



**MAESTRÍA en
DERECHO CONSTITUCIONAL Y
JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA**
Programa de Especialización para jueces en los órdenes jurisdiccionales
constitucional y contencioso-administrativo
2014-2015
Universidad de Jaén, España
Colabora
Presidencia del Poder Judicial del Perú
Consejo General del Poder Judicial de España

ALUMNO
ALEXANDER RIOJA BERMUDEZ

TEMA
**EJECUCION ANTICIPADA
DE LA SENTENCIA EN
EL PROCESO CIVIL**

EJECUCION ANTICIPADA DE LA SENTENCIA IMPUGNADA EN EL PROCESO CIVIL

ALEXANDER RIOJA BERMÚDEZ

CAPITULO I

LA SENTENCIA

Definición.

Naturaleza jurídica

Clases

- Sentencia declarativa**
- Sentencia constitutiva**
- Sentencia de condena.**

Otras clasificaciones

Requisitos de la sentencia

- a) formales**
- b) requisitos materiales.**
 - 1) congruencia, 2) motivación y 3) exhaustividad:

Partes de la sentencia.

- a) parte expositiva**
- b) parte considerativa.**
- c) parte resolutive**

Término para sentenciar

Efectos de la sentencia

CAPITULO II

LA COSA JUZGADA

Eficacia

Concepto

Tipos

Limites

- 1. Objetivos**
- 2. Subjetivos**
- 3. Temporales**

Tratamiento procesal

Saneamiento de la excepción propuesta

Eficacia de la Cosa Juzgada

- 1. inimpugnabilidad**
- 2. Inmutabilidad**
- 3. Coercibilidad**

Normativa respecto de la Cosa Juzgada

Recurso de revisión

Nulidad de Cosa Juzgada

Tribunal Constitucional

CAPITULO III

EJECUCION ANTICIPADA

Concepto

Clases

- a) Ope legis.**
- b) Ope iudicis**
- c) Mixta.-**

Naturaleza jurídica

Normatividad Nacional

Diferencia con la medida cautelar

Requisitos para su otorgamiento

Grado de irreversibilidad de la resolución

Prueba inequívoca de la atendibilidad del requeriente.

La concurrencia de una suerte de plus adicional al “peligro en la demora”

Abuso en el ejercicio del derecho procesal del demandado

CAPITULO IV

LEGISLACION COMPARADA

ESPAÑA

FRANCIA

ITALIA

ALEMANIA

COLOMBIA

BRASIL

URUGUAY

CAPITULO V

PROPUESTA LEGISLATIVA

Procedimiento para su otorgamiento

- a. Solicitud de parte**
- b. La resolución**
- c. Plazos**
- d. Los medios impugnatorios**
- e. EFECTOS**

CONCLUSIONES

CAPITULO I

LA SENTENCIA

Definición.

Etimológicamente, según lo define la Enciclopedia Jurídica Omeba, sentencia proviene del latín "*sententia*" y ésta a su vez de "*sentiens, sentientis*", participio activo de "*sentire*" que significa sentir.

Para CABANELLAS¹, "la palabra sentencia procede del latín *sentiendo*, que equivale *asientiendo*; por expresar la sentencia lo que se siente u opina quien la dicta. Por ella se entiende la decisión que legítimamente dicta el juez competente, juzgando de acuerdo con su opinión y según la ley o la norma aplicable."

Del mismo modo señala que según Chiovenda, la sentencia es una resolución del juez, que, admitiendo rechazando la demanda, afirma la existencia o inexistencia de una voluntad concreta de la ley, que garantiza un bien; o, lo que es igual, respectivamente, la inexistencia o existencia de la voluntad de la ley que le garantiza un bien al demandado. Para Adolfo Rocco se está ante el acto del juez dirigido a despejar la incertidumbre sobre la norma aplicable al caso concreto, que le da certeza a una relación jurídica incierta antes y concreta siempre. Y que para Ugo Rocco configura el acto por el cual el Estado, a través del órgano jurisdiccional establecido, aplica la norma al caso concreto y declara qué tutela jurídica concede el Derecho objetivo a un interés determinado.

La sentencia constituye uno de los actos jurídicos procesales más trascendentes en el proceso puesto que, mediante él, no solamente se pone fin al proceso sino que también el Juez ejerce el poder-deber del cual se encuentra investido, declarando el derecho que corresponde mediante la aplicación de la norma al caso concreto, buscando lograr la paz social en justicia.

Tradicionalmente, la doctrina señalaba que la sentencia era una operación lógica, donde la premisa mayor estaba constituida por la ley y la menor el caso materia del proceso, y la conclusión por el acto final emitido por el Juez. No parece difícil señala Couture² admitir que la sentencia no se agota en una operación lógica. La valoración de la prueba reclama, además del esfuerzo lógico, la contribución de las máximas de experiencia, apoyadas en el conocimiento que el juez tiene del mundo y de las cosas. La elección de la premisa mayor, o sea la determinación de la norma legal aplicable, tampoco es una pura operación lógica, por cuanto reclama al magistrado algunos juicios históricos de vigencia o de derogación de las leyes, de coordinación de ellas, de determinación de sus efectos. La lógica juega un papel preponderante en toda actividad intelectual; pero su función no es exclusiva. Ni el juez es una

¹ CABANELLAS, Guillermo (2003): Diccionario enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta. 26° edición. Bs. As. Tomo VII. Pág. 372.

² COUTURE, Eduardo. (1990): Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Editorial Depalma. Tercera Edición, Pág.288 y 289.

máquina de razonar ni la sentencia una cadena de silogismos. Es, antes bien, una operación humana, de sentido preferentemente crítico, pero en la cual la función más importante incumbe al juez como hombre y como sujeto de voliciones. Se trata, acaso, de una sustitución de la antigua logicidad de carácter puramente deductivo, argumentativo, conclusional, por una logicidad de carácter positivo, determinativo, definitorio.

La sentencia constituye una operación mental de análisis y crítica, donde el Juez luego de tomar en consideración la tesis del demandante y la antítesis del demandado dará una solución al conflicto de intereses con relevancia jurídica planteado, mediante su decisión o síntesis.

Para DEVIS ECHANDIA³ al respecto señala que: “toda sentencia es una decisión y el resultado de un razonamiento o juicio del juez, en el cual existen las premisas y la conclusión. Pero al mismo tiempo contiene un mandato, pues tiene fuerza impositiva, ya que vincula y obliga. Es, por lo tanto, el instrumento para convertir la regla general contenida en la ley, en mandato concreto para el caso determinado. Pero no es por sí misma un mandato, ya que se limita a aplicar el que contiene la ley. “

Esta es una definición en la que se precisa que la formulación intelectual que realiza el Juez constituye un silogismo en la que la premisa mayor estaría dada por la norma abstracta y general del ordenamiento jurídico del cual el magistrado pertenece, y la menor por los elementos de hecho aportados por las partes en los actos postulatorios del proceso, constituyendo la conclusión la aplicación de la primera a la segunda. Es el Juez quien realiza mediante este acto procesal la calificación del derecho a los hechos planteados por las partes, ello constituiría una simple tarea de subsunción, lo que en la práctica no es tan simple, ya que son además otros los elementos con los que debe contar el juez para decidir respecto de la pretensión planteada sumada a la complejidad que pueda tener el caso, la relevancia social de la decisión a tomar en la colectividad, y otras situaciones que demuestran su dificultad, sino bastaría con utilizar los medios informáticos y luego de alimentar su base de datos poder obtener un resultado tan simple como el planteado.

PINO Carpio señala que: “Finalmente, se tiene la resolución judicial máxima llamada sentencia, con la que se pone fin a cada una de las instancias por las que pasa el proceso, y en virtud de la cual se resuelve de una manera concluyente y definitiva, dentro de la respectiva instancia, la cuestión controvertida denominada litis, causando ejecutoria de sentencia expedida por el tribunal superior en jerarquía, si las partes han recurrido a él mediante el respectivo recurso.”⁴ Desde este punto de vista la sentencia viene a ser no solamente la resolución que pone fin al proceso sino a aquellas resoluciones que se expiden durante el desarrollo del proceso y que ponen fin a las instancias correspondientes cuando las partes han hecho efectivo el principio de impugnación.

³ DEVIS ECHANDIA, Hernando (1985): Teoría general del proceso. Tomo II. Editorial universidad, Bs. As. Pág. 516.

⁴ PINO CARPIO, Remigio (1961): Nociones de Derecho Procesal. T. IV. Lima Pág. 283.

