible existencia de nulidad, mediante resolución debidamente motivada el juez lo notifique a las partes del proceso y litisconsortes, concediéndoles un plazo común vencido el cual se reanuda el plazo para sentenciar o, cuando corresponda, se procederá conforme al artículo 96 del Código Procesal Civil” (Ibídem).

De otro lado, la citada jurista Eugenia Ariano manifiesta una postura discordante con los fundamentos expresados por Lohmann, con que la declaración de nulidad *ex officio* se haga en la parte resolutive de la sentencia, la que sustenta en que el término “declarar” que aparece en el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil no debe interpretarse como que el juez pueda introducir en su fallo un extremo que no fue objeto de demanda o de reconvencción, pues, “si así se hace se incurre, siempre, en vicio de extra petición, y como consecuencia la sentencia será nula (al menos en el extremo ‘extra’)”. (Ariano Deho, Sobre el poder del juez de "declarar" de oficio la nulidad ex art. 220 C.C., 2003)

Para la citada autora, la congruencia de la sentencia, es decir, la correspondencia entre lo pedido y lo resuelto, no encuentra ninguna excepción, ni siquiera en materia de nulidad absoluta, lo que en realidad sucede es que “hay hechos (impeditivos, modificativos o extintivos), que aun cuando no alegados expresamente por la parte demandada, pueden (y deben) ser ‘tenidos en cuenta’ de todas maneras por el juez (justamente de oficio). Esos hechos configuran lo que la doctrina italiana llama, en expresión por demás elíptica (y equívoca), “*eccezioni rilevabili d’ufficio*” o “*eccezioni in senso lato*”, por contraposición a las “*eccezioni in senso stretto*” o excepciones (a secas). Uno de ellos es, justamente, la nulidad”. Por lo tanto, concluye que “la nulidad ex art. 219 CC constituye un hecho impeditivo de la pretensión actora que el juez puede ‘tener en cuenta’ de oficio, vale decir, sin que se precise de la expresa alegación de parte, a los efectos de desestimar (sólo) la demanda. Nada más”. Lo que la llevó a proponer que el segundo párrafo del artículo 220° del Código Civil se debe interpretar de la siguiente manera: “el juez puede fundar sus fallos en la nulidad que le resulte manifiesta, aunque no haya sido invocada”, y a concluir que el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil no es una excepción a la regla de congruencia, sino que es una excepción de la regla que las excepciones las plantea sólo el demandado (Ídem).

En buena cuenta, lo que plantea la citada doctrina es que el Juez puede, de oficio, apreciar la nulidad manifiesta de un negocio jurídico y fundar su decisión sobre ésta, mas tal apreciación únicamente puede realizarse en la parte considerativa de la sentencia sin que sea posible emitir pronunciamiento sobre la nulidad manifiesta en la parte resolutive de la sentencia.

Por lo tanto, y en consideración de lo anteriormente expuesto, puede concluirse que el principio de congruencia procesal guarda, también en el caso concreto desarrollado en el Noveno Pleno Casatorio Civil, una relación estrecha con el principio de Iura Novit Curia, ambos como obligaciones del juzgador, en una suerte de elementos necesarios y preexistentes para que se configure el derecho al debido proceso, este último, derecho humano fundamental que le asiste a toda persona; y que por ende, no puede ser desconocido, o amparado en una conflictividad inexistente, y a partir de esta, se desarrolle no solo una corriente (corriente Flexibilizadora del proceso), sino que además se pretenda disponer como obligación del juzgador que este deba de variar, así sea en ciertos casos, la pretensión de las partes, aun cuando esta no corresponda a la real intención de ninguna de las mismas, como se da en el presente caso; y siendo por tanto, inexistente un conflicto real en los mismos, sino más bien este surgente en torno a la interpretación, y al ser tan solo aparente, corresponde uniformizar el criterio interpretativo a la principal fuente de nuestro derecho nacional, la ley.

Finalmente, resulta necesario reiterar enfáticamente, que la discusión tratada en la presente investigación no corresponde a determinar si en un proceso de otorgamiento de escritura pública puede o no resolverse la nulidad manifiesta de un acto jurídico; ya que si bien se han realizado algunas apreciaciones críticas al respecto de algunos de los fundamentos del IX Pleno Casatorio Civil; la intención real y materia de investigación del presente trabajo, responde a la posibilidad abierta por la Corte Suprema de Justicia de que con posterioridad, se desarrolle el criterio de que en un proceso civil se pueda aplicar la interpretación del principio del Iura Novit Curia desarrollado por la corriente Flexibilizadora (extrema) del proceso, a fin de variar la pretensión inicialmente introducida por las partes al mismo, no únicamente respecto al proceso de nulidad de acto jurídico, en relación al cual, considero también personalmente que merece una calificación y trato diferenciado por la propia naturaleza de la institución de la nulidad del acto jurídico desarrollada en el artículo 220 del Código Civil; sino en la generalidad de los procesos civiles tramitables en nuestro ordenamiento; lo que a modo de conclusión anticipada, o por lo menos, una de ellas, paso a precisar con brevedad.

Si bien, el IX Pleno Casatorio Civil, vincula la modificación de la *ratio decidendi* del Primer Pleno Casatorio Civil contenida en su fundamento 39°, y a su vez, el precedente vinculante contenido en el punto 5.3 del Cuarto Pleno Casatorio Civil, al precitado artículo 220 del Código Civil, que regula la declaración de nulidad del acto jurídico efectuada de oficio por el juez cuando resulta manifiesta, se evidencia, a consideración personal, que tal variación jurisprudencial representa además, una clara evolución en relación a la interpretación y aplicación que se le otorga al principio del Iura Novit Curia en sede judicial.

Ello, debido a que, en la primera sentencia aludida, resulta clara la abstención que realizan los magistrados de resolver una pretensión no introducida en ninguna de las instancias de mérito por los accionantes, en especial, en sede casatoria, en la cual, por regulación expresa

de la norma adjetiva, se restringe la actuación a los supuestos expresamente regulados a través de su artículo 386<sup>41</sup>.

Con posterioridad, a través de la segunda sentencia en mención el criterio interpretativo varía, resultando más permisible lo establecido en el Cuarto Pleno Casatorio, toda vez que en este, ya se concede la libertad del juez de analizar la pretensión nulificatoria no introducida por las partes accionantes, sino por este último, proscribiendo sin embargo, su declaración en la parte resolutive de la sentencia; considerando posiblemente, las limitaciones existentes en el precitado artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, en cuanto, regula la prohibición del juzgador de fundar su decisión en hechos no alegados por las partes.

En ese entendido, el Noveno Pleno Casatorio Civil, realiza la evolución descrita con anterioridad, toda vez que en el mismo, conforme se expuso previamente, se establece que debe entenderse que, en lo sucesivo (precedente de obligatorio cumplimiento), la Corte de Casación se encuentre facultada de advertir una nulidad manifiesta, aun cuando esta no haya sido discutida, ni evidenciada, en su debida oportunidad, en las instancias de mérito, ni invocada por las partes, tanto ya sea como agravio en el recurso de casación, o introducida en la propia Litis; para lo que señala que, en decisión motivada y con expresa indicación de la causal advertida “manifiestamente”, se debe de retrotraer el proceso hasta la primera instancia, para que, previa promoción del contradictorio entre las partes, se emita pronunciamiento sobre dicha pretensión; es decir, faculta al juzgador a en la parte resolutive de la sentencia resolver sobre una cuestión no invocada por las partes.

Resultando ello, determinado, cuando en la Casación bajo análisis, a través de sus fundamentos 57 y 58, el pleno de los jueces civiles de la más alta instancia, efectúan un juicio de ponderación, si bien bajo el contexto de la contraposición del artículo 220 del Código Civil (Nulidad de oficio) y el principio de Economía procesal, en contraposición con el principio dispositivo y del Debido Proceso; lo realizan efectuando una relación directa a la colisión que fundamentan resulta existente entre el Iura Novit Curia y la Congruencia Procesal (tema de objeto de la presente investigación); por lo que con ello, se encontrarían reconociendo la existencia de un “conflicto” que debe ser sometido al método de resolución de la ponderación, conforme se indicó.

Para tal propósito, si bien en la casación en mención se reconoce la existencia del conflicto antes descrito, el enfoque dado, a consideración personal, y a la luz de la investigación efectuada, se encuentra errado, toda vez que para ello, sustentan, a través del fundamento 59, que dicha aplicación de ponderar los referidos principios, no se ha dado por vez primigenia en la presente casación, sino que la misma encuentra su antecedente en el Tercer Pleno Casatorio Civil (Casación 4664-2010, Puno), que versó sobre la materia indemnizatoria en el proceso de divorcio por causal de separación de hecho, en la cual se empleó ya la “Flexibilización” (término empleado por el Pleno, y en base al cual se denominó a la corriente expuesta en el presente trabajo) de la Congruencia y del Proceso, en relación a la aplicación del Iura Novit Curia por los juzgadores, y en base a la cual, se efectuó la variación

---

<sup>41</sup> Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 29364, publicada el 28 mayo 2009, cuyo texto es el siguiente: "Artículo 386.- Causales: El recurso de casación se sustenta en la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento inmotivado del precedente judicial."



jurisprudencial, en aplicación de la técnica americana del *overruling*, de los precedentes contenidos en la *ratio decidendi* del fundamento 39 del Primer Pleno Casatorio Civil, y del precedente vinculante del punto 5.3 del Cuarto Pleno Casatorio Civil, correspondientemente; sin considerar la naturaleza diferenciada existente entre un proceso de familia (naturaleza distinta de los principios en virtud de la propia y particular naturaleza de los procesos y del rol del juez en los mismos), y un proceso civil, que, por su determinación normativa en nuestro ordenamiento no permite la aplicación de la interpretación dada a los principios procesales que “aparentemente” entran en colisión o conflicto, siendo más bien los mismos, concordantes y complementarios para lograr la administración de justicia fundada en derecho y norma, en la resolución de los casos judiciales tramitados en nuestro sistema jurídico.

Por lo tanto, no solo resulta evidente, a consideración personal, la evolución antes referida de la interpretación del principio del *Iura Novit Curia*; sino que, en esta última variación encuentra sustento la inquietante expresión señalada con anterioridad referida a la apertura de la posibilidad de que con posterioridad, se desarrolle el criterio de que en todo proceso civil se pueda aplicar la interpretación “flexible” del referido principio, a fin de variar la pretensión introducida por los accionantes por otra distinta a la de nulidad del acto jurídico; toda vez que, a mí – considero, luego de haber efectuado la presente investigación – no tan modesto entender; lo establecido en los precedentes del Noveno Pleno Casatorio Civil, no solo comprometen una posibilidad de declaración de oficio de nulidad (artículo 220° del código civil) – y respecto a la cual reitero mi reconocimiento de un trato especial y diferenciado entre los procesos – sino que permiten, ya a nivel de pronunciamiento jurisprudencial, con fuerza de precedente vinculante, que en un proceso civil (con todas las condiciones y características antes descritas), se pueda variar la pretensión, a una no invocada por las partes, sino advertida “de oficio” por el propio juzgador; lo que reafirmo, se consagraría como la vulneración de la congruencia procesal discutida y la completa desvirtuación de la naturaleza del *Iura Novit Curia* vigente, que se desarrolló en el trabajo.

## V. CONCLUSIONES

Como conclusiones del presente trabajo, se ha podido arribar a las siguientes:

1. Puede existir efectivamente un conflicto entre principios del derecho, ya sean estos de orden sustantivo, como procesal; para lo cual se han desarrollado doctrinariamente diversos métodos de resolución, resultando el método vigente más aceptado por los autores citados en el trabajo, el de la ponderación, a través de la cual, se determina que, a pesar de que se reconoce que todos los principios se encuentran en una condición igualitaria en el ordenamiento; para cada caso en concreto, uno de estos resulta tener un peso imperante sobre el otro, por lo que bajo determinadas circunstancias, lo precede. Sin embargo, también se reconoce la posibilidad, de que los conflictos entre principios tengan diversa naturaleza, pudiendo, para efectos del presente trabajo, clasificarse en conflictos reales (ante los cuales corresponde aplicar los métodos de resolución señalados), o solo conflictos aparentes, en los cuales únicamente se da una exclusión aparente (que se pueden haber generado, por ejemplo, por un error en su interpretación), ante lo cual, correspondería subsanarse, otorgándole la correcta interpretación a los mismos, y solucionar el “conflicto” generado.

2. A fin de determinar la naturaleza del conflicto existente entre el Principio del Iura Novit Curia y el Principio de Congruencia Procesal en la aplicación de los precedentes dispuestos en el Noveno Pleno Casatorio Civil, se deberá previamente determinar la naturaleza jurídica, efectos y limitaciones de cada uno de los referidos principios, la misma que corresponde a la siguiente:

El Principio de Congruencia Procesal, implica, por un lado, la condición de que el juez no pueda ir más allá del petitorio inicial de las partes, ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por estas, y, por otro lado, la obligación de los magistrados de pronunciarse respecto a todos los puntos controvertidos establecidos en el proceso, a todas las alegaciones efectuadas por las partes, ya sea en sus actos postulatorios, como en sus medios impugnatorios”.

Mientras que la naturaleza del Principio del Iura Novit Curia, se encuentra referida al mayor (mejor) conocimiento de los magistrados del derecho, el mismo que se concreta con la facultad de estos de aplicar una norma (u otra fuente del derecho) no invocada por los accionantes, o, invocada de forma equívoca (error formal en su invocación) – petitorio mediato, calificación jurídica de la pretensión o fundamentos de derecho de la *causa petendi* – pero respetando la pretensión real de las mismas (petitorio inmediato o *petitum*) y los hechos introducidos por estos (fundamentos de hecho de la *causa petendi*).

Adicionalmente, la doctrina procesal desarrolla que el Iura Novit Curia, posee límites en su aplicación, puesto a que no equivale a una suplantación del juez en la labor de las partes (demandante – demandado), sino que determina una aplicación correcta del derecho invocado por las partes, sin que ello implique la variación del petitorio o pretensión.

3. Sin embargo, debe entenderse también que existe una naturaleza distinta respecto a la interpretación y aplicación del principio del Iura Novit Curia, en relación a los procesos en los cuales se aplica. Distinción que guarda estrecha relación con la propia naturaleza y características del juez de los mismos, y de los propios procesos; toda vez que en determinadas causas jurisdiccionales, el juzgador por la naturaleza de la pretensión y bienes jurídicos discutidos, tiene un rol tutelar y a la vez tuitivo sobre los derechos en conflicto, como ocurre en el caso de los procesos constitucionales, laborales y de familia, en los cuales la pretensión consta por lo general en la urgente y necesaria intervención del estado a través del *ius puniendi* (facultad sancionadora del Estado) ejercida por Poder Judicial, para la tutela de derechos fundamentales, sea por el inminente peligro o daño causado a los mismos, la condición especial de los sujetos tutelares de tales derechos e intereses o por la condición de desproporción, por lo menos procesal, existente entre las partes litigantes.

En cuanto al principio del Iura Novit Curia Civil, este se aplica a aquellos procesos que tienen como característica principal la primacía del principio de socialización del proceso y de igualdad de las partes; por lo que el juzgador no posee las facultades y atribuciones referidas para los otros procesos antes señalados, sino que por el contrario, el juez resulta el ente absolutamente imparcial, que no bajo ninguna circunstancia general debe intervenir en la labor procesal de ninguna de las partes judicializadas, mucho menos, en su pretensión planteada.

De igual modo, en nuestro ordenamiento adjetivo civil se denota un claro proceso de etapas preclusorias, que permiten que este no se retrotraiga a etapas que ya han sido

superadas, entre las cuales, primeramente aparece la etapa postulatoria, en la cual las partes manifiestan, sin lugar a modificaciones – una vez superada la notificación de la demanda y contestación, de ser el caso – su pretensión, tanto en sentido inmediato (petición concreta de lo pedido) – y que resulta inmutable en el proceso – como en su sentido mediano (calificación jurídica de la pretensión), luego de superada la misma, dicha etapa no puede ser nuevamente aperturada, ni modificada.

4. El principio del Iura Novit Curia Civil si bien ha sido definido normativamente, a través de dos ordenamientos jurídicos trascendentales y residuales de todo nuestro sistema jurídico nacional, como son el Código Civil y el Código Procesal Civil, a través del artículo Séptimo del Título Preliminar de cada uno de los mismos; existe sin embargo una diferencia trascendental en la conceptualización y alcance de cada uno de ellos, relacionada a un tema de redacción normativa.

Ello toda vez que, por un lado, el Código Sustantivo prescribe la obligación jurisdiccional de aplicar la “norma jurídica” pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda; mientras que el compendio de normas adjetivas, regula el deber del juez de aplicar el “derecho”, aunque este no haya sido invocado por las partes, o lo haya sido erróneamente. Dicha distinción permite el desarrollo de diversos tipos de interpretación en relación al referido principio, especialmente a partir de la discusión doctrinaria, de la posibilidad de aplicar un derecho per sé, o de concederlo a través de la aplicación de una norma jurídica.

5. Tanto el principio del Iura Novit Curia, como el de Congruencia Procesal, especialmente en cuanto a su desarrollo doctrinario, han experimentado una serie de evoluciones de percepción y concepción de los mismos, que resultan bastante distantes de aquel espíritu con el que fueron introducidos en la norma positiva nacional. Por lo que, en el ámbito interpretativo se desarrolla la discusión de cuál concepto debe ser aplicado, aquel con el que fue introducido en la norma (tanto sustantiva, como procesal, de corresponder); o aquella que le dan las corrientes doctrinarias vigentes o contemporáneas.

De lo señalado, surge la existencia de por lo menos dos corrientes o teorías doctrinarias respecto a la aplicación de los citados principios, que han sido denominados, de conformidad con los fines e intenciones de la presente investigación, de la siguiente manera:

- a) La Corriente Garantista del proceso, que señala, resumidamente, que debe respetarse el proceso tal cual ha sido desarrollado en nuestro ordenamiento vigente, toda vez que solo así se garantizaría la administración efectiva de justicia; y,
- b) La Corriente Flexibilizadora del proceso, que por el contrario señala que, con el propósito de administrar justicia, el juzgador, de considerarlo necesario y pertinente, podría aplicar el derecho procesal de forma flexible, es decir, sin un cumplimiento estricto de lo expresamente señalado por la norma, priorizando además la oportunidad y economía procesales.

Considero personalmente, que la aplicación extrema de ambas corrientes, resulta contraproducente, no solo para la interpretación y concepción de los principios en mención, sino para la propia finalidad concreta del proceso, es decir, el administrar justicia en la resolución de controversias de intereses o incertidumbres jurídicas; toda vez que toda vez que el proceso no debe ser irrestrictamente riguroso, pero tampoco tan

flexible como para variarse la pretensión de las partes, sin su intención, ni consentimiento.

6. En cuanto a la parte considerativa y resolutive del Noveno Pleno Casatorio, en este se ha establecido como precedente obligatorio cumplimiento que, en cualquier proceso cognitivo, los jueces advirtiendo la existencia de alguna de las causales de Nulidad del Acto Jurídico establecidas en el Artículo 219 del Código Civil, tienen no solo la facultad, sino la obligación de pronunciarse sobre la misma, previo traslado y posibilidad de contradictorio entre las partes.

La discusión tratada en la presente investigación no corresponde a determinar si en un proceso de otorgamiento de escritura pública puede o no resolverse la nulidad manifiesta de un acto jurídico; sino que, responde a la apertura de la posibilidad de que con posterioridad, se desarrolle el criterio de que en todo proceso civil se pueda aplicar la interpretación “flexible” del referido principio, a fin de variar la pretensión introducida por los accionantes por otra distinta a la de nulidad del acto jurídico.

Ello toda vez que, lo establecido en los precedentes del IX Pleno Casatorio Civil, no solo compromete una posibilidad de declaración de oficio de nulidad (artículo 220° del código civil) – y respecto a la cual reconozco un trato especial y diferenciado entre los procesos –; sino que, con la variación sustancial realizada a la interpretación judicial del Iura Novit Curia evidenciada con la modificación gradual dada de la *ratio decidendi* del Primer Pleno Casatorio Civil contenida en su fundamento 39°, y a su vez, del precedente vinculante contenido en el punto 5.3 del Cuarto Pleno Casatorio Civil; permite, ya a nivel jurisprudencial, con la condición de precedente vinculante, que en un proceso civil (con todas las condiciones y características que estos poseen), se pueda variar la pretensión, a una no invocada por las partes, sino advertida “de oficio” por el propio juzgador; lo que se consagraría como la vulneración de la congruencia procesal discutida y la completa desvirtuación de la naturaleza del Iura Novit Curia vigente, que se desarrolló en el trabajo; al no considerarse los límites de la pretensión de las partes, y al aplicarse la interpretación dada por la corriente Flexibilizadora del proceso de forma irrestricta.

7. Si bien, no resulta propio del tema central de investigación, también se arribó a la conclusión de que en el IX Pleno Casatorio Civil, si bien el juzgador, pretende salvaguardar el derecho de defensa de los justiciables, a opinión personal, no lo realiza con todo el desarrollo que correspondería, dejando muchas cuestiones sin precisar que resultan también bastante cuestionables, referidas esencialmente a la declaración tácita de nulidad del acto jurídico en la sentencia (no procedencia de formalización de un acto jurídico que no cumple con todos los requisitos de validez); ante lo cual no establece la oportunidad de contradictorio, afectando el derecho de las partes, y más aún, propiciando el inicio de un nuevo proceso que tendrá como resultado resolutive, el ya esbozado en el anterior proceso señalado, a fin de no afectar la predictibilidad de los fallos jurisdiccionales y la contradicción entre los mismos.

Para la resolución de casos judiciales, el derecho de defensa no es el único derecho con el que cuentan los justiciables, siendo también integrantes del debido proceso, el de congruencia procesal, que limita la actuación judicial a los alcances del interés manifestado por las partes al iniciar el proceso (pretensión y contradicción), y que debe ser aplicado de manera integral con el derecho, y también principio de Iura Novit Curia,

sin que ello signifique el exceder las facultades como juzgador frente a la pretensión materia de Litis, especialmente, en cuanto a la pretensión derivada de los hechos introducidos por los mismos.

8. Por lo tanto, de lo señalado se concluye que no existe un conflicto real entre los referidos principios, sino solo un conflicto aparente, de interpretación, aplicación y conceptualización, por lo que no corresponden ser sometidos a las reglas o métodos otorgados por los doctrinarios para la ponderación y solución entre los conflictos de principios

Respecto a la naturaleza jurídica, los efectos y las limitaciones de cada uno de los referidos principios, se han visto determinadas por errores de interpretación y aplicación de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia del Poder Judicial del Perú, en lo desarrollado en la sentencia estudiada (Noveno Pleno Casatorio Civil).

Ello toda vez que con ello, conforme se indicó, no solo realizan lo propio en cuanto al proceso especial de la Nulidad de oficio del Acto Jurídico; sino al permitir, ya a nivel jurisprudencial, la variación de la pretensión en un proceso civil; lo que apertura la posibilidad que con base en ello, se desarrolle con posterioridad un criterio que permita hacer extensiva dicha aplicación “flexible” del Iura Novit Curia y su relación con la Congruencia Procesal, a otros procesos que contengan una pretensión distinta.

Para dicho conflicto aparente, corresponderá únicamente evaluarse el verdadero sentido y naturaleza del principio del Iura Novit Curia que se encuentra establecido en nuestro ordenamiento positivo, y evidenciar que este posee límites en cuanto a la pretensión de las partes y a la congruencia existente entre lo peticionado y lo resuelto.

## **VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

### **1. REFERENCIAS**

Alexy, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa S.A.

Alfaro Pinillos, R. (2014). Análisis comparativo del proceso civil y constitucional (Las "nuevas reglas procesales" sui generis del Código Procesal Constitucional"). *Revista del Instituto Jurídico de la Universidad San Martín de Porres*, 45. Obtenido de [http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/ANALISIS\\_COMPARATIVO\\_DEL\\_PROCESO\\_CIVIL\\_Y\\_CONSTITUCIONAL.pdf](http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/ANALISIS_COMPARATIVO_DEL_PROCESO_CIVIL_Y_CONSTITUCIONAL.pdf)

Alsina, H. (1956). *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal y Civil y Comercial* (Vol. I). Buenos Aires: Ediar S.A.

Alvarado Velloso, A. (1989). *Introducción al Estudio del Derecho Procesal* (Vol. III). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. Obtenido de <https://es.scribd.com/doc/141517526/Introduccion-Al-Estudio-Del-Derecho-Procesal-Tomo-i-Adolfo-Alvarado-Velloso>

- Alvarado Velloso, A. (1999). *El Garantismo Procesal. I Congreso nacional de Derecho Procesal Garantista* (págs. 4,5). Buenos Aires: Azul.
- Alvarado Velloso, A. (2010). *El garantismo procesal*. Rosario: Juris. Obtenido de <http://cporesolucionesjudiciales.blogspot.pe/2012/08/el-garantismo-procesal-alvarado-velloso.html>
- Alvarado Velloso, A. (2010). *La prueba judicial: reflexiones críticas sobre la confirmación procesal*. Rosario: Universidad del Rosario.
- Alvarado Velloso, A. (2013). *El proceso judicial*. Lima: San Marcos.
- Alvarado Velloso, A. (2014). *Acción procesal, pretensión y demanda, acumulación y eventualidad: el derecho de defensa en juicio del actor*. Lima: Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas.
- Alzamora Valdez, M. (1985). *Derecho Procesal Civi. Teoría General del Proceso*. (Octava ed.). Lima: EDDILI.
- Ariano Deho, E. (2003). Sobre el poder del juez de "declarar" de oficio la nulidad ex art. 220 C.C. *Problemas del Proceso Civil, Jurista Editores*, 135 y ss.
- Ariano Deho, E. (2011). *Hacia un Proceso Civil Flexible: Crítica a las Preclusiones Rígidas del Código Procesal Civil Peruano de 1993*. Lima: Tesis para optar por el grado de Magíster con mención en Derecho Procesal de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Artavia Barrantes, S. (2004). *Derecho Procesal Civil (Vol. III)*. San José: Dupas.
- Atienza, M. (2004). *Las Razones del Derecho*. Lima: Palestra Editores.
- Avendaño Leyton, I. (2016). El Principio de Congruencia y su regulación en el proceso civil actual y en el Proyecto de Ley del C.P.C. *Lex Web*. Obtenido de [https://lexweb.cl/el-principio-de-congruencia-su-regulacion-en-el-proceso-civil-actual-y-en-el-proyecto-de-ley-del-cpc/#\\_edn8](https://lexweb.cl/el-principio-de-congruencia-su-regulacion-en-el-proceso-civil-actual-y-en-el-proyecto-de-ley-del-cpc/#_edn8)
- Ayarragaray, C. (1962). *Lecciones de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Perrot.
- Bentolila, J. J. (1997). Iura Novit Curia: esa omnisciencia judicial. *Derecho Procesal Garantista*, 2.
- Bidart Campos, G. (2007). Rotulos, casilleros y categorías de cara al activismo judicial. *El Derecho*, 164.

- Bobbio, N. (1992). *Teoría general del Derecho* (Segunda ed.). (J. Guerrero R., Trad.) Santa Fe de Bogotá: TEMIS.
- Botto, H. (2007). *La Congruencia Procesal*. Editorial de Derecho.
- Cabanellas, G. (1989). *Diccionario Enciclopédico Jurídico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Heliastas.
- Calderón Sumarriva, A., & Picado Vargas, C. (2015). *Cómo Litigar: Técnica & Estrategia Procesal*. Lima: San Marcos E.I.R.L.
- Calvinho, G. (17 de Julio de 2010). *La regla iura novit curia en beneficio de los litigantes*. Obtenido de En Web del Estudio Petruzzo SC.
- Cárdenas Gracia, J. (2007). *La argumentación como Derecho*. Ciudad de México: Serie Doctrina Jurídica de la UNAM.
- Carnap, R. (1963). *Filosofía y Sintaxis Lógica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Carnelutti, F. (1944). *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Argentina: UTEHA.
- Carnelutti, F. (1982). *La Prueba Civil*. (G. P. Augenti, Ed., & N. Alcalá-Zamora y Castillo, Trad.) Buenos Aires: Depalma.
- Carpio, E. (2004). La Suplencia de la Queja Deficiente en el Amparo: Un Análisis Comparativo. En S. Y. Castañeda Otsu, *Derecho Procesal Constitucional* (Vol. Tomo II, págs. 717-720). Lima: Jurista Editores.
- Castillo Córdova, L. (2006). *Comentarios al Código Procesal Constitucional* (Segunda ed., Vol. I). Lima: Palestra.
- Chiovenda, G. (1925). *Principios de Derecho Procesal Civil*. (J. Casáis y Santaló, Trad.) Madrid: Reus. Recuperado el 16 de Enero de 2018, de <https://es.scribd.com/doc/97757461/Giussepe-Chiovenda-Principios-Del-Derecho-Procesal-Civil-Tomo-II>
- Cisneros Farias, G. (2003). *Diccionario de Frases y Aforismos Latinos*. México, México, México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Collazos, E. (07 de Febrero de 2014). *Calaméo*. Obtenido de [www.calameo.com](http://www.calameo.com): <http://es.calameo.com/read/003164076c795a79b1f2b>

- Columna Jurídica. (23 de Septiembre de 2018). *Columna Jurídica*. Obtenido de Columna Jurídica: <http://columnajuridica.blogspot.com/2013/06/el-principio-de-congruencia-procesal.html>
- Couture, E. J. (1958). *Fundamentos de derecho procesal civil* (Tercera ed.). Buenos Aires: Roque Depalma. Recuperado el 15 de Enero de 2018, de <https://www.upg.mx/wp-content/uploads/2015/10/LIBRO-42-Fundamentos-de-Derecho-Procesal-Civil.pdf>
- De los Santos, M. A. (2005). La flexibilización de la congruencia. *La Ley. Sup.Esp.Cuestiones Procesales Modernas*, 80.
- Devis Echandía, H. (1985). *Compendio de Derecho Procesal - Estudios de Derecho Procesal* (Vol. II). Bogotá: Temis.
- Devis Echandía, H. (1985). *Teoría General del Proceso* (Vol. II). Argentina: Universidad.
- Díaz, E. (2013). *Actividad del abogado en torno a la prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Díez Picazo, L., & Gullón, A. (1982). *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tomos.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel S.A.
- Dworkin, R. (2012). *EL IMPERIO DE LA JUSTICIA. De la teoría del derecho de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Barcelona: Gedisa S.A.
- Eto Cruz, G. (2011). *El Desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*. Lima: Adrus.
- Ezquiaga, F. J. (2000). *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*. Valladolid: Lex nova.
- Facultad de Derecho - Universidad de Chile. (14 de Agosto de 2009). *Facultad de Derecho - Universidad de Chile*. Obtenido de Garantismo procesal - Adolfo Alvarado Velloso: "El proceso es un método, no una meta": <http://www.derecho.uchile.cl/noticias/53526/adolfo-alvarado-veloso-el-proceso-es-un-metodo-no-una-meta>
- Fiz-Zamudio, H., & Ovalle Favela, J. (1991). *Derecho Procesal*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas N° 77 .
- Fontan Balestra, C. (1998). *Derecho Penal, Introducción y Parte General*. (A. p. Ledesma, Ed.) Buenos Aires: Abeledo – Perrot.