Para GOZAINI⁵ “la sentencia es el acto jurisdiccional más importante; por ella el Juez cumple distintos objetivos: termina la labor encargada a su oficio sin perjuicio de las resoluciones adicionales que pueda tomar a *posteriori*, culmina con el deber de pronunciamiento que había tomado el estado cuando asumió su función procesal; ejercita en el enjuiciamiento el poder de la jurisdicción; puede elaborar el fallo un conjunto de consecuencias de *iure* propias de la jurisprudencia como fuente de derecho, o bien, la misma creación de normas jurídicas (...)” La sentencia constituye un acto de jurisdicción que realiza el Estado, a través del Juez, en ejercicio de la función jurisdiccional que le ha sido encomendada, lo que no implica que el proceso allí finalice o no se realicen actos posteriores para su materialización.

La importancia de este acto procesal esta en los efectos que ella tiene en el proceso, toda vez que frente a otros que están vinculados a la marcha del proceso y, por lo tanto, constituyen actos de mero trámite como es el caso de los decretos. La sentencia resuelve, la controversia planteada en sede jurisdiccional, es decir, las pretensiones de las partes demandante y demandada, las cuales se ven reflejadas mediante la descripción que adopta el Juez en esta decisión trascendente pues con ella no solo se pone fin al proceso sino que se busca resolver el conflicto de interés o eliminar una incertidumbre con relevancia jurídica.

La sentencia refleja todo lo aportando por las partes en el proceso durante la etapa postulatoria, el desarrollo de las demás etapas, las incidencias del proceso, la actuación de los medios probatorios, las alegaciones de las partes como informes finales, por ello debemos en todo momento aportar el máximo de material no sólo probatorio respecto de la pretensión o pretensiones planteadas sino también el sustento doctrinario y jurisprudencial que sustenta nuestra posición en el proceso, por ello, resulta necesario encontrarnos permanentemente actualizados y conocer las nuevas y modernas posiciones doctrinarias sobre la materia de decidir y sobre todo conocer que dicen los órganos jurisdiccionales superiores respecto al mismo, ellos constituyen elementos indispensables para que el juez pueda desarrollar una mejor labor intelectual en su resolución final.

Naturaleza jurídica

Los procesalistas discrepan en cuanto a la naturaleza de este acto jurídico procesal siendo considerado por un sector de la doctrina como producto de la lógica del juzgador que declara el derecho (naturaleza declarativa); y del otro como una expresión de la voluntad del magistrado destinada a la creación del derecho (naturaleza constitutiva).

En la primera corriente encontramos como exponente a COVIELLO⁶ para quien “*El juez, en efecto, no hace más que un silogismo cuya proposición mayor es la norma legal, la menor de hecho concreto, o sea la relación controvertida, y la conclusión la aplicación de la norma al hecho.*”

⁵ GOZAINI, OSWALDO A (1996): Teoría General del Derecho Procesal. EDIAR. Bs. As. Pág. 239.

⁶ COVIELLO, Nicolas Doctrina General del Derecho Civil. México UTHEA. 5ta Edición. Pág. 622.

Para GOZAINI⁷ *“la elaboración de la sentencia, conforme a la doctrina más caracterizada, es un proceso lógico que consiste en confrontar los hechos expuestos en la demanda con los que derecho establece para su aplicación.(...)”*

Propiamente, esta formación intelectual es un silogismo cuya premisa mayor está constituida por una norma abstracta y general, la premisa menor por los elementos de hecho, y la conclusión por la aplicación de aquella a esta, o la subsunción de ésta en aquélla para la formulación del resultado correspondiente.”

Ambas posiciones no hacen más que destacar que mediante la sentencia se busca concretar al caso particular la voluntad abstracta del Estado manifestada en la norma, así, este acto jurídico procesal que concluye el proceso no es creadora de una norma jurídica sino aplica una ya existente en el ordenamiento legal, por tanto declara un derecho existente.

En la segunda corriente encontramos como exponente a Bulow el mismo que citado por Ugo Rocco⁸ señala en este caso que “el proceso no tiene por finalidad realizar los intereses abstractamente tutelados por las normas jurídicas sino formar el derecho o, por lo menos, completarlo. Las abstractas e hipotéticas disposiciones de la ley, observa dicho autor, son de suyo impotentes para regular las concretas y reales relaciones jurídicas de la vida social: toda cuestión de derecho plantea un problema jurídico, que no etapa resuelto por la ley. Es solamente la sentencia del juez la que da la norma especializada e individualizada para el caso singular; la ley da solamente un bosquejo para la formación de la norma concreta.”

Así, la sentencia constituye el acto jurídico procesal mediante el cual el Juez decide como consecuencia de un acto concreto siendo este acto creador del derecho cuando suple las lagunas legales existentes en determinado ordenamiento jurídico.

Para nosotros al igual que para Couture “...la sentencia no se agota en una pura operación lógico-formal, sino que responde, además, a una serie de advertencias que forman parte del conocimiento mismo de la vida”⁹ en tal sentido y adhiriéndonos a la segunda corriente, precisado la sentencia no es una simple operación lógico formal, sino que es mucho más que la subsunción de la norma al caso concreto, implica una labor intelectual sustentada en los medios probatorios propuestos por las partes, la norma legal y la realidad ya que debe también tener en cuenta las consecuencias de su decisión en la realidad, toda vez que no necesariamente una decisión judicial vincula a las partes sino que constituye además un mensaje para la sociedad

CLASES

⁷ GOZAINI, OSVALDO A (1996): Teoría General del Derecho Procesal. EDIAR. Bs. As. Pág. 239-240.

⁸ ROCCO, Ugo (1970): Tratado de Derecho Procesal Civil. Ed. TEMIS. Pág. 245.

⁹ (Couture, Eduardo, Estudios de Derecho Procesal Civil, Tomo II, Tercera Edición, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1979, pag. 192).

La clasificación de las sentencias es muy variada y múltiple, por lo que solamente traemos a colación lo señalado por Azula Camacho, para quien las sentencias se clasifican: “a) En **cuanto a la forma**, pueden ser **escritas u orales**, conforme al sistema que rija el respectivo ordenamiento o el proceso en particular.

b) **Respecto a la oportunidad** en que se profieran, son de **única, primera o segunda instancia, de casación y revisión**.

c) **En cuanto a la decisión** que en ellas se toma, son inhibitorias y de fondo.

a’) La **sentencia inhibitoria** es aquella en la cual el Juez se abstiene de considerar la cuestión controvertida. Así, por ejemplo, cuando hay litisconsorcio necesario y al proceso no concurren todos los litisconsortes, como acontecería en la resolución de un contrato en el que cualquiera de las partes contratantes estuviese integrada por varias personas, se impone la decisión inhibitoria por ilegitimidad de personería.

b’) La *sentencia de fondo* es la que contiene una decisión que atañe al objeto del proceso, vale decir, la pretensión o la conducta adoptada por la parte demandada frente a ella.

Las de fondo, a su vez, pueden ser *estimatorias o desestimatorias*.

1.- Las *estimatorias* son las que acogen los pedimentos o pretensiones formuladas por el demandante.

Las estimatorias, conforme a la naturaleza o índole del pronunciamiento y a la clase de pretensión invocada, son declarativas, con sus variantes de puras, constitutivas y de condena, dispositivas, ejecutivas y de liquidación.

2.- Las *desestimatorias* son las que absuelven al demandado de las pretensiones propuestas en la demanda o que declaran probada alguna excepción.”¹⁰

CHIOVENDA¹¹ respecto a la tipología de las sentencias precisa que existe la necesidad de distinguir entre: “a) *Sentencias definitivas*; que pueden ser: a) *definitivas de fondo*, si habiendo sido válidamente constituida la relación procesal, el juez la pone fin dando cumplimiento a la obligación de pronunciarse sobre la demanda, estimándola o rechazándola; b) *absolutorias de la prosecución del juicio* si, no habiéndose constituido válidamente la relación procesal, declara el juez sólo que no puede resolver sobre el fondo; o si la relación se extinguiese si bien resolución de fondo (caducidad, desistimiento; ...) y el juez la declarar extinguida; o si el demandante fue declarado rebelde y el demandado pide que se le absuelva de la prosecución del juicio, más bien que de la demanda (...)

b) *Sentencias interlocutorias*, las cuales son puestas fin a la relación procesal, sino resuelven, en el curso de ella, sobre un punto determinado; pero siendo estas cuestiones, que pueden dar lugar a una sentencia en el curso del proceso, muy distintas entre sí, la doctrina distingue, dentro de las sentencias interlocutorias, en: a) *Sentencias incidentales*, que resuelven sobre la existencia de la relación procesal (por ejemplo, rechazando una excepción de incompetencia), o que resuelven sobre la intervención adhesiva u obligada, sobre la acumulación de causas (proposición de intervención principal, de

¹⁰ AZULA CAMACHO, Jaime (2000): Manual de Derecho procesal. Tomo I. editorial Temis. S.A. Santa Fé de Bogotá, Colombia. Pág. 335.

¹¹ CHIOVENDA, Giuseppe (1954): Instituciones de Derecho Procesal Civil. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. Vol. III. Pág. 148-149

llamada en garantía, de reconvencción; b) sentencias *preparatorias*, que regulan el desenvolvimiento de la relación procesal; así, al sentencia que ordena el cambio del procedimiento (...), la sentencia que ordenara la integración del juicio; c) Sentencias *provisionales*, que resuelven sobre demandas de medidas cautelares o provisionales; d) sentencias *interlocutorias* propiamente dichas, que resuelven acerca de la formación del material de conocimiento y, por otro tanto, afectan mucho más cerca del fondo (admisión de medios instructorios). Una sentencia interlocutoria puede resolver definitivamente un extremo de la demanda; se da entonces una sentencia, que es en parte interlocutoria y en parte definitiva. Cabe, por otro lado, que en una interlocutoria se resulta una cuestión de hecho y de derecho relativa al fondo; se tiene entonces una preclusión de cuestiones.”

Según el criterio clasificatorio clásico, las sentencias pueden ser:

- Declarativas
- Constitutivas
- De condena

Chiovenda, Calamadre Carnelutti, Alsina, sostienen esta clasificación, la cual se encuentra vinculada a la de los procesos, más corresponde a menudo a una clasificación de las pretensiones puesto que la finalidad de éstas, es la de que se dicte aquéllas por lo que en la doctrina suele existir una confusión al respecto.

Sentencia declarativa

Para Chiovenda la sentencia declarativa “...actúa mediante la declaración de una preexistencia de la voluntad de la ley (la voluntad de que se produzca un cambio jurídico); es, por tanto, idéntica en esto a las obras (sic) sentencias (de condena y de declaración), y no tiene nada de excepcional. Pero en cuanto la ley se refiere o condiciona el cambio futuro a la declaración misma ésta es el hecho jurídico que es causa de aquel efecto jurídico por virtud de la ley. No ya que el cambio jurídico sea producido por la voluntad del juez; la voluntad del juez, aun en este caso, no pretende sino formular la voluntad de la ley.”

“La pronunciada en causa donde se ha planteado una acción declarativa. La que establece la existencia o inexistencia de un derecho, sin condenar o absolver además a las partes. Entre ellas tenemos la prescripción.”¹²

Para Devis Echandia¹³ esta sentencia “... tiene como finalidad la declaración de un derecho o responsabilidad o de la constitución de una relación jurídica, e incluyen, por lo tanto, al grupo general de declarativos y a los dispositivos. En todos ello el juez regula un conflicto de intereses, y determina quien tiene el derecho...”

¹² CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho usual. Tomo VII Pág. 376

¹³ DEVIS ECHANDIA, Hernando.(1984): Teoría General del proceso. Bs. As. Universidad. Pág. 166.

Monroy Palacios¹⁴ al respecto señala que: “Este tipo de sentencia surge cuando el objeto del proceso constituye una crisis de certeza o, como se le denomina en sede nacional, una incertidumbre jurídica. Así, por ejemplo, se puede solicitar al órgano jurisdiccional la determinación respecto del sentido en que debe ser interpretada la cláusula contractual para su efectivo cumplimiento o un pronunciamiento que precise los alcances de una norma jurídica respecto de un caso concreto.”

Para De Santo¹⁵ “Este tipo de sentencias, denominadas también de mera declaración, comprende a aquellas que elimina la falta de certeza sobre la existencia, eficacia, modalidad o interpretación de una relación o estado jurídico

La declaración de esta clase de sentencias puede ser **positiva** cuando afirma la **existencia** de determinado efecto jurídico a favor del actor) o **negativa** cuando afirma, ya sea a favor del actor o del demandado, la **inexistencia** de un determinado efecto jurídico contra ellos pretendido por el adversario)”

Conforme se aprecia, a través de este tipo de sentencias se solicita la simple declaración de una situación jurídica que ya existía con anterioridad a la decisión judicial, el objeto es en este supuesto la búsqueda de la certeza. En tal sentido, el derecho que hasta antes de la resolución judicial final se presentaba incierto, adquiere certidumbre mediante la sentencia, y la norma abstracta se convierte así en disposición concreta.

Se trata de una mera constatación, fijación o expresión judicial de una situación jurídica ya existente. Tenemos como ejemplos de este tipo de sentencias la que declara la nulidad de un título valor, la declaración de propiedad por prescripción, falsedad de un acto jurídico, el reconocimiento de la paternidad, la inexistencia de una situación jurídica (nulidad de un contrato, de un matrimonio o de cualquier acto jurídico en general).

Sentencia constitutiva.

Para Cabanellas¹⁶ este tipo de sentencias es aquella sobre “La que recae por la acción constitutiva interpuesta, a fin de crear, modificar o extinguir una relación jurídica, sin limitarse a la declaración de derecho y sin obligar a una prestación; tales son las dictadas en juicios de divorcio, de reconocimiento de filiación, de separación de cuerpos...”

Igualmente Monroy Palacios¹⁷ señala que: “Acudimos a este tipo de sentencia en supuestos que se encuentran expresamente previstos por el derecho objetivo y caracterizados por suponer; a través de la expedición y la sucesiva adquisición de la autoridad de cosa juzgada por parte de la sentencia,

¹⁴ MONROY PALACIOS Juan José. “Panorama actual de la Justicia civil. Una mirada desde el proceso.” En: Revista Peruana de Derecho Procesal. N° VI. 2003. Pág. 300.

¹⁵ DE SANTO, Víctor (1988): El proceso Civil. Tomo I. Editorial Universidad Bs. As. Pág.13-14

¹⁶ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho usual. Tomo VII Pág. 375.

¹⁷ MONROY PALACIOS Juan José. “Panorama actual de la Justicia civil. Una mirada desde el proceso.” En: Revista Peruana de Derecho Procesal N° VI. 2003. Pág. 302.

una modificación jurídica, es decir, la conformación de una situación jurídica nueva (p.e. el proceso de divorcio y la nulidad del contrato)

Las sentencias constitutivas, al igual que lo que sucede con las meras declarativas, no requieren de actos materiales posteriores (ejecución forzada) para la satisfacción del interés de la parte favorecida. Son sentencias de actuación inmediata.

Devis Echandia¹⁸ precisa: “Se llama también proceso constitutivo, porque la modificación del un estado jurídico pre existente se traduce en la construcción de un estado jurídico nuevo. Pero es mejor denominarlo proceso de declaración constitutiva, porque el denominarlo proceso de declaración constitutiva, porque el juez no crea la relación jurídica sino que la declara o le da certeza”.

De Santo¹⁹ señala que: “Las denominas sentencias constitutivas configuran una modalidad de las sentencias declarativas, a las que cabe conceptuar como aquellas que, **insustituiblemente**, producen los efectos precedentemente señalados (declaración de incapacidad, de adopción, de divorcio, de nulidad de matrimonio, etc).

Se ha observado, por parte de la doctrina, procurando distinguir las sentencias constitutivas de las meramente declarativas, en tanto estas últimas se circunscriben a reconocer o hacer explícita una situación jurídica existente con anterioridad, las primeras establecen un estado jurídico nuevo (inexistente con anterioridad al pronunciamiento de la sentencia).

Sin embargo, toda sentencia, como norma individual, constituye siempre la fuente de una nueva situación jurídica, en cuanto únicamente mediante ella existe la concreta realización de sus efectos.”

En tal sentido, se debe tener en cuenta que cuando lo que se solicita ante el órgano jurisdiccional es la creación, modificación o extinción de una situación jurídica, lo que se pretende, es que se produzca un estado jurídico que antes no existía; la sentencia en una pretensión constitutiva, a diferencia de la declarativa, rige hacia el futuro, con ella nace una nueva situación jurídica que determina, por consiguiente, la aplicación de nuevas normas de derecho.

Sentencia de condena.

Para Cabanellas²⁰ “Es aquella que acepta en todo o en parte las pretensiones del actor manifestadas en la demanda, (...) la cual se traduce en una prestación” debe tenerse en cuenta que las pretensiones de las partes son aquellas que surgen como consecuencia del incumplimiento de la norma y que al ser puesta en conocimiento del órgano jurisdiccional, este ha de traducir la aplicación de la norma en la sentencia.

¹⁸ DEVIS ECHANDIA, Hernando. (1984): Teoría General del proceso. Bs. As. Universidad. Pág. 165.