- García Amado, J. A. (8 de Marzo de 2010). *Dura lex - Robert Alexy sobre reglas y principios en el Derecho. Algunas críticas*. Obtenido de García Amado Blogspot: <https://garciamado.blogspot.com/search?q=car%C3%A1cter+prioritariamente+subj+etivo+de+la+decisi%C3%B3n+jur%C3%ADdica+>
- García Chávarri, M. A. (2012). La Transformación de un Proceso Constitucional en Otro. Anotaciones sobre la Figura Procesal Constitucional de la Reconversión.”. En J. M. Sosa Sacio, *Compendio de Instituciones Procesales creadas por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (pág. 43). Lima: Gaceta Jurídica.
- García Melgarejo, Flavia. (2006). *VII Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista*. Azul, Buenos Aires: Instituto Panamericano de Derecho Procesal.
- Goldschmidt, J. (1989). *Derecho procesal civil*. Paris: Adventure Litis.
- Graziano & Raulin. (5 de Mayo de 2019). *Examples of Studies Using Meta-Analysis*. Obtenido de Graziano & Raulin: [graziano-raulin.com](http://graziano-raulin.com)
- Guasp, J. (1943). *Juez y hechos en el proceso civil (Una crítica del derecho de disposiciones de las partes sobre el material de hecho del proceso)*. Barcelona: Bosch.
- Guastini, R. (2005). Problemas de interpretación. *Razonamiento Jurídico*. Lima: Programa de Formación de Aspirantes del VI Curso del PROFA.
- Guibourg, R. A. (2008). *Una concepción analítica del derecho*. Bogota: Temis.
- Habermas, J. (1989). “*Teorías de la verdad*”, *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. (M. Jiménez, Trad.) Madrid: Cátedra.
- Habermas, J. (1998). *Factibilidad y validez* (Primera ed.). Madrid, Madrid, España: Trotta.
- Herrera Oris, A. (1994). *El principio de la congruencia en el proceso civil panameño*. Panamá: Universidad de Panamá (Tesis).
- Hinostroza Minguez, A. (2012). *Derecho Procesal Civil I: Sujetos del Proceso*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Hurtado, M. (2015). La incongruencia en el proceso civil. *Blog PUCP*, 5-17. Obtenido de <http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2015/04/La-incongruencia-en-el-proceso-civil-HURTADO-REYES-M.-A.-.pdf>
- Instituto Pacífico. (28 de Abril de 2017). *Actualidad Civil*. Obtenido de Boletín Civil Semanal N° 135: <http://boletines.actualidadcivil.com.pe/resumen-de-la-jurisprudencia-civil-procesal-civil-y-registral/procesal-civil/por-el-principio-iura->

novit-curia-se-puede-adaptar-una-demanda-de-nulidad-de-acto-juridico-a-una-de-ineficacia-si-se-invocan-las-causales-

- Kelsen, H. (1953). *Théorie Pure du Droit. Introduction a la Science du Droit*. (Decimoctava: Agosto de 1982 ed.). (M. Nilve, Trad.) Neuchâtel: Baconière.
- Kelsen, H. (1979). *Die allgemeine Theorie der Normen*. (M. Losano, Ed., & M. Torre, Trad.) Torino: Einaudi.
- Liebman, E. T. (1953). *Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano*. Roma: Problemi del processo civile.
- Lizana, E. A. (Julio de 2010). Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo. *Revista de Derecho "Iuris"*, XXIII(1), 79-102.
- Lohmann, J. (2002). La nulidad manifiesta. Su declaración judicial de oficio. *Ius et Veritas, Revista de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*(24), 56-63.
- López-Muñiz Goñi, M. (1997). *Proceso y Derecho Procesal* (Tercera ed.). Madrid: Colex.
- Lorenzetti, R. L. (2005). *Teoría de la decisión judicial - Fundamentos de derecho*. Buenos Aires: Rubinzal.
- Mesía Ramírez, C. (2013). *Exégesis del Código Procesal Constitucional* (Cuarta ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Millar, R. W. (1995). *Los principios formativos del proceso civil*. Madrid.
- Monroy Cabra, M. (1974). *Principios de derecho procesal civil*. Bogota: Temis.
- Monroy Gálvez, J. (1987). *Temas de Proceso Civil*. Lima: Communitas.
- Monroy Gálvez, J. (1988). *Proceso civil en el Perú: origen y destino*. Lima: Comunidad: La formación del proceso civil.
- Monroy Gálvez, J. (1996). *Introducción al Proceso Civil* (Vol. Tomo I). (D. B. Monroy, Ed.) Santa Fe de Bogotá, Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Monroy Gálvez, J. (2003). Los Principios Procesales en el Código Procesal Civil de 1992. En J. Monroy Gálvez, *La Formación del Proceso Civil Peruano. Escritos reunidos* (págs. 280-282). Lima: Comunidad.
- Monroy Gálvez, J. (2004). *La función del juez en el derecho contemporáneo*. Lima: Communitas.

- Monroy Gálvez, J. (2007). *Teoría General del Proceso*. Lima: Palestra.
- Monroy Gálvez, J. (2009). *La reforma del proceso civil peruano - quince años después*. Lima: Communitas: Código Procesal Civil.
- Monroy Gálvez, J. (2010). *La Formación del Proceso Civil Peruano*. Lima: Communitas.
- Monroy Gálvez, J. (2017). *Teoría General del Proceso*. Lima: Communitas.
- Monroy Palacios, J. J. (2008). El Código Procesal Civil del Perú: Una Presentación. *Gaceta Jurídica*, 6-14.
- Montero Aroca, J., Colomer, G., Vilar, B., & Cuadrado, C. (2012). *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil* (Vigésima Segunda ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Morello, A. M. (1986). *La apelación y la casación. Aspectos comparativos en un tiempo de desplazamiento y ajustes*. Buenos Aires: La Ley.
- Murillo, J. (3 de Junio de 2014). La pretensión como límite del IURA NOVIT CURIA y su aplicación práctica. *IUS 360*.
- Nino, C. S. (1984). *Introducción al análisis del derecho* (Segunda ed.). Barcelona: Ariel S.A.
- Nino, C. S. (1992). *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Palacio, L. E. (2003). *Manual de Derecho Civil* (Décimo Séptima Edición ed.). Buenos Aires: Editorial Lexis Nexis Abeledo Perrot.
- Pasco Arauco, A. (Julio de 2016). IX Pleno Casatorio y otorgamiento de escritura pública. Mucho más que un análisis de validez y una posible rectificación “suprema”. *GACETA CIVIL & PROCESAL CIVIL*(37), 95-115. Obtenido de file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Comentario%20IX%20Pleno%20Casatorio\_stamped.pdf
- Perelman. (1988). *La lógica Jurídica y la nueva retórica*. (L. D. Picazo, Trad.) España: Civitas.
- Peyrano, J. W. (1978). *El Proceso Civil*. Buenos Aires: Astrea.
- Peyrano, J. W. (1992). *Derecho Procesal Civil de acuerdo al Código Procesal Civil Peruano*. Lima: Ediciones Jurídicas Lima-Perú.
- Peyrano, J. W. (2003). Eficiencia del sistema de justicia. *Revista peruana de derecho procesal*, 371-383.

- Pico Junoy, J. (1998). *La actividad probatoria del juez y sus límites*. Lima: Estudio Monroy y abogados.
- Poder Judicial de la federación; Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. (2014). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y convencional*. (E. Ferrer Mac-Gregor, F. Martínez Ramírez, & G. Figueroa Mejía, Edits.) México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Prieto Sanchís, L. (1998). *Ley, Principios, Derechos*. Madrid: Dykinson, Universidad Carlos III.
- Racimo, F. M. (2015). EL ACTIVISMO JUDICIAL. SUS ORÍGENES Y SU RECEPCIÓN EN LA DOCTRINA NACIONAL. *AdHoc*.
- Ramírez Jiménez, N. (2018). *El Acceso a la Corte Suprema en el Proyecto de Reforma del CPC*. Lima: IUS 360 - Estudio Muñoz, Ramírez, Pérez Taimán & Olaya Abogados.
- Recursos de Autoayuda. (4 de Mayo de 2019). *¿Qué es el método analítico? Características, reglas, clasificación y demás*". Obtenido de Recursos de Autoayuda: <https://www.recursosdeautoayuda.com/metodo-analitico/>
- Reynaldi, R. C. (18 de Febrero de 2017). Derogación por consenso: nuevas formas de inaplicación normativa. A propósito de la condena del absuelto. *Legis.pe*. Recuperado el 05 de Marzo de 2017, de <http://legis.pe/derogacion-consenso-nuevas-formas-inaplicacion-normativa-proposito-la-condena-del-absuelto/>
- Ross, D. (2003). *The Right and the Good*. Oxford: Published to Oxford.
- Rubio Correa, M. (2008). *El Título Preliminar del Código Civil* (Décima ed.). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado el 18 de Enero de 2018, de <https://andrescusi.files.wordpress.com/2017/05/el-titulo-preliminar-del-codigo-civil-marcial-rubio.pdf>
- Rubio Correa, M. (2009). *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. (Décima ed.). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado el 20 de Enero de 2018, de <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/webma/EL%20SISTEMA%20JUR%20C3%20%8DDICO%20Introduci%20al%20Derecho%20-%20Marcial%20Rubio%20Correa.pdf>
- Ruiz Limón, R. (2006). *Historia y evolución del pensamiento científico*. Mexico: Euler Ruiz.

- Sagastegui Urteaga, P. (2003). *Exégesis y Sistemática del Código Procesal Civil*. Lima: Grijley.
- Sesma Iturralde, V. (2004). *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión Judicial*. Valencia : Juris Legis.
- Ticona Postigo, V. (1998). *Análisis y Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: San Marcos.
- Ticona Postigo, V. (1999). *El Debido Proceso y la Demanda Civil* (Vol. I). Lima: Rodhas.
- Vescovi, E. (1999). *Teoría General del Proceso*. Bogota: Temis.
- Vidal Riveroll, C. (1994). Conflicto Aparente de Normas. En S. C. México, *Diccionario Jurídico Mexicano de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México* (pág. 38). México D.C.: Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Recuperado el 14 de Marzo de 2018, de <http://mexico.leyderecho.org/conflicto-aparente-de-normas/#Bibliografia>
- Zagrebelsky, G. (1999). *El Derecho Dúctil*. Madrid: Trotta.
- Zavaleta Revilla, L. M. (2013). Criterios para la conversión de un proceso constitucional de libertad en otro. *Gaceta Procesal Constitucional*(15), 18.

## 2. MARCO NORMATIVO

Artículo 138° de la Constitución Política del Perú de 1993: “*La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior*”.

Art. VII del Título Preliminar del Código Civil: “*Los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda*”. Código Civil, Edición Noviembre del 2018. Jurista Editores E.I.R.L.

Art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil: “*El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes*”. Código Procesal Civil, Edición Noviembre del 2018. Jurista Editores E.I.R.L.

Artículo 122° del Código Procesal Civil: “*Las resoluciones contienen: 1. La indicación del lugar y fecha en que se expiden; 2. El número de orden que les corresponde dentro del expediente o del cuaderno en que se expiden; 3. La mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho con la cita de*

*la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado; 4. La expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos. Si el Juez denegase una petición por falta de algún requisito o por una cita errónea de la norma aplicable a su criterio, deberá en forma expresa indicar el requisito faltante y la norma correspondiente; 5. El plazo para su cumplimiento, si fuera el caso; 6. La condena en costas y costos y, si procediera, de multas; o la exoneración de su pago; y, 7. La suscripción del Juez y del Auxiliar jurisdiccional respectivo. La resolución que no cumpliera con los requisitos antes señalados será nula, salvo los decretos que no requerirán de los signados en los incisos 3., 5. y 6., y los autos del expresado en el inciso 6. La sentencia exigirá en su redacción la separación de sus partes expositiva, considerativa y resolutive. En primera y segunda instancias, así como en la Corte Suprema, los autos llevan media firma y las sentencias firma completa del Juez o Jueces, si es órgano colegiado. Cuando los órganos jurisdiccionales colegiados expidan autos, sólo será necesaria la conformidad y firma del número de miembros que hagan mayoría relativa. Los decretos son expedidos por los Auxiliares jurisdiccionales respectivos y serán suscritos con su firma completa, salvo aquellos que se expidan por el Juez dentro de las audiencias.” Código Procesal Civil, Edición Noviembre del 2018. Jurista Editores E.I.R.L.*

## **VII. ANEXOS:**

1. Sentencia del IX Pleno Casatorio Civil contenido en la Casación N° 4442-2015-Moquegua.

Miércoles 18 de enero de 2017



PODER JUDICIAL

Corte Suprema de Justicia de la República  
IX Pleno Casatorio Civil

**Sentencia del Pleno Casatorio  
Casación N° 4442-2015-Moquegua**

**JURISPRUDENCIA**

**SEPARATA ESPECIAL**

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
DE LA REPÚBLICA**

**IX PLENO CASATORIO CIVIL**

**CASACIÓN N° 4442-2015 MOQUEGUA**

**Demandantes** : Mejía García, Liliana Amanda  
Barrios Carpio, Jubert Alberto

**Demandados** : Reátegui Marín, Rosa Estrella  
Collantes Arimuya, Ángel Gabriel

**Materia** : Otorgamiento de escritura pública

**Vía procedimental** : Proceso sumarísimo

**Sumario:**

- I. Resumen del proceso
- II. Justificación del Pleno Casatorio y delimitación de la cuestión jurídica a dilucidar
- III. Las opiniones de los *amicus curiae*
- IV. Planteamiento del problema
  - IV.1. El contrato y sus efectos
  - IV.2. El principio de la libertad de forma
  - IV.3. Las formas *ad solemnitatem* y *ad probationem*
  - IV.4. La naturaleza del proceso de otorgamiento de escritura pública
  - IV.5. El proceso de calificación del acto jurídico
  - IV.6. Control de validez del acto que se pretende elevar a escritura pública
    - IV.6.1. Declaración de oficio de la invalidez del acto que se pretende elevar a escritura pública
    - IV.6.2. Declaración de oficio de la invalidez y principios del proceso
  - IV.7. Casos específicos sobre otorgamiento de escritura pública
    - IV.7.1. El contrato de compraventa
    - IV.7.2. El contrato de donación y el contrato de anticresis
  - IV.8. Control de eficacia del acto que se pretende elevar a escritura pública
    - IV.8.1. La condición suspensiva, el plazo suspensivo y el otorgamiento de escritura pública
    - IV.8.2. La excepción de incumplimiento y el otorgamiento de escritura pública
    - IV.8.3. La resolución del contrato y el otorgamiento de escritura pública
- V. Análisis del caso
- VI. Decisión

**SENTENCIA DICTADA POR EL PLENO CASATORIO  
CIVIL REALIZADO POR LAS SALAS CIVILES  
PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE  
SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

En la ciudad de Lima, Perú, a los 09 días del mes de agosto de 2016, los señores Jueces Supremos, reunidos en sesión de Pleno Casatorio, han expedido la siguiente sentencia, conforme a lo establecido en el artículo 400 del Código Procesal Civil. Vista que fue la causa en Audiencia Pública del Pleno Casatorio de fecha 08 de junio de 2016, oídas que fueron las exposiciones de los señores abogados invitados en calidad de *amicus curiae* (Amigos del Tribunal), discutida y deliberada que fue la causa, siendo la magistrada ponente la señora Jueza Suprema **Janet Tello Gilardi**, de los actuados resulta:

**I. Resumen del proceso**

1. Mediante escrito corriente de fojas 32 a 42, los demandantes, Jubert Alberto Barrios Carpio y su cónyuge Liliana Amanda Mejía García, interponen demanda de otorgamiento de escritura pública contra Ángel Gabriel Collantes Arimuya y su cónyuge Rosa Estrella Reátegui Marín, peticionando, como **pretensión principal**: que se ordene a los demandados Ángel Gabriel Collantes Arimuya y Rosa Estrella Reátegui Marín, cumplan con otorgar la escritura pública del contrato de compraventa del inmueble ubicado en el PROMUVI II – SIGLO XXI – Manzana “H”, Lote 10 – Pampa Inalámbrica, del Distrito y Provincia de Ilo, celebrado el 26 de agosto del 2008; como **primera pretensión accesoría**: que se ordene la inscripción de la transferencia a favor de los demandantes en la Partida N° PO8014826 del Registro de Propiedad Inmueble de los Registros Públicos de Ilo; y como **segunda pretensión accesoría**: que se ordene el pago de costas y costos del proceso. Los demandantes argumentan en su demanda lo siguiente:

1.1. Los demandados fueron propietarios del lote de terreno urbano N° 10 –Manzana “H” – PROMUVI II – SIGLO XXI –Pampa Inalámbrica – Distrito y Provincia de Ilo, y mediante contrato de compraventa contenido en el documento privado del 26 de agosto del 2008, lo transfirieron a favor de los demandantes.

1.2. Agrega que los demandados, en el año 2005, se fueron a radicar al Callao y dejaron el lote de terreno de su propiedad al cuidado de una tercera persona. Luego, los demandados manifestaron su voluntad de vender el lote de terreno de Ilo, indicando que habían adquirido un lote de terreno en el Callao por lo que necesitaban con urgencia el dinero para pagar esta última adquisición. Es así que demandantes y demandados se pusieron de acuerdo en el precio del lote de terreno y acordaron que estos últimos arribarían a la ciudad de Ilo para la suscripción del contrato correspondiente.

1.3. Con fecha 25 de agosto del 2008 arriba a la ciudad de Ilo el demandado Ángel Gabriel Collantes Arimuya, quien manifestó que por motivos de salud su esposa no pudo viajar, sin embargo, podían celebrar el contrato de compraventa en documento privado con el compromiso de que en los días posteriores se formalizaría la transferencia mediante escritura pública, situación que fue ratificada, vía telefónica, por la señora Rosa Estrella Reátegui Marín quien además indicó que su esposo estaba autorizado para recibir el precio pactado.

1.4. Con fecha 26 de agosto del 2008 se celebró el contrato en documento privado, el mismo que fue suscrito por el demandado Ángel Gabriel Collantes Arimuya y por la demandante Liliana Amanda Mejía García, entregándosele ese mismo día, a aquél, el precio convenido: US\$5,000.00 Dólares Americanos. El inmueble fue desocupado por la persona que lo estaba custodiando y los demandantes entraron en





posesión del mismo desde fines de agosto del 2008, conservándola hasta la fecha.

**1.5.** En el contrato de compraventa los demandantes se comprometieron a pagar la deuda que tenían los demandados con el Banco de Materiales y ENACE, así como, el impuesto predial y los arbitrios municipales, siendo que los demandantes ya han cancelado la deuda con el Banco de Materiales; sin embargo, los demandados se han desentendido de su obligación de otorgar la escritura pública que formalice el contrato de compraventa.

**1.6.** Invocan como fundamento de derecho de su demanda los artículos 140, 141, 949, 1412, 1529 y 1549 del Código Civil.

**2.** Por resolución número uno corriente a fojas 44 se admitió a trámite la demanda en la vía del proceso sumarísimo, corriéndosele traslado a los demandados por el término de ley, bajo apercibimiento de declararse rebeldes.

**3.** Por resolución número dos de fojas 54 se declaró la rebeldía de los demandados Ángel Gabriel Collantes Arimuya y Rosa Estrella Reátegui Marín, y se señaló fecha para la audiencia única.

**4.** En la Audiencia única cuya acta corre de fojas 66 a 68, se declaró saneado el proceso; se fijó como punto controvertido: "Determinar si el contrato de compraventa celebrado entre las partes obliga a los demandados a otorgar escritura pública"; y se califican los medios probatorios.

**5.** A fojas 83, se emite la sentencia de primera instancia contenida en la resolución número ocho, de fecha treinta de diciembre de dos mil catorce, que declara improcedente la demanda. Los principales argumentos fueron los siguientes:

**5.1.** En la partida registral del inmueble materia de venta aparecen como titulares el señor Ángel Gabriel Collantes Arimuya y la señora Rosa Estrella Reátegui Marín, ambos en condición de casados, por lo que el bien le pertenece a la sociedad conyugal; mientras que en el contrato que se pretende formalizar únicamente ha intervenido como parte vendedora el señor Ángel Gabriel Collantes Arimuya y como parte compradora la señora Liliana Amanda Mejía García, no mencionándose en ningún momento a la cónyuge del primero de los mencionados.

**5.2.** Los demandantes no han acreditado que al momento de la celebración del contrato de compraventa, el cónyuge demandado haya actuado con poder especial para actuar en representación de la otra cónyuge, evidenciándose la falta de manifestación de voluntad de ésta, y mucho menos han acreditado la existencia de documento posterior de confirmación del contrato de compraventa, para validar la exigencia del otorgamiento de la escritura pública.

**5.3.** Si bien en un proceso de otorgamiento de escritura pública no se discute la validez o eficacia del contrato que se pretende formalizar, sino únicamente el fiel cumplimiento de las formalidades requeridas para dicho otorgamiento, debe tenerse en cuenta que tratándose de la enajenación de un bien social, la forma prescrita por la ley es la intervención de ambos cónyuges, y, en el caso de autos, en el contrato que se pretende formalizar solo ha intervenido uno de los cónyuges, por lo que se ha incurrido en evidente causal de nulidad del contrato por infracción de los incisos 1 y 6 del artículo 219 del Código Civil, falta de manifestación de voluntad del agente (la cónyuge que no intervino) y falta de la forma prescrita por la ley (la intervención de ambos cónyuges), deviniendo en improcedente la demanda.

**6.** Por escrito de fojas 199, Elsa Flores Pally, actuando en representación de la codemandada Rosa Estrella Reátegui Marín, se apersona a la segunda instancia e informa sobre la existencia de un proceso de nulidad del contrato que ahora se pretende formalizar, proceso seguido por la antes mencionada contra su cónyuge Ángel Gabriel Collantes Arimuya y la señora Liliana Amanda Mejía García (demandante en el presente proceso), ante

el Juzgado Mixto de Ilo, adjuntando a su escrito copia de la demanda de nulidad de acto jurídico y de un escrito de apersonamiento y formulación de excepciones presentado por Liliana Amanda Mejía García.

**7.** A fojas 208, se emite la sentencia de vista contenida en la resolución número veinte, de fecha dos de octubre de dos mil quince, que confirma la sentencia apelada que declara improcedente la demanda. Los principales argumentos fueron los siguientes:

**7.1.** En el contrato que se pretende formalizar participaron Ángel Gabriel Collantes Arimuya, como vendedor, y Liliana Amanda Mejía García, como compradora, y no así la cónyuge del vendedor, doña Rosa Estrella Reátegui Marín, quien debió participar en el contrato para consolidar la manifestación de voluntad de la sociedad conyugal.

**7.2.** No resulta admisible que la manifestación de voluntad de Rosa Estrella Reátegui Marín sea tácita o implícita, a la luz de la actitud asumida para la celebración de sus actos jurídicos.

**7.3.** No existe prueba que acredite que doña Rosa Estrella Reátegui Marín haya expresado su voluntad de enajenar el bien, siendo que los indicios de no vivir o reclamar el bien no conducen a concluir que ésta transfirió el bien.

**7.4.** De acuerdo con el artículo 315 del Código Civil para disponer de bienes que pertenecen a la sociedad conyugal se requiere de la intervención de ambos cónyuges, es más si uno de los cónyuges actúa en representación del otro, requiere poder especial. Por lo tanto, al no haberse acreditado la transferencia de la propiedad de la sociedad conyugal, no cabe amparar la pretensión de otorgamiento de escritura pública.

**8.** Contra la sentencia de vista, la codemandante, Liliana Amanda Mejía García, interpone recurso de casación, que corre de fojas 222 a 227; sustenta su recurso en los siguientes argumentos:

**8.1.** La recurrente en su recurso de casación denuncia: **(i)** infracción normativa del artículo 141 del Código Civil concordante con el artículo 1352 del Código Civil, en tanto los contratos se perfeccionan con el solo consentimiento, y la manifestación de voluntad puede ser tácita, que es lo que se habría producido respecto de la señora Rosa Estrella Reátegui Marín ya que ésta por vía telefónica comunicó que por razones de enfermedad no podía viajar del Callao a Ilo para la firma del contrato de compraventa y lo haría su esposo Ángel Gabriel Collantes Arimuya, quien, en efecto, el 26 de agosto del 2008, celebró el contrato. Luego, han sido los propios demandados los que entregaron el inmueble y retiraron sus bienes muebles para trasladarlos al Callao, no habiendo solicitado la restitución del inmueble en ningún momento; **(ii)** indebida aplicación e interpretación del artículo 315 del Código Civil, pues se habría realizado una interpretación literal de la precitada norma, sin tener en cuenta lo establecido en el artículo 141 del Código Civil, ya que la demandada Rosa Estrella Reátegui Marín sí ha manifestado su voluntad de vender el inmueble, de manera tácita.

**9.** Por auto calificadorio del recurso de casación, obrante de fojas 26 a 29, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República desestimó las denuncias formuladas por la recurrente, en tanto pretenden lograr un reexamen fáctico y/o probatorio lo cual no resulta viable en sede de casación, al no constituir una tercera instancia; sin embargo, al amparo del artículo 392-A del Código Procesal Civil, concedió excepcionalmente el recurso de casación por la causal de infracción normativa de los artículos 1549 y 1412 del Código Civil.

**10.** Mediante auto de fecha dieciocho de mayo de dos mil dieciséis, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República resolvió convocar a los integrantes de las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República para el

Pleno Casatorio que se realizará el día 08 de junio del año en curso, a horas 10:00 a.m., en la Sala de Juramentos, ubicada en el segundo piso del Palacio Nacional de Justicia.

## II. Justificación del Pleno Casatorio y delimitación de la cuestión jurídica a dilucidar

1. La presente sentencia del Pleno Casatorio tiene como objeto dilucidar si en un proceso (sumarísimo) de otorgamiento de escritura pública es posible o no realizar un control de validez del negocio jurídico que se pretende formalizar, pues se ha advertido que a nivel jurisprudencial se pueden encontrar pronunciamientos contradictorios, señalándose, en algunas oportunidades, que dicho control sí es posible y, en otras, que no lo es. Así, en la resolución de convocatoria expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, con fecha dieciocho de mayo de dos mil dieciséis, se señaló que: *“se ha advertido que, de forma continua y reiterada, los diversos órganos jurisdiccionales del país, incluidas las salas civiles y la de derecho constitucional y social de este Supremo Tribunal, en los procesos que versan sobre otorgamiento de escritura pública, los están resolviendo con criterios distintos y hasta contradictorios, pues en algunos casos señalan que en este tipo de procesos no se pueden discutir los elementos de validez del acto jurídico y en otros establecen que a pesar de que en este tipo de casos sólo se exija la determinación de la obligación de otorgar la mencionada escritura ello no exime al juzgador de su deber de analizar y verificar en forma detallada los presupuestos necesarios para la formación del acto jurídico, tal como se evidencia del análisis de las Casaciones números: 104-2013, 146-2013, 1656-2010, 1765-2013, 2745-2010, 4396-2009, 1267-2011, 1553-2011, 1188-2009, 4612-2011, 13648-2013, entre otras, en las que no se verifica que existan criterios de interpretación uniforme ni consenso respecto al conflicto antes mencionado”*.

2. La jurisprudencia nacional se ha ocupado del tema en cuestión –esto es, si dentro de un proceso (sumarísimo) de otorgamiento de escritura pública se puede o no realizar un control de validez del negocio jurídico que se pretende formalizar- aunque –como se ha dicho- arribando a soluciones contradictorias. Así, por un lado, encontramos, por ejemplo, la Casación Nº 2952-2003-Lima que señala que: *“En el proceso de otorgamiento de escritura pública solamente se busca revestir de determinada formalidad el acto jurídico, no discutiéndose en esta vía los requisitos para su validez, de allí que se sustancia en la vía sumarísima. El hecho de que en un proceso judicial se pretenda el otorgamiento de una escritura pública no impide que en otro proceso se pretenda declarar la invalidez del acto jurídico contenido en dicho instrumento, pues entre ambas pretensiones no existe identidad de petitorios, lo que ha de sustanciarse en vía de conocimiento”*. De donde se tiene que se acoge el criterio según el cual en un proceso de otorgamiento de escritura pública no se puede analizar la validez del negocio jurídico que se pretende formalizar, criterio –por cierto, mayoritario, a nivel jurisprudencial- que se sustenta en las siguientes razones: **(i)** en el proceso de otorgamiento de escritura pública solamente se busca revestir de determinada formalidad el negocio jurídico; **(ii)** en el proceso de otorgamiento de escritura pública no puede discutirse la validez del negocio jurídico que se pretende formalizar pues la vía procedimental en la que se tramita (sumarísima) no lo permite; **(iii)** la invalidez del negocio jurídico que se pretende formalizar debe discutirse en otro proceso; **(iv)** el proceso en el que se discute la invalidez del negocio jurídico que se pretende formalizar debe tramitarse en la vía de conocimiento. Y, por otro lado, encontramos, por ejemplo, la Casación Nº 2406-2014-Ayacucho en la que, luego de invocarse la línea jurisprudencial clásica de acuerdo con la cual en los procesos sumarísimos no se discute la validez del negocio jurídico [véase: considerando segundo], se precisó que: *“[...] Sin embargo, que ello sea así no significa que el juez deba formalizar todo documento que se le presenta; por el contrario, también en este*

*caso le corresponde verificar que el acto jurídico que se pretende formalizar tenga visos de verosimilitud, pues sería absurdo solicitar que se cumpla con una formalidad que manifiestamente no se condice con la realidad y que además podría generar una situación de favorecimiento a la parte que lo pide, por ejemplo, en orden de prelación de acreencias o, incluso, antes o con la inscripción registral, la posibilidad de realizar transferencias con mala fe que parezcan protegidas por la fe del registro. Quinto: Por tanto, corresponde al juez, en los casos de demanda de otorgamiento de escritura pública, hacer un examen en grado de probabilidad –somero y exterior para no invadir esfera que no es materia de pronunciamiento- de la existencia del presupuesto básico para lograr la formalidad, esto es, un contrato. Dicho análisis le advertirá la presencia de los requisitos del acto jurídico y los propios del contrato que se pretende formalizar. No cabría, por ejemplo, formalizar una compraventa cuando no aparece en la minuta respectiva qué bien se transfiere (porque el artículo 1529 del Código Civil exige para la compraventa la presencia de bien y precio) u otorgar una Escritura Pública cuando el acto jurídico es solemnisimo (porque entonces sería la judicatura la que diera origen al acto jurídico que no tiene validez manifiesta por incumplimiento de la formalidad requerida, bajo sanción de nulidad”*. De donde se tiene que se acoge el criterio según el cual en un proceso de otorgamiento de escritura pública sí es posible analizar la validez del negocio jurídico que se pretende formalizar, criterio que se sustenta en las siguientes razones: **(i)** el hecho de que un proceso sumarísimo (como el de otorgamiento de escritura pública) no sea el espacio idóneo para discutir la validez del negocio jurídico no significa que el juez debe formalizar todo documento que se le presenta; **(ii)** el juez debe analizar que el negocio jurídico que se pretende formalizar exista y que concurren los elementos mínimos del contrato que se pretende formalizar; **(iii)** el análisis que se realizará no debe transgredir lo que ha de ser materia de pronunciamiento; **(iv)** sostener lo contrario, esto es, que no debe realizarse ningún tipo de control del negocio jurídico, podría llevar a formalizar un negocio jurídico que no se condice con la realidad y si éste es inscrito posibilita la realización de transferencias de mala fe que aparecerán protegidas por la fe del registro.