¹⁹ DE SANTO, Víctor (1988): El proceso Civil. Tomo I. Editorial Universidad Bs. As. Pág. 14.

²⁰ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho usual. Tomo VII Pág. 371.

Respecto del término condena referido a este tipo de actos procesales, Chiovenda²¹ señala que “la condena no es verdaderamente, respecto a la parte derrotada, un acto autónomo de voluntad del juez, no es un mandato del juez; es la formulación de un mandato contenido en la ley, y es un acto de voluntad del juez sólo en ese sentido, que el juez quiere formular el mandato de la ley. Por lo tanto, cuando se ve en la parte dispositiva de la sentencia un acto de voluntad, un mandato, se da a entender que el mandato de la ley adquiere en la sentencia un nuevo vigor de hecho, una mayor fuerza obligatoria, y que la sentencia como acto de autoridad, tiene virtud de mandato paralelamente a la ley.” Esta tipología surge de la propia norma pues es la consecuencia natural de la aplicación de la misma por parte del Juez al expedir la resolución que pone fin a la instancia.

Según Juan Monroy Palacios²² la sentencia de condena “Esta ligada estrechamente a procesos que tienen como contenido una prestación de dar, hacer o no hacer) Su imagen de acción cruza los elementos más importantes del derecho civil patrimonial (desde los derechos de propiedad, hasta los derechos de crédito e incluso una gran franja de los casos que implican responsabilidad civil”.

Devis Echandia²³, “Toda sentencia de condena sirve de título ejecutivo, pues no se concibe una que imponga la prestación de sanción sin que pueda hacerse cumplir. La ejecución es resultado necesario del incumplimiento de la prestación impuesta en la condena.”. No basta la existencia de una resolución judicial que ordena o impone una obligación al demandado, sino que esta deba materializarse, concretarse, efectivizarse

Respecto de este tipo de sentencias Chiovenda²⁴ señala que supone dos situaciones, en primer lugar la existencia de una voluntad de la ley que garantice un bien a alguien, imponiendo al demandado la obligación de una prestación y en segundo lugar, la convicción del magistrado de que con arreglo a la sentencia, se puede de manera inmediata o luego de determinado tiempo ejecutar la misma.

De Santo señala que “Este tipo de sentencia más frecuente y la integran aquellas que imponen el cumplimiento de una prestación (de dar, hacer o no hacer).

Las sentencias de condena además de declarar la existencia del derecho a una prestación y el cumplimiento de ésta por parte del obligado, aplican la **sanción** que la ley imputa a ese cumplimiento, y crean, por ello, a favor del titular del derecho, la acción tendiente a obtener su ejecución coactiva.

Las leyes procesales modernas admiten la posibilidad de que se dicten sentencias de condena sin que medie **la lesión actual** de un derecho, con la

²¹ CHIOVENDA, Giuseppe (1954): Instituciones de Derecho Procesal Civil. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. Vol. I. Pág. 215-216.

²² MONROY PALACIOS Juan José. “Panorama actual de la Justicia civil. Una mirada desde el proceso.” En: Revista Peruana de Derecho Procesal N° VI. 2003. Pág. 303.

²³ DEVIS ECHANDIA, HERNANDO. Teoría General del proceso. Bs. As. Universidad. 1984. Pág. 164.

²⁴ CHIOVENDA, Giuseppe (1954): Ob Cit. Pág. 215.

finalidad de asegurar al actor el goce de un beneficio en una época determinada o de prevenir la eventual insolvencia del demandado.”

En tal sentido, a través de este tipo de sentencias lo que se busca es que se le imponga una situación jurídica al demandado, es decir, se le imponga a éste una obligación. El demandante persigue una sentencia que condene al demandado a una determinada prestación (dar, hacer o no hacer). Debemos tener en cuenta que, toda sentencia, aún la condenatoria es declarativa, más la de condena requiere un hecho contrario al derecho, y por eso este tipo de sentencias tiene una doble función ya que no solamente declara el derecho, sino que además prepara la vía para obtener, aún contra la voluntad del obligado, el cumplimiento de una prestación.

Por el contrario la sentencia meramente declarativa, como hemos visto, no requiere un estado de hecho contrario a derecho, sino que basta un estado de incertidumbre sobre el derecho, y por eso no obliga a nada, sino que se limita a declarar o negar la existencia de una situación jurídica, es decir que no es susceptible de ejecución porque la declaración judicial basta para satisfacer el interés del pretensor.

OTRAS CLASIFICACIONES

Entre otras clasificaciones existentes en la doctrina con relación a las sentencias encontramos:

Sentencia Citra Petita.

La omisión de pronunciamiento se le conoce con el nombre de “*citra petita*”, es decir que “el fallo no contenga menos de lo pedido por las partes (*ne eat iudex citra petita partium*²⁵), pues si así lo hiciera, incurriría en incongruencia negativa, la que se da cuando la sentencia omite decidir sobre alguna de las pretensiones procesales...”²⁶

El fallo judicial incompleto por olvidar o eludir el caso principal debatido o por omitir pronunciamiento alguno sobre los puntos propuestos y ventilados debidamente por las partes. Llamada también incongruencia negativa, cuando el juez omite el debido pronunciamiento sobre alguno de los términos del problema judicial; también es importante destacar lo que en doctrina se llama incongruencia mixta, que es la combinación de las dos anteriores, que se produce cuando el juez extiende su decisión sobre cuestiones que no le fueron planteados en el proceso (*ne eat iudex extra petita partium*).

En el caso que se omite total pronunciamiento sobre las pretensiones (postulatorias o impugnatorias) formuladas.

Sentencia extra petita.

²⁵ Que el fallo no contenga *más* de lo pedido por las partes. (Traducción libre)

²⁶ GUASP Jaime (1961): Derecho Procesal Civil. Tomo 1, Instituto de estudios Políticos. Madrid Pág. 483.

La resolución judicial que falla sobre una cuestión no planteada. La inadvertencia o la mala fe del juzgador puede tener sus consecuencias para las partes que acepten ese fallo; pues se convierte en título jurídico y se ejecuta lo pertinente, de quedar firme.

En este tipo de sentencias da algo distinto a lo pedido. Cuando el Juez se pronuncia sobre el petitorio o los hechos no alegados.

Sentencia Ultra Petita.

Es una expresión latina, que significa "más allá de lo pedido", que se utiliza en el derecho para señalar la situación en la que una resolución judicial concede más de lo pedido por una de las partes.

El Fallo judicial que se concede a una de las partes más de lo por ella pedido en la demanda o en la reconvención, (...). En lo civil, el conceder más de lo pedido implica incongruencia, con derecho a apelar de la sentencia e imponer, en su caso el recurso de casación por infracción de la ley.

La incongruencia positiva o *ultra petita*, cuando el juez extiende su decisión más allá de los límites del problema judicial que le fue sometido a su consideración; en este caso la sentencia incurre en incongruencia *ultra petita* por dar más de lo pedido. Se resuelve más allá de lo pedido o los hechos.

Sentencia Infra Petita.

Significa "por debajo de lo pedido". Por debajo de lo demandado. Dar menos de lo solicitado. Cuando el juzgador no se pronuncia sobre todos los petitorios o todos los hechos relevantes del litigio.

No se debe confundir con la *minima petita* al fallo *infra petita* que es aquel que resuelve una pretensión de donde el actor alega un derecho de extensión mucho mayor que el que realmente resulto probado y en donde el Juez lo concede en éste y lo niega en lo demás, de lo cual este es el último.

Requisitos de la Sentencia

a) Formales

Como toda resolución las sentencias deben contener:

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 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.

b) Requisitos materiales.

Entre los requisitos de carácter material o sustancial doctrinariamente se señala como tales: 1) congruencia, 2) motivación y 3) exhaustividad:

b.1) Congruencia,

Para Cabanellas²⁷, se entiende por sentencia congruente "...la acorde y conforme con las cuestiones planteadas por las partes, ya las admita o rechace, condenando o absolviendo. La exigencia de este requisito se declara en la ley..."

Como es conocido toda sentencia debe cumplir con determinados requisitos, entre los cuales encontramos al principio de congruencia antes señalado, el cual tiene dos facetas una interna y otra externa, el principio de la *congruencia externa* la cual señala que toda sentencia debe ser coherente con la pretensión planteada, las pruebas aportadas y las manifestaciones expresadas por las partes durante todo el proceso, es decir que la decisión final del Juez debe guardar concordancia con dichos aspectos y procurar la armonía de los mismos. Y por otra parte, *la congruencia interna* de una sentencia ha de cumplirse siempre que ésta no tenga manifestaciones contradictorias entre si.

²⁷ CABANELLAS, Guillermo (2003): Ob. Cit. Tomo VII. Pág.371.

La doctrina define la congruencia, "...como la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan este objeto. Es, pues, una relación entre dos términos, uno de los cuales es la sentencia misma, y, más concretamente, su fallo o parte dispositiva, y otro el objeto procesal en sentido riguroso; no, por lo tanto, la demanda, ni las cuestiones, ni el debate, ni las alegaciones y las pruebas, sino la pretensión procesal y la oposición a la misma en cuenta delimita o acota, teniendo en cuenta todos los elementos individualizadores de tal objeto: los sujetos que en él figuran, la materia sobre que recae y el título que jurídicamente lo perfila.

La congruencia supone, por lo tanto:

Que el fallo no contenga *más* de lo pedido por las partes: "*ne eat iudex ultra petita partium*", pues si así lo hiciera incurriría en *incongruencia positiva*, la que existe cuando la sentencia concede o niega lo que nadie ha pedido, dando o rechazando más, cuantitativa o cualitativamente, de lo que se reclama.

(...)

Que el fallo no contenga *menos* de lo pedido por las partes: "*ne eat iudex citra petita partium*", pues si así lo hiciera incurriría en *incongruencia negativa*, la que se da cuando la sentencia omite decidir sobre alguna de las pretensiones procesales.

(...)

Que el fallo no contenga algo *distinto* de lo pedido por las partes: "*ne eat iudex petita partium*", pues si así lo hiciera incurriría en *incongruencia mixta*, combinación de la positiva y la negativa, lo que sucede cuando las sentencias fallan sobre objeto diferente al pretendido..."²⁸

La congruencia viene a constituir la conformidad entre la sentencia y las pretensiones planteadas por las partes en los actos postulatorios. En ese sentido, las resoluciones que ponen fin al proceso, deben ser acordes con las pretensiones propuestas ante el órgano jurisdiccional al demandar, contestar y en su caso al reconvenir, sin que existan circunstancias posteriores que modifiquen los términos que dio origen al conflicto de intereses. En el caso que sea notoria la discrepancia entre la sentencia y las pretensiones que se manifiestan en la fijación de puntos controvertidos, las partes se encuentran en la posibilidad de plantear los medios impugnatorios que le franquea la norma procesal con la finalidad de buscar su revocación o anulación. Así, también se transgrede el principio de congruencia procesal cuando, la decisión del juez no solo omite pronunciarse sobre los hechos alegados por en la demanda y contestación, sino también en el caso que se pronuncie sobre hechos no alegados por los justiciables, lo que se encuentra regulado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil el cual establece que: "El Juez (...) no puede ir mas allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos a los alegados por las partes."

²⁸ GUASP Jaime (1961): Ob. Cit. 533, 534

En tal sentido podemos señalar que la congruencia es el resultado de la comparación entre las pretensiones concretadas por las partes y la sentencia, es decir, debe existir similitud entre lo pedido por las partes y lo decidido por el Juez en la sentencia; en el supuesto que haya exceso, generaría una alteración a la relación procesal.

La resolución final no debe transgredir la congruencia externa de la sentencia, entendida como la exigencia de que no exista discordancia entre el fallo judicial y el debatido en el proceso, caso contrario se estaría incurriendo en causal de nulidad.

b.2) Motivación

La motivación comporta la justificación lógica, razonada y conforme a las normas constitucionales y legales, debiendo asimismo encontrarse con arreglo a los hechos y al petitorio formulado por las partes en los actos postulatorios; por tanto una motivación adecuada y suficiente comprende tanto la motivación de hecho o *in factum* (en el que se establecen los hechos probados y los no probados mediante la valorización conjunta y razonada de las pruebas incorporadas al proceso), y la motivación de derecho o *in jure* (en el que se selecciona la norma jurídica correspondiente o pertinente) y se efectúa una adecuada interpretación de la misma.

Para Bailon “El deber de motivar la sentencia consiste en la exigencia, para el juzgador, con base a las pruebas practicadas en el proceso. La motivación requiere que el juzgador analice y valore cada uno de los medios de prueba practicados en el proceso y que, basándose en tal análisis y valoración, determine los hechos en los que fundara su resolución.”²⁹ Agrega además que: “En general, la motivación y la fundamentación exigen al juzgador el análisis y valoración de todos los medios de prueba practicados, para que precise los hechos sobre los que base su resolución, además de la indicación de los preceptos jurídicos en los cuales la funde, exponiendo las razones por las que consideró aplicables tales preceptos del Derecho. Las exigencias de motivación y fundamentación tiene por objeto no solo que el juzgador exprese las razones de hecho y sus argumentaciones jurídicas, sino, sobre todo, que tales razones y argumentaciones puedan ser revisadas por el tribunal, que, en su caso, conozca de la impugnación contra la sentencia.”

La motivación de las resoluciones judiciales constituyen un elemento del debido proceso y, además se ha considerado como principio y derecho de la función jurisdiccional consagrado en el inciso quinto del artículo 139º de la Constitución Política, la misma que ha sido recogida en el artículo 12º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el inciso sexto del artículo 50º e incisos 3 y 4 del artículo 122º del Código Procesal Civil, y cuya contravención origina nulidad de la resolución conforme a las dos últimas normas procesales antes mencionadas.

Constituye uno de los deberes primordiales que tienen los Jueces para con las partes y para con la correcta administración de justicia, puesto que a

²⁹ BAILON Valdvinos, Rosalío (2004): Teoría general del proceso y derecho Procesal Civil. Editorial Limusa. 2da edición. México. Pág. 216.

través de ella se comprueba el método de valoración de las pruebas evitando de esta manera la existencia de arbitrariedades y afectación al debido proceso.

La exigencia de la motivación constituye un valor jurídico que rebasa el interés de los justiciables por cuanto se fundamenta en principios de orden jurídico, pues la declaración de derecho en un caso concreto, es una facultad del juzgador pro imperio de la norma constitucional impone una exigencia de la comunidad.

b.3) Exhaustividad.

Por el principio de exhaustividad de la sentencia, se le impone al magistrado el deber de pronunciarse sobre todas las pretensiones de las partes, sea para rechazarlas por extemporáneas, infundadas o inadmisibles o improcedentes. Del mismo modo se puede vulnerar este principio si hay omisión de pronunciamiento cuando la sentencia prescinde totalmente de otorgar o negar la tutela jurídica solicitada sobre alguna de las pretensiones de las partes, salvo que por alguna causa legal el magistrado se encuentre eximido de ese deber. La omisión o falta de pronunciamiento, así entendida, se produce cuando el Juez silencia totalmente una pretensión fundamentada, pues su falta de consideración es un vicio que afecta el fallo

El Juez como consecuencia de un profundo análisis del caso propuesto debe expedir su resolución final la cual versará sobre todas y cada una las pretensiones propuestas por las partes en los actos postulatorios del proceso, caso contrario conlleva, a que la sentencia no cumpla con los requisitos de autonomía y suficiencia, que le son indispensables a los fines de que ella satisfaga una de sus formalidades intrínsecas, cual es la exhaustividad, de la sentencia que impone a los jueces a pronunciarse sobre todo lo alegado en el proceso.

En tal sentido, el principio de exhaustividad de la sentencia impone a los jueces el deber de considerar y resolver todas y cada una de las pretensiones alegadas por las partes y que se encuentran precisadas en la fijación de puntos controvertidos los cuales constituyen el problema judicial debatido entre las partes, cuya violación se traduce en una omisión de pronunciamiento.

Finalmente, se debe precisar que la falta de exhaustividad de la sentencia constituye una modalidad o una clase de la incongruencia, hasta el punto de que existen opiniones doctrinales que denominan a la falta de exhaustividad como incongruencia omisiva o incongruencia por omisión de pronunciamiento.

PARTES DE LA SENTENCIA.

Para GOZAINI las partes integrantes de la sentencia "... se integra con estas tres parcelas: Los *resultandos*, resumen la exposición de los hechos en conflicto y los sujetos de cada pretensión y resistencia. Aquí, debe quedar bien delineado el contorno del objeto y causa, así como el tipo y alcance de la posición deducida. Los *considerandos*, son la esencia misma de este acto, la

motivación debe trasuntar una valuación objetiva de los hechos, y una correcta aplicación del derecho. En este quehacer basta que medie un análisis integral de las alegaciones y pruebas conducentes, sin que sea necesario referirse en detalle, a cada uno de los elementos evaluados, sino que simplemente se impone la selección de aquellos que pueden ser más eficaces para formar la convicción judicial.