3. La contradicción resolutoria en torno al tema que se pretende dilucidar motivó que el mismo sea materia de debate en el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil llevado a cabo en la ciudad de Arequipa, los días 16 y 17 de octubre de 2015, en donde se planteó el problema en los siguientes términos: *“¿Es posible analizar la validez del acto jurídico en los procesos de otorgamiento de escritura pública?”*<sup>1</sup>, y se adoptó como conclusión plenaria, por mayoría, que: *“Sí es posible analizar la validez del acto jurídico en los procesos de otorgamiento de escritura pública, ya que el juzgador no puede dejar de advertir o merituar el documento que sirve de sustento de la pretensión, esto es, no puede ni debe dejar de verificar si el mismo adolece de un defecto evidente o de fácil comprobación que vicie el acto jurídico. No es posible jurídicamente disponer la formalización de un acto jurídico inválido”*<sup>2</sup>.

4. Por su parte, nuestra doctrina ha realizado importantes aportes en torno al ejercicio de la facultad que tiene

<sup>1</sup> Véase: <<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d35de5804a47b1dc9d0dfd7f091476ed/CONCLUSIONES.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d35de5804a47b1dc9d0dfd7f091476ed>> (Consulta: 15/07/16).

<sup>2</sup> Ibid.

el juez de apreciar -para algunos- o de declarar -para otros- de oficio la nulidad del negocio jurídico<sup>3</sup>, facultad que aparece contemplada en el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil, según el cual: “La nulidad [...] puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta”, tema que, definitivamente, guarda directa relación con el que motiva la presente, debiendo dilucidar, en las líneas sucesivas, el ámbito de alcance sustantivo (el juez puede apreciar o declarar cualquier nulidad o solo la nulidad manifiesta) y procesal (el juez puede ejercer esta facultad dentro de un proceso sumarísimo o sólo puede hacerlo dentro de procesos más latos) de aquella facultad, así como la forma en que ésta debe ser ejercida.

5. Corresponde dilucidar, también, si la calificación del negocio jurídico que se pretende formalizar debe extenderse o no al análisis de su exigibilidad o eficacia y, en caso de ser afirmativa la respuesta, se tendrán que dilucidar otras cuestiones específicas tales como: (i) si dentro de un proceso (sumarísimo) de otorgamiento de escritura pública debe o no atenderse a la presencia de alguna modalidad en el contrato que se pretende formalizar (condición suspensiva o plazo suspensivo); (ii) si dentro de un proceso (sumarísimo) de otorgamiento de escritura pública puede o no discutirse el ejercicio de una excepción de incumplimiento formulada por la parte demandada; (iii) si dentro de un proceso (sumarísimo) de otorgamiento de escritura pública puede o no discutirse la resolución del contrato que se pretende formalizar; etc.

6. El Pleno Casatorio encuentra justificación, además, en la necesidad de establecer lineamientos en torno a un específico problema social y económico como es el brindar mayor seguridad y certeza respecto de las titularidades que ostentan los sujetos de derecho, lo que, adicionalmente, coadyuva a facilitar la circulación de las mismas. En efecto, la elevación a escritura pública de un contrato no solo posibilita el acceso de la titularidad al Registro Público (artículo 2010 del Código Civil<sup>4</sup>), lo que –al menos en línea de principio- determina que el titular ostente un derecho inatacable (artículos 1135<sup>5</sup> y 2022 del Código Civil<sup>6</sup>) y que los terceros puedan conocer al titular del derecho, derecho en el que podrían estar interesados (artículos 2013<sup>7</sup> y 2014 del Código Civil<sup>8</sup>), facilitando así su circulación; sino que, además, aun la escritura pública misma –es decir, prescindiendo de su ingreso al Registro Público- reporta una mayor certeza respecto a la titularidad de un derecho (artículo 235 del Código Procesal Civil<sup>9</sup>), certeza que, incluso, podría ser determinante para definir la suerte de una serie de conflictos de intereses como, por ejemplo, aquél que subyace en la tercería de propiedad contra embargo (artículo 535 del Código Procesal Civil<sup>10</sup>), conflicto que -conforme a lo establecido en el Séptimo Pleno Casatorio Civil (Casación 3671-2014-Lima), de fecha 05 de noviembre de 2015- se resolverá a favor del tercerista siempre que ostente un documento de fecha cierta anterior a la inscripción del embargo. Ciertamente es que normalmente los procesos de otorgamiento de escritura pública están referidos a contratos de compraventa sobre bienes inmuebles inscritos, pero no se puede perder de vista que no solo tales contratos son susceptibles de acceder al Registro Público, sino que también lo son otros tipos de contratos como, por ejemplo, el contrato de hipoteca, el contrato de opción, el contrato de arrendamiento, el contrato de donación, el contrato de usufructo, el contrato de leasing, etc. Ahora, la necesidad de que se otorgue la escritura pública de un determinado contrato generalmente obedece a una falta de racionalidad de parte de quien adquiere, o a favor de quien se constituye, una titularidad, por no haber condicionado la culminación de su contraprestación al hecho de recibir el título que le permitirá acceder al Registro Público (esto es, la escritura pública), por lo que la finalidad de la parte demandante en los procesos de otorgamiento de escritura pública no es solo obtener la prueba de que celebró un contrato sino alcanzar el título inscribible<sup>11</sup>. Debe determinarse, entonces, si la consecución de tal fin puede o no ser controlada por el órgano jurisdiccional en un proceso (sumarísimo) de otorgamiento de escritura pública, de manera que no se formalicen contratos que presenten patologías manifiestas o, en general, que no guarden conformidad con la realidad y el Derecho, para lo cual debe tenerse en cuenta, además, que la elevación a escritura pública de un contrato concede

preferencia en el orden de prelación de las titularidades y posibilita la inscripción registral y, con ello, la posibilidad de que se realicen sucesivas transferencias de mala fe que parezcan protegidas por la fe pública registral. Debe determinarse si el referido control de legalidad del contrato

<sup>3</sup> ARIANO DEHO, Eugenia. *Sobre el poder del juez de 'declarar' de oficio la nulidad ex art. 220 CC*, En: *Problemas del Proceso Civil*, Jurista Editores, 2003, pp. 135 y ss.; LOHMANN LUCA DE TENA, Juan. *La nulidad manifiesta. Su declaración judicial de oficio*, En: *Ius et Veritas*, Revista de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Número 24, Lima, 2002, pp. 56-63; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El Acto Jurídico*, novena edición, 2013, pp. 540-541; TORRES VÁSQUEZ, Anibal. *Acto Jurídico*, Segunda edición, 2001, p. 701; MORALES HERVIAS, Rómulo. *La inconsistente 'declaración' de oficio de la nulidad del contrato en el Código Civil peruano de 1984*, En: *Actualidad Jurídica*, Número 219, febrero, 2012, pp. 13-23; ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Nulidad absoluta*, Comentario al artículo 220 del Código Civil, En: AA.VV. *Código Civil comentado*, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 932; LAMAMORE, Héctor Enrique. *La nulidad de oficio del acto o negocio jurídico manifiestamente nulo ¿debe subsistir?*, Disponible en: <<http://www.jusdem.org.pe/webhechos/N010/nulidad%20de%20oficio.htm>> (Consulta: 15/07/16);

TANTALEAN ODAR, Reynaldo Mario. *La declaración de nulidad manifiesta: ¿potestad o deber judicial? Una propuesta alternativa de la segunda parte del artículo 220 del Código Civil peruano*, En: *Actualidad Jurídica*, Número 174, Lima, 2008, pp. 49-54; JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. *La nulidad del acto jurídico declarada de oficio por el Juez*, Disponible en: <[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/AsesJuridica/JURIDICA.NSF/vf12web/B163FF1A3C1532EA05272FA006B7BD1/\\$FILE/La\\_nulidad\\_del\\_acto\\_juridico.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/AsesJuridica/JURIDICA.NSF/vf12web/B163FF1A3C1532EA05272FA006B7BD1/$FILE/La_nulidad_del_acto_juridico.pdf)> (Consulta: 15/07/16); RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson. *Ineficacia estructural del acto jurídico y la nulidad de oficio en el proceso civil*, En: *Gaceta Civil y Procesal Civil*, Número 33, marzo, Lima, 2016, pp. 13-18; ABANTO TORRES, Jaime David. *La nulidad de oficio declarada por el juez en el Código Civil de 1984*, En: *Actualidad Jurídica*, Número 219, febrero, pp. 25-34; NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort. *¿Cuándo es 'manifiesta' la nulidad del acto jurídico? (sobre la necesidad de una interpretación restrictiva del artículo 220 del Código Civil)*, En: *La invalidez y la ineficacia del negocio jurídico*. En la jurisprudencia de la Corte Suprema, Gaceta Jurídica, 2014, pp. 81-121; BERAÚN MAC LONG, Carlos. *Sobre la miopía del juez para declarar de oficio la nulidad manifiesta*, En: *Actualidad Jurídica*, Número 170, Lima, 2008, pp. 98-100.

<sup>4</sup> Artículo 2010 del Código Civil.- “La inscripción se hace en virtud de título que conste en instrumento público, salvo disposición contraria”.

<sup>5</sup> Artículo 1135 del Código Civil.- “Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua”.

<sup>6</sup> Artículo 2022 del Código Civil.- “Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone [...]”.

<sup>7</sup> Artículo 2013 del Código Civil.- “El contenido del asiento registral se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique por las instancias registrales o se declare su invalidez por el órgano judicial o arbitral mediante resolución o laudo firme [...]”.

<sup>8</sup> Artículo 2014 del Código Civil.- “El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro”.

<sup>9</sup> Artículo 235 del Código Procesal Civil.- “Es documento público: [...] 2. La escritura pública y demás documentos otorgados ante o por notario público, según la ley de la materia [...]”.

<sup>10</sup> Artículo 535 del Código Procesal Civil.- “La demanda de tercería no será admitida si no reúne los requisitos del Artículo 424 y, además, si el demandante no prueba su derecho con documento público o privado de fecha cierta, en su defecto, si no da garantía suficiente a criterio del Juez para responder por los daños y perjuicios que la tercería pudiera irrogar”.

<sup>11</sup> Cfr. ARATA SOLÍS, Moisés. *Control de legalidad en los procesos de otorgamiento de escritura pública*, En: *Actualidad Civil*, Volumen 24, Instituto Pacífico, junio, 2016, pp. 40-44.

que se pretende formalizar puede practicarse aun cuando la parte demandada se encuentre en situación de rebeldía o aun cuando la parte demandada no alegue la ilegalidad del contrato al contestar la demanda.

7. Con todo, el tema respecto del cual se plantearán determinados lineamientos, lejos de ser un tema sencillo es en realidad uno complejo, por las varias aristas que se presentan en su dilucidación, las cuales comprenden no solo temas de derecho sustantivo, sino también procesal, pues, se determinará, por ejemplo, si cabe o no un control de legalidad del contrato que se pretende formalizar; si el referido control debe limitarse a la validez del contrato o debe alcanzar, también, a la ineficacia del mismo; si dentro del control de validez podrá analizarse únicamente la nulidad manifiesta o también la nulidad no manifiesta y la anulabilidad; en qué consiste la nulidad manifiesta; qué supuestos podrían analizarse dentro de un eventual control de eficacia del contrato; en qué forma se debe actuar el poder que el artículo 220 del Código Civil le confiere al Juez; si la nulidad manifiesta debe ser analizada sólo en la parte considerativa de la sentencia o si, además, debe ser declarada en la parte resolutive; qué principios procesales se pueden ver comprometidos por una eventual declaración de nulidad del contrato a pesar de que ninguna de las partes la haya alegado; la incidencia que podrían tener los lineamientos que se establezcan en la presente sentencia, en algún otro Pleno Casatorio Civil en el que se haya abordado alguna cuestión relativa a la que nos convoca, etc.

8. Cabe señalar, desde ya, que tanto la solución que niega la posibilidad de realizar un control de validez y un control de eficacia del negocio jurídico que se pretende formalizar, como aquella que acepta tal posibilidad, cuentan con respaldo legal y jurisprudencial. En efecto, la solución que niega la posibilidad de efectuar los referidos controles, además de ser la postura mayoritaria a nivel jurisprudencial, encuentra sustento en una interpretación literal del artículo 1412 del Código Civil que supedita la formalización del contrato únicamente al mandato de ley o al convenio de las partes y al hecho de que la forma a la cual se va mutar no sea una forma solemne, mas no al análisis de los requisitos de validez del contrato, a diferencia, de lo que sucede, por ejemplo, con el artículo 1279 del Código Civil español que expresamente señala: “*Si la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez*” [el resaltado es nuestro]; asimismo, si bien los controles de validez y eficacia no se realizaban dentro del proceso mismo sobre otorgamiento de escritura pública, siempre quedaba abierta la posibilidad de que dichos controles sean requeridos, por la parte interesada, vía de acción y en procesos más latos. De igual forma la solución que acepta la posibilidad de realizar los controles en cuestión, también cuenta con respaldo normativo y jurisprudencial como se verá en las líneas sucesivas.

### III. Las opiniones de los *amicus curiae*

1. La intervención de los *amicus curiae*, profesores Juan Espinoza Espinoza, Eugenia Ariano Deho, Moisés Arata Solís, Martín Mejorada Chauca, Hugo Forno Flórez y Nelson Ramírez Jiménez, ha sido sintetizada por el último de los mencionados, en una reseña cuyos términos son compartidos por este Supremo Tribunal y expuestos a continuación:

“1.1. Juan Espinoza Espinoza, sostuvo que desde un punto de vista sustantivo, debe considerarse que el art. 220 del C.C. permite que se declare una nulidad incluso de oficio. Por consiguiente el Juez debe evaluar la validez del acto, sin que sea óbice que el proceso de otorgamiento sea en la vía sumarísima. No cabe una mera revisión formal del acto discutido.

1.2. Eugenia Ariano Deho, consideró que el problema es la vía procedimental, pues mientras el otorgamiento de escritura se ventila en la vía sumarísima, en el que no cabe reconvencción, la nulidad del acto jurídico debe ser discutida en una vía más amplia. Considera que hay que diferenciar “cognición sumaria” de vía sumaria. Debe tenerse en cuenta que el sumarísimo

es tan plenario como un proceso de conocimiento amplio. Por tanto, nada impide que se discuta a su interior sobre la validez del acto. Si un registrador tiene la competencia para evaluar la validez del acto que pretende inscribirse, a mayor razón puede hacerlo un juez.

1.3. Moisés Arata Solís, considera que el problema se circunscribe a los contratos de compra venta inmobiliaria. La formalización del documento (minuta) suele hacerse de manera muy mecánica. La línea jurisprudencial que acoge esta tendencia formalista debe superarse, pues es necesario que se fiscalice la validez del acto que pretende formalizarse con la finalidad de inscribirse en los registros. Deben reconocerse los casos de nulidad manifiesta y los casos de inexigibilidad de la obligación demandada. Propuso que se siga el criterio adoptado en el Cuarto Pleno Casatorio que versó sobre la posesión precaria.

1.4. Martín Mejorada Chauca, coincidió también en que sí debe analizarse la validez. Exigir el otorgamiento de escritura supone el ejercicio de un derecho, cuya fuente es el contrato. Por ende, el juez tiene que verificar si esa fuente justifica la tutela solicitada. Sin embargo, el juez se debe limitar a analizar esa validez, pero no puede declararla. Coincidió también con el planteamiento hecho en el IV Pleno Casatorio, que tiene por base la urgencia de tutela. El examen que haga el juez debe incluso ser más profundo, pues debe analizar la exigibilidad y no detenerse en la sola validez o invalidez. Por ejemplo, si el contrato siendo válido ha dejado de tener eficacia, como es el caso en que se haya producido la resolución del contrato. El juez debe tener algunos criterios para llevar a cabo esta revisión, y la sentencia del pleno debe cuidar de fijarlos.

1.5. Hugo Forno Florez, se expresó también a favor de la discusión de la validez al interior del proceso sumarísimo, debiendo extenderse a temas de inexigibilidad y no meramente de invalidez. Las formas no siempre funcionan como meras formas, sino que a veces se convierten en requisitos, exigencias, para acceder al fortalecimiento de los derechos. Es el caso del concurso de acreedores que privilegia los derechos de aquel que los tiene formalizados en escritura pública. La vía procedimental no puede impedir esa discusión. No hay otro tipo de argumentos que impida hacerlo<sup>12</sup>.

1.6. Finalmente, Nelson Ramírez -quien también se adhiere a la tesis de que no hay impedimento para que, dentro de un proceso sumarísimo, se discuta la validez del acto que se pretende formalizar- sintetiza su intervención en los siguientes términos: “Debe considerarse la especial naturaleza del contrato con prestaciones recíprocas, en el que la relación obligacional es de ‘doy para que des’, ergo, una prestación tiene por causa a la otra. En tal sentido, si uno de los obligados no cumple, el otro está legitimado para no cumplir la suya. Esa constatación inicial nos lleva a considerar los alcances de la excepción de contrato no cumplido, que equivocadamente viene siendo tratada como una excepción procesal, cuando su naturaleza es exclusivamente sustancial y por tanto, no debe exigirse que se proponga de manera expresa y sólo en determinado momento procesal, pues es una defensa de fondo por la que se busca mantener el equilibrio en el cumplimiento de las prestaciones recíprocas. Por ende, si la cuestión opuesta es la invalidez o inexigibilidad de la fuente contractual, los jueces deben activar esos mecanismos de protección del equilibrio negocial, sin que lo impida la vía procedimental. Por otro lado, debe preservarse el efecto registral, pues el sistema de justicia no debe permitir que acceda a la inscripción un acto jurídico que sea nulo o ineficaz, bajo el purito

<sup>12</sup> RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson. *Crónica del IX Pleno Casatorio: Validez del acto jurídico y la escritura pública*, En: *Jurídica. Suplemento de análisis legal de El Peruano*, de fecha martes 14 de junio de 2016, pp. 2-3.

de que la vía procedimental no permite su discusión al interior del mismo<sup>13</sup>.

2. En consecuencia, tenemos que todos los *amicus curiae* coincidieron en que la vía procedimental en la que se tramita el proceso de otorgamiento de escritura pública no releva al Juez de realizar un control de validez respecto del negocio jurídico que se pretende formalizar, es más, algunos de ellos, específicamente, los profesores Martín Mejorada, Moisés Arata, Hugo Forno y Nelson Ramírez, sostuvieron que el análisis no debe restringirse a la validez/ invalidez del negocio jurídico sino que debía extenderse a la exigibilidad del negocio jurídico o al análisis de sus efectos.

#### IV. Planteamiento del problema

##### IV.1. El contrato y sus efectos

1. El término contrato es uno polisémico en tanto no presenta un único significado sino más bien varias acepciones. El contrato puede ser entendido como supuesto de hecho, como relación jurídica, como texto o como reglamento. Así, por ejemplo, cuando se hace referencia a la firma o celebración de un contrato, se entiende a éste como supuesto de hecho, es decir, como un acto o hecho concreto, al que la ley califica como un acuerdo logrado entre dos o más partes. Cuando se hace referencia a la resolución de un contrato se entiende a éste como relación jurídica que vincula a las situaciones jurídicas subjetivas de las que son titulares las partes. Cuando se hace referencia a la claridad o falta de claridad del contrato, se entiende a éste como texto, vale decir, como un conjunto de cláusulas o estipulaciones. Y cuando se hace referencia al compromiso que se deriva del contrato, se entiende a éste como reglamento, es decir, como el conjunto de reglas que las partes se han impuesto así mismas y que deberán observar para la satisfacción de sus respectivos intereses<sup>14</sup>. En este momento, nos interesa abordar, brevemente, el estudio del contrato como acto o supuesto de hecho.

2. El contrato es una manifestación específica (y concreta) de la categoría general (y abstracta): negocio jurídico. "El contrato entra en la categoría más amplia del acto de autonomía privada o negocio jurídico, o sea del acto mediante el cual el sujeto dispone de la propia esfera jurídica"<sup>15</sup>.

3. El Código Civil, en su artículo 1351, nos da una definición del contrato, de la cual podemos extraer sus rasgos característicos: "el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial". Los rasgos característicos son: (i) la presencia de un acuerdo, entendido éste no como la coincidencia de voluntades (internas) sino como la coincidencia de declaraciones de voluntad<sup>16</sup>: oferta y aceptación; (ii) la presencia de dos o más partes, entendidas éstas no como personas sino como centros de intereses<sup>17</sup>; y (iii) la presencia de una finalidad consistente en crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

4. El contrato, en tanto negocio jurídico, es un instrumento de ejercicio de la autonomía privada, es decir, un instrumento por medio del cual las partes establecerán las reglas que permitirán la satisfacción de sus intereses, pero hay que precisar que el único género de relaciones sobre las cuales el contrato incide (constituyéndolas, regulándolas, extinguiéndolas), es el de las relaciones jurídicas patrimoniales<sup>18</sup>.

5. Ahora bien, los efectos que puede generar un contrato no se circunscriben a la relación obligatoria -es decir, aquella relación jurídica que vincula dos situaciones jurídicas a saber: un derecho de crédito y un deber jurídico específico, y que podría ser descrita como la relación que "coordina un deber de ejecutar una conducta (prestación) por parte del deudor, para la realización de un interés de otro sujeto (acreedor) y el derecho de éste de pretender dicha actuación"<sup>19</sup>- ciertamente éste es el efecto más común que emerge de la celebración de un contrato pero no es el único que éste puede generar. Piénsese, por ejemplo, en el contrato de opción, en la promesa del hecho ajeno, en la cesión de posición contractual, en la cesión de derechos, en el contrato de compraventa inmobiliaria, etc., en donde para la satisfacción del interés de una de

las partes no se precisa de una conducta (prestación) que deba realizar la otra. Así, en el contrato de opción (artículo 1419 del Código Civil<sup>20</sup>), para la celebración del contrato definitivo, el concedente no deberá realizar ninguna conducta, sino que aquélla (la celebración del contrato definitivo) más bien dependerá del comportamiento del optante, la relación jurídica que se genera aquí es una que vincula un derecho potestativo y un estado de sujeción. En la promesa del hecho ajeno (artículo 1470 del Código Civil<sup>21</sup>), la satisfacción del interés del promitente, tampoco dependerá de un comportamiento que deba realizar el promisorio, sino de que este último asuma el riesgo de la falta de verificación del hecho ajeno, efecto (la asunción del riesgo) que se produce en forma automática con la celebración del referido contrato, la relación que se genera aquí, como efecto principal, no es una relación obligatoria sino una relación de garantía<sup>22</sup>. En el contrato de cesión de posición contractual (artículo 1435 del Código Civil<sup>23</sup>) y en el contrato de cesión de derechos (artículo 1206 del Código Civil<sup>24</sup>), el efecto principal no se traduce en una obligación a cargo del cedente, sino en la transferencia de todas las situaciones jurídicas subjetivas que integran una de las posiciones contractuales (para el caso de la cesión de posición contractual) o en la transferencia del derecho de crédito (para el caso de la cesión de derechos). En el contrato de compraventa inmobiliaria (artículo 949 del Código Civil<sup>25</sup>), la transferencia de la propiedad no dependerá de una conducta que deba realizar el vendedor, sino que aquélla se producirá con el mero consentimiento legítimamente manifestado, de donde se tiene que el contrato genera también efectos reales<sup>26</sup>.

<sup>13</sup> Íd., p. 3.

<sup>14</sup> Cfr. ROPPO, Vincenzo. *El contrato*, Traducción de Nélvor CARRETEROS TORRES, Traducción a cura de Eugenia ARIANO DEHO, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 43.

<sup>15</sup> BIANCA, Massimo. *Derecho Civil. 3. El contrato*, Traducción de Fernando HINESTROSA y Edgar CORTÉS, Primera edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 24.

<sup>16</sup> FERRI, Luigi. *Lecciones sobre el contrato. Curso de Derecho Civil*, Traducción efectuada por Nélvor CARRETEROS TORRES, Presentación, notas y edición al cuidado de Rómulo Morales Hervías y Leysser L. León, Primera edición, Editorial Grifley, Lima, 2004, pp. 4-6.

<sup>17</sup> DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*, Primera Parte - Tomo I, Volumen XI, En: *Para leer el Código Civil*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 1998, pp. 74-80.

<sup>18</sup> ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., p. 30.

<sup>19</sup> FORNO FLOREZ, Hugo. *Acerca de la noción de contrato*, En: *Gaceta Jurídica*, Lima, 2000, Tomo 78-B, p. 20.

<sup>20</sup> Artículo 1419 del Código Civil: "Por el contrato de opción, una de las partes queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no".

<sup>21</sup> Artículo 1470 del Código Civil.- "Se puede prometer la obligación o el hecho de un tercero, con cargo de que el promitente quede obligado a indemnizar al otro contratante si el tercero no asume la obligación o no cumple el hecho prometido, respectivamente".

<sup>22</sup> FORNO FLOREZ, Hugo. *Precisiones conceptuales en torno a la promesa de hecho ajeno*, En: *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del profesor: Lizardo Taboada Córdova*, Editorial Grifley, 2004, principalmente, p. 538 y 539.

<sup>23</sup> Artículo 1435 del Código Civil.- "En los contratos con prestaciones no ejecutadas total o parcialmente, cualquiera de las partes puede ceder a un tercero su posición contractual.

Se requiere que la otra parte preste su conformidad antes, simultáneamente o después del acuerdo de cesión.

Si la conformidad del cedido hubiera sido prestada previamente al acuerdo entre cedente y cesionario, el contrato sólo tendrá efectos desde que dicho acuerdo haya sido comunicado al cedido por escrito de fecha cierta".

<sup>24</sup> Artículo 1206 del Código Civil.- "La cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente trasmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto.

La cesión puede hacerse aun sin el asentimiento del deudor".

<sup>25</sup> Artículo 949 del Código Civil.- "La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario".

<sup>26</sup> Sobre el contrato y sus diversos efectos: Cfr. FORNO FLOREZ, Hugo. Ob. cit., pp. 20-25.

6. Conviene detenernos, brevemente, en este último caso –pues los procesos de otorgamiento de escritura pública versan normalmente sobre contratos de compraventa de inmuebles<sup>27</sup>– para precisar que si bien el contrato de compraventa inmobiliaria genera un efecto real en lo que concierne a la transferencia de la propiedad (artículo 949 del Código Civil), no es menos cierto que, también, genera una serie de efectos obligacionales, tales como: la obligación de pagar el precio (artículo 1558 del Código Civil<sup>28</sup>), la obligación de entregar el bien (artículo 1550 del Código Civil<sup>29</sup>), la obligación de entregar los documentos y títulos relativos a la propiedad del bien (artículo 1551 del Código Civil<sup>30</sup>), la obligación de formalizar el contrato (artículo 1549 del Código Civil<sup>31</sup>), etc.

7. De lo expuesto podemos concluir, entonces, que el contrato no solo genera relaciones obligatorias, sino que, también, puede generar otro tipo de efectos jurídicos.

## IV.2. El principio de la libertad de forma

8. El contrato (en general, el negocio jurídico) no es un fenómeno psíquico sino un fenómeno social, un hecho social y, como tal, precisa de señales externas que hagan reconocible el acuerdo. El acuerdo tiene siempre necesidad de un medio a través del cual pueda exteriorizarse. Ese medio es lo que se conoce como la forma del contrato. Podemos entender a la forma como el modo en que se presenta el contrato frente a los demás en la vida de relación, su figura exterior<sup>32</sup>. “En la vida de relación un acto no es reconocible a los otros sino a través de su forma. Precisamente por esto, la voluntad, mientras queda en puro fenómeno psíquico y no se traduce en actos, está privada de trascendencia social y jurídica”<sup>33</sup>.

9. La forma es, entonces, “la técnica de comunicación social con la cual se manifiesta la voluntad”<sup>34</sup>. Así, contrato y forma son datos inescindibles: Todo contrato tiene una forma, porque si no la tuviera no existiría el acuerdo que es necesario para que exista contrato<sup>35</sup>. Esta situación de consustancialidad ha sido descrita en los siguientes términos: “No es posible hablar de un contrato privado de forma, del mismo modo que no es posible hablar de persona natural si está privada de un cuerpo”<sup>36</sup>.

10. Las principales formas del contrato son la escritura pública, la escritura privada, la forma oral y el comportamiento concluyente<sup>37</sup>.

11. En el derecho moderno rige el principio de la libertad de forma en mérito del cual las partes son libres de elegir la forma (la técnica comunicativa) por medio de la cual manifestarán su voluntad contractual. La vigencia de este principio obedece a exigencias de propiciar la mayor cantidad y celeridad en la circulación de las titularidades, exigencias propias de un mercado capitalista. En tal sentido, se ha dicho que: “La afirmación del principio de libertad de forma está determinada, en suma, por una precisa visión del mundo: la ideología liberal que ha acompañado las vicisitudes económicas de las sociedades capitalistas del siglo pasado y que quiere que la contratación se muestre libre, estable y copiosa”<sup>38</sup>.

12. En nuestro sistema jurídico el principio de libertad de forma aparece recogido en el artículo 143 del Código Civil según el cual: “Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente”. El mensaje es claro: Ante el silencio de la ley, las partes tienen plena libertad de escoger cualquier técnica de comunicación para exteriorizar su voluntad contractual. Podemos concluir, entonces, que la regla es la libertad de forma y que aquellas normas que imponen la observación de una determinada forma deben recibir el trato de normas excepcionales por lo que no podrán, por ejemplo, ser aplicadas vía analogía<sup>39</sup> (ex artículo IV del Título Preliminar del Código Civil<sup>40</sup>).

13. En atención a lo expuesto conviene superar la clásica clasificación de los negocios en “formales” y “no formales”, pues pareciera denotar la existencia de negocios sin forma y, ya está visto, que un negocio no puede prescindir de una forma, por lo que parece mejor hacer referencia a negocios con forma vinculada y negocios con forma libre<sup>41</sup>. Nos encontraremos frente a una forma vinculada cuando ésta es exigida por ley (artículo 144 del Código Civil<sup>42</sup>) o por las partes en ejercicio de su autonomía privada (artículo 1411 del Código Civil<sup>43</sup>).

## IV.3. Las formas *ad solemnitatem* y *ad probationem*.-

14. La forma vinculada puede ser de dos clases:

- a. **La forma solemne (o forma *ad solemnitatem*).**- Es aquella que constituye un elemento de validez del negocio jurídico, de manera que la celebración de este último sin observar la forma en cuestión conllevará su invalidez, específicamente, su nulidad, tal como lo establece el inciso 6 del artículo 219 del Código Civil que a la letra dice: “El acto jurídico es nulo: [...] 6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad”. Respecto de la forma solemne se ha dicho que “cuando la ley prescribe una determinada forma (forma legal) o las partes eligen una de común acuerdo (forma convencional), esa se convierte en elemento esencial del negocio: si el negocio no es concluido en la forma prescrita, es nulo por falta de uno de sus elementos esenciales”<sup>44</sup>; entonces, la forma solemne puede tener su fuente en la ley (forma solemne legal) o en el convenio de las partes (forma solemne convencional). En la forma solemne legal, la ley, de manera expresa, sancionará con nulidad la inobservancia de la forma (artículo 144 del Código Civil), tal es el caso, por ejemplo, del artículo 1871 del Código Civil: “La fianza debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad”, lo propio sucede, entre otros, con los artículos 1304, 107, 1625, 1925, 1092 del Código Civil. Pero las propias partes

<sup>27</sup> ARATA SOLIS, Moisés. Ob. cit., p. 39.