El sometimiento del fallo a los puntos propuestos por las partes, no limita la calificación jurídica en virtud del principio *iura novit curia*, ni cancela la posibilidad de establecer deducciones propias basadas en presunciones o en la misma conducta de las partes en el proceso.”³⁰

Se constituye así un acto jurídico procesal del cual debe cumplirse determinadas formalidades, el Código Procesal Civil en su artículo 122 inciso 7 señala: “(...) La sentencia exigirá en su redacción la separación de sus partes expositiva, considerativa y resolutive....”

a) Parte expositiva

En primer lugar tenemos la parte **expositiva** que tiene por finalidad la individualización de los sujetos del proceso, las pretensiones y el objeto sobre el cual debe recaer el pronunciamiento

Constituye el preámbulo de la misma, contiene el resumen de las pretensiones del demandante y del demandado así como las principales incidencias del proceso, como el saneamiento, el acto de la conciliación la fijación de puntos controvertidos, la realización del saneamiento probatorio y la audiencia de pruebas en un breve resumen si ella se hubiere llevado a cabo. Ello implica que solamente encontremos los principales actos procesales realizados durante el desarrollo el proceso, más no actos meramente incidentales que no influyen o tienen importancia en el mismo, así como ejemplo no encontraremos el escrito de una de las partes solicitando variación de domicilio procesal o cambio de abogado u una nulidad o rectificación de resolución.

De Santo³¹ señala que: “Los *resultandos* constituyen una exposición referente a los sujetos activo y pasivo de la pretensión, las cuestiones planteadas por éstos, cumpliendo la función, por consiguiente, de determinar el ámbito subjetivo y objetivo dentro del cual debe emitirse la decisión.”

Cabe aquí traer textualmente lo señalado por la Secretaria Ejecutiva del Poder Judicial en su *Guía de Pautas Metodológicas para la Elaboración de Sentencias* del año dos mil:

“Dentro de la estructura de la sentencia, la parte expositiva es aquella en la cual el Magistrado narra de manera sucinta, secuencial y cronológica, excluyendo criterios valorativos, los principales actos procesales que acontecen desde la interposición de la demanda hasta el momento previo a la expedición de la sentencia.

La finalidad de esta parte de la sentencia es la siguiente:

³⁰ GOZAINI, OSVALDO A (1996): Teoría General del Derecho Procesal. EDIAR. Bs. As. Pág. 253.

³¹ DE SANTO, Víctor (1988): El proceso Civil. Tomo VII. Editorial Universidad Bs. As. Pág. 17.

Realizar una narración objetiva de los principales actos procesales en forma tal que permita interiorizar la problemática central del proceso que va a ser análisis y posterior resolución.

CONTENIDO.

Antes de proceder a desarrollar el esquema sugerido en cuanto al contenido de la parte expositiva consideramos necesario precisar que, para dicho fin, partimos de la premisa que estamos frente a una causa que se encuentra no sólo formal, sino realmente expedita para ser sentenciada, lo que debe ser verificado mediante un análisis preliminar del proceso.

(...)

En tal sentido, consideramos que la parte expositiva de la sentencia, debe contener la narración y/o descripción clara y concreta de la información substancial relativa a los siguientes actos procesales:

DEMANDA

a) Identificación de la parte demandante.

b) Identificación de la parte demandada.

La identificación de las partes obedece al hecho que como norma general, las sentencias solo pueden surtir efectos respecto de los intervinientes en el proceso.

En el supuesto que haya producido y admitido la intervención de un litisconsorte o de un tercero en el proceso, se deberá cumplir con el requisito de identificación de los mismos en la etapa procesal en que se hayan apersonado, aplicándose analógicamente lo previsto para la demanda y su contestación, en lo que corresponda.

c) Identificación del petitorio³².

Esto nos permitirá, posteriormente, cumplir debidamente con el Principio de Congruencia Procesal, a través del cual el fallo a expedir deberá ser Estricta Petita, evitando así incurrir en fallos Citra Petita, Plus Petita y Extra Petita.

Para tal fin, consideramos aconsejable proceder a la transcripción del petitorio, salvo que por tipo de redacción y /o extensión, resulte posible, necesario y razonable, resumirlo conservando su esencia.

d) Descripción de los principales fundamentos de hecho.

Esto resulta necesario, por cuanto de esta forma delimitaremos el marco fáctico que nos permitirá el debido ejercicio del Principio de Dirección del Proceso, así como nuestra posterior labor de análisis a desarrollar en la parte considerativa.

Para ello, deberá procederse a la descripción resumida de los principales acontecimientos fácticos que sustentan la pretensión

e) Descripción de la fundamentación jurídica.

Esto nos permitirá una aproximación preliminar al marco legal cuyo análisis será necesario efectuar para resolver la controversia.

En consecuencia, deberá procederse a la descripción resumida de los principales fundamentos jurídicos (norma, doctrina u otros) expuestos en la demanda.

³² El petitorio sintetiza la cosa demandada o pretendida

f) Sumilla de la resolución de admisión a trámite.

Nos permitirá establecer cuál o cuáles de las pretensiones será materia de pronunciamiento, lo que también coadyuvará a la preservación del Principio de Congruencia anteriormente mencionado.

En tal sentido, procederemos a la descripción resumida de la resolución que admitió a trámite la demanda, indicando, de ser el caso, si alguna de las pretensiones fue desestimada liminarmente.

CONTESTACION

Para este caso, resultan de aplicación los criterios generales anteriormente expuestos relativos a la demanda, por lo que, también, se compondrá de la siguiente información:

- a) identificación del petitorio.³³
- b) descripción de los principales fundamentos de hecho.
- c) Descripción de la fundamentación jurídica.
- d) Sumilla de la resolución de admisión a trámite.

RECONVENCION

En el caso de haberse interpuesto válidamente reconvención, deberá seguirse el mismo procedimiento anteriormente descrito relativo a la demanda y su contestación.

SANEAMIENTO PROCESAL.

De esta forma podremos internalizar el proceso de determinación y/o ratificación de la existencia de una relación jurídica procesal válida, así como de la posibilidad de expedir un pronunciamiento válido sobre el fondo del asunto.

Para tales efectos, se procederá a la narración de la forma en la cual el juzgado ha resuelto, de ser el caso, las principales incidencias relativas a la configuración de los presupuestos procesales y condiciones de la acción, mediante la descripción resumida de las conclusiones del auto de saneamiento procesal.

CONCILIACION

La inclusión de la información relativa a dicho acto procesal, nos permitirá verificar y exponer el debido cumplimiento de normas imperativas a dicho acto.

Para tal fin, dado que estamos frente a un supuesto en el que evidentemente no se produjo conciliación alguna procederemos a la descripción del hecho de que ésta no se produjo entre las partes por causas que se precisarán en cada caso concreto.³⁴

FIJACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS.

Constituye un aspecto medular que implica la descripción precisa de los principales aspectos fácticos y/o jurídicos que imprescindiblemente deberán ser

³³ Con la contestación se establece lo que es el objeto litigioso dentro del proceso; de tal manera que por medio de este acto jurídico procesal expresa o tácita se otorga el contenido definitivo del objeto litigioso.

³⁴ Como consecuencia de la modificación de la norma procesal Decreto Legislativo 1070, este acto procesal ya no será consignada en la sentencia.

materia de análisis en la parte considerativa para la eficiente resolución de la controversia.

Sobre dichos hechos centrales deberán haber versado la admisión y actuación de los medios probatorios.

En efectos, los puntos controvertidos constituyen los aspectos centrales respecto de los cuales versará nuestro posterior análisis a efectuar en la parte considerativa para determinar si las pretensiones expuestas por las partes ameritan o no el amparo del órgano jurisdiccional.

En tal sentido, procederemos a la transcripción de los puntos controvertidos, fijados en la audiencia correspondiente.

SANEAMIENTO PROBATORIO.

Con ello se podrá verificar los medios probatorios que serán materia de análisis en la parte considerativa de la sentencia.

Así, procederemos a describir las principales incidencias relativas al acto procesal de admisión de pruebas.

ACTUACIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Esto nos permitirá visualizar y/o comprobar que todos los medios probatorios admitidos a trámite, han sido debidamente actuados, evitando así incurrir en una eventual afectación del debido proceso.

Con tal finalidad, procederemos a listar objetivamente, es decir, sin incorporar juicios de valor alguno (lo que será propio de la parte considerativa), los medios probatorios admitidos y actuados.(...)³⁵

b) Parte considerativa.

En segundo término tenemos la parte **considerativa**, en la que se encuentra la motivación que esta constituida por la invocación de los fundamentos de hecho y derecho así como la evaluación de la prueba actuada en el proceso. *“Los fundamentos de la resolución judicial -escribió Hans Reichel- tienen por objeto, no solo convencer a las partes, sino más bien fiscalizar al Juez con respecto a su fidelidad legal, impidiendo sentencias inspiradas en una vaga equidad o en el capricho.”*³⁶

Para De Santo³⁷ *“En los considerandos el juez debe consignar los **motivos o fundamentos** que lo llevan a aplicar una u otra solución con respecto a las cuestiones planteadas por las partes. (...)*

En este aspecto del pronunciamiento el sentenciante debe remitirse a los hechos invocados por las partes, confrontarlos con la prueba que se haya practicado, meritar el valor de ella y aplicar, por último, las normas jurídicas mediante las cuales estima que debe resolverse la causa.”

En esta parte encontramos los fundamentos o motivaciones que el Juez adopta y que constituyen el sustento de su decisión. Así evaluará los hechos alegados y probados por el demandante y el demandado, analizando aquellos que son relevantes en el proceso, por ello no encontramos decisión

³⁵ Secretaría Ejecutiva del Poder Judicial (2000): Guía de Pautas Metodológicas para la Elaboración de Sentencias. Lima. Pág. 43-49.

³⁶ BAILON Valdvinos, (2004): Ob. Cit.. Pág. 217.

³⁷ DE SANTO, Víctor (1988): El proceso Civil. Tomo VII. Editorial Universidad Bs. As. Pág. 18

jurisdiccional alguna en la que el juez detalle cada uno de los medios probatorios admitidos y los analice independientemente sino que realice una evaluación conjunta.

El juez mencionará las normas y/o artículos de esta que sean pertinentes para resolver las pretensiones propuestas, basándose en algunos casos en la argumentación jurídica adecuada que hayan presentado estas y que le permiten utilizarlo como elemento de su decisión.

Al respecto se ha precisado la inexigibilidad de fundamentar la decisión en normas sustantivas y adjetivas en cada uno de los considerandos que integran la sentencia.

En algunas circunstancias encontraremos además la posición doctrinaria de algunos autores respecto al tema materia de decisión, ello constituye el aporte doctrinario traído a colación en el acto de la sentencia y que permite sustentar su posición jurídica en base a los estudiosos del tema.

Finalmente, no escapa la jurisprudencia, por lo que en algunas circunstancias podrá también señalar lo que el Tribunal Superior ha manifestado, respecto de la materia a resolver, incluso si el caso lo amerita las decisiones del Tribunal Constitucional, cuando constituye precedente vinculante, ello nos permite advertir el grado de conocimiento del Juez respecto de las decisiones del Superior Jerárquico y que permiten apreciar que respeta la línea jurisprudencial existente o en caso de apartarse de ella las razones por las cuales lo hace.

Nuevamente se hace necesario poner a consideración lo señalado en la *Guía de Pautas Metodológicas para la Elaboración de Sentencias* elaborado por la Secretaría Ejecutiva del Poder Judicial:

“CONCEPTO Y FINALIDAD.

Dentro de la estructura de la sentencia la parte considerativa es aquella en la cual el Magistrado plasma el razonamiento lógico-fáctico y/o lógico-jurídico que ha efectuado para resolver la controversia.

Evidentemente, su importancia resulta notoria al constituir la parte medular de la sentencia, con cuya adecuada elaboración y/o diseño, debe lograrse cumplir, entre otras, las siguientes finalidades:

Permitir a los justiciables conocer las razones por las cuales su pretensión ha sido amparada o rechazada, en forma tal, que en ese último caso, puedan ejercer debidamente su derecho impugnatorio y acceder, a su vez, al derecho constitucional de la instancia plural, lo que constituye una garantía fundamental del debido proceso.

ADECUADA FIJACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS.

(Premisa para el debido desarrollo de la Parte Considerativa de la Sentencia)

Antes de proceder a detallar el contenido central de la parte considerativa de la sentencia, resulta imprescindible haber realizado, en la etapa procesal correspondiente, **una debida fijación de puntos controvertidos**, al extremo que en caso de no haberse cumplido dicho requisito a cabalidad, el trabajo

intelectual a desplegar para la resolución de la controversia, podría devenir en absolutamente asistemático, propiciando al posibilidad de incurrir en errores perfectamente evitables.

En tal sentido, para continuar con el punto a ser tratado posteriormente, consideramos pertinente asumir como hipótesis preliminar que en la etapa procesal correspondiente, se ha producido una adecuada fijación de los puntos controvertidos respecto de cada una de las pretensiones que deberán ser materia de resolución.

A su vez, consideramos indispensable destacar que una adecuada fijación de los puntos controvertidos los mismos que se encuentran íntimamente interrelacionados entre sí, supone la proposición de los mismos, mediante la estructuración de un orden lógico de prelación, de tal manera que la conclusión a la que se arribe, luego del análisis de cada punto controvertido, determinará con el análisis del siguiente punto controvertido, y, así, sucesivamente.

En efecto, si estructuramos los puntos controvertidos en forma tal que cada uno guarde íntima relación con el subsiguiente, esto nos facilitará su evaluación ordenada, de manera que las conclusiones a las que arribemos, nos conducirán a una eficiente resolución de la controversia.

Esta forma de estructurar la fijación de puntos controvertidos, permite, además, agilizar en muchos casos, el proceso de resolución de una controversia; pues, puede darse el caso que dicho proceso resolutivo se agote con el sólo análisis y conclusión a la que se arribe al evaluar o analizar tan sólo uno de los puntos controvertidos, el que bien podría ser el primero, deviniendo en innecesaria y/o inoficiosa la evaluación de los puntos controvertidos restantes.

Por tanto, si bien es cierto que pueden existir otras modalidades de fijación de puntos controvertidos, consideramos que el sugerido, facilita, ordena y simplifica substancialmente el trabajo intelectual a desarrollar.

CONTENIDO

Una vez esbozados los puntos precedentes, nos encontramos en aptitud de sugerir el esquema o estructura substancial de la parte considerativa de una sentencia civil, en la cual, como ya hemos señalado anteriormente, se plasma el razonamiento lógico-fáctico y/o lógico jurídico, efectuado por el magistrado para resolver la controversia.

En tal sentido, estimamos que la parte considerativa de una sentencia civil, debe estructurarse mediante el desarrollo de cuatro fases secuenciales e interdependientes entre sí, que pasamos a detallar:

LISTADO DE LAS SITUACIONES DE HECHO QUE GUARDAN RELACION SUSTANCIAL CON CADA UNO DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS FIJADOS.

Esto resulta necesario en la medida que para la debida evaluación de un punto controvertido, requerimos analizar una o más situaciones de hecho, de cuya probanza o improbanza dependerá sobremanera la conclusión preliminar que obtengamos respecto del punto controvertido que analizamos.

Para dicho fin, consideramos importante efectuar dicho listado de situaciones de hecho que guarda relación sustancial con el punto controvertido, a fin de evitar que podamos obviar el posterior análisis probatorio de alguno de ellos, lo

que podría distorsionar el sentido de la conclusión a la que arribemos posteriormente respecto del punto controvertido analizado.

SELECCIÓN Y ANALISIS VALORATIVO DE LOS ELEMENTOS PROBATORIOS Y/O NECESARIOS PARA CREARLAS RESPECTIVA CONVICCIÓN SOBRE CADA UNA DE DICHAS SITUACIONES DE HECHO.

El proceso de selección y análisis valorativo de los elementos probatorios relativos a cada una de las situaciones de hecho, permitiría crearnos convicción y sustentar la misma respecto a si se encuentran o no acreditadas y/o probadas. (...)

En tal sentido, consideramos necesario, realizar el respectivo ejercicio lógico-racional que nos permita seleccionar los medios probatorios idóneos para crear convicción respecto de las antedichas situaciones de hecho.

Para tales efectos, debemos aplicar todas las herramientas necesarias para cumplir dicho objetivo, las que no son provistas por la ley y la doctrina, concernientes a la “valorización de elementos probatorios”.

Debemos destacar que podría darse el caso que una situación de hecho no haya sido necesariamente objeto y/o materia de probanza, sino, de asentimiento expreso o tácito por las partes del proceso, en cuyo caso, ello podría eventualmente bastar para crearnos convicción, sin necesidad de recurrir a la selección y valorización de un medios probatorio específico; pues, dicho asentimiento podría ocasionar una presunción relativa de verdad, por lo que sólo para estos casos específicos podríamos prescindir de las precisiones efectuadas (...)

Evidentemente, el supuesto específico antes anotado sólo procederá en caso de resultar aplicable dicha posibilidad por no versar la respectiva cuestión de hecho a ser analizada o merituada de esta forma, sobre derechos indisponibles u otras situaciones o casos similares o análogos en los que no pueda recurrirse válidamente a dicha presunción relativa de verdad.