<sup>28</sup> Artículo 1558 del Código Civil.- “El comprador está obligado a pagar el precio en el momento, de la manera y en el lugar pactados. A falta de convenio y salvo usos diversos, debe ser pagado al contado en el momento y lugar de la entrega del bien. Si el pago no puede hacerse en el lugar de la entrega del bien, se hará en el domicilio del comprador”.

<sup>29</sup> Artículo 1550 del Código Civil.- “El bien debe ser entregado en el estado en que se encuentre en el momento de celebrarse el contrato, incluyendo sus accesorios”.

<sup>30</sup> Artículo 1551 del Código Civil.- “El vendedor debe entregar los documentos y títulos relativos a la propiedad o al uso del bien vendido, salvo pacto distinto”.

<sup>31</sup> Artículo 1549 del Código Civil.- “Es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien”.

<sup>32</sup> Cfr. BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*, Traducción y concordancias con el derecho español por A. MARTÍN PÉREZ, Editorial Comares, Granada, 2000, p. 110.

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., p. 217.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> GUTIERREZ CAMACHO, Walter. *La forma como requisito de validez*, Comentario al artículo 1411 del Código Civil, En: AA.VV. *Código Civil comentado*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 430.

<sup>37</sup> BIANCA, Massimo. *El contrato*, ob. cit., p. 293.

<sup>38</sup> LEYVA SAAVEDRA, José. *Forma y formalismo contractual*, En: *Revista del Foro*, Colegio de Abogados de Lima Sur, marzo, 2013, p. 48.

<sup>39</sup> Cfr. BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Humberto; BUSNELLI, Francesco; NATOLI, Ugo. *Derecho Civil. Hechos y actos jurídicos*, Tomo I, Volumen II, Traducción de Fernando HINESTROSA, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 793.

<sup>40</sup> Artículo IV del Título Preliminar del Código Civil.- “La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía”.

<sup>41</sup> Así: BETTI, Emilio. Ob. cit., p. 110; ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., p. 219; TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*, Terza edizione, Giuffrè, Milano, 1977, p. 242; GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*, VII edizione aggiornata, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, p. 859.

<sup>42</sup> Artículo 144 del Código Civil.- “Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto”.

<sup>43</sup> Artículo 1411 del Código Civil.- “Se presume que la forma que las partes convienen adoptar anticipadamente y por escrito es requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad”.

<sup>44</sup> ALPA, Guido. *El contrato en general*, Pacifico Editores, Lima, 2015, p. 132.

pueden convenir, previamente, que el negocio jurídico que celebrarán deberá observar una determinada forma, probatoria o solemne, en este último caso -tal y como sucede con la forma solemne legal- la inobservancia de la solemnidad origina la nulidad del negocio; cabe precisar, además, que ante el silencio de las partes respecto a la calificación de la forma se presumirá (presunción *juris tantum*) que se ha convenido una forma solemne (artículo 1411 del Código Civil).

Teniendo en cuenta lo dicho en relación a la forma solemne legal y a la forma solemne convencional, podemos afirmar que “los sujetos solamente pueden introducir requisitos de forma en los actos jurídicos que según el ordenamiento jurídico son libres de formalidades o bien pueden establecer formalidades más severas que las previstas en la ley, siempre que no contravengan normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres. En cambio, los otorgantes del acto jurídico no pueden dejar sin efecto una solemnidad impuesta por la ley bajo sanción de nulidad, pero sí pueden dejar sin efecto una solemnidad impuesta por ellos”<sup>45</sup>.

- b. La forma probatoria (o forma ad probationem).**- Es aquella que sirve para acreditar la existencia y el contenido del negocio jurídico. Tradicionalmente se le ha atribuido a la observancia de esta clase de forma, la utilidad de constituir el medio probatorio idóneo para probar la existencia y el contenido del negocio; de hecho, algunos artículos explicitan esta (aparente) utilidad, tal es el caso del artículo 1605 del Código Civil que señala: “*La existencia y contenido del suministro pueden probarse por cualesquiera de los medios que permite la ley, pero si se hubiera celebrado por escrito, el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios*”; sin embargo, con la entrada en vigencia del Código Procesal Civil dicha utilidad ha venido a menos<sup>46</sup>, ya que en el artículo 197 del citado cuerpo normativo se ha establecido que: “*Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada [...]*”. Por lo tanto, actualmente, a los efectos de acreditar la existencia y el contenido del negocio jurídico, la forma probatoria constituye solo un medio de prueba más como cualquier otro.

#### IV.4. La naturaleza del proceso de otorgamiento de escritura pública.-

15. Por medio del proceso de otorgamiento de escritura pública se petitiona mutar la forma de un negocio jurídico, de escritura privada a escritura pública, porque así lo determina o permite la ley o porque así lo han acordado las partes y, en ambos casos, siempre que la forma a la que se pretende mutar no constituya una forma solemne, así lo establece el artículo 1412 del Código Civil en su primer párrafo, el referido dispositivo establece, además, en su segundo párrafo, que esta pretensión se sustanciará como proceso sumarísimo. Pues bien, como se ha visto en el planteamiento del problema, es esta última característica del proceso de otorgamiento de escritura pública la que se invoca a fin de descartar cualquier posibilidad de control de validez del negocio jurídico que se pretende formalizar, por lo que resulta necesario realizar algunas precisiones en torno a la naturaleza del proceso sumarísimo.

16. Los procesos según su función pueden ser de tres tipos: proceso declarativo, proceso de ejecución y proceso cautelar<sup>47</sup>. El primero de los mencionados, esto es, el proceso declarativo es aquél que “tiene como presupuesto material la constatación de una inseguridad o incertidumbre en relación a la existencia de un derecho material en un sujeto, situación que ha devenido en un conflicto con otro, quien concibe que el derecho referido no acoge el interés del primer sujeto, sino el suyo”<sup>48</sup>.

17. A su vez, dentro del proceso declarativo debemos distinguir entre lo que es un proceso ordinario y lo que es un proceso especial. Un proceso ordinario es aquél en el que “los órganos jurisdiccionales pueden

conocer objetos de toda clase, habiéndose establecido con carácter general”<sup>49</sup>. Los procesos ordinarios son aquellos que la ley establece “para que sirvan de cauce a la tutela jurisdiccional de la generalidad de las acciones. La inmensa mayoría de las acciones que se pueden afirmar en un proceso civil son juzgadas con arreglo a unas mismas normas procesales, con independencia de cuáles sean las peculiaridades de las normas jurídicas sustantivas en que se funden”<sup>50</sup>. En los procesos ordinarios “los órganos jurisdiccionales pueden conocer objetos de toda clase sin limitación alguna, habiéndose establecido con carácter general”<sup>51</sup>, entre los tipos de procesos ordinarios “las diferencias son de tramitación, pero están previstos para que por ellos se conozcan todo tipo de objetos, distinguiéndose principalmente por la cuantía del asunto”<sup>52</sup>. Un proceso ordinario es aquél en el que se ventilará cualquier pretensión a la que la ley no le haya impuesto una tramitación especial. Nuestro Código Procesal Civil ha previsto tres procedimientos para sustanciar los procesos declarativos, y los ha denominado proceso de conocimiento, proceso abreviado y proceso sumarísimo, los tres son, en potencia, procesos ordinarios<sup>53</sup>. Por otro lado, un proceso especial será aquél previsto para ventilar una determinada controversia y que, además, cuenta con algunas reglas aplicables en forma exclusiva<sup>54</sup>. Los procesos especiales, entonces, son aquellos a los que la ley le ha asignado una tramitación especial. En efecto, los procesos especiales son “aquellos que el legislador ha establecido para que sirvan de cauce a la tutela jurisdiccional de ciertas materias. En principio, la previsión legal de procesos especiales se justifica en que el legislador advierte que el enjuiciamiento de dichas materias a través de los procesos ordinarios no sería adecuado porque las mismas exigen peculiaridades en su tratamiento jurisdiccional, es decir, están necesitadas de una *tutela jurisdiccional diferenciada*. Las peculiaridades, singularidades o especialidades reclamadas por esas materias pueden ser de muy variado tipo. Así, el legislador puede establecer normas especiales en instituciones tan distintas como la postulación y defensa, la legitimación, la intervención procesal, la acumulación de acciones y procesos, la carga de la prueba, las diligencias preliminares, y un largo etcétera. Hay casos en que, además, el legislador establece un entero procedimiento distinto del propio de los procesos ordinarios. Pues bien, cuando las especialidades de una materia son procedimentales estamos en presencia, en sentido estricto, de un proceso declarativo especial. Cuando las especialidades de una materia no son procedimentales, sino de otro orden, y el procedimiento a seguir es uno de los ordinarios [...] estamos en presencia de especialidades de los procesos declarativos ordinarios”<sup>55</sup>. En nuestro

<sup>45</sup> TORRES VÁSQUEZ, Anibal. *Teoría General del Contrato*, Tomo I, Primera edición, Pacifico Editores, Lima, p. 568.

<sup>46</sup> Conforme: ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Causales de nulidad absoluta*, Comentario al artículo 219 del Código Civil, En: AA.VV. *Código Civil comentado*, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 923.

<sup>47</sup> MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*, Tomo I, Temis, Bogotá, 1996, p. 136.

<sup>48</sup> *Id.*, p. 137.

<sup>49</sup> MONTERO AROCA, Juan; FLORS MATÍES, José. *Tratado del juicio verbal*, Segunda edición, Editorial Navarra, Aranzadi, 2004, p. 143, citados por: ARIANO, DEHO, Eugenia. *El ‘sumarísimo’ proceso de otorgamiento de escritura pública*, En: *Actualidad Civil*, Volumen 24, Instituto Pacifico, junio, 2016, p. 33.

<sup>50</sup> DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. *Especialidades de los procesos declarativos ordinarios*, En: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Segunda edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., p. 585.

<sup>51</sup> MONTERO AROCA, Juan. *Derecho jurisdiccional, I, Parte General*, Décima edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 305.

<sup>52</sup> *Id.*, p. 306.

<sup>53</sup> ARIANO DEHO, Eugenia. *El ‘sumarísimo’ proceso de otorgamiento de escritura pública*, ob. cit., p. 33.

<sup>54</sup> *Id.* p. 34.

<sup>55</sup> DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. Ob. cit., p. 586-587.

ordenamiento procesal son procesos especiales, por ejemplo, los procesos de divorcio, tercería de propiedad, prescripción adquisitiva, alimentos, interdicción, etc.

18. Desde otra perspectiva, específicamente, en relación al grado de cognición del juez, debemos distinguir entre un proceso plenario y un proceso sumario. Son procesos plenarios aquellos en donde las partes no encontrarán restricción en torno a las alegaciones que podrían formular y a los medios probatorios que podrían aportar, lo que conlleva a que la cognición del juez sobre la controversia sea plena o completa<sup>56</sup>. Sobre los procesos plenarios o de conocimiento, se ha señalado que: “La intervención del juez en un proceso de conocimiento es más o menos amplia, depende de la naturaleza del conflicto de intereses y de la opción del legislador de conceder más o menos posibilidades de actuación al juez y a las partes, sea en lo que se refiere a facultades o a plazos. Precisamente esta variación determina la existencia de distintas clases de procesos de conocimiento. A los más amplios se les suele denominar *plenos o de conocimiento propiamente dichos*, los intermedios —en donde la capacidad y tiempo se ha reducido— reciben el nombre de *plenarios rápidos o abreviados*, y finalmente aquellos cuya discusión se reduce a la prueba de uno o dos hechos específicos reciben el nombre de *plenarios rapidísimos o sumarísimos*”<sup>57</sup>. Y son procesos sumarios aquellos en donde, por ley, se han limitado las alegaciones que podrían formular las partes o los medios probatorios que éstas podrían aportar, lo que conlleva a que la cognición del juez sobre la controversia sea, también, limitada<sup>58</sup>, estos procesos se basan en un “conocimiento no definitivo o parcial o superficial”<sup>59</sup>. En forma precisa, Ignacio Diez-Picazo, explica que el significado técnico-jurídico de proceso sumario no es el de proceso rápido sino el de proceso con limitación de cognición y ausencia de cosa juzgada —el primero es solo un significado “vulgar”- y, en consecuencia, proceso sumario es lo contrario a proceso plenario: “En sentido amplio o vulgar, se dice que un proceso es sumario cuando está configurado por la ley para que sea un proceso rápido. Sumariedad es, en ese sentido, sinónimo de rapidez o celeridad. En sentido técnico-jurídico, en el Derecho procesal, la sumariedad —aunque comporta, como consecuencia, la rapidez de la tutela jurisdiccional—significa limitación de la cognición del tribunal y ausencia de cosa juzgada. Un proceso es sumario porque en él se limitan las alegaciones de las partes y, en ciertos casos, los medios de prueba utilizables. Lo contrario de un proceso sumario es un proceso plenario”<sup>60</sup>. Luego de explicar el significado y las principales características del proceso sumario, el citado autor precisa el objeto y las consecuencias de esta clase de proceso: “un proceso sumario tiene siempre un objeto limitado, es decir, no permite el enjuiciamiento de todos los aspectos de una relación jurídica. A través de un proceso sumario, lo que el legislador pretende es brindar al demandante, caso de que la demanda sea estimada, una tutela jurisdiccional provisional o interna (aunque, de hecho, la misma pueda ser indefinida). Dadas las limitaciones impuestas, la tutela jurisdiccional sumaria no puede ser definitiva. Por eso, la sentencia dictada en un proceso sumario no tiene fuerza de cosa juzgada material y no impide que se incoe un ulterior proceso declarativo plenario que tenga el mismo objeto. Dado que la tutela jurisdiccional sumaria es provisional, la ley procesal debe procurar que sea rápida”<sup>61</sup>. Con todo, dos son los rasgos fundamentales de los procesos sumarios: Primero, “la finalidad del proceso sumario es otorgar una tutela más rápida que la concedida en el proceso plenario; sin embargo, la rapidez o brevedad no es la esencia del proceso sumario, sino lo esencial será la limitación en la cognición”<sup>62</sup>. En efecto, cierto es que “la aceleración de los procesos ha sido el motivo del desarrollo de la sumarización, en otras palabras su razón de ser, pero este —es decir la rapidez en su tramitación— no es su esencia, al punto que podemos afirmar que no todo proceso de tramitación rápida es sumario, ya que procesos rápidos pueden también ser de cognición plenaria, pero si se puede afirmar que un proceso de cognición limitada es sumario”<sup>63</sup>. Y segundo, lo resuelto en el proceso sumario no tendrá el efecto de la cosa juzgada, lo que se explica precisamente por la cognición limitada de la controversia<sup>64</sup>. Por ello, “la sumariedad supone limitación y esta se refiere a las alegaciones de las partes, al objeto de la prueba y a la condición judicial, lo que lleva a que en el proceso

sumario no se plantee con plenitud el conflicto existente entre las partes, sino solo un aspecto concreto del mismo; en esas circunstancias es lógico que pueda existir un proceso plenario posterior en el que pueda plantearse la totalidad de litigio y en el que no podrá excepcionarse cosa juzgada”<sup>65</sup>. En nuestro ordenamiento procesal será un proceso sumario, por ejemplo, el proceso de desalojo por falta de pago, en tanto solo se admitirán como medios probatorios: el documento, la declaración de parte y la pericia (artículo 591 del Código Procesal Civil)<sup>66</sup>.

19. En consecuencia, son distintos los procesos plenarios y los procesos sumarios y, específicamente, son distintos los procesos plenarios rápidos y los procesos sumarios: “Los plenarios rápidos son aquellos procesos en los cuales se ha simplificado las formas, reduciendo los plazos pero sin que exista una restricción de la cognición, y lo que es más importante, lo resuelto en estos procesos generan cosa juzgada. En tanto que el proceso sumario o sumarizado —en oposición al de cognición plena o plenario— es aquel que se tramita en forma rápida y simple, cuya cognición se encuentra limitado legalmente, tanto en la posibilidad de alegación como de prueba, y cuya resolución definitiva —necesariamente—no tiene los efectos de cosa juzgada”<sup>67</sup>. Pues bien, el hecho de que un proceso sumarísimo como el de otorgamiento de escritura pública, presente plazos más cortos y una menor cantidad de actos procesales, no hace que devenga, necesariamente, en un proceso sumario. Proceso sumarísimo no es sinónimo de proceso sumario. Y nuestro proceso sumarísimo de otorgamiento de escritura pública no tiene legalmente impuestas limitaciones en torno a las alegaciones que podrían formular las partes o a los medios probatorios que podrían aportar en relación al fondo de la controversia, por lo que no es un proceso sumario, sino un proceso “plenario rápido”<sup>68</sup>, sin perjuicio de las restricciones impuestas por el artículo 559 del Código Procesal Civil<sup>69</sup> para todos los procesos sumarísimos.

20. Lo antes dicho constituye un importante argumento a favor de la posibilidad de realizar un control de validez del negocio jurídico que se pretende formalizar, aun cuando la causa se tramite en la vía del proceso sumarísimo.

#### IV.5. El proceso de calificación del negocio jurídico.-

21. El negocio jurídico ha de ser portador de intereses dignos de protección y las reglas que las partes se han impuesto a sí mismas como mecanismos para alcanzar

<sup>56</sup> ARIANO DEHO, Eugenia. *El ‘sumarísimo’ proceso de otorgamiento de escritura pública*, ob. cit., p. 34.

<sup>57</sup> MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*, ob. cit., p. 138.

<sup>58</sup> ARIANO DEHO, Eugenia. *El ‘sumarísimo’ proceso de otorgamiento de escritura pública*, ob. cit., p. 34.

<sup>59</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil. Serie Clásicos del Derecho Procesal Civil*, Volumen III, Traducción de E. Gómez Orbaneja, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2008, p. 21.

<sup>60</sup> DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. Ob. cit., p. 611.

<sup>61</sup> *Id.*, p. 612.

<sup>62</sup> CASASSA CASANOVA, Sergio Natalino. *El régimen de promoción del arrendamiento para vivienda y el (pseud) proceso único de ejecución de desalojo*, En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, Número 27, septiembre, 2015, p. 77.

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> *Id.*, p. 77-78.

<sup>65</sup> MONTERO AROCA, Juan. *Proceso (Civil y Penal) y garantía: El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*, Tiranti lo Blanch, Valencia, 2006, p. 344, citado por: CASASSA CASANOVA, Sergio Natalino. Ob. cit., p. 78.

<sup>66</sup> ARIANO DEHO, Eugenia. *El ‘sumarísimo’ proceso de otorgamiento de escritura pública*, ob. cit., p. 34.

<sup>67</sup> CASASSA CASANOVA, Sergio Natalino. Ob. cit., p. 76.

<sup>68</sup> Conforme: ARIANO DEHO, Eugenia. *El ‘sumarísimo’ proceso de otorgamiento de escritura pública*, ob. cit., p. 35.

<sup>69</sup> Artículo 559 del Código Procesal Civil. “En este proceso no son procedentes:

1. La reconvencción.

2. Los informes sobre los hechos”.



la satisfacción de aquellos intereses, han de guardar conformidad con las normas del ordenamiento jurídico. Es así que se habla de un proceso de calificación del negocio jurídico que permitirá concluir no sólo si éste se ha celebrado con arreglo a Derecho sino, además, si ha producido sus efectos y si estos conservan vigor o si por alguna circunstancia no resultan exigibles o han venido a menos. Esta calificación se realiza en tres niveles: relevancia/irrelevancia, validez/invalidez y eficacia/ineficacia.

**22.** En el primer nivel se practica el **juicio de relevancia**, aquí se verificará “la presencia de algunos datos mínimos idóneos para identificar típicamente el hecho y para permitir ‘su subsumción en el *nomen iuris*’<sup>70</sup>, lo que significa que si el hecho no presenta algunos datos mínimos que permitan la identificación de un determinado negocio jurídico (compraventa, donación, testamento, etc.), éste será jurídicamente inexistente. En esa misma línea se ha dicho que “es inexistente el contrato o el acto que no es identificable como tal, pues carece del mínimo esencial que permita hablar de un cierto evento como de contrato o de acto unilateral”<sup>71</sup>. Así, por ejemplo, no pasará el juicio de relevancia un contrato en donde no se pueda identificar un acuerdo o la presencia de más de una parte, en general, no pasarán este examen aquellos “comportamientos humanos que sean, como suele decirse, meros ‘simulacros’ de negocio, en cuanto desprovistos de los requisitos mínimos que permiten calificar *sub especie iuris* el hecho, así hayan ‘provocado en alguno de los interesados la impresión superficial de haber celebrado un negocio o de haber asistido a él’<sup>72</sup>.”

**23.** En el segundo nivel se practica el **juicio de validez**, en donde se verificará que los componentes del negocio jurídico (parte, objeto, causa, manifestación de voluntad y forma solemne) no contravengan las directrices del ordenamiento jurídico, este análisis “puede concluir en sentido afirmativo (el hecho es conforme a las opciones del sistema), o en sentido negativo (el hecho es valorado con disfavor por el ordenamiento)”<sup>73</sup>, si sucede lo primero el negocio será válido, si, por el contrario, sucede lo segundo, el negocio será inválido, es decir, nulo (artículo 219 del Código Civil) o anulable (artículo 221 del Código Civil).

**24.** Finalmente, en el tercer nivel se practica el **juicio de eficacia**, en donde se verificará si el negocio jurídico produce efectos jurídicos o no; en este nivel se debe considerar que un negocio válido, en principio, es idóneo para desencadenar sus efectos, pero no necesariamente será así, pues el negocio podría estar sujeto a un plazo o condición suspensiva, o dejar de producir sus efectos a consecuencia de eventos sobrevenidos (v.gr.: resolución del contrato), o dejar de producir algún efecto específico a consecuencia de no haberlo ejercitado oportunamente (v.gr.: prescripción extintiva). Asimismo, se debe considerar que un negocio inválido, en principio, no desencadenará sus efectos, pero no siempre será así, como sucede, por ejemplo, con el negocio anulable el cual produce efectos precarios que podrían tornarse en definitivos por convalidación o por prescripción extintiva de la acción de anulación<sup>74</sup>.

**25.** Conviene recordar que en el Quinto Pleno Casatorio Civil (Casación N° 3189-2012 - Lima Norte), de fecha 03 de enero de 2013, publicado el 09 de agosto de 2014, se ha señalado que la categoría de la inexistencia (o irrelevancia) no es de aplicación en nuestro sistema, aseveración que se sostiene sobre la base de las siguientes razones: “**160.** De esta manera el supuesto de la inexistencia, el cual implica la reacción del ordenamiento ante un supuesto de vicios sumamente grave, y que, conforme lo hemos precisado precedentemente, fue originalmente ideada respecto de supuestos normativos en donde no se establecía la nulidad del negocio, no es de aplicación entre nosotros, primero porque no se encuentra regulada en la normativa civil, y en segundo término porque en nuestro caso particular no existe ninguna laguna normativa; toda vez que es de aplicación, ante los supuestos que no señalan taxativamente la nulidad, la aplicación de la nulidad tácita o virtual”. Por lo tanto, los actos que no superen el juicio de relevancia, deberán ser sancionados con la forma más grave de invalidez que prevé nuestro sistema jurídico, esto es, la nulidad.

**26.** En las líneas sucesivas deberá determinarse, entonces, si los exámenes antes descritos pueden o no realizarse

dentro del proceso (sumarísimo) de otorgamiento de escritura pública.

#### IV.6. Control de validez del acto que se pretende elevar a escritura pública

##### IV.6.1. Declaración de oficio de la invalidez del acto que se pretende elevar a escritura pública.-

**27.** Si lo que se busca es determinar si dentro de un proceso de otorgamiento de escritura pública, el Juez puede o no realizar un control de validez del negocio jurídico que se pretende formalizar, se debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 220 del Código Civil, según el cual: “*La nulidad [...] puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta*”.

**28.** Lo primero que se advierte es que la norma hace referencia solo a una de las dos clases de invalidez: la nulidad, mas no a la anulabilidad. La nulidad es la forma más grave de invalidez que, de acuerdo con el artículo 219 del Código Civil, puede ser demandada cuando el negocio jurídico presenta las siguientes patologías: **a)** falta de manifestación de voluntad; **b)** incapacidad absoluta de la parte que lo celebró; **c)** objeto física o jurídicamente imposible o indeterminable; **d)** fin ilícito; **e)** simulación absoluta; **f)** ausencia de la forma solemne; **g)** declaración expresa de nulidad; **e)** contravención al orden público o a las buenas costumbres. La nulidad es un remedio que busca tutelar intereses generales, a diferencia de la anulabilidad que más bien busca tutelar intereses particulares<sup>75</sup>, de ahí que, por ejemplo, la nulidad no es susceptible de confirmación, mientras que la anulabilidad sí lo es. Pero estos no son los únicos rasgos que diferencian a ambas categorías, podemos mencionar, además, que: **(i)** el negocio nulo no produce efectos, mientras que el negocio anulable genera efectos precarios; **(ii)** el negocio nulo no precisa de una sentencia para no producir efectos (sentencia meramente declarativa), a diferencia de lo que sucede con el negocio anulable que dejará de producir sus efectos (precarios), en forma retroactiva hasta su celebración, una vez que quede firme la sentencia que declare la anulación (sentencia constitutiva) (artículo 222 del Código Civil); **(iii)** la nulidad puede ser peticionada por las partes que celebraron el negocio, por quien tenga algún interés o por el Ministerio Público (artículo 220 del Código Civil), en tanto que la anulabilidad solo puede ser peticionada por la parte que se considere afectada; **(iv)** la acción de nulidad prescribe a los 10 años (artículo 2001.1 del Código Civil) y la acción de anulabilidad prescribe a los 2 años (artículo 2001.4 del Código Civil); **(v)** el negocio nulo –ya está dicho– no puede ser convalidado, mientras que el negocio anulable sí puede serlo por medio de la confirmación (artículo 230 Código Civil); y, **(vi)** la nulidad puede ser apreciada de oficio por el juez (artículo 220 del Código Civil) mientras que la anulabilidad no.

**29.** La nulidad busca tutelar intereses generales, “valores fundamentales, colectivos e irrenunciables que un sistema jurídico preestablece (aunque sea implícitamente) y que podríamos calificar como trascendentes de la esfera individual [...] la nulidad está fuera del ámbito dispositivo de las partes, es de orden público”<sup>76</sup>, es esto lo que explica que el legislador haya previsto, en el precitado artículo 220

<sup>70</sup> BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Humberto; BUSNELLI, Francesco; NATOLI, Ugo. Ob. cit., p. 994.

<sup>71</sup> GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*, Traducción de Francisco BLASCO GASCÓ y Lorenzo PRATS ALBENTOSA, Editorial Tirant to Blanch, Valencia, 1992, p. 261.

<sup>72</sup> BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Humberto; BUSNELLI, Francesco; NATOLI, Ugo. Ob. cit., p. 1028.

<sup>73</sup> Íd., p. 995.

<sup>74</sup> Cfr. BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Humberto; BUSNELLI, Francesco; NATOLI, Ugo. Ob. cit., p. 996.

<sup>75</sup> BIANCA, Massimo. *El contrato*, ob. cit., p. 635.

<sup>76</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. Ob. cit., p. 58.

del Código Civil, la posibilidad de que el Juez aprecie de oficio la nulidad -es decir, aun cuando la parte demandada en el proceso judicial no la haya alegado- y funde en dicha apreciación su decisión. En efecto, al comprometer la nulidad, intereses generales, su declaración no solo puede ser instada por las partes que celebraron el negocio jurídico, sino también por cualquier tercero que tenga algún interés en ello y por el Ministerio Público y, además, el Juez puede apreciarla de oficio. En este mismo sentido se ha sostenido que "la nulidad puede ser declarada de oficio por el Juez, lo que se explica porque la nulidad es la sanción típica a que recurre el legislador para garantizar el respeto de la norma imperativa, en atención a un interés general"<sup>77</sup>.

**30.** La posibilidad de que el Juez pueda apreciar de oficio la nulidad, es decir, aun cuando la parte demandada en el proceso judicial no la haya alegado, ha sido pacíficamente admitida por los sistemas jurídicos más influyentes.

**31.** En el sistema alemán, en donde aunque su Código Civil no contemple un dispositivo que expresamente atribuya al Juez la facultad en cuestión, se considera que ésta es una consecuencia necesaria de la nulidad, tal y como lo señala Werner Flume: "La causa de nulidad provoca 'per se' que la reglamentación negocial del negocio jurídico nulo no valga. El juez tiene que tener en cuenta la nulidad si de la exposición de las partes resulta la existencia de una causa de nulidad, aunque el demandado no invoque la nulidad, es decir, no la haga valer. Si el demandado no está representado en el proceso, no se estimará la acción del demandante cuando de su exposición resulte que el negocio jurídico en el que apoya su demanda es nulo [...] La nulidad del negocio jurídico vale, por principio, a favor y en contra de cualquiera"<sup>78</sup>. Y en ese mismo sentido se ha dicho que: "El negocio es nulo cuando como consecuencia de un vicio del factum no produce los efectos que corresponden a su contenido. El vicio consiste en que falta un hecho constitutivo -p. ej., el negocio carece de la forma prescrita- o existe un hecho impediendo -p. ej., incapacidad de obrar de una de las partes, falta de seriedad en la declaración, simulación, etc.-. Si por mencionar una de las partes en la audiencia, ha llegado a conocimiento del juez que falta un hecho constitutivo o que existe un hecho impediendo, el juez debe tomar en consideración la nulidad que resulte sin que sea necesario que una de las partes la invoque. La nulidad es un efecto que se produce *ipso iure* por el hecho mismo de la existencia del vicio"<sup>79</sup>.

**32.** Lo propio sucede en el sistema francés, en donde, respecto de la posibilidad de apreciar de oficio la nulidad se ha dicho que: "cuando el acto nulo haya sido invocado principal o incidentalmente por vía de acción o de excepción, tendrá pleno derecho de descubrir la ilicitud y aplicar la nulidad. La única restricción que deberá observarse será la de mantenerse en el campo estricto de la ilicitud aparente: no podrá, por consiguiente, llevar el análisis más allá del contenido del acto jurídico, no tendrá derecho a aventurarse en la investigación de circunstancias exteriores del acto, ni a inquirir en el dominio de la intención de las partes. Para él, el único hecho que tiene valor es el acto jurídico y los documentos que le acompañan. Si de su apariencia resulta el carácter de ilicitud, podrá colocarse al amparo del orden público para hacer valer la nulidad"<sup>80</sup>.

**33.** En Italia, la prerrogativa en cuestión se encuentra expresamente contemplada en el artículo 1421 del Código Civil que a la letra dice: "*Salvo disposición diversa de ley, la nulidad puede ser hecha valer por quien tenga interés, y puede ser estimada de oficio por el juez*" [el resaltado es nuestro]. Comentando dicha norma se ha dicho que: "Siendo el negocio nulo completamente inválido (non valet) para el derecho, es lógico que cualquiera pueda hacer valer la nulidad: las partes, sus herederos o causahabientes, y los acreedores (art. 1421 C. C.). Es necesario un interés jurídico, se entiende; de ser el negocio nulo o válido debe seguirse una diversidad de consecuencias para la situación jurídica de quien intenta el ejercicio de la acción. Puesto que el negocio afecto de nulidad *non valet*, el Juez puede apreciar de oficio la nulidad (art. 1421 cit); puede, no debe, y en tanto puede en cuanto tiene modo de deducirla de los actos, ya que debe juzgar *iuxta alligata et probata*"<sup>81</sup>. Sobre el particular, Franceso Galgano ha sostenido que: "La nulidad puede ser declarada de oficio por el Juez (art. 1421); el cual puede declarar nulo un contrato que haya sido aportado al juicio, incluso cuando no haya sido interpuesta por el interesado una demanda

o una excepción en tal sentido. La anulación, en cambio, sólo puede ser pronunciada por el Juez como resultado de la demanda o de la excepción de la parte legitimada"<sup>82</sup>. Para seguidamente resaltar algo de suma importancia: "La declaración de oficio de la nulidad, admitida por el Código civil, debe ser coordinada sin embargo con los principios del *Codice di Procedura Civile* y, particularmente, con el principio de la demanda (art. 99 c.p.c.) y con la congruencia entre demanda o excepción y el fallo (art. 112 c.p.c.), así como con el principio sobre la disponibilidad de las pruebas (art. 115 c.p.c.)"<sup>83</sup>. Finalmente, expone algunos lineamientos que ha establecido la jurisprudencia italiana a fin de conseguir la referida coordinación entre la norma sustantiva y los principios procesales: "a) el Juez puede declarar de oficio la nulidad de un contrato si su validez es el elemento constitutivo de la demanda y si entre las partes existe discusión sobre su aplicación o sobre su ejecución; b) el Juez no puede declarar de oficio la nulidad del contrato si la parte interesada ha formulado frente al mismo un remedio distinto, como la anulación o como la resolución, o si ha sido demandada la declaración de nulidad por cual otra causa; c) el Juez puede declarar de oficio la nulidad sólo si la causa de nulidad proviene de los documentos y no precisa ninguna otra investigación posterior de hecho; d) la nulidad del contrato puede ser declarada de oficio en cualquier estado y grado del proceso: incluso en grado de apelación o de casación, siempre que el Juez de grado inferior no se haya pronunciado sobre la validez del contrato, puesto que esto comportaría la formación de un fallo que precluiría el examen posterior de la materia"<sup>84</sup>.

**34.** Y, en España se ha dicho lo siguiente: "Los Tribunales de Justicia pueden apreciar 'de oficio' la existencia de la nulidad; es decir, aunque la declaración de nulidad no haya sido pedida por ninguna de las partes contendientes. Resultado a que se ha llegado, aunque para ello se haya tenido que superar el principio de Justicia rogada, predominante en el procedimiento civil, y dejar de lado la exigencia de que la sentencia haya de ser congruente con la demanda (artículo 359 L.E.C.). Desviación del criterio general de la Ley Rituaria civil, que se considera necesaria, en obediencia a los principios generales de nuestro Derecho; porque sería inadmisibles que el juez hubiera de ordenar, por deficiencias o rebeldías de la parte demandada, el cumplimiento de una obligación imposible, ilícita, manifiestamente inmoral o contraída por un niño"<sup>85</sup>.

**35.** El juicio de validez que el Juez realiza de oficio, es decir, al amparo del artículo 220 del Código Civil, se ajusta a verificar que un determinado negocio jurídico no incurra en una específica clase de invalidez: la nulidad, pero no cualquier nulidad, sino una nulidad cualificada, una nulidad manifiesta, de manera que se circunscribirá a verificar que los componentes del negocio jurídico (parte, objeto, causa, manifestación de voluntad y forma solemne) no contravengan en forma evidente aquellas directrices del ordenamiento jurídico que tutelen intereses generales, es

<sup>77</sup> SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contribución a la teoría del negocio jurídico*, Traducción y notas de Leysser L. LEÓN, Primera edición, Editorial Grilley, Lima, 2004, p. 239.

<sup>78</sup> FLUME, Werner. *El negocio jurídico*, Traducción de José María MIQUEL GONZÁLEZ y Esther GÓMEZ CALLE, Cuarta edición, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, p. 653.

<sup>79</sup> TUHR, Andreas von. *Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán*, Volumen II: *Los hechos jurídicos*, Traducción de Tito RAVÁ, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 253.

<sup>80</sup> LUTZESCO, Georges. *Teoría y práctica de las nulidades*, Traducción de Manuel ROMERO SANCHEZ y Julio LÓPEZ DE LA CERDA, Porrúa, México Distrito Federal, 1993, p. 282, citado por NINAMANCCO CORDOVA, Fort. Ob. cit., p. 95.

<sup>81</sup> CARIOTA FERRARA, Luigi. *El negocio jurídico*, Traducción, prólogo y notas de Manuel ALBALADEJO, Aguilar, Madrid, 1956, p. 282.

<sup>82</sup> GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*, ob. cit., p. 316.

<sup>83</sup> Ibid.

<sup>84</sup> Id., p. 317.

<sup>85</sup> DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1997, p. 476.

decir, que no contravengan las disposiciones contenidas en el artículo 219 del Código Civil. El juicio de validez que el Juez realiza de oficio, no podrá extenderse a la verificación de alguna causal de anulabilidad, y es coherente que así sea, pues -como se ha visto- la anulabilidad solo opera a petición de parte y precisa de una sentencia que la declare.

**36.** En efecto, se advierte que el precitado artículo 220 del Código Civil señala que aquello que el Juez puede declarar de oficio es la nulidad “manifiesta”, es decir, no cualquier nulidad sino una nulidad especial, una nulidad, podríamos decir, “cualificada”. La misma terminología aparecía en el antecedente legislativo de la referida norma, el artículo 1124 del Código Civil de 1936: “La nulidad [...] puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta”.

**37.** Toca, entonces, determinar, qué debemos entender por nulidad “manifiesta”. Sobre el particular José León Barandiarán sostuvo que el vicio es manifiesto en caso de que “aparezca inequívoca e inmediatamente del acto mismo, sin necesidad de ninguna otra comprobación”<sup>86</sup>, como sucede, por ejemplo, “si se ha celebrado una anticresis sin haberse empleado escritura pública; si Pedro, marido de Juana, ha celebrado con ésta un contrato pese a la prohibición del art. 1139”<sup>87</sup>. Encontramos mayores alcances en la opinión de Fernando Vidal<sup>88</sup> quien sostiene que la nulidad “manifiesta” se orienta a dos significados: **(i)** puede ser la que se presenta al descubierto, de manera clara y patente, que es fácil de advertir por el órgano jurisdiccional, un ejemplo de esto se encontraría en el acto jurídico que no respeta la formalidad prescrita bajo sanción de nulidad; **(ii)** puede ser la que inicialmente se presenta encubierta, pero luego resulta manifiesta como consecuencia de la evaluación que realiza el juez, ejemplo de esto se da “cuando se celebra un contrato con finalidad ilícita que no ha sido expresada, ya que, en tal caso, si una de las partes recurre al órgano jurisdiccional para alcanzar la pretensión a la que se siente con derecho, el juzgador podrá evaluar la finalidad del contrato y declararlo nulo, aun cuando su invalidez no sea, precisamente, materia de la controversia”<sup>89</sup>. Por su parte, Juan Lohmann plantea que lo manifiesto se puede entender de dos formas: **(i)** Puede ser aquello que al juez le resulte visible en el contexto general del proceso merced a la luz que proporcionen otros elementos de prueba sobre circunstancias contingentes o hechos ajenos al acto jurídico mismo; o **(ii)** puede ser aquello ostensible, patente, que se expresa, muestra, expone, evidencia y revela por y en el acto mismo y que, por tanto, no requiere de prueba extrínseca para su demostración<sup>90</sup>. El citado autor se inclina por la segunda alternativa y sostiene que: “Manifiesta ha de significar lo que ya esté manifestado (no cubierto o desconocido) con tal grado de claridad que no se requiera de prueba alguna o de análisis externo, auxiliar y complementario para ponerlo de manifiesto, esto es, para descubrir lo encubierto y poner a la vista el vicio suprimiendo la apariencia de validez. Que ‘resulte manifiesta’ significa pues, que la nulidad ya sea evidente y directa e inmediatamente perceptible”<sup>91</sup>. Juan Lohmann considera, además, que no son casos de nulidad manifiesta en tanto precisan de una prueba extrínseca: **(i)** la simulación, pues se presume la autenticidad del acto; **(ii)** el objeto indeterminado pero cuya determinabilidad no consta del acto, pues se supone la determinabilidad del objeto, no que las partes han querido lo impreciso; **(iii)** objeto cuya imposibilidad física sea relativa o subjetiva, pero no objetiva o absoluta, pues se supone la posibilidad del objeto, no que las partes han querido lo imposible; **(iv)** la finalidad ilícita que no conste del propio acto y que requiera ser comprobada, pues se presume la rectitud y la licitud, no un propósito del acto que el ordenamiento repudie<sup>92</sup>. Para Aníbal Torres, la nulidad es manifiesta “cuando no existe lugar a ninguna duda sobre su existencia, se infiere del simple examen del documento que contiene al acto jurídico o de las pruebas actuadas en el proceso, caso en el que puede declararla de oficio por el Juez, sin requerirse de que exista invocación de parte. El juez no acciona en el sentido de interponer una demanda para que se declare la nulidad, sino que cuando en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales conozca de los hechos que la provocan, puede e incluso debe declararla de oficio, pues le está vedado permanecer impasible, por ejemplo, frente a un acto ilícito o contrario a las normas imperativas o a las buenas costumbres”<sup>93</sup>. Freddy Escobar sostiene que la nulidad es manifiesta “cuando la causal que la produce se encuentra al descubierto de manera clara y

patente (piénsese en el caso del negocio celebrado en un instrumento que no es el que representa la forma solemne exigida por la ley)”<sup>94</sup>. Finalmente, para Fort Ninamancoco, a la luz del principio de conservación del negocio jurídico se debe realizar una interpretación restrictiva de la segunda parte del artículo 220 del Código Civil, por lo que la “nulidad manifiesta” no puede estar referida a todas las causales sino solamente a una, aquella cuya presencia resulta más patente entre todas las causales de nulidad: “Hay, pues, que considerar únicamente a la causal de nulidad que menos análisis probatorio requiere para su comprobación y cuya presencia en un caso concreto admite menos margen de discusión”<sup>95</sup>, esa causal –para el citado autor– sería “la ausencia de formalidad *ad probationem*. Las otras causales, en cambio, requieren mayores elementos probatorios para su determinación, o su presencia, en un caso concreto, admite amplios márgenes de controversia derivada de las diferentes interpretaciones que se pueden dar de la realidad fáctica o jurídica. Esto no ocurre con la causal de ausencia de forma prescrita bajo sanción de nulidad. Al margen de esta causal, por lo tanto, no debería encontrar ninguna aplicación la segunda parte del artículo 220 de nuestro Código Civil”<sup>96</sup>.

**38.** Este Supremo Tribunal considera acertado partir de la premisa planteada por Juan Lohmann, y, entonces, debemos responder a la siguiente pregunta: ¿La nulidad manifiesta es aquella que se advierte del análisis del mismo documento, sin que haya necesidad de valorar algún medio probatorio adicional o es que la nulidad manifiesta podría derivar, también, de un elemento de prueba externo al acto pero, evidentemente, incorporado al proceso?

**39.** Como se acaba de ver, algunos autores han optado claramente por una u otra tesis: José León y Juan Lohmann consideran que la nulidad manifiesta es aquella que se advierte del acto mismo; Fernando Vidal y Aníbal Torres consideran que la nulidad manifiesta también podría derivarse de alguna otra prueba actuada en el proceso. A nivel jurisprudencial encontramos pronunciamientos en donde la nulidad manifiesta se deriva del acto mismo como, por ejemplo, la Casación N° 2009-2002-Puno, en donde, dentro de un proceso de desalojo, se consideró que el contrato de anticresis es manifiestamente nulo si no reviste la formalidad exigida por ley bajo sanción de nulidad: “**Sétimo:** [...] de autos se advierte que, el contrato notarial de anticresis, no se encuentra formalizado por escritura pública, de conformidad con lo que establece el artículo 1005 del CC de 1936, corroborado con el artículo 1092 del CC actual, resultando por tanto nulo por carecer del requisito de forma a que se refiere el inciso tercero del artículo 1123 del CC de 1936, referido a que el acto jurídico es nulo, cuando no reviste la forma prescrita en la ley [...] **Noveno:** que, en consecuencia, siendo nulo el contrato de anticresis, los demandados resultan ser precarios, de conformidad con el artículo 911 del CC, que establece que la posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía feneció”. Del mismo modo, en la Casación N° 1519-2008-Ica, se consideró que el contrato de donación es manifiestamente nulo si no reviste la formalidad exigida por ley bajo sanción de nulidad: “**Cuarto:** [...] la sentencia, recurrida ha inaplicado los artículos 1625, 220 y 219 inciso 6 del Código Civil, pues el documento de donación no ha sido otorgado mediante escritura pública y al no haber sido realizada bajo la forma

<sup>86</sup> LEÓN BARANDIARÁN, José. *Manual del Acto Jurídico*, Cuarta edición, aumentada y corregida-con notas suplementarias, Gráfica Marsom. S.A., Lima, p.67.

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Ob. cit.*, p. 509.

<sup>89</sup> *Ibid.*

<sup>90</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *Ob. cit.*, p. 59.

<sup>91</sup> *Id.*, pp. 59-60.

<sup>92</sup> *Id.*, p. 60.

<sup>93</sup> TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*, *ob. cit.*, p. 701.

<sup>94</sup> ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Nulidad absoluta*, *Ob. cit.*, p. 932.

<sup>95</sup> NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort. *Ob. cit.*, p. 119.

<sup>96</sup> *Ibid.*

prescrita por la Ley resulta nula de pleno derecho, ello en aplicación del inciso 6 artículo 219 del Código Civil, siendo así la posterior transferencia efectuada mediante el contrato privado de fojas veintitrés es también nula de pleno derecho por haber sido celebrado por quien no tiene el derecho de propiedad, resultando igualmente nulo el acto jurídico de confirmación contenido en la Escritura Pública de fojas veinticuatro, en aplicación de lo dispuesto por el último párrafo del artículo 220 del Código Civil, ya que el acto nulo no puede ser subsanado por la confirmación". Pero también encontramos pronunciamientos en donde la nulidad manifiesta se deriva de algún otro medio probatorio actuado en el proceso como, por ejemplo, la Casación N° 609-2009-Lima: "Respecto a los agravios en los términos denunciados por ambas partes procesales, se advierte de autos que la sala de mérito sostiene en los fundamentos noveno, décimo primero, décimo segundo y décimo tercero lo siguiente: está probado que quien suscribe el contrato que da origen a la obligación puesta a cobro en representación del comitente ha sido condenado a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente, con autoridad de cosa juzgada y si bien al representante legal de la empresa demandante no se le ha condenado, por tanto su responsabilidad penal personal no puede ser invocada en este fallo, sin embargo, si resulta siendo imprescindible la misma para entender el origen ilícito de la obligación, que da lugar a la nulidad manifiesta de la obligación puesta a cobro, dicha nulidad manifiesta, como se aprecia de la jurisprudencia casatoria citada, y de conformidad con el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil, puede ser declarada de oficio por el juez, sin necesidad inclusive que la nulidad del contrato de prestación de servicios sea objeto del debate en el proceso judicial o independientemente de que las partes hayan invocado tal circunstancia; y respecto a la reconvencción formulada por la demandada concluye: cuando se interpuso la demanda los citados procesos penales no habían sido aún resueltos y al evidenciarse un interés jurídicamente justificado de la demandante no puede dar lugar a una prestación indemnizatoria; al respecto el órgano de segundo grado ha apreciado de las copias certificadas del proceso penal obrantes a folios quinientos diecisiete, específicamente en la sentencia penal de folios setecientos cinco, que en la celebración del contrato de servicios celebrado con fecha veintisiete de enero del año mil novecientos noventa y dos –según refiere la recurrida- se produjo un gran desbalance entre las sumas cobradas por los contratistas y el valor de las obras ejecutadas, habiendo existido concertación entre los contratantes; de lo expuesto se colige que la obligación demandada, al provenir de un acto jurídico con finalidad ilícita, no puede ser exigido vía acción judicial; en tal sentido no se puede pretender que la parte demandada honre la obligación puesta a cobro, si se tiene en consideración conforme a los actuados penales (fundamento quinto de la sentencia de fecha ocho de febrero del año dos mil uno) que el contrato de servicios del cual deriva la obligación reclamada fue sobrevalorado en el costo de los servicios contratados, de tal forma que el mismo contraviene normas legales imperativas"<sup>97</sup>.

40. A nivel legislativo -por supuesto a partir de una interpretación literal- encontramos que -a diferencia del nuestro- algunos Códigos Civiles latinoamericanos, también, han optado expresamente por una u otra opción: El artículo 1683 del Código Civil de Chile estipula que "la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato [...]" [el resaltado es nuestro]; el artículo 1699 del Código Civil de Ecuador dice que "la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato [...]" [el resaltado es nuestro]; el artículo 1742 del Código Civil de Colombia menciona que "la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato [...]" [el resaltado es nuestro]; el artículo 1561 del Código Civil de Uruguay señala que "la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez de oficio, cuando aparece de manifiesto [...]" [el resaltado es nuestro]; el artículo 359 del Código Civil de Paraguay prescribe que "cuando el acto es nulo, su nulidad debe ser declarada de oficio por el juez, si aparece manifiesta en el acto o ha sido comprobada en juicio [...]" [el resaltado

es nuestro]; y el vigente Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, en su artículo 387, señala que "la nulidad absoluta puede declararse por el juez, aun sin mediar petición de parte, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia [...]".

41. Para este Supremo Tribunal la nulidad manifiesta es aquella que resulta evidente, patente, inmediatamente perceptible, en suma, aquella que resulta fácil de detectar sea que se desprenda del acto mismo o del examen de algún otro elemento de prueba incorporado al proceso. La nulidad manifiesta no se circunscribe a algunas o a alguna específica causal de nulidad, sino que se extiende a todas las causales que prevé el artículo 219 del Código Civil siempre que –repetimos- la incursión en alguna causal, cualquiera que ésta sea, resulte fácil de advertir. Estaremos ante un contrato manifiestamente nulo cuando, por ejemplo: exista discrepancia entre la oferta y la aceptación, la oferta no haya sido seguida de la aceptación, el contrato aparezca firmado por una persona que al tiempo de su celebración ya había fallecido, el contrato aparezca firmado por persona inexistente, el contrato no revista la formalidad prescrita por ley bajo sanción de nulidad, el contrato ha sido celebrado por medio de declaración carente de seriedad (hecha en broma, por jactancia o con fines didácticos), cuando se advierta la ausencia de la causa del contrato, cuando se advierta la ausencia del objeto del contrato, cuando el fin ilícito se evidencie por medio de sentencia penal firme, etc.

42. Por último, toca determinar si esta nulidad manifiesta puede ser apreciada o no en un proceso sumarísimo. Sobre el particular una doctrina ha señalado que ello no es posible en atención a las siguientes razones: "(i) En ella [la vía sumarísima] solo se admiten los medios probatorios de actuación inmediata; (ii) en el proceso sumarísimo no se admite la reconvencción lo que impide que el demandado contrademande la declaración de nulidad, conduciendo eventualmente al absurdo de que se ampare la demanda negando el examen de la validez del negocio, cuya nulidad habría que discutir en otro proceso; y, (iii) en el proceso sumarísimo no es posible ofrecer medios probatorios en apelación (artículo 374) para sostener que no hay la nulidad declarada de oficio en la sentencia"<sup>98</sup>.

43. Este Supremo Tribunal considera que es necesario uniformizar los criterios jurisprudenciales en el sentido de que, dentro de un proceso sumarísimo, sí es posible que el Juez declare la nulidad del contrato del que se pretende extraer algún efecto, siempre que aquella resulte manifiesta, toda vez que el artículo 220 del Código Civil no establece ninguna proscripción que nos lleve a sostener lo contrario y tampoco encontramos alguna a nivel de la legislación procesal. En efecto, como se ha visto, el proceso sumarísimo es un proceso plenario (rápido), es decir, un proceso en el que no hay restricciones en torno a las alegaciones que podrían formular las partes y a los medios probatorios que podrían aportar, sin perjuicio de las restricciones impuestas por el artículo 559 del Código Procesal Civil. En el proceso sumarísimo, a menos que se trate de un proceso especial, no existe limitación en la aportación de medios probatorios relativos al tema de fondo, la restricción al aporte de medios probatorios de actuación inmediata es para resolver las cuestiones probatorias (artículo 553 del Código Procesal Civil)<sup>99</sup>. Ciertamente es que en el proceso sumarísimo no procede la reconvencción (artículo 559 del Código Procesal Civil)<sup>100</sup>, no obstante, la nulidad de un negocio jurídico no solo puede hacerse valer vía acción (reconvencción) sino también

<sup>97</sup> Citada por NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort. Ob. cit., pp. 84-85.

<sup>98</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, Ob. cit., p. 62-63.

<sup>99</sup> Artículo 553 del Código Procesal Civil: "Las tachas u oposiciones sólo se acreditan con medios probatorios de actuación inmediata, que ocurrirá durante la audiencia prevista en el Artículo 554".

<sup>100</sup> Artículo 559 del Código Procesal Civil: "En este proceso no son procedentes:

1. La reconvencción.  
2. Los informes sobre los hechos".

vía excepción (material) que merecerá pronunciamiento al resolver el fondo de la controversia<sup>101</sup>, además, la nulidad manifiesta constituye una circunstancia que debe ser tomada en cuenta por el Juez, aun cuando no haya sido alegada por la parte demandada, es decir, de oficio. Asimismo, con la modificación del Código Procesal Civil efectuada por la Ley N° 30293, publicada el 28 diciembre 2014, que entró en vigencia a los treinta días hábiles de su publicación, se ha eliminado la restricción del ofrecimiento de medios probatorios en segunda instancia en los procesos sumarísimos (artículos 374 y 559 del Código Procesal Civil), por lo que el derecho de defensa y, específicamente, el derecho a probar, de la parte que se ve perjudicada con la apreciación de oficio de la nulidad, no se vería comprometido por tal limitación, ello sumado a la forma en que debe ejercerse este poder que tiene el Juez, tema del que nos ocuparemos más adelante. Por lo demás, el hecho de que dentro de los procesos declarativos, el proceso sumarísimo -en atención a los plazos más cortos y al menor número de actos procesales- sea el más rápido, no releva al Juez de su deber de verificar que los componentes de un determinado negocio jurídico no vulneren en forma manifiesta las directrices del ordenamiento jurídico relativas a la validez de esta clase de actos.

44. En el proceso sumarísimo de otorgamiento de escritura pública el control de validez del negocio jurídico que se pretende formalizar se circunscribirá a la nulidad manifiesta del mismo, circunstancia que podrá ser advertida de oficio por el Juez. El análisis de la nulidad no manifiesta y de la anulabilidad por alegación de la parte demandada, constituye un paso más atrevido que, este Supremo Tribunal, considera no posible, dado que la controversia se tornaría demasiado compleja y no permitiría su tramitación en la vía procedimental más corta que ha previsto nuestro ordenamiento procesal para los procesos civiles de cognición, ello sin perjuicio de que en el particular caso de la anulabilidad, la sentencia es constitutiva, es decir, no basta la mera alegación de la parte interesada, lo que abunda a favor de no realizar este análisis en el proceso de otorgamiento de escritura pública.

45. No obstante, la parte demandada puede peticionar en vía de acción la nulidad (no manifiesta) o la anulabilidad del referido negocio jurídico y, al amparo del artículo 320 del Código Procesal Civil<sup>102</sup>, puede solicitar la suspensión de la expedición de la sentencia en el proceso de otorgamiento de escritura pública hasta que se resuelva el proceso de nulidad (no manifiesta) o anulabilidad del negocio jurídico, en cuyo caso el Juez deberá verificar si la referida solicitud cumple o no con los requisitos previstos en la precitada norma adjetiva. Cabe señalar que si una vez resuelto el proceso de nulidad o anulabilidad, el Juez del proceso de otorgamiento de escritura pública aprecia que en la solicitud de suspensión de la expedición de la sentencia ha existido temeridad o mala fe, podrá actuar conforme a lo establecido en los artículos 110<sup>103</sup> y 111 del Código Procesal Civil<sup>104</sup>, esto es, imponer a la parte demandada y/o a su abogado y/o apoderado, una multa no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal y, en caso, considere que el abogado ha actuado con temeridad o mala fe, remitirá copia de las actuaciones respectivas a la Presidencia de la Corte Superior, al Ministerio Público y al Colegio de Abogados correspondiente, para las sanciones a que pudiera haber lugar.

#### IV.6.2. Declaración de oficio de la invalidez y principios del proceso.-

46. Ya se ha determinado cuándo existe una nulidad manifiesta y que ésta puede ser apreciada de oficio por el Juez incluso en un proceso sumarísimo como el de otorgamiento de escritura pública. Corresponde, ahora, determinar en qué forma se ejerce este específico control de validez del negocio jurídico o, si se prefiere, en qué forma el Juez debe ejercer el poder que se le ha conferido por medio del segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil.

47. La facultad que tiene el Juez de apreciar de oficio la nulidad manifiesta de un determinado negocio jurídico, es decir, aun cuando la parte demandada no la haya alegado, podría entrar en colisión con algunos principios

que orientan el proceso judicial, como son: el principio dispositivo, el principio del contradictorio, el principio de congruencia y el principio de doble instancia.

48. El proceso judicial es un instrumento de realización de los derechos materiales de los justiciables, quienes someten sus conflictos de intereses o incertidumbres con relevancia jurídica, a la decisión de un Juez que representa al Estado, empero el uso de este instrumento no queda al arbitrio del Juez sino que éste ha de respetar una serie de principios y derechos que en su conjunto conforman lo que conocemos como debido proceso. Estos principios y derechos encuentran consagración en la Constitución y en las leyes, tal y como lo establece el artículo 138 de la Constitución Política de Estado: "*La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes [...]*" [el resaltado es nuestro].

49. Uno de los principios que deben ser respetados por el juzgador a los efectos de resolver válidamente la controversia es el principio dispositivo, que se encuentra consagrado en el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil según el cual: "*El proceso se promueve solo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar [...]*". Por este principio se entiende que las facultades de iniciar el proceso

<sup>101</sup> De acuerdo con Montero Aroca: Mientras las excepciones procesales están referidas a la válida constitución de la relación jurídico procesal, las excepciones materiales están referidas al fondo de la controversia y buscan que la pretensión sea desestimada (MONTERO AROCA, Juan. "*El Nuevo Proceso Civil. Ley 1/2000*", Segunda edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2001, p. 431). Los hechos que sustentan una excepción material pueden ser: (i) **Hechos impeditivos**: Que vienen a ser aquellos que "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" (Id., p. 432), en buena cuenta lo que aquí alega el demandado es que el derecho del demandante no llegó a nacer; un hecho impeditivo sería, por ejemplo, la nulidad del contrato. (ii) **Hechos extintivos**: En estos casos "los hechos constitutivos han existido y han desplegado su eficacia normal, pero posteriormente se ha producido otro que hecho que ha suprimido esos efectos" (Ibid.), en buena cuenta lo que aquí alega el demandado es que el derecho del demandante nació pero al tiempo actual ya feneció; un hecho extintivo sería, por ejemplo, el pago. (iii) **Hechos excluyentes**: En estos casos también "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" (Ibid.), en buena cuenta lo que aquí alega el demandado es que si bien existe el derecho del demandante también existe un derecho a favor del demandado que le restaría efectos a aquél; un hecho excluyente sería, por ejemplo, la excepción de incumplimiento.

<sup>102</sup> Artículo 320 del Código Procesal Civil: "Se puede declarar la suspensión del proceso, de oficio o a pedido de parte, en los casos previstos legalmente o cuando a criterio del Juez sea necesario.

El Juez a pedido de parte, suspende la expedición de la sentencia en un proceso siempre que la pretensión planteada en él dependa directamente de lo que debe resolver en otro proceso en el que se haya planteado otra pretensión cuya dilucidación sea esencial y determinante para resolver la pretensión planteada por él. Para ello es necesario que las pretensiones sean conexas, a pesar de lo cual no puedan ser acumuladas, caso contrario, deberá disponerse su acumulación".

<sup>103</sup> Artículo 110 del Código Procesal Civil: "Las partes, sus Abogados, sus apoderados y los terceros legítimos responden por los perjuicios que causen con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe. Cuando en el proceso aparezca la prueba de tal conducta, el Juez, independientemente de las costas que correspondan, impondrá una multa no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal. Cuando no se pueda identificar al causante de los perjuicios, la responsabilidad será solidaria".

<sup>104</sup> Artículo 111 del Código Procesal Civil: "Además de lo dispuesto en el Artículo 110, cuando el Juez considere que el Abogado actúa o ha actuado con temeridad o mala fe, remitirá copia de las actuaciones respectivas a la Presidencia de la Corte Superior, al Ministerio Público y al Colegio de Abogados correspondiente, para las sanciones a que pudiera haber lugar".

judicial y de fijar los extremos de la controversia, no le corresponden al Poder Estatal sino a los particulares. En efecto, según este principio, “tanto el ejercicio de la acción como el desenvolvimiento de ella a través del proceso, así como los límites de dicha acción y la actividad misma del juez, están en gran medida regulados por la voluntad de las partes, esto es, que las partes, así como son dueñas de disponer de su propio derecho sustancial, así también disponen, si la ley no establece otra cosa, de la iniciación y del desenvolvimiento del proceso”<sup>105</sup>. Siendo así, el principio dispositivo guarda concordancia con la garantía de imparcialidad del Juez frente a los particulares.

**50.** Otro principio que inspira nuestro proceso judicial es el principio de contradictorio que se encuentra vinculado con el derecho de defensa consagrado en el inciso 14 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado que dice: “*Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso*”. Según este principio, salvo que la ley establezca lo contrario, debe posibilitarse a ambas partes del proceso el plantear sus posiciones sobre toda cuestión que podría generar alguna controversia. “La razón de este principio consiste en el hecho de que en la función de realización de los intereses tutelados por el derecho hay que tomar en cuenta no sólo todo aquello que el actor, haciéndose iniciador del proceso, afirma, sostiene y prueba, sino también la posición del demandado, que tiene un interés perfectamente contrario al del actor. Sólo mediante el contraste de la posición del actor y de la posición del demandado podrá suministrarse al juez un exacto criterio de decisión, sobre la base del material de prueba y de las argumentaciones, en hecho y en derecho, que la una y la otra parte hayan desplegado en el desarrollo del proceso”<sup>106</sup>.

**51.** El principio de congruencia procesal ha sido recogido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el cual establece que: “*el juez debe aplicar el derecho que corresponde al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes*”. De acuerdo con este principio debe existir correspondencia o identidad entre las pretensiones formuladas por las partes y lo resuelto por el Juez, de manera que no se incurra en una sentencia *extra petita*: cuando se concede algo distinto a lo pedido, es decir, cuando se resuelve sobre una pretensión que no ha sido discutida en el proceso; *infra petita*: cuando se omite resolver alguna pretensión; o *ultra petita*: cuando se concede más de lo pedido; pues cualquiera de estas situaciones conllevará la invalidez del pronunciamiento.

**52.** Finalmente, el principio de doble instancia, en el inciso 6 del artículo 138 de la Constitución Política del Estado: “*Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 6. La pluralidad de la instancia*”; y en el artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Civil que dice: “*El proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta*”. Este principio garantiza que las decisiones emitidas por un juez puedan ser materia de revisión por un órgano jerárquico superior.

**53.** Sobre la relación que existe entre el poder que tiene el juez de declarar de oficio la nulidad de un negocio jurídico y el principio de congruencia procesal se generó en nuestro medio un interesante debate entre dos reconocidos juristas. Por un lado, Juan Lohmann sostiene que la declaración de oficio de la nulidad de un negocio jurídico constituye una excepción al principio de congruencia procesal, lo que se justifica en atención a que la nulidad es de orden público, es decir, se encuentra fuera del ámbito dispositivo de las partes. Así, el referido autor señala que: “A la necesidad de proteger este orden público, las buenas costumbres y, a la postre, esos intereses superiores; y privar al acto jurídico de los efectos que negativamente podrían repercutir sobre todo ello, obedece el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil como excepción al principio de congruencia entre petitorio y fallo”<sup>107</sup>. Y continúa diciendo que: “el artículo VII del Código Procesal Civil cede ocasionalmente su rigor cuando el petitorio y, en relación con él, los hechos invocados, no versan sobre derechos disponibles. La

regla de que el juez no puede apartarse de las peticiones de las partes no es plena ni irrestricta si esas peticiones van más allá de sus privativos intereses tutelables y disponibles”<sup>108</sup>. No obstante, el citado autor sostiene que la norma civil y la norma procesal no son contradictorias y podrían conciliarse si interpretamos la primera a la luz de la última y entendemos que “el juez puede declarar la nulidad que no forma parte del petitorio, pero no debe significar que resuelva sin discusión de las partes sobre el particular”<sup>109</sup>, ante ello “lo que el juez puede hacer es plantear de oficio la cuestión, pedir a las partes que formulen sus posiciones al respecto y, en su momento, si a su criterio hay nulidad, emitir declaración en la sentencia sobre ello, aunque no formara parte de las pretensiones”. Y, en opinión del autor que venimos citando, el momento adecuado para que el Juez pueda traer a colación una posible nulidad no alegada por las partes es el de la audiencia de determinación de puntos controvertidos<sup>110</sup>. Con todo, hay que enfatizar que para Juan Lohmann la nulidad que el Juez advierta de oficio puede ser declarada en la parte resolutive de la sentencia. Finalmente, el citado autor plantea importantes lineamientos en torno a la forma en que el Juez debe ejercer su facultad de declarar de oficio la nulidad de un negocio jurídico: “(i) que el Juez sea de primera instancia y tenga competencia si la nulidad hubiera sido demandada; (ii) que la causal de nulidad esté de manifiesto en el propio acto; (iii) que el acto esté directamente e inseparablemente relacionado con la controversia y que el pronunciamiento sobre su validez sea indispensable para la decisión sobre los puntos controvertidos; (iv) que las partes del proceso sean las mismas del acto, y si éste involucra a terceros que hayan sido debidamente emplazados; y, (v) que advertida la posible existencia de nulidad, mediante resolución debidamente motivada el juez lo notifique a las partes del proceso y litisconsortes, concediéndoles un plazo común vencido el cual se reanuda el plazo para sentenciar o, cuando corresponda, se procederá conforme al artículo 96 del Código Procesal Civil”<sup>111</sup>.

**54.** De otro lado, Eugenia Ariano manifiesta no estar de acuerdo con que la declaración de nulidad *ex officio* se haga en la parte resolutive de la sentencia, y sustenta su discrepancia en que el término “declarar” que aparece en el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil no debe interpretarse como que el juez pueda introducir en su fallo un extremo que no fue objeto de demanda o de reconvencción<sup>112</sup>, pues, “si así se hace se incurre, siempre, en vicio de extra petición, y como consecuencia la sentencia será nula (al menos en el extremo ‘extra’)”<sup>113</sup>. Para la citada autora, la congruencia de la sentencia, es decir, la correspondencia entre lo pedido y lo resuelto, no encuentra ninguna excepción, ni siquiera en materia de nulidad absoluta<sup>114</sup>, lo que en realidad sucede es que “hay hechos (impeditivos, modificativos o extintivos), que aún cuando no alegados expresamente por la parte demandada, pueden (y deben) ser ‘tenidos en cuenta’ de todas maneras por el juez (justamente de oficio). Esos hechos configuran lo que la doctrina italiana llama, en expresión por demás elíptica (y equívoca), ‘eccezioni rilevabili d’ufficio’ o ‘eccezioni in senso lato’, por contraposición a las ‘eccezioni in senso stretto’ o ‘eccepciones’ a secas. Uno de ellos es, justamente,

<sup>105</sup> ROCCO, Ugo. *Derecho Procesal Civil. Serie Clásicos del Derecho Procesal Civil*, Volumen I, Editorial Jurídica Universitaria, 2008, México, p. 322.

<sup>106</sup> *Id.*, p. 321.

<sup>107</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *Ob. cit.*, p. 58.

<sup>108</sup> *Id.*, p. 61.

<sup>109</sup> *Id.*, p. 60.

<sup>110</sup> *Ibid.*

<sup>111</sup> *Id.*, p. 63.

<sup>112</sup> ARIANO DEHO, Eugenia. *Ob. cit.*, p. 140-141.

<sup>113</sup> *Id.*, p. 141.

<sup>114</sup> *Id.*, pp. 142-143.

<sup>115</sup> *Id.*, p. 145.

la nulidad<sup>115</sup>. Por lo tanto, “la nulidad ex art. 219 CC constituye un hecho impeditivo de la pretensión actora que el juez puede ‘tener en cuenta’ de oficio, vale decir, sin que se precise de la expresa alegación de parte, a los efectos de desestimar (sólo) la demanda. Nada más”. Lo que lleva a la citada autora a proponer que el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil se lea como si dijera: “el juez puede fundar sus fallos en la nulidad que le resulte manifiesta aunque no haya sido invocada<sup>116</sup>, y a concluir que el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil no es una excepción a la regla de congruencia sino que es una excepción de la regla que las excepciones las plantea sólo el demandado<sup>117</sup>. En buena cuenta, lo que plantea la citada doctrina es que el Juez puede, de oficio, apreciar la nulidad manifiesta de un negocio jurídico y fundar su decisión sobre ésta, mas tal apreciación únicamente puede realizarse en la parte considerativa de la sentencia sin que sea posible emitir pronunciamiento sobre la nulidad manifiesta en la parte resolutive de la sentencia.

55. El tema de la forma en que el Juez debe ejercer el poder que le confiere el artículo 220 del Código Civil, incluso ha sido materia de debate en el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil, llevado a cabo en la ciudad de Lima, los días 26 y 27 de marzo de 2010, en donde se planteó el problema en los siguientes términos: “¿Puede el juez de oficio declarar la nulidad del acto jurídico de compraventa, al existir una causal manifiesta de nulidad, en un proceso en el cual se busca otorgarle eficacia al acto jurídico nulo, pero que todavía no ha sido declarado como tal?”<sup>118</sup>, y se formularon dos Ponencias: La primera establecía que: “El juez sí puede declarar de oficio la nulidad del acto jurídico en la parte resolutive de la sentencia, en la medida que haya tenido en cuenta como pautas a seguir que lo haya fijado como punto controvertido y que haya dado la posibilidad a las partes procesales para el contradictorio respectivo; sin que ello implique vulneración alguna al principio de congruencia procesal, habida cuenta que como todo principio, éste no es absoluto; por tanto admite excepciones, siendo una de ellas la facultad contenida en el artículo 220 del Código Civil<sup>119</sup>; y la segunda señalaba que: “El juez puede utilizar el argumento de la nulidad manifiesta, en la parte considerativa de la sentencia, a efecto de enervar la pretensión postulada, sustentada en el acto manifestamente nulo, sin necesidad de declarar la nulidad del acto en la parte resolutive. La aplicación de esta norma debe hacerse de manera restrictiva, y sólo para aquellos supuestos de actos jurídicos manifestamente contrarios al orden público y a las buenas costumbres, de acuerdo con el artículo 219, inciso 8) del Código Civil<sup>120</sup>. Adoptándose como conclusión plenaria, por mayoría, la primera ponencia.

56. Sobre el particular, en el sistema español se han planteado dos tesis<sup>121</sup>: (i) **la tesis civilista**, según la cual, el Juez, de oficio, puede declarar la nulidad del negocio jurídico en cualquier estado del proceso y a nivel de cualquier instancia, incluso a nivel de la Corte Suprema, y sin que sea necesario promover una actividad contradictoria entre las partes del proceso, a pesar de lo cual el pronunciamiento en torno a la nulidad del negocio jurídico adquiriría la calidad de cosa juzgada, y ello sería así en tanto que la nulidad opera por ministerio de la ley, de forma automática<sup>122</sup>. Los partidarios de esta tesis consideran que “si el contrato nulo accede al proceso el juez debe eliminarlo definitivamente del tráfico jurídico, declarando su nulidad sin necesidad de actuaciones procesales contradictorias entre las partes previas a la declaración, ni tampoco de otro proceso ulterior<sup>123</sup>.

(ii) **la tesis procesalista** que, a su vez, presenta dos manifestaciones: la primera, según la cual, el Juez, de oficio, puede apreciar la nulidad del negocio jurídico, con eficacia *incidenter tantum*, limitándose a desestimar la demanda y dejando a salvo la posibilidad de que las partes puedan ejercitar la acción de nulidad en un proceso posterior en el que se observen todas las garantías procesales, mas no puede declarar la nulidad, pues esto contravendría el principio dispositivo y las garantías procesales de las partes; y la segunda, según la cual, el Juez, de oficio, podría declarar la nulidad del negocio jurídico, pero siempre que inserte el cauce contradictorio que permita a las partes debatir

sobre la nulidad, con lo cual la declaración de nulidad podría pasar en autoridad de cosa juzgada<sup>124</sup>.

57. Este Supremo Tribunal considera que la forma en que el Juez debe ejercer el poder que tiene para declarar de oficio una nulidad manifiesta debe ser aquella que logre conciliar en la mayor medida posible la tutela de los intereses generales que se ven perjudicados con la nulidad y la tutela de las garantías procesales de las partes del proceso, es decir, aquella que permita armonizar de mejor forma los postulados del Derecho sustantivo y del Derecho procesal. En esa línea consideramos que no puede acogerse la denominada tesis civilista que plantea que el Juez, de oficio, puede declarar la nulidad a nivel de cualquier instancia y sin necesidad de promover el contradictorio, pues tal solución si bien representa una amplia tutela para los intereses que se pueden ver perjudicados con la nulidad, vulnera importantes garantías procesales, tales como, el principio dispositivo, el principio del contradictorio, el principio de congruencia y el principio de doble instancia.

58. Por el contrario, la tesis procesalista, en sus dos manifestaciones, si intenta conciliar las dos tuteladas antes referidas, por lo que el criterio dirimente para optar por una u otra manifestación, debe ser otro, también digno de consideración, como es la economía procesal. Así, por un lado, tenemos el planteamiento según el cual el Juez, de oficio, no puede declarar la nulidad sino solo apreciar la misma y sobre la base de dicha apreciación desestimar la demanda, con lo cual si bien se ahorra el promover el contradictorio entre las partes, se deja abierta la posibilidad de que éstas puedan iniciar un nuevo proceso en el que se discuta la validez del negocio jurídico, con el contrasentido de que un nuevo juez tenga que verificar si la apreciación realizada en su oportunidad por otro juez se ajustó o no a derecho. Por otro lado, tenemos el planteamiento según el cual el Juez, de oficio, puede declarar (entiéndase, en el fallo) la nulidad pero siempre que, previamente, haya promovido el contradictorio entre las partes, con lo cual lo que se decida en torno a la nulidad, adquiriría la calidad de cosa juzgada y eliminaría la posibilidad de que se reabra el debate sobre dicha situación en otro proceso. Es en mérito a tales razones que este Supremo Tribunal se adhiere a este último planteamiento.

59. Este Supremo Tribunal considera que la asunción de esta tesis guarda concordancia con el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil que hace referencia a que el Juez puede “declarar” la nulidad manifiesta, mas no hace referencia a que el Juez puede solo “apreciar” la nulidad manifiesta, asimismo, el planteamiento en cuestión es consecuente con que el ejercicio, de oficio, de un poder por parte del Juez debe previamente promover el contradictorio entre las partes. Es justamente la apertura de este incidente contradictorio lo que remedia en gran medida la posible vulneración no solo del principio de contradictorio, sino también del principio dispositivo y del principio de congruencia. En efecto, en relación al principio de congruencia, debemos decir que el artículo 219 del Código Civil y el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil podrían conciliarse si entendemos que “el juez puede declarar la nulidad que no forma parte del petitorio, pero no debe significar que resuelva sin discusión de las partes

<sup>116</sup> Íd., p. 149.

<sup>117</sup> Íd., p. 150.

<sup>118</sup> Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial. *Material de lectura. Pleno Jurisdiccional Nacional Civil 2010*, Lima, 2010, p. 645.

<sup>119</sup> *Ibid.*

<sup>120</sup> *Ibid.*

<sup>121</sup> MARCOS GONZÁLES, María. *La apreciación de oficio de la nulidad contractual y de las cláusulas abusivas*, Civitas, Navarra, 2011, pp. 19 y ss.

<sup>122</sup> Íd., principalmente, pp. 53-56.

<sup>123</sup> Así lo explica, aunque sin suscribirse a dicha tesis: Íd., p. 21.

<sup>124</sup> Íd., principalmente, pp. 56-68.

sobre el particular<sup>125</sup>; asimismo, debemos tener en cuenta que la declaración de oficio de la nulidad guarda relación directa con el derecho que pretende efectivizar el demandante, pues aquél deriva, precisamente, del contrato que se considera manifiestamente nulo, además, se ha posibilitado a las partes y, específicamente, a la parte demandante, el plantear argumentos de defensa y aportar medios probatorios relativos a la nulidad del negocio jurídico, finalmente, proscribir la posibilidad de que el Juez declare de oficio la nulidad manifiesta “permitiría que las decisiones de los tribunales, por el silencio de las partes, pudieran tener su apoyo y base fundamental en hechos torpes o delictivos, absurdo ético jurídico inadmisibles”<sup>126</sup>. En relación al principio dispositivo, cierto es que en virtud de éste corresponde a los particulares iniciar el proceso judicial y fijar los extremos de la controversia, empero, también es cierto que excepcionalmente le está permitido al Juez incorporar al debate situaciones o cuestiones no alegadas por las partes como, por ejemplo, la caducidad, la actuación de medios probatorios de oficio, la aplicación de la norma jurídica correcta (*iura novit curia*) y la nulidad manifiesta, máxime, si como sucede en este último caso, se ven comprometidos intereses públicos. Además, así como en el Tercer Pleno Casatorio Civil (Casación N° 4664-2010-Puno), de fecha dieciocho de marzo de dos mil once, la flexibilización de determinados principios procesales (como el de iniciativa de parte, congruencia, formalidad y preclusión) encontró justificación en la especial tutela de las relaciones familiares, en el presente caso la flexibilización de los principios procesales de congruencia e iniciativa de parte encuentra justificación en la tutela de intereses generales que se ven perjudicados de forma manifiesta.

**60.** Luego, en relación al principio de contradictorio, ya está dicho que éste debe ser promovido por el Juez antes de que emita pronunciamiento sobre la nulidad, lo que significa que el Juez debe comunicar a las partes la posibilidad de fundar su decisión en la nulidad manifiesta del negocio jurídico que se pretende formalizar, especificando la causal de nulidad y concediéndoles un plazo igual al que se tuvo para contestar la demanda, para que éstas (las partes) puedan formular sus posiciones al respecto y aportar los medios probatorios que juzguen pertinentes, siendo el momento adecuado para que el Juez traiga a colación una posible nulidad no alegada por las partes, el momento anterior al saneamiento del proceso, pues, es posible que se pueda plantear como argumento de defensa, por ejemplo, una excepción de cosa juzgada o una excepción de litispendencia, en caso de que en relación a la causal que pretende considerar el Juez ya exista un pronunciamiento firme o ésta se encuentre siendo discutida ante otro órgano jurisdiccional, respectivamente. La calificación de los medios probatorios y las excepciones procesales relativas a la nulidad manifiesta serán resueltas en la audiencia única o -en caso de que ésta haya sido suspendida, justamente, con ocasión de que durante su realización el Juez advirtió una posible nulidad manifiesta en el negocio jurídico que se pretende formalizar y promovió el contradictorio- en la continuación de la Audiencia única. Si el Juez advierte la posibilidad de fundar su decisión en la nulidad manifiesta del negocio jurídico, en un momento posterior al saneamiento del proceso, el Juez, igualmente, antes de emitir sentencia, comunicará a las partes tal posibilidad, especificando la causal de nulidad y concediéndoles un plazo igual al que se tuvo para contestar la demanda, para que éstas puedan formular sus posiciones al respecto y aportar los medios probatorios que juzguen pertinentes, los cuales han de estar referidos únicamente a la posible nulidad manifiesta del negocio jurídico; y, de ser necesario, el Juez fijará fecha para una audiencia complementaria en la que se resolverán las (posibles) excepciones procesales, se calificarán y actuarán los (posibles) medios probatorios (cabe reiterar que las actuaciones estarán referidas únicamente a la pretensión incorporada de oficio) y se emitirá sentencia, salvo que el Juez reserve su decisión por el plazo de ley.

**61.** Finalmente, a fin de no vulnerar el principio de la doble instancia, debe existir pronunciamiento de parte de las dos instancias de mérito, en relación a la posible

nulidad manifiesta del negocio jurídico que se pretende formalizar. En consecuencia, si la instancia superior advierte una posible nulidad manifiesta, respecto de la cual la instancia inferior no ha emitido ningún pronunciamiento, se declarará la nulidad de la sentencia apelada, ordenándose que se promueva el contradictorio entre las partes en la forma antes señalada, esto es, concediéndoseles un plazo igual al que se tuvo para contestar la demanda, para que formulen sus posiciones al respecto y aporten los medios probatorios que juzguen pertinentes, y, de ser necesario, se cite a las partes a una audiencia complementaria. Si la posible nulidad manifiesta es advertida a nivel de la Corte Suprema, no habiendo, las instancias de mérito, emitido pronunciamiento sobre el particular, se declarará la nulidad de la sentencia de vista, la insubsistencia de la sentencia apelada y se ordenará que el Juez de primera instancia proceda conforme a lo antes señalado.

**62.** Si el Juez considera que el negocio jurídico que se pretende formalizar es manifiestamente nulo, lo declarará así en la parte resolutive de la sentencia y declarará, además, infundada la demanda de otorgamiento de escritura pública. Si el Juez considera que el negocio jurídico que se pretende formalizar no es manifiestamente nulo, expresará las razones de ello en la parte considerativa de la sentencia y en la parte resolutive únicamente se pronunciará sobre la pretensión de otorgamiento de escritura pública.

**63.** Emitido un precedente vinculante éste ha de ser observado por todo órgano jurisdiccional, incluyendo a aquél que lo emitió. Sin embargo, existen técnicas que permiten inaplicar un precedente vinculante, siendo las más conocidas: (i) la técnica del *distinguishing*; y (ii) la técnica del *overruling*. La técnica del *distinguishing* “es la operación por la cual el juez del caso concreto declara que no considera aplicable un determinado precedente vinculante respecto de la situación en examen, porque no concurren los mismos presupuestos de hecho que han justificado la adopción de la regla que estaría obligado a aplicar”<sup>127</sup>; en buena cuenta, la técnica del *distinguishing* permite evadir el efecto vinculante de un precedente para un caso concreto sobre la base de la existencia de diferencias fácticas entre el caso que se resuelve y el caso que motivó la emisión del precedente vinculante, pero sin llegar a modificarlo. La técnica del *overruling* “no se refiere a un simple problema de aplicación del precedente judicial –no se satisface con la no ocurrencia de sus consecuencias en el caso concreto-, sino va más allá de eso, ya que representa una *abrogación* de la propia norma adscrita aceptada como precedente. El *overruling* se presenta como el resultado de un *discurso de justificación* en que resulta descartada la propia *validez* de la regla antes visualizada como correcta”<sup>128</sup>; en buena cuenta la técnica del *overruling* permite cambiar el precedente vinculante por uno nuevo, es decir, se modifica el precedente vinculante pero no solo eso, sino que, además, se impone un precedente vinculante que sustituye al anterior. A su vez, el *overruling* puede ser de dos clases: (i) *overruling* retroactivo; y (ii) *overruling* prospectivo. En el *overruling* retroactivo la nueva regla jurisprudencial se aplica a los casos anteriores a su emisión, al caso concreto que motivó su emisión y a los casos futuros. Mientras que en el *overruling* prospectivo el nuevo precedente vinculante se aplica sólo a los

<sup>125</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. Ob. cit., p. 60.

<sup>126</sup> STS de 31 de diciembre de 1979, citada por: MARCOS GONZÁLES, María. Ob. cit., p. 183.

<sup>127</sup> MORETTI, Francesca. *El precedente judicial en el sistema inglés*, En: GALGANO, Francesco (Coordinador). *Atlas de Derecho Privado Comparado*, Fondo Cultural del Notariado, Madrid, 2000, p. 45.

<sup>128</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoría del Precedente Judicial. La justificación y la aplicación de reglas jurisprudenciales*, Traducción de Juan Carlos Panes Solórzano y Brian L. Ragas Solórzano, Ediciones Legales, Lima, 2016, p. 398.



casos futuros mas no a los casos anteriores a su emisión y tampoco al caso concreto que motivó su emisión, entonces, el *overruling* prospectivo “se configura como la posibilidad de un juez de modificar un precedente, considerado inadecuado para regular cierto supuesto con relación a todos los casos que se presenten en el futuro, decidiendo, sin embargo, el caso en examen aplicando la regla superada”<sup>129</sup>. No obstante, conforme da cuenta Juan Monroy<sup>130</sup>, existen variantes del *overruling* prospectivo como son: (i) la derogación prospectiva prospectiva, que consiste en posponer los efectos de la nueva regla a una fecha futura determinada; y (ii) la derogación cuasi-prospectiva, la nueva regla se aplica al caso concreto que motivó su emisión y a los casos futuros. Con todo, en las *judicial departures*, es decir, en los casos de apartamiento de un precedente vinculante (*distinguishing*; *overruling*, etc.), “la decisión precedente debe ser apropiadamente semejante al caso subsecuente. En última instancia, el precedente y el caso a ser decidido deben plantear las mismas cuestiones jurídicas, y el caso precedente ya debe haber resuelto la cuestión”<sup>131</sup>.

64. El poder que tiene el Juez de declarar de oficio la nulidad manifiesta de un negocio jurídico, importa que aquél podrá declararla –siempre que se haya propiciado el contradictorio- aun cuando las partes no hayan alegado la nulidad manifiesta en sus escritos postulatorios o en sus recursos impugnatorios (apelación o casación), pues, justamente, se trata de una declaración oficiosa que busca evitar que se lesionen intereses indisponibles por las partes. Por lo tanto, en aplicación de la técnica del *overruling* debe quedar superada la *ratio decidendi* contenida en el fundamento 39 del Primer Pleno Casatorio Civil (Casación N° 1465-2007-Cajamarca), de fecha veintidós de enero de dos mil ocho, que establecía que: “Situación diferente se manifestaría si es que al momento de resolver la excepción el juzgador considere –en el ejercicio del control judicial que prevé el artículo 220° del Código Civil- que las transacciones extrajudiciales presentadas son inválidas o ineficaces; supuesto éste que no se ha considerado en ninguna de las instancias de mérito, no siendo alegada tampoco por la demandante, aspecto que desde nuestro punto de vista también resultaría discutible, toda vez que bien podría haberse demandado la nulidad o anulabilidad de la transacción mencionada [...] De igual guisa [la nulidad manifiesta] tampoco podría actuarse de manera oficiosa puesto que [...] en sede casatoria nacional no es admisible la aplicación del principio jurídico del *iura novit curia*, al ser la Casación un recurso extraordinario que sólo permite a la Corte de Casación la revisión de los casos denunciados específicamente bajo los supuestos del artículo 386° del Código Procesal Civil, especificidad que impide el ejercicio de la facultad general del juez de aplicar el citado principio”. En efecto, conforme a lo antes señalado, la Corte de Casación puede advertir una nulidad manifiesta aun cuando las instancias de mérito no la hayan advertido en su oportunidad (y, en consecuencia, no hayan emitido pronunciamiento sobre el particular) y aun cuando (la nulidad manifiesta) no haya sido invocada como agravio en el recurso de casación, en cuyo caso, la Corte de Casación en decisión motivada y con expresa indicación de la causal de nulidad que podría haberse configurado en la celebración del negocio jurídico, declarará la nulidad de la sentencia de vista, la insubsistencia de la sentencia apelada y ordenará que el Juez de primera instancia, previa promoción del contradictorio entre las partes, emita pronunciamiento sobre la posible nulidad manifiesta. En suma, en un proceso de otorgamiento de escritura pública y, en general, en cualquier proceso civil de cognición, el Juez puede declarar de oficio, la nulidad manifiesta del negocio jurídico que se pretende formalizar, pero siempre que, previamente, haya promovido el contradictorio entre las partes en la forma señalada en el fundamento 60.

65. Por otro lado, en nuestro sistema jurídico, respecto a la forma en que el Juez debe ejercer el poder que le confiere el artículo 220 del Código Civil, en el Cuarto Pleno Casatorio Civil (Casación 2195-2011-Ucayali) de fecha trece de agosto de dos mil doce, se ha establecido como precedente vinculante (5.3.) que: “Si en el trámite de un proceso de desalojo, el Juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220° del Código Civil, sólo analizará

dicha situación en la parte considerativa de la sentencia –sobre la nulidad manifiesta del negocio jurídico-, y declarará fundada o infundada la demanda únicamente sobre el desalojo, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta” [el resaltado es nuestro]; de donde se tiene que el Juez no “declarará” la nulidad manifiesta, es decir, no emitirá pronunciamiento sobre el particular en la parte resolutive de la sentencia, sino que sólo la analizará en la parte considerativa, lo que conlleva a que aquello que se decida no tendrá la calidad de cosa juzgada, dejándose abierta la posibilidad de que se inicie un nuevo proceso en el que se peticione que se declare la validez del negocio jurídico que otro órgano jurisdiccional ya consideró manifiestamente nulo; asimismo, no se supedita el ejercicio del poder en cuestión a la promoción del contradictorio entre las partes. Pues bien, replanteado el tema de la forma en que el Juez debe ejercer el poder que le confiere el artículo 220 del Código Civil, se advierte que por las razones expuestas en los fundamentos 57, 58, 59 y 60, específicamente, por la necesidad de conciliar en la mayor medida posible la tutela de los intereses generales que se ven perjudicados con la nulidad y la tutela de las garantías procesales de las partes del proceso, las ventajas que, en coherencia y economía procesal, determina la “declaración” de la nulidad manifiesta, que posibilita que aquélla adquiera la calidad de cosa juzgada, la concordancia con la literalidad del artículo 220 del Código Civil que hace referencia a la “declaración” y no a la (sola) “apreciación”, la necesidad de propiciar el contradictorio entre las partes, etc.; este Supremo Tribunal considera que, en aplicación de la técnica del *overruling* que permite cambiar un precedente vinculante, corresponde modificar el citado precedente vinculante contenido en el punto 5.3. del Cuarto Pleno Casatorio Civil (Casación 2195-2011-Ucayali) de fecha trece de agosto de dos mil doce, debiéndose entender en lo sucesivo que: “Si en el trámite de un proceso de desalojo, el Juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220° del Código Civil, previa promoción del contradictorio entre las partes, declarará dicha situación en la parte resolutive de la sentencia y, adicionalmente, declarará fundada o infundada la demanda de desalojo, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta”. En general, la declaración de oficio de la nulidad manifiesta de un negocio jurídico puede producirse en cualquier proceso civil de cognición siempre que la invalidez del referido negocio jurídico guarde relación directa con la solución de la controversia y que, previamente, se haya promovido el contradictorio entre las partes. Ciertamente es que el presente Pleno Casatorio se emite en un proceso de otorgamiento de escritura pública, mientras que el precedente vinculante (que se modifica) contenido en el punto 5.3. del Cuarto Pleno Casatorio Civil fue emitido en un proceso de desalojo, sin embargo, no puede perderse de vista que ambos llegan a ocuparse de la forma en que el Juez debe ejercer el poder que le confiere el artículo 220 del Código Civil, ambos han establecido el lineamiento en cuestión en el marco de un proceso sumarísimo y no existe razón alguna que justifique un trato diferenciado para el ejercicio del referido poder, esto es, que el mismo sea ejercido de una forma en el proceso (sumarísimo) de desalojo y de

<sup>129</sup> MATTEI, Ugo. *Stare decisis en los Estados Unidos*, En: GALGANO, Francesco (Coordinador). *Atlas de Derecho Privado Comparado*, ob. cit., p. 60.

<sup>130</sup> MONROY GÁLVEZ, Juan. *Apuntes sobre la doctrina del precedente y su influencia en el civil law*, Disponible en: <[www.jusdem.org.pe/webhechos/CUARTA/12.RTE](http://www.jusdem.org.pe/webhechos/CUARTA/12.RTE)> p. 24 del documento (Consulta: 15/07/16).

<sup>131</sup> SUMMERS, Robert y ENG, Svein. “Departures from precedent”, In: MACCORMICK, Neil y SUMMERS, Robert. *Interpreting precedents – A Comparative Study*, Aldershot, Ashgate, p. 521, citados por BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Ob. cit., pp. 397-398.

otra forma en el proceso (sumarísimo) de otorgamiento de escritura pública.

66. Finalmente, cabe señalar que los precitados cambios en los precedentes vinculantes serán de aplicación para los casos en los que aún no existe cosa juzgada, es decir, no afectarán lo decidido conforme a los precedentes vinculantes preexistentes.

#### IV.7. Casos específicos sobre otorgamiento de escritura pública

##### IV.7.1. El otorgamiento de escritura pública del contrato de compraventa.-

67. El contrato de compraventa es aquél por medio del cual un sujeto (denominado, vendedor) transfiere o se obliga a transferir la propiedad de un bien a otro (denominado, comprador) y éste se obliga a pagar su precio en dinero. En efecto, tratándose de un bien inmueble, la transferencia de la propiedad se producirá con el solo acuerdo entre las partes sobre el bien y el precio, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario (interpretación sistemática de los artículos 949 y 1529 del Código Civil), mientras que tratándose de un bien mueble, sí se genera una obligación de transferir la propiedad que se ejecutará con la entrega del bien (interpretación sistemática de los artículos 947 y 1529 del Código Civil). Como se ha visto, este contrato genera una serie de efectos obligacionales, tales como: la obligación de pagar el precio (artículo 1558 del Código Civil), la obligación de entregar el bien (artículo 1549 y 1550 del Código Civil), la obligación de entregar los documentos y títulos relativos a la propiedad del bien (artículo 1551 del Código Civil), la obligación de formalizar el contrato (artículo 1549 del Código Civil), etc.

68. Es el cumplimiento de una de estas específicas obligaciones (la de formalizar el contrato) lo que constituye la pretensión más usual en los procesos de otorgamiento de escritura pública, de ahí la necesidad de analizar el fundamento y la viabilidad de esta pretensión. El artículo 1412 del Código Civil, que sustenta la pretensión de otorgamiento de escritura pública, establece que: “**Si por mandato de la ley o por convenio debe otorgarse escritura pública o cumplirse otro requisito que no revista la forma solemne prescrita legalmente o la convenida por las partes por escrito bajo sanción de nulidad, éstas pueden compelirse recíprocamente a llenar la formalidad requerida**” [el resaltado es nuestro]. Pues bien, el contrato de compraventa no es uno cuya celebración deba observar una determinada forma bajo sanción de nulidad (forma solemne legal) y si las partes no se han impuesto la observancia de una determinada forma para su celebración (forma solemne convencional), puede ser celebrado en cualquier forma. En este caso la obligación de elevar a escritura pública el contrato puede derivar de la autonomía privada de las partes, en caso de que hayan previsto dicha obligación en el programa contractual, pero aun cuando las partes no la hayan previsto, tal obligación viene impuesta por ley, específicamente, por el artículo 1549 del Código Civil que establece que: “**Es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien**”. Así es, esta obligación de perfeccionar la transferencia de la propiedad que tiene a su cargo el vendedor supone la realización de aquellos actos que le permitan al comprador ejercitar a plenitud su derecho de propiedad<sup>132</sup>, esto es, que le permitan usar, disfrutar, disponer, reivindicar y oponer el derecho adquirido, de manera que entre tales actos se encuentran: la entrega del bien y el otorgamiento de la escritura pública, pues ésta es necesaria para el acceso al Registro Público, instrumento que permitirá que el derecho subjetivo en cuestión alcance la mayor oponibilidad. En similar sentido se ha dicho que “la obligación de perfeccionar la transferencia de la propiedad impuesta por el artículo 1549 del Código Civil, lejos de ser asimilada a la *necessitas* de completar dicha transferencia (o a la de producirla o a la de entregar el bien), debe ser asimilada a la *necessitas* de realizar todos los actos necesarios para otorgar oponibilidad a la propiedad transferida”<sup>133</sup>, y uno de esos actos, sin duda el principal, es el otorgamiento de escritura pública, presupuesto necesario para el acceso al Registro Público.

##### IV.7.2. El otorgamiento de escritura pública del contrato de donación y del contrato de anticresis.-

69. El contrato de donación es aquél por medio del cual un sujeto (denominado donante) transfiere o se obliga a transferir gratuitamente la propiedad de un bien (artículo 1621 del Código Civil). Transfiere, en caso de tratarse de un bien inmueble, y se obliga a transferir, en caso de tratarse de un bien mueble. Aunque este contrato sea, al igual que el contrato de compraventa, un contrato traslativo de dominio; el contrato de donación y el contrato de compraventa presentan, entre otras, una importante diferencia, aquél constituye un contrato con forma vinculada, específicamente, con forma solemne legal, es decir, un contrato que, por imposición de una norma, debe observar una específica forma para que se considere válidamente celebrado.

70. De acuerdo con el artículo 1624 del Código Civil<sup>134</sup>, si el bien materia de transferencia es un bien mueble y su valor supera el 25% de la Unidad Impositiva Tributaria, vigente al momento de la celebración del contrato, éste se deberá hacer por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad; y de acuerdo con el artículo 1625 del Código Civil<sup>135</sup>, si el bien materia de transferencia es un bien inmueble, el contrato de donación deberá celebrarse por escritura pública, bajo sanción de nulidad. Luego, si de acuerdo con el artículo 1412 del Código Civil, que sustenta la pretensión de otorgamiento de escritura pública, las partes pueden compelirse al otorgamiento de escritura pública siempre que ésta no constituya forma solemne (legal o convencional) para la celebración del contrato, entonces, no resulta viable que se pretenda el otorgamiento de escritura pública de una minuta de donación inmobiliaria, ya que aquélla (la escritura pública) constituye una forma solemne legal, por lo que al no haberse observado dicha forma el referido contrato de donación es un contrato nulo (artículo 219.6 del Código Civil<sup>136</sup>) que, como tal, no produce ningún efecto jurídico y, por lo tanto, la demanda incurriría en causal de improcedencia por petitorio jurídicamente imposible, prevista, actualmente, en el inciso 5 del artículo 427 del Código Procesal Civil<sup>137</sup>. Sobre el particular existe uniformidad a nivel jurisprudencial, véase, por ejemplo, la Casación 1188-2009-La Libertad: “**Quinto: Que, con relación a la forma que debe guardarse en la celebración de los actos de donación, el artículo 1621 del Código Civil establece que en esta clase de actos jurídicos el donante se obliga a transferir gratuitamente al donatario la propiedad de un bien y el artículo 1625 del citado texto material señala que la donación de bienes inmuebles, debe hacerse por escritura pública, con indicación individual del inmueble o inmuebles donados, de su valor real y el de las cargas que ha de satisfacer el donatario, bajo sanción de nulidad, coligiéndose de ello que el legislador estableció una formalidad ad solemnitatem para la celebración de este acto jurídico, que consiste en el otorgamiento de la escritura pública en la que concurren ambas voluntades, la del donante, que se obliga a transferir la propiedad de un**

<sup>132</sup> ARIAS-SCHEREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 1998, p. 65.

<sup>133</sup> ESCOBAR ROZAS, Freddy. *El contrato y los efectos reales. Análisis del sistema de transferencia de propiedad adoptado por el código civil peruano*. En: *Ius et veritas*, Revista de los estudiantes de la facultad de Derecho de la PUCP, Número 25, Lima, 2002, pp. 264-265.

<sup>134</sup> Artículo 1624 del Código Civil.- “Si el valor de los bienes muebles excede el límite fijado en el artículo 1623, la donación se deberá hacer por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad [...]”.

<sup>135</sup> Artículo 1625 del Código Civil.- “La donación de bienes inmuebles, debe hacerse por escritura pública, con indicación individual del inmueble o inmuebles donados, de su valor real y el de las cargas que ha de satisfacer el donatario, bajo sanción de nulidad”.

<sup>136</sup> Artículo 219 del Código Civil.- “El acto jurídico es nulo: [...] 6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad”.

<sup>137</sup> Artículo 427 del Código Procesal Civil.- “El Juez declara improcedente la demanda cuando: [...] 5. El petitorio fuese jurídica o físicamente imposible”.

bien y la del donatario que se traduce en la aceptación de la liberalidad, acorde con lo establecido en el artículo 1351 del Código Civil que señala que el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial y el artículo 1352 según el cual los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad.

**Sexto:** Por consiguiente, la posibilidad señalada en el artículo 1412 del Código Sustantivo de compelerse entre las partes de un acuerdo a llenar las formalidades que exige la ley respecto de un contrato de donación, no resulta de aplicación a este caso habida cuenta que no existe por parte del demandado una manifestación de voluntad al ser dicho acto un acto jurídico unilateral; máxime si en este caso ha existido contradicción desde el inicio del presente proceso, además, por cuanto esta norma sirve para dar forma al acto constituido y no para constituir el acto mismo, razón por la cual la pretensión planteada deviene en un imposible jurídico a tenor de lo dispuesto en el artículo 427 numeral 6) del Código Procesal Civil, no apreciándose por consiguiente la interpretación errónea de la norma denunciada".

**71.** Respecto del contrato de anticresis que es aquél por medio del cual el deudor o un tercero se obliga a entregar un inmueble al acreedor en garantía del crédito (es decir, de su realización) a fin de que el acreedor perciba los frutos, imputándolos a los intereses y gastos, y luego al capital<sup>138</sup> (artículos 1091<sup>139</sup> y 1093 del Código Civil<sup>140</sup>); debe arribarse a la misma conclusión, pues este contrato, al igual que el contrato de donación inmobiliaria, también debe ser celebrado por escritura pública, bajo sanción de nulidad (artículo 1092 del Código Civil), es decir, la escritura pública constituye forma solemne legal para celebración del contrato de anticresis. Luego, si de acuerdo con el artículo 1412 del Código Civil, que sustenta la pretensión de otorgamiento de escritura pública, las partes pueden compelerse al otorgamiento de escritura pública siempre que ésta no constituya forma solemne (legal o convencional) para la celebración del contrato, entonces, no resulta viable que se pretenda el otorgamiento de escritura pública de una minuta de anticresis, ya que, al no haberse celebrado por escritura pública, el referido contrato de anticresis es un contrato nulo (artículo 219.6 del Código) que, como tal, no produce ningún efecto jurídico y, por lo tanto, la demanda incurriría en causal de improcedencia por petitório jurídicamente imposible, prevista, actualmente, en el inciso 5 del artículo 427 del Código Procesal Civil.

#### IV.8. Control de eficacia del acto que se pretende elevar a escritura pública.-

**72.** En las líneas precedentes hemos visto que en los procesos de otorgamiento de escritura pública el Juez debe realizar un específico control de validez del negocio jurídico que se pretende formalizar, es decir, debe constatar que éste no incurra en una nulidad manifiesta. Pero éste no es el único control que puede realizar el Juez, quien podrá, además, realizar un control de eficacia del negocio jurídico o, en otras palabras, deberá verificar que la obligación de formalizar el contrato resulte exigible, pues el resultado de este control determinará el amparo o rechazo de la pretensión de otorgamiento de escritura pública. A continuación, y sin que se pretenda realizar una relación taxativa, se enunciarán algunos supuestos que podrán ser analizados dentro del control de eficacia del negocio jurídico que se pretende formalizar.

#### IV.8.1. La condición suspensiva, el plazo suspensivo y el otorgamiento de escritura pública.-

**73.** Una de las circunstancias que se deben tener en cuenta en el control de eficacia (o exigibilidad) es la presencia de alguna condición suspensiva o plazo suspensivo en el contrato que se pretende formalizar.

**74.** La condición y el plazo son mecanismos o instrumentos de autonomía privada, es decir, de ese poder que le permite a los sujetos regular sus propios intereses<sup>141</sup>: instrumentos que las partes pueden insertar o no en el programa contractual y que, si lo hacen, influirán sobre

los efectos del contrato de manera conforme a los planes y a los intereses de aquellas<sup>142</sup>. La condición y el plazo inciden en la eficacia del contrato, no en su existencia, ni en su vinculabilidad, ni en su validez. El contrato sujeto a condición o a plazo, es un contrato que ha cumplido su procedimiento de formación, es un contrato que vincula a las partes y genera deberes instrumentales a cargo de las partes y, es además, un contrato válido, a menos que su validez se vea perjudicada por un defecto de la condición<sup>143</sup>, como alguno de aquellos previstos en los artículos 171<sup>144</sup> y 172<sup>145</sup> del Código Civil.

**75.** La condición es un evento futuro e incierto de cuya verificación se hace depender la eficacia del contrato. Podemos distinguir entre condición suspensiva y condición resolutoria: **(i)** La condición suspensiva es aquella que determina que el contrato no produzca sus efectos (o alguno de ellos) sino hasta que se verifique el evento futuro e incierto puesto como condición, recién a partir de este momento el contrato producirá sus efectos (o alguno en particular): el contrato ineficaz deviene en eficaz; **(ii)** La condición resolutoria es aquella que determina que el contrato deje de producir sus efectos una vez que se haya verificado el evento futuro e incierto puesto como condición: el contrato eficaz deviene en ineficaz. En este momento nos interesa detenernos en la primera, es decir, en la condición suspensiva.

**76.** Dentro del control de eficacia (o exigibilidad) en los procesos de otorgamiento de escritura pública, es posible analizar la presencia de una condición suspensiva en el programa contractual, siempre que la parte demandada alegue la falta de verificación del evento futuro e incierto puesto como condición. Como se ha visto, la condición suspensiva puede determinar que el contrato no produzca ninguno de sus efectos o solamente alguno de ellos como podría ser la obligación de elevar a escritura pública el contrato. Respecto a esta última posibilidad es usual encontrar que las partes han convenido que la obligación de elevar a escritura pública el contrato, que tiene a su cargo una parte, se ejecutará una vez que la otra parte haya ejecutado una contraprestación a su cargo (por ejemplo, se supedita la obligación de elevar a escritura pública el contrato, que tiene a su cargo el vendedor, al hecho de que el comprador pague el precio de venta o una parte del mismo). Recuértese que la condición suspensiva "tutela contra el riesgo que un evento, esperado por las partes (o por una parte) como de su propio interés, no se verifique o se verifique demasiado tarde"<sup>146</sup> y, en este caso, ese evento sería el recibir la contraprestación (por ejemplo, el pago del precio).

**77.** Pues bien, si lo que se ha supeditado a una condición suspensiva es el efecto específico consistente en la obligación de elevar a escritura pública el contrato y el demandante no logra acreditar la verificación del evento puesto como condición, la demanda será declarada improcedente por manifiesta falta de interés para obrar (artículo 427.2 del Código Procesal Civil).

<sup>138</sup> GAZZONI, Francesco. Ob. cit., p. 1190.

<sup>139</sup> Artículo 1091 del Código Civil: "Por la anticresis se entrega un inmueble en garantía de una deuda, concediendo al acreedor el derecho de explotarlo y percibir sus frutos".

<sup>140</sup> Artículo 1093 del Código Civil: "La renta del inmueble se aplica al pago de los intereses y gastos, y el saldo al capital".

<sup>141</sup> BETTI, Emilio. Ob. cit., pp. 57-59.

<sup>142</sup> ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., p. 594.

<sup>143</sup> Cfr. ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., p. 564.

<sup>144</sup> Artículo 171 del Código Civil: "La condición suspensiva ilícita y la física o jurídicamente imposible invalidan el acto. La condición resolutoria ilícita y la física o jurídicamente imposible se consideran no puestas".

<sup>145</sup> Artículo 172 del Código Civil: "Es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor".

<sup>146</sup> ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., p. 565.

78. Cabe precisar que un contrato sujeto a alguna condición puede acceder al Registro Público (lo que presupone que aquél haya sido elevado a escritura pública, es decir, que esta específica obligación no haya sido supeditada a la verificación de algún evento ulterior), posibilidad que guarda concordancia con lo establecido en el inciso 4 del artículo 2019 del Código Civil según el cual: “*Son inscribibles en el registro del departamento o provincia donde esté ubicado cada inmueble: [...] 4. El cumplimiento total o parcial de las condiciones de las cuales dependen los efectos de los actos o contratos registrados*”, y en el primer párrafo del artículo 173 del citado cuerpo normativo de acuerdo con el cual: “*Pendiente la condición suspensiva, el adquirente puede realizar actos conservatorios*”.

79. El plazo es un evento futuro y cierto de cuyo acaecimiento se hace depender la eficacia del contrato. Podemos distinguir entre plazo suspensivo y plazo resolutorio: (i) El plazo suspensivo es aquél que determina que el contrato no produzca sus efectos sino hasta que llegue el evento futuro y cierto establecido por las partes, recién a partir de este momento el contrato producirá sus efectos: el contrato ineficaz deviene en eficaz; (ii) El plazo resolutorio es aquél que determina que el contrato deje de producir sus efectos cuando llegue el evento futuro y cierto establecido por las partes: el contrato eficaz deviene en ineficaz.

80. Nos interesa detenernos en el primero, es decir, en el plazo suspensivo, y precisar una ulterior diferencia: entre plazo del negocio jurídico y plazo de cumplimiento (o plazo de la obligación). El plazo del negocio jurídico determina el momento del nacimiento o de la extinción de una obligación (o de un efecto en general), en tanto que el plazo de cumplimiento indica el momento en que debe ser ejecutada la prestación relativa a una obligación ya surgida<sup>147</sup>, por ejemplo, cuando las partes establecen que la prestación de elevar a escritura pública el contrato que suscriben debe ser ejecutada dentro de seis meses, en este caso la obligación ya surgió y el deudor (vendedor), si el plazo es en su favor, puede liberarse en el período correspondiente al tiempo intermedio, o sea hasta la expiración del sexto mes<sup>148</sup>. El plazo de cumplimiento puede ser estipulado en beneficio del deudor, del acreedor o de ambos. Si es en beneficio del deudor, éste puede ejecutar la prestación antes del vencimiento del plazo pero el acreedor no podrá exigir la prestación sino al vencimiento. Si es en beneficio del acreedor, éste podrá exigir la ejecución de la prestación aun antes del vencimiento del plazo sin que el deudor pueda rehusarse y a su vez este último no podrá ejecutar la prestación si el acreedor no lo acepta. Si el plazo es en beneficio de ambos, ni el deudor podrá ejecutar la prestación antes del vencimiento del plazo, ni el acreedor podrá exigir la prestación antes<sup>149</sup>. El plazo se presume estipulado a favor del deudor, salvo que se pruebe que lo ha sido a favor del acreedor o de ambos (artículo 179 del Código Civil).

81. Dentro del control de eficacia (o exigibilidad) en los procesos de otorgamiento de escritura pública, es posible analizar la presencia de un plazo suspensivo o la de un plazo de cumplimiento en el programa contractual, situaciones que incluso pueden ser apreciadas de oficio por el Juez. Pues bien, si todos los efectos del contrato (entre ellos, la obligación de formalizarlo) se encuentran sujetos a un plazo suspensivo que aún no ha vencido, la demanda será declarada improcedente por manifiesta falta de interés para obrar (artículo 427.2 del Código Procesal Civil). Si la obligación de elevar a escritura pública el contrato se encuentra sujeta a un plazo de cumplimiento que aún no ha vencido y que, además, ha sido estipulado en beneficio del deudor (vendedor), y a menos que éste exprese su voluntad de renunciar a dicho beneficio, la demanda será declarada improcedente por manifiesta falta de interés para obrar (artículo 427.2 del Código Procesal Civil).

#### IV.8.2. La excepción de incumplimiento y el otorgamiento de escritura pública.-

82. Otra de las circunstancias que se deben tener en cuenta en el control de eficacia (o exigibilidad) es el posible ejercicio legítimo de la excepción de incumplimiento.

83. No obstante, es pertinente recordar que la posibilidad

de analizar el ejercicio legítimo de la excepción de incumplimiento dentro de un proceso de otorgamiento de escritura pública, ha merecido pronunciamientos contradictorios a nivel jurisprudencial. Así, por un lado, encontramos, por ejemplo, la Casación N° 4553-2013-Del Santa: “[...] 4.3. Es de recordar y precisar que este caso, lo que discute es “determinar si es procedente el otorgamiento de la escritura pública, a favor de la parte demandante, respecto del bien inmueble adjudicado por la emplazada, según el documento de formalización de adjudicación, ubicado en el lote veintiuno, manzana m-5, de la urbanización popular bella mar, sector iv, segunda etapa, nuevo Chimbote” 4.4. en ese sentido, la indicada pretensión se tramita en un proceso de cognición sumaria (por contemplar plazos más breves, menor cantidad de actos procesales y la concentración de las audiencias en una sola, denominada audiencia única, en la que no hay posibilidad de una mayor amplitud del contradictorio), en donde no se puede cuestionar la validez del acto jurídico, pues el objeto del juicio probatorio es darle formalidad al acto existente, sea por mandato de la ley o por convenio entre las partes. Ello es así, porque la pretensión de otorgamiento de escritura pública (mal llamado proceso u procedimiento), prevista en el artículo 1412 del código civil, es la consecuencia jurídica de formalizar el acto jurídico celebrado. 4.5. en este caso, se pretende dar formalidad al “documento de formalización de adjudicación” del veintisiete de noviembre de dos mil ocho, cuya existencia está demostrada, y corroborada con las propias afirmaciones de la demandada; quien ha reconocido la existencia de esa obligación contenida en el documento citado; por lo que el acto requiere ser dotado de las garantías de seguridad necesaria para el tráfico jurídico y que pueda ser oponible a terceros; sin que en este proceso se puedan analizar los elementos de validez del mismo, tales como la manifestación de voluntad de agente, representante de la caja, para celebrar la “formalización de adjudicación”, ni la forma de pago del precio del objeto de la compraventa. 4.6. si bien, en los puntos controvertidos se fijó “determinar si la parte demandante ha cumplido con el pago del precio del lote materia de litis y si ha seguido el procedimiento establecido por la entidad demandada para la adquisición y adjudicación”; aquello carece de relevancia fáctica y jurídica, para resolver la pretensión propuesta; que en todo caso, la parte que se considere perjudicado con el acto jurídico del que emana la obligación de formalización, lo deberá cuestionar vía acción, en otro proceso”. De donde se tiene que se acoge el criterio según el cual en un proceso de otorgamiento de escritura pública no se puede discutir la excepción de incumplimiento, criterio que se sustenta en las siguientes razones: (i) En los procesos de otorgamiento de escritura pública sólo se busca dotar a un determinado acto de las garantías de seguridad necesarias para el tráfico jurídico y que pueda ser oponible a terceros; (ii) determinar si la parte ha cumplido con el pago del precio de venta, carece de relevancia fáctica y jurídica para resolver la pretensión propuesta; (iii) la parte que se considera perjudicada con el acto jurídico del que emana la obligación de formalización, lo deberá cuestionar vía acción, en otro proceso.

84. Y, por otro lado, encontramos, por ejemplo, la Casación N° 943-2005-Lima: “**Séptimo:** que, si bien el contrato de compraventa genera la obligación del vendedor de transferir la propiedad del bien conforme al artículo 1529, sin embargo la misma norma también establece que es obligación del comprador pagar el precio en dinero; situación que en el caso de autos no ha sido acreditado por el demandante, quien no ha cancelado el precio ni parte del mismo; resultando de obligación en el

<sup>147</sup> BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Humberto; BUSNELLI, Francesco; NATOLI, Ugo. Ob. cit., p. 969.

<sup>148</sup> Ibid.

<sup>149</sup> TORRES VÁSQUEZ, Anibal. *Acto Jurídico*, pp. 495-496.

caso de autos el precepto contenido en el artículo 1426 del código civil que establece que en los contratos con prestaciones recíprocas en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho a suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento. **Octavo:** que, la norma acotada debe ser interpretada en concordancia con el principio de la buena fe a que se refiere el artículo 1362 del código civil, en virtud del cual los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes; debiendo entenderse que se configura la excepción de incumplimiento a que se refiere el artículo 1426 del código civil cuando la parte que solicita el cumplimiento de la obligación no ha cumplido con su obligación o con una parte sustantiva de la misma que lo legitime a solicitar la contraprestación a cargo de la otra, no resultando acorde con el principio de la buena fe contractual que el actor haya solicitado el otorgamiento de la escritura pública sin siquiera haber cancelado parte del precio ni haber solicitado la consignación del mismo. **Noveno:** que en consecuencia, se ha incurrido en inaplicación de lo preceptuado en el artículo 1426 del código civil, así como de los artículos 1529 y 1558 del mismo código respecto de la obligación del comprador de pagar el precio del bien no resultando procedente la demanda de otorgamiento de escritura pública formulada por el actor, quien no ha cumplido con su obligación o con parte sustantiva de la misma que lo legitime para solicitar de su contraparte el perfeccionamiento de la transferencia [...]. De donde se tiene que se acoge el criterio según el cual en un proceso de otorgamiento de escritura pública si se puede discutir la excepción de incumplimiento, criterio que se sustenta en las siguientes razones: (i) si bien el contrato de compraventa genera la obligación del vendedor de perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien, también genera la obligación del comprador de pagar el precio en dinero; (ii) si el demandante no ha cancelado el precio ni parte del mismo, resulta de aplicación el artículo 1426 del Código Civil que establece que en los contratos con prestaciones recíprocas en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho a suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento; (iii) no resulta procedente la demanda de otorgamiento de escritura pública formulada por el demandante cuando éste no ha cumplido con su obligación de pagar el precio de venta, pues solo esto lo legitima para solicitar de su contraparte el perfeccionamiento de la transferencia. Por lo tanto, corresponde uniformizar los criterios sobre el particular.

**85.** La excepción de incumplimiento o *exceptio non adimpleti contractus* "es un poder de autotutela que tiene por efecto legitimar la suspensión de la ejecución de la prestación a cargo de uno de los contratantes, mientras el otro contratante no cumpla su obligación"<sup>150</sup> o garantice cumplirla (artículo 1426 del Código Civil). Así, si bien el excepcionante se encuentra en situación de incumplimiento, la misma encuentra justificación al ser un modo legítimo de reacción contra el demandante quien también se encuentra en situación de incumplimiento.

**86.** La excepción de incumplimiento constituye, entonces, un instrumento que resulta idóneo "para contrarrestar las acciones de cumplimiento, de ejecución en forma específica, de resolución del contrato, y más en general de toda acción que el otro contratante pueda realizar contra el excepcionante sobre el presupuesto de su incumplimiento"<sup>151</sup>.

**87.** La excepción de incumplimiento tiene como requisitos: (i) La existencia de un contrato con prestaciones recíprocas; (ii) la exigibilidad de ambas prestaciones; (iii) la falta de cumplimiento de ambas prestaciones; y (iv) el ejercicio no opuesto a la buena fe<sup>152</sup>. Para el ejercicio legítimo de la excepción de incumplimiento se precisa, entonces, de la presencia de un contrato que reporte tanto un beneficio como un sacrificio para cada una de las partes, que al momento del requerimiento de la ejecución de la prestación, tanto ésta como la contraprestación resulten exigibles, que ninguna de las prestaciones haya sido cumplida y que el ejercicio de la excepción no sea contrario a la buena fe que debe estar presente incluso en la etapa de ejecución del contrato (artículo 1362 del

Código Civil<sup>153</sup>), lo que significa, entre otras cosas, que no se puede hacer valer la excepción en cuestión frente a un incumplimiento de escasa importancia. Conviene precisar que por incumplimiento debemos entender la "inexistente o inexacta ejecución de la prestación debida. Éste se distingue principalmente en incumplimiento total (la prestación es del todo no ejecutada) y cumplimiento inexacto (la prestación es cuantitativamente o cualitativamente inexacta)"<sup>154</sup>. Dentro del cumplimiento inexacto encontramos al cumplimiento defectuoso, el cumplimiento parcial y el cumplimiento tardío. La excepción de incumplimiento puede hacerse valer tanto frente a un incumplimiento total como frente a un cumplimiento inexacto (artículo 1220<sup>155</sup>, 1221 del Código Civil<sup>156</sup>), siempre que se altere gravemente la proporcionalidad o el equilibrio entre las prestaciones (artículo 1362 del Código Civil).

**88.** Este Supremo Tribunal considera que en los contratos relativos a la transferencia de la propiedad, a la constitución de un derecho real y, en general, a la transferencia o constitución de cualquier derecho susceptible de acceder al Registro Público a los efectos de ganar mayor oponibilidad, la obligación de elevar a escritura pública el contrato, constituye, salvo pacto en contrario, una obligación principal, por aplicación analógica del artículo 1549 del Código Civil, por lo que el cumplimiento de tal obligación puede suspenderse legítimamente en caso de que la contraparte haya a su vez incumplido una obligación principal a su cargo. Así, por ejemplo, en el caso del contrato de compraventa tenemos que el comprador asume la obligación de pagar el precio de venta (artículo 1558 del Código Civil), mientras que el vendedor asume, entre otras, la obligación de perfeccionar la transferencia de la propiedad que -como hemos visto- se traduce en la realización de aquellos actos dirigidos a que el derecho transferido obtenga mayor oponibilidad, entre los cuales encontramos el otorgamiento de escritura pública. Es más, el propio Código Civil cataloga a esta obligación como una de carácter esencial o principal: "**Es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien**" [el resaltado es nuestro]. Luego, si el comprador (demandante) peticiona la formalización del contrato sin haber cumplido su obligación de pagar el precio, resulta legítimo que el vendedor (demandado) suspenda el cumplimiento de aquella obligación hasta que el comprador cumpla o garantice cumplir la obligación que le corresponde. En ese mismo sentido se ha dicho que: "Considerando que el otorgamiento de escritura pública es un acto que otorga oponibilidad a la adquisición del comprador, este es, guste o no, un deber legal y esencial, en consecuencia el vendedor

<sup>150</sup> BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. V. La Responsabilità*, Giuffrè Editore, Milano, 1994, p. 339.

<sup>151</sup> BIANCA, Massimo. *La Responsabilità*, ob. cit., p. 342.

<sup>152</sup> Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*, Segunda Parte - Tomo IV, Volumen XV, En: *Para leer el Código Civil*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 1996, pp. 233-240; MORALES HERVIAS, Rómulo. *Patologías y Remedios del Contrato*, Jurista Editores, Lima, 2011, p. 275.

<sup>153</sup> Artículo 1362 del Código Civil: "Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes".

<sup>154</sup> BIANCA, Massimo. *La Responsabilità*, ob. cit., p. 1.

<sup>155</sup> Artículo 1220 del Código Civil.- "Se entiende efectuado el pago sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación".

<sup>156</sup> Artículo 1221 del Código Civil.- "No puede compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación objeto de la obligación, a menos que la ley o el contrato lo autoricen. Sin embargo, cuando la deuda tiene una parte líquida y otra ilíquida, puede exigirse al acreedor el pago de la primera, sin esperar que se liquide la segunda".

puede negarse a otorgar la escritura pública si no se ha cumplido con el pago del precio<sup>157</sup>.

**89.** Con todo, dentro del control de eficacia (o exigibilidad) en los procesos de otorgamiento de escritura pública, el Juez podrá analizar el ejercicio de la excepción de incumplimiento, la misma que -en tanto excepción material y no procesal- será analizada al resolver el fondo de la controversia. Pues bien, en caso de advertirse el ejercicio legítimo de una excepción de incumplimiento, la demanda será declarada improcedente por manifiesta falta de interés para obrar (artículo 427.2 del Código Procesal Civil).

#### IV.8.3. La resolución por incumplimiento y el otorgamiento de escritura pública.-

**90.** Otra de las circunstancias que se deben tener en cuenta en el control de eficacia (o exigibilidad) es la posible resolución del contrato que se pretende elevar a escritura pública.

**91.** Es pertinente recordar que la posibilidad de analizar la resolución del contrato que se pretende formalizar, dentro de un proceso de otorgamiento de escritura pública, ha merecido pronunciamientos contradictorios a nivel jurisprudencial. Así, por un lado, encontramos, por ejemplo, la Casación N° 2496-2005-Lima: “[...] **7)** En la Ejecutoria Suprema obrante a fojas sesientos veinticuatro, se ha establecido que no es materia de decisión en procesos como el presente, la determinación del cumplimiento del pago, pues la finalidad de la pretensión planteada es simplemente formalizar el acto constituido y no modificarlo ni ampliarlo, ni tampoco determinar la correcta ejecución del pago. **8)** En el contrato de compraventa del referido bien, no se constata que se haya condicionado el otorgamiento de la escritura pública a su realización o que se haya suspendido su cumplimiento ante el incumplimiento de la parte contraria previa comunicación cursada para dicho efecto. **Quinto.-** De lo expuesto, se llega a la convicción de que no siendo el tema decidendum el establecer en este proceso la presunta falta de pago en que habrían incurrido los demandados respecto del precio del bien sub litis, carece de objeto dilucidar la alegada resolución del contrato de compraventa sub materia [...] **Undécimo.-** Finalmente, en cuanto a la denuncia casatoria referida a la inaplicación del artículo 1430 del Código Civil, el recurrente señala, que en representación de sus mandantes comunicó a los actores que el contrato sub materia había quedado resuelto por falta de pago, en virtud de encontrarse adeudado treinticuatro letras de cambio y que por dicha razón -sostiene- que debían desocupar el inmueble sub litis, pues a consecuencia de la resolución producida el contrato había fenecido, siendo que al dirimirse la litis no se ha tenido en cuenta la carta notarial de fecha dieciséis de mayo del dos mil uno, mediante la cual se resolvió el referido contrato por falta de pago. **Duodécimo.-** El numeral 1430 del Código Sustantivo antes mencionado, señala que ‘puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión. La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria’. **Décimo Tercero.-** sin embargo, dicha norma es impertinente para dirimir la litis, pues como se ha referido precedentemente el tema decidendum de la presente litis consiste en determinar si resulta procedente o no formalizar el acto constituido, consistente en la compraventa del bien sub litis a que se refiere la instrumental de fojas cuatro y siguiente. Por lo que no se encuentra discusión la alegada resolución del mencionado contrato. Por consiguiente, el recurso de casación debe desestimarse por infundado”. De donde se tiene que se acoge el criterio según el cual en un proceso de otorgamiento de escritura pública no es posible analizar la resolución del contrato que se pretende formalizar, criterio que se sustenta en las siguientes razones: **(i)** el objeto litigioso en los procesos de otorgamiento de escritura pública consiste en determinar si resulta procedente o no formalizar un determinado acto; **(ii)** no se encuentra en discusión la resolución del contrato, cuestión que deberá ventilarse en otro proceso. **92.** Y, por otro lado, encontramos, por ejemplo, la Casación N° 3795-2014-Lima: “**Sexto.-** En efecto, como

el petitório se ciñe a lograr la formalización respectiva y la naturaleza de proceso es uno sumarísimo, y por ende breve y específico, no cabe discutir la validez del acto jurídico, pues ello representaría pronunciarse sobre algo que no se ha controvertido y que solo podría serlo por la vía del proceso de conocimiento. Ello, no solo significaría una vulneración de la vía procedimental, sino además una modificación del petitum que es un tema que corresponde a decidir a las partes, conforme lo dispone el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil. **Séptimo.-** De lo expuesto se colige: 1. Que el otorgamiento de escritura pública supone la existencia de un acto jurídico previo. 2. Que aquí no se discute la validez del acto jurídico, sino simplemente la exigencia de la formalidad emergida del convenio o de la ley. 3. No cabe tampoco aquí examinar supuestos de falta de pago, pues aquí no se controvierte la invalidez manifiesta del propio acto jurídico, sino el cumplimiento de las obligaciones que emergen de éste. **Octavo.-** Sin embargo, que ello sea así no significa que el juez deba formalizar todo documento que se le presenta; por el contrario, también en este caso le corresponde verificar que el acto jurídico que se pretende formalizar tenga visos de verosimilitud, pues sería absurdo solicitar que se cumpla con una formalidad que manifiestamente no se condice con la realidad y que además podría generar una situación de favorecimiento a la parte que lo pide, por ejemplo, en orden de prelación de acreencia o, incluso, antes o con la inscripción registral, la posibilidad de realizar transferencias con mala fe que parezcan protegidas por la fe del registro. **Noveno.-** Por tanto, corresponde al juez, en los casos de demanda de otorgamiento de escritura pública, hacer un examen en grado de probabilidad -somero y exterior para no invadir esfera que no es materia de pronunciamiento- de la existencia del presupuesto básico para lograr la formalidad, esto es, un contrato. Dicho análisis le advertirá la presencia de los requisitos del acto jurídico y los propios del contrato que se pretende formalizar. **Décimo.-** No cabría, por ejemplo, formalizar una compraventa cuando no aparece en la minuta respectiva qué bien se transfiere (porque el artículo 1529 del Código Civil exige para la compraventa la presencia de bien y precio) o cuando el acto jurídico es solemnisimo y exige para su validez la propia Escritura Pública porque siendo la forma consustancial al acto jurídico, al no existir aquella no existe ésta. En estos casos la nulidad tiene que ser evidente y debe reflejarse con absoluta certeza o, como la doctrina ha señalado, “cuando la causal que la produce se encuentre al descubierto de manera clara y patente”, es decir, “cuando no existe lugar a dudas sobre su existencia, es visible, patente, ostensible, advertible a simple vista”. Lo mismo puede decirse en la resolución del contrato, cuando opera la cláusula resolutoria y ello fluye sin cortapisa de los actuados; en esas circunstancias, no será posible otorgar la escritura pública, pues entonces se estaría perfeccionando un contrato que ha dejado de ser eficaz por efecto sobreviniente (artículo 1371 del Código Civil). En ambos supuestos, la nulidad o resolución debe ser patente, lo que implica que no debe generar incertidumbre alguna, pues de no ser así se estaría ventilando en un sumarísimo algo que corresponde ser evaluado en otro tipo de procesos”. De donde se tiene que se acoge el criterio según el cual en un proceso de otorgamiento de escritura pública sí es posible analizar la resolución del contrato que se pretende formalizar, criterio que se sustenta en las siguientes razones: **(i)** el hecho de que un proceso sumarísimo (como el de otorgamiento de escritura pública) no sea el espacio idóneo para discutir la validez del negocio jurídico no significa que el juez debe formalizar todo documento que se le presenta; **(ii)** el juez puede tener en cuenta la nulidad si es que esta resulta ser evidente y se refleja con absoluta certeza, lo

<sup>157</sup> CALLE TAGUCHE, Ricardo. *El contrato: Su celebración y forma. Reflexiones en torno a una sentencia en casación*, En: *Diálogo con la jurisprudencia*, Número 161, febrero, 2012, p. 59.

mismo puede decirse en la resolución del contrato; en estas circunstancias, no será posible otorgar la escritura pública, pues se estaría perfeccionando un contrato que ha dejado de ser eficaz; (iii) la nulidad y la resolución deben ser patentes, lo que implica que no debe generar incertidumbre alguna, pues de no ser así se estaría ventilando en un sumarísimo algo que corresponde ser evaluado en otro tipo de procesos. Por lo tanto, corresponde uniformizar los criterios sobre el particular.

93. La resolución por incumplimiento es un instrumento que busca reparar el equilibrio entre las prestaciones que se ha visto afectado por un específico evento sobrevenido como es el incumplimiento, es decir, la inexistente o inexacta ejecución de una de las prestaciones. En nuestro sistema jurídico la resolución por incumplimiento puede ser judicial o de derecho, es decir, extrajudicial. En el primer caso, la resolución se produce por sentencia, es decir, por pronunciamiento del juez (artículo 1428 del Código Civil<sup>158</sup>); y, en el segundo caso, la resolución se produce por negocio jurídico unilateral, es decir, por declaración de voluntad del acreedor y siempre que concurren los requisitos dispuestos por ley<sup>159</sup>, específicamente, por los artículos 1429<sup>160</sup> y 1430 del Código Civil<sup>161</sup>, resolución por intimación y resolución por cláusula resolutoria expresa, respectivamente. De acuerdo con el artículo 1429 del Código Civil, para que opere la resolución por intimación se precisa que la declaración del acreedor: (i) se dirija vía carta notarial; (ii) contenga un requerimiento de cumplimiento de la prestación; (iii) contenga un plazo concedido para el cumplimiento que no puede ser menor de quince días; (iv) contenga un apercibimiento en el sentido de que en caso de no ejecutarse la prestación en el plazo concedido la resolución operará de pleno derecho. Y de acuerdo con el artículo 1430 del Código Civil, para que opere la resolución por cláusula resolutoria expresa se precisa que: (i) en el programa contractual las partes hayan estipulado que el incumplimiento de alguna o algunas específicas prestaciones a cargo de una de las partes permitiría a la otra resolver el contrato; (ii) la parte que sufrió el incumplimiento comunique a la otra su decisión de valerse de la cláusula resolutoria prevista en el programa contractual.

94. La resolución por incumplimiento tiene como presupuestos: (i) un contrato con prestaciones recíprocas; (ii) un incumplimiento importante; (iii) la ausencia de circunstancias que justifiquen el incumplimiento; y (iv) la legitimación para resolver el contrato. Para que opere la resolución por incumplimiento se precisa, entonces, de la presencia de un contrato que reporte tanto un beneficio como un sacrificio para cada una de las partes; que el incumplimiento, esto es, tanto el incumplimiento total como el cumplimiento inexacto (cumplimiento parcial, tardío o defectuoso), sea uno importante o relevante, es decir, que la prestación incumplida afecte gravemente la economía del contrato y el interés que tenía el acreedor en el cumplimiento de la prestación insatisfecha, cabe precisar que este específico presupuesto no se exigirá para la actuación de la resolución por cláusula resolutoria expresa toda vez que "la correspondiente valoración ya ha sido hecha por las partes, que pactando la cláusula han considerado ese tal incumplimiento, previsto por ella, indudablemente idóneo para determinar la resolución"<sup>162</sup>; que no concorra algún hecho que haya justificado el incumplimiento del deudor como podría ser la falta de cooperación del acreedor o la tolerancia de éste hacia el incumplimiento<sup>163</sup>; y, finalmente, que el acreedor haya cumplido la prestación a su cargo o al menos haya garantizado su cumplimiento.

95. Este Supremo Tribunal, acorde con la normativa sobre la materia, considera que en tanto la resolución por incumplimiento puede producirse por vía judicial como extrajudicial, a los efectos de desestimar una demanda de otorgamiento de escritura pública no se precisa que se acredite la existencia de un sentencia firme que haya declarado resuelto el contrato que se pretende formalizar, sino que es suficiente que se acredite que el acreedor (demandado) actuó alguno de los mecanismos específicos de resolución extrajudicial (la resolución por intimación o la resolución por cláusula resolutoria expresa), y que en tal actuación concurrirían los requisitos dispuestos por ley, específicamente, por los artículos 1429 y 1430 del Código Civil, respectivamente.

96. En los casos de resolución judicial del contrato, si el demandado acredita la existencia de un pronunciamiento judicial firme que, con anterioridad, ha declarado la resolución (o la rescisión) del contrato que se pretende formalizar, la demanda será declarada infundada.

97. En los casos en que el demandado alegue que se ha producido la resolución extrajudicial del contrato, el Juez analizará en la parte considerativa de la sentencia si concurren los requisitos dispuestos por ley, o pactados por las partes, para la resolución extrajudicial y, de ser así, declarará improcedente la demanda de otorgamiento de escritura pública, sin pronunciarse sobre la resolución extrajudicial del contrato. Si el Juez advierte que no concurren tales requisitos, declarará fundada la demanda de otorgamiento de escritura pública, sin pronunciarse sobre la resolución extrajudicial del contrato.

98. En los casos en los que paralelamente exista en trámite un proceso de resolución contractual respecto del contrato que se pretende formalizar por medio del proceso de otorgamiento de escritura pública, la parte interesada, al amparo del artículo 320 del Código Procesal Civil, podrá solicitar la suspensión de la expedición de la sentencia en este último proceso hasta que se resuelva el primero, en cuyo caso el Juez deberá verificar si la referida solicitud cumple o no con los requisitos previstos en la precitada norma adjetiva.

## VII. Análisis del caso

1. Conforme se ha mencionado precedentemente, en forma excepcional, al amparo del artículo 392-A del Código Procesal Civil, se ha concedido el recurso de casación por la causal de infracción normativa de los artículos 1549 y 1412 del Código Civil, es decir, se ha concedido el recurso de casación por infracción de normas de carácter material.
2. No obstante, este Supremo Tribunal considera necesario recordar que por encima de cualquier análisis posterior, corresponde evaluar si la decisión jurisdiccional cuestionada se ha emitido respetando las garantías mínimas que informan el debido proceso. En efecto, el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil dispone que: "*Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso*". Por lo tanto, el Juez en su calidad de director del proceso debe velar por la observancia del debido proceso, la tutela jurisdiccional y el derecho de defensa de las partes que, como derechos fundamentales, aparecen consagrados en los incisos 3 y 14 del

<sup>158</sup> Artículo 1428 del Código Civil: "En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.

A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación".

<sup>159</sup> Cfr. ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., p. 862.

<sup>160</sup> Artículo 1429 del Código Civil: "En el caso del artículo 1428 la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta por vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto.

Si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización de daños y perjuicios".

<sup>161</sup> Artículo 1430 del Código Civil: "Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión.

La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria".

<sup>162</sup> ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., p. 885.

<sup>163</sup> Id., p. 878.

artículo 139 de la Constitución Política del Perú: “*Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional [...] 14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso [...]*”.

3. Esto encuentra respaldo, además, en los artículos 171 y 176 del Código Procesal Civil en mérito de los cuales, el Juzgador puede, de oficio, declarar cualquier nulidad insubsanable que se haya producido durante la tramitación del proceso y reponer el mismo al estado que corresponda. En efecto, el mencionado artículo 171 señala que: “*La nulidad se sanciona sólo por causa establecida en la ley. Sin embargo, puede declararse cuando el acto procesal careciera de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad*”; y, a su turno, el artículo 176, en su párrafo final, prescribe que: “*Los jueces sólo declararán de oficio las nulidades insubsanables, mediante resolución motivada, reponiendo el proceso al estado que corresponda*”.
4. Conforme a lo reseñado precedentemente, en el presente caso tenemos que, por medio de su escrito de demanda, los demandantes, Jubert Alberto Barrios Carpio y su cónyuge Liliana Amanda Mejía García, peticionan como **pretensión principal**: que los demandados Ángel Gabriel Collantes Arimuya y Rosa Estrella Reátegui Marín, cumplan con otorgar la escritura pública del contrato de compraventa del inmueble ubicado en el PROMUVI II – SIGLO XXI – Manzana “H”, Lote 10 – Pampa Inalámbrica, del Distrito y Provincia de Ilo, celebrado el 26 de agosto del 2008; como **primera pretensión accesoría**: que se ordene la inscripción de la transferencia a favor de los demandantes en la Partida N° PO8014826 del Registro de Propiedad Inmueble de los Registros Públicos de Ilo; y como **segunda pretensión accesoría**: que se ordene el pago de costas y costos del proceso. Demanda que fue declarada improcedente por la sentencia contenida en la resolución número ocho, de fecha treinta de diciembre de dos mil catorce, porque se consideró que el contrato de compraventa que se pretendía formalizar sería un contrato manifiestamente nulo ya que el inmueble materia de venta era un bien social que pertenece a la sociedad conyugal conformada por Ángel Gabriel Collantes Arimuya y Rosa Estrella Reátegui Marín, mientras que el referido contrato únicamente aparece suscrito por la codemandante, Liliana Amanda Mejía García (como parte compradora) y por el codemandado Ángel Gabriel Collantes Arimuya (como parte vendedora), mas no por la codemandada Rosa Estrella Reátegui Marín, situación que, **a criterio del A quo**, conlleva a que la celebración del contrato que se pretende formalizar haya incurrido en las causales de nulidad previstas en los incisos 1 y 6 del artículo 219 del Código Civil, es decir, falta de manifestación de voluntad (la de la cónyuge) e inobservancia de la formalidad solemne (la intervención de ambos cónyuges), respectivamente. Esta decisión fue confirmada por la sentencia de vista contenida en la resolución número veinte, de fecha dos de octubre de dos mil quince.
5. Como puede verse, y aun cuando no se haga referencia explícita al mismo, el Juez ha desestimado la demanda sobre la base del ejercicio (ciertamente irregular) del poder conferido por el artículo 220 del Código Civil, pues de oficio –los demandados no la alegaron y es más fueron declarados rebeldes- ha apreciado la nulidad del contrato que se pretendía formalizar. Sin embargo, conforme se ha señalado en los fundamentos precedentes, al no haberse concedido a la parte demandante la posibilidad de plantear argumentos y aportar medios probatorios relativos a las causales de nulidad por las que finalmente se desestimó la demanda,

se ha vulnerado su derecho de defensa. Cabe precisar que el hecho de que se haya observado la necesidad de promover el contradictorio entre las partes, sin haber emitido ningún juicio sobre la configurabilidad o no de la nulidad manifiesta que han apreciado las instancias de mérito, no puede llevar a considerar que este Supremo Tribunal coincide con la posición adoptada en tales instancias, pues, lo cierto es que al no haberse respetado las garantías procesales en cuestión, no puede aún emitirse un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, lo que se hará, de ser el caso, en su oportunidad.

6. Sin perjuicio de lo anterior, también es necesario recordar que para que las partes puedan ejercitar su derecho de defensa es imprescindible que tomen conocimiento de los distintos actos que se suscitan dentro del proceso, debiendo tenerse presente, sobre el particular, que el artículo 155 del Código Procesal Civil señala: “*El acto de notificación tiene por objeto poner en conocimiento de los interesados el contenido de las resoluciones judiciales. Las resoluciones judiciales sólo producen efectos en virtud de notificación hecha con arreglo a lo dispuesto en este Código [...]*”.
7. De la revisión de los actuados se advierte que se ha realizado el emplazamiento de los codemandados Ángel Gabriel Collantes Arimuya y Rosa Estrella Reátegui Marín, en la dirección que el primero de los mencionados señaló en el contrato que se pretende formalizar (fs. 12-13), esto es, en: *Av. Elmer Faucett, Manzana L – Lote 16, Urbanización Aeropuerto, Callao*, dirección que -cabe mencionarlo- si bien se ha consignado en la parte introductoria del contrato, no ha sido señalada como domicilio negocial (artículo 34 del Código Civil). Sin embargo, por escrito de fojas 143, las cédulas de notificación dirigidas a dicha dirección y que contenían la sentencia de primera instancia, fueron devueltas por el señor Arnulfo Renán López Coras, señalando que no conoce a los mencionados codemandados, que estos nunca han residido en dicha dirección y que ésta le corresponde al domicilio de sus padres: Lucinda Coraz Loayza y Arnulfo López Minaya, adjuntando a su escrito copia de un recibo de agua y otro de luz, de marzo y febrero del 2015 (fs. 122 y 123), respectivamente (fechas contemporáneas a aquélla en que se practicó la notificación), y en los que, efectivamente, aparece como titular del inmueble ubicado en la referida dirección la señora Lucinda Coraz Loayza; asimismo, adjunto las fichas de inscripción RENIEC de ambos codemandados (fs. 120 y 121), figurando como dirección de la codemandada Rosa Estrella Reátegui Marín: *Juan Pablo II, Mz. N, Lt. 1, Callao* (desde el 19.12.03); y como dirección del codemandado Ángel Gabriel Collantes Arimuya: *Asentamiento Humano Bocanegra Mz. G-7, Lt. 06, Sector 05, Callao* (desde el 24.09.98).
8. La codemandada Rosa Estrella Reátegui Marín se apersonó al proceso y no dedujo ninguna posible nulidad, por lo que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 176 del Código Procesal Civil, de haber existido, aquélla habría quedado convalidada. Sin embargo, no ha sucedido lo propio con el codemandado Ángel Gabriel Collantes Arimuya quien en ningún momento se ha apersonado al proceso, y no podría entenderse que la convalidación respecto de la codemandada Rosa Estrella Reátegui Marín alcanza también a éste, pues, el artículo 65 del Código adjetivo establece que si la sociedad conyugal es demandada la representación recae sobre todos los que la integran.
9. La irregularidad en las notificaciones al codemandado Ángel Gabriel Collantes Arimuya, se hace tanto más manifiesta si tomamos en cuenta las siguientes circunstancias: (i) las divergencias que se advierten respecto de las características del inmueble en el que se habrían practicado las notificaciones y que aparecen consignadas en los



cargos de notificación (véase: cargos corrientes a fojas 47 vuelta, 64 vuelta, 71 vuelta, 82 vuelta, 113 vuelta y 117 vuelta); (ii) la forma en que se proveyó el escrito de devolución de cédulas de notificación presentado por el señor Arnulfo Renán López Coras, en donde, además, solicitó que se dejen de practicar notificaciones en su dirección; pues, por medio de la resolución número doce, de fecha trece de abril de dos mil quince, corriente a fojas 145, se dispuso: “No ha lugar a lo solicitado”, por haber sido presentado el referido escrito por un sujeto que no es parte en el proceso; cuando lo que correspondía era corrérsele traslado a la parte demandante para que absuelva lo concerniente a dicha devolución; (iii) no obra en autos cargo de notificación dirigida al codemandado Ángel Gabriel Collantes Arimuya, conteniendo la sentencia de vista, de fecha dos de octubre de dos mil quince, corriente de fojas 208 a 211; solo se advierten los cargos de notificación del referido acto procesal dirigido a los codemandados (véase: cargos de fojas 215 y 216) y a la codemandada Rosa Estrella Reátegui Marín, esta última notificación se practicó en la dirección que ella misma señalara al apersonarse al proceso (véase: cargo de fojas 217).

10. En consecuencia, a fin de no vulnerar el derecho de defensa del codemandado Ángel Gabriel Collantes Arimuya y evitar posibles nulidades, deberá emplazársele a éste en la dirección: *Asentamiento Humano Bocanegra Mz. G-7, Lt. 06, Sector 05, Callao*, que es la que figura en su ficha de inscripción RENIEC.
11. Sobre el derecho de defensa el Tribunal Constitucional, en el fundamento 6 de la sentencia de fecha treinta de julio de dos mil quince, emitida en el Expediente Número 2738-2014-PHC/TC, ha señalado que: “31. *La defensa de una persona es un elemento también clave de la configuración de la tutela procesal efectiva, puesto que un proceso no puede considerarse como respetuoso de la persona si no se le permite la posibilidad de presentar sus argumentos, estrategia y elementos de respaldo jurídico necesarios. Así, la defensa también es un derecho-regla de la tutela procesal efectiva [...]*”. Asimismo, en el fundamento 3 de la sentencia de fecha diez de enero de dos mil catorce, emitida en el Expediente Número 748-2012-PA/TC, ha sostenido que: “3. *El derecho de defensa se encuentra reconocido en el artículo 139.14 de la Constitución, cuyo texto establece [e]l principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Al respecto, en la STC 5871-2005-PA/TC este Tribunal ha sostenido que el derecho de defensa (...) se proyecta (...) como un principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes de un proceso o de un tercero con interés (...). La observancia y respeto del derecho de defensa es consustancial a la idea de un debido proceso, propio de una democracia constitucional que tiene en el respeto de la dignidad humana al primero de sus valores. Por su propia naturaleza, el derecho de defensa es un derecho que atraviesa transversalmente a todo el proceso judicial, cualquiera sea su materia. La posibilidad de su ejercicio presupone, en lo que aquí interesa, que quienes participan en un proceso judicial para la determinación de sus derechos y obligaciones jurídicas tengan conocimiento, previo y oportuno, de los diferentes actos procesales que los pudieran afectar, a fin de que tengan la oportunidad de ejercer, según la etapa procesal de que se trate, los derechos procesales que correspondan*”.
12. Ciertamente es que en el presente caso se ha concedido el recurso de casación por infracción de normas de carácter material (artículos 1549 y 1412 del Código Civil), empero, también es cierto que no se puede soslayar la evidente vulneración del derecho de defensa tanto de la parte demandante (al no habersele dado la oportunidad de plantear

argumentos y aportar medios probatorios relativos a las causales de nulidad por las que finalmente se desestimó su demanda), como de uno de los codemandados (al no habersele notificado con arreglo a ley los actos del proceso), más aún si la situación de indefensión de las referidas partes se ha debido a la negligencia del propio órgano jurisdiccional (que no promovió el contradictorio y que no verificó que los actos de notificación hayan sido regulares), siendo deber de este Supremo Tribunal, como de todo órgano jurisdiccional, el garantizar el pleno respeto de los principios y garantías procesales, por lo que, en forma excepcional, corresponde amparar el recurso de casación por las causales de infracción normativa de los incisos 3 y 14 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, al encontrarse comprometida la validez del presente proceso como consecuencia de la vulneración del derecho al debido proceso y, específicamente, del derecho de defensa, tanto de la parte demandante, como de uno de los codemandados, situación que conlleva a una nulidad insubsanable, resultando de aplicación lo dispuesto en los precitados artículos 171 y 176 del Código Procesal Civil, careciendo de objeto, por ahora, emitir pronunciamiento sobre una posible afectación de las normas de carácter material (artículos 1549 y 1412 del Código Civil). Por tales consideraciones:

#### VIII. DECISIÓN

**PRIMERO.-** Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Liliana Amanda Mejía García, interpone recurso de casación, de fecha veintisiete de octubre de dos mil quince, obrante de fojas 222 a 227; en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista de fecha dos de octubre de dos mil quince, obrante de fojas 208 a 211; **INSUBSISTENTE** la sentencia apelada de fecha treinta de diciembre de dos mil catorce, obrante de fojas 83 a 87, y **NULO** todo lo actuado hasta el emplazamiento del codemandado Ángel Gabriel Collantes Arimuya; **ORDENARON** que el *A quo*, reponga la causa al estado que corresponda y proceda conforme a las consideraciones precedentes.

**SEGUNDO.-** Asimismo, declararon que **CONSTITUYEN PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE** las siguientes reglas:

1. El proceso sumarísimo de otorgamiento de escritura pública es un proceso plenario rápido, en tanto no presenta limitaciones en torno a las alegaciones que podrían formular las partes o a los medios probatorios que podrían aportar en relación al fondo de la controversia, sin perjuicio de las restricciones impuestas por el artículo 559 del Código Procesal Civil.
2. En un proceso de otorgamiento de escritura pública el Juez puede declarar de oficio, la nulidad manifiesta del negocio jurídico que se pretende formalizar, pero siempre que, previamente, haya promovido el contradictorio entre las partes en la forma señalada en el fundamento 60. Si el Juez considera que el negocio jurídico que se pretende formalizar es manifiestamente nulo, lo declarará así en la parte resolutive de la sentencia y declarará, además, infundada la demanda de otorgamiento de escritura pública. Si el Juez considera que el negocio jurídico que se pretende formalizar no es manifiestamente nulo, expresará las razones de ello en la parte considerativa de la sentencia y en la parte resolutive únicamente se pronunciará sobre la pretensión de otorgamiento de escritura pública.
3. La declaración de oficio de la nulidad manifiesta de un negocio jurídico puede producirse en cualquier proceso civil de cognición, siempre que la nulidad manifiesta del referido negocio jurídico guarde relación directa con la solución de la controversia y

que, previamente, se haya promovido el contradictorio entre las partes.

4. La nulidad manifiesta es aquélla que resulta evidente, patente, inmediatamente perceptible, en suma, aquélla que resulta fácil de detectar sea que se desprenda del acto mismo o del examen de algún otro elemento de prueba incorporado al proceso. La nulidad manifiesta no se circunscribe a algunas o a alguna específica causal de nulidad, sino que se extiende a todas las causales que prevé el artículo 219 del Código Civil.
5. La demanda por medio de la cual se peticiona el otorgamiento de escritura pública de un negocio jurídico que, precisamente, debe revestir esta última forma bajo sanción de nulidad, será declarada improcedente por petitorio jurídicamente imposible.
6. Dentro del control de eficacia del negocio jurídico que se pretende formalizar, y sin perjuicio de que se puedan considerar otros supuestos, se tendrán en cuenta los siguientes:

Si la obligación de elevar a escritura pública el negocio jurídico se encuentra supeditada a una condición suspensiva y el demandante no logra acreditar la verificación del evento puesto como condición, la demanda será declarada improcedente por manifiesta falta de interés para obrar.

Si todos los efectos del negocio jurídico se encuentran sujetos a un plazo suspensivo que aún no ha vencido, la demanda de otorgamiento de escritura pública será declarada improcedente por manifiesta falta de interés para obrar.

Si la obligación de elevar a escritura pública un negocio jurídico, se encontrara sujeta a plazo de cumplimiento que aún no ha vencido y que, además, ha sido estipulado en beneficio del deudor, la demanda será declarada improcedente por manifiesta falta de interés para obrar, a menos que exprese su voluntad de renunciar a dicho beneficio.

En los procesos de otorgamiento de escritura pública el Juez podrá analizar el ejercicio de la excepción de incumplimiento, y de advertirse que la excepción en cuestión es amparable, la demanda será declarada improcedente por manifiesta falta de interés para obrar. Se procederá del mismo modo cuando el incumplimiento se invoque como argumento de defensa.

En los casos en que el demandado alegue que se ha producido la resolución extrajudicial del contrato, el Juez analizará en la parte considerativa de la sentencia si concurren los requisitos de ley, o pactados por las partes, para ello, y, de ser así, declarará improcedente la demanda de otorgamiento de escritura pública, sin declarar la resolución del contrato. Si el Juez advierte que no concurren tales requisitos, declarará fundada la demanda de otorgamiento de escritura pública, sin pronunciarse sobre la resolución extrajudicial del contrato. En ambos supuestos, el Juez no se pronunciará en el fallo sobre la resolución extrajudicial del contrato.

7. Se modifica la *ratio decidendi* contenida en el fundamento 39 del Primer Pleno Casatorio Civil (Casación Nº 1465-2007-Cajamarca), de fecha veintidós de enero de dos mil ocho, debiendo entenderse en lo sucesivo que la Corte de Casación puede advertir una nulidad manifiesta aun cuando las instancias de mérito no la hayan advertido en su oportunidad, y aun cuando no haya sido invocada como agravio en el recurso de casación, en cuyo caso, en decisión motivada y con expresa indicación de la causal de nulidad que podría haberse configurado en la celebración del negocio

jurídico, se declarará la nulidad de la sentencia de vista, la insubsistencia de la sentencia apelada y se ordenará que el Juez de primera instancia, previa promoción del contradictorio entre las partes, emita pronunciamiento sobre la posible nulidad manifiesta.

8. Se modifica el precedente vinculante contenido en el punto 5.3. del Cuarto Pleno Casatorio Civil (Casación 2195-2011-Ucayali) de fecha trece de agosto de dos mil doce, debiéndose entender en lo sucesivo que: Si en el trámite de un proceso de desalojo, el Juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220º del Código Civil, previa promoción del contradictorio entre las partes, declarará dicha situación en la parte resolutive de la sentencia y, adicionalmente, declarará fundada o infundada la demanda de desalojo, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta.

**TERCERO.- DISPUSIERON LA PUBLICACIÓN** de la presente sentencia en el Diario Oficial "El Peruano" y en la página web del Poder Judicial, teniendo efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su publicación. En los seguidos por Jubert Alberto Barrios Carpio y Liliana Amanda Mejía García contra Ángel Gabriel Collantes Arimuya y Rosa Estrella Reátegui Marín, sobre otorgamiento de escritura pública.

SS.

**ENRIQUE JAVIER MENDOZA RAMIREZ**

**JANET OFELIA TELLO GILARDI**

**CARMEN JULIA CABELLO MATAMALA**

**COLUMBA MARIA DEL SOCORRO**

**MELANIA DEL CARPIO RODRIGUEZ**

**FRANCISCO MIRANDA MOLINA**

**DIANA LILY RODRIGUEZ CHAVEZ**

**CARLOS ALBERTO CALDERON PUERTAS**

**ULISES AUGUSTO YAYA ZUMAETA**

**JOSE FELIPE DE LA BARRA BARRERA**

**VICTOR RAUL MALCA GUAYLUPO**