ANALISIS DEL MARCO JURIDICO AL PUNTO CONTROVERTIDO EVALUADO Y EMISIÓN DE UNA CONCLUSIÓN.

En efecto, una vez que ya tenemos una convicción formada sobre cada una de las respectivas situaciones de hecho, nos encontramos en aptitud de emitir una conclusión final respecto del punto controvertido materia de análisis, previa aplicación del marco legal pertinente, de lo que dependerá, como ya hemos analizado anteriormente que podamos o no continuar con la evaluación de los subsiguientes puntos controvertidos o procedamos a la inmediata expedición del fallo (...)

CONSIDERANDO FINAL QUE PERMITA A LOS JUSTICIABLES ANTICIPAR EL SENTIDO DEL FALLO DEFINITIVO.

Similar procedimiento al descrito (...), se seguirá para el análisis de cada uno de los subsiguientes puntos controvertidos, con cuyas conclusiones preliminares se redactará un considerando final que permita a los justiciables anticipar el sentido del fallo definitivo. (...)

Obtenidas las conclusiones preliminares respecto de cada uno de los puntos controvertidos analizados, y dada la interdependencia entre los mismos, ya nos

encontramos en aptitud de llegar a una conclusión final respecto de cada uno de las pretensiones cuya resolución es objeto del proceso, lo que constituirá el sentido del fallo correspondiente, que será materia de análisis posterior. (...)"³⁸

La sentencia como aquellas resoluciones de trascendencia en el proceso, pero esta con mayor razón, requieren de motivación es decir que sean fundadas y constituyen una derivación razonada del derecho vigente y los hechos expuestos por las partes.

Es necesario que se refleje en la resolución final el desarrollo mental realizado por el magistrado lo que permite a las partes puedan conocer las razones por las que se admite o rechaza sus pretensiones dando la posibilidad de cuestionarla.

La ausencia de esta motivación resulta descalificada mediante la figura de la nulidad, del mismo modo se da en el caso de sentencia con fundamento insuficiente o errados o cuando se sustenta el sustento de carácter dogmático que no tiene en cuenta los fundamentos fácticos acreditados en autos.

c) Parte resolutive

Finalmente el **fallo**, que viene a ser el convencimiento al que el Juez ha arribado luego del análisis de lo actuado en el proceso que se expresa en la decisión en la que se declara el derecho alegado por las partes, precisando en su caso el plazo en el cual deben cumplir con el mandato salvo sea impugnada la misma, por lo que los efectos de esta se suspenden.

Accesoriamente encontramos otras decisiones que puede tomar en Juez en la sentencia como lo es el pronunciamiento respecto de las costas y costos a la parte vencida. Asimismo, el pago de multas y de los intereses legales que pudiera general en su caso algunas materias. Finalmente, el complemento de la decisión o el que permite su ejecución como lo es disponer oficiar a alguna dependencia para que ejecute su fallo.

De Santo³⁹ señala que: "La sentencia concluye con la denominada *parte dispositiva o fallo* propiamente dicho, en el cual se sintetizan las conclusiones establecidas en los considerandos y se resuelve actuar o denegar la actuación de la pretensión procesal."

El ultimo elemento y más importante de los tres esta en la decisión adoptada por el Juez luego de señalar lo acontecido en el proceso y el sustento argumentativo declarando así el derecho que corresponda a las partes, teniendo en cuenta los puntos controvertidos señalados en su oportunidad. Incluso podrá declarar la insubsistencia de lo actuado si advierte la existencia de vicios insubsanables, del mismo modo podrá referirse sobre la valide de la relación jurídico procesal.

³⁸ Secretaria Ejecutiva del Poder Judicial (2000): Guía de Pautas Metodológicas para la Elaboración de Sentencias. Lima. Pág. 51-57.

³⁹ DE SANTO, (1988) Ob. Cit. Pág. 21

En ella se establecerá de manera clara, precisa y concreta las resultados del proceso, ello a fin de que pueda exigirse el cumplimiento de la misma en su oportunidad.

Finalmente se hace necesario poner a consideración lo señalado respecto al tema en comento en la *Guía de Pautas Metodológicas para la Elaboración de Sentencias* elaborado por la Secretaría Ejecutiva del Poder Judicial:

“CONCEPTO Y FINALIDAD.

Dentro de la estructura de la sentencia, la parte resolutive es aquella en la cual el magistrado expone su decisión final respecto de las pretensiones de las partes que fueron admitidas a trámite, constituyendo el pronunciamiento en el cual se pone fin a la instancia.

Dicho pronunciamiento deberá guardar estricta concordancia y/o congruencia con las conclusiones preliminares vertidas, respecto de cada uno de los puntos controvertidos.

En tal sentido, el fallo deberá de resultar una consecuencia lógica de las conclusiones preliminares, en forma similar a la conclusión de un silogismo que debe ser perfectamente coherente con las premisas que le anteceden.

La principal finalidad de la parte resolutive de la sentencia es la siguiente:

Cumplir con el mandato legal del tercer párrafo del artículo 122 del Código Procesal Civil.⁴⁰

Lograr que los justiciables conozcan el sentido del fallo definitivo, permitiéndoles ejercer debidamente su derecho impugnatorio y subsecuente derecho constitucional a la instancia plural, de ser el caso.

CONTENIDO.

La parte resolutive se compone de la emisión de una conclusión final respecto de cada una de las pretensiones cuya resolución fue admitida a trámite.

En dicho pronunciamiento, deberemos dejar claramente establecido si cada una de las pretensiones han sido amparadas o desestimadas, en forma total o parcial, debiendo existir siempre, en cualesquiera de estos casos, estricta concordancia entre las pretensiones y el fallo expedido (fallo Estricta Petita).

Del mismo modo, cuando sea el caso, debe contener:

a) El mandato respectivo destinado a que la parte vencida desarrolle una determinada prestación que satisfaga la pretensión de la contraparte y/o declarar el derecho correspondiente.

b) la respectiva definición y/o determinación del momento a partir del cual surtirá efectos el fallo.

c) Pronunciamiento sobre las costas y costos, sea que su pago proceda o no.⁴¹

Término para sentenciar

⁴⁰ En cuanto señala que las resoluciones judiciales deben contener los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho, según el mérito de lo actuado a fin de evitar alguna nulidad.

⁴¹ Secretaría Ejecutiva del Poder Judicial (2000): *Guía de Pautas Metodológicas para la Elaboración de Sentencias*. Lima. Pág. 59-60.

La finalidad de la nulidad procesal no es el culto a la forma, al contrario el objeto de este instituto está vinculado con la protección a las formas esenciales de un acto procesal, verbigracia, la observancia de los requisitos para la constitución de una relación procesal válida y el debido proceso entre cuyos contenidos están el derecho de defensa, el derecho a la prueba, etc. Por ello, no todo vicio conduce necesariamente a la declaración de nulidad de un acto procesal, sino solo de aquellos que violen garantías del proceso causando perjuicio a las partes. Jurisprudencialmente existen pronunciamientos en tal sentido, así por ejemplo en la Casación N° 216-96 Huaura, publicada en el Diario Oficial el Peruano el dos de mayo de mil novecientos noventa y ocho, Pág. 842 se ha señalado que *“...la nulidad procesal o cuando se vulnere uno de los principios del debido proceso”*. En la Casación N° 738-97 Lima, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 03 de enero de 1999 Pág. 2342 se ha dicho que: *“La aplicación automática de la sanción de nulidad por el solo hecho de su constatación, obligaría a declarar la nulidad por causas secundaria, aun cuando el proceso se encuentra sentenciado y precluido sus etapas proporcionando con ello un arma al litigante de mala fe, que le permitiría demorar injustificadamente el proceso.”*

CAPITULO II

COSA JUZGADA.

Al respecto Cabanellas⁴² señala *que* “lo resuelto en juicio contradictorio, ante un juez o tribunal, por sentencia firme, contra la cual no se admite recurso, salvo el excepcionalísimo de revisión. La cosa juzgada, según milenar criterio, se tiene por verdad y no cabe contradecirla ya judicialmente, para poner fin a la polémica jurídica y dar estabilidad a las resoluciones. El intento de renovar la causa en tales condiciones encuentra el insalvable obstáculo de la excepción de cosa juzgada.”

La teoría clásica de la cosa juzgada, constituye el efecto de las sentencias firmes para que quienes han obtenido en el juicio, concluido por sentencia de condena, puedan hacer cumplir forzosamente el derecho declarado en su favor (*actio iudicate*), o para que todos aquellos a quienes aprovecha el fallo, quienes se encuentran en capacidad de impedir, de manera definitiva o irrevocable, todo pronunciamiento que pueda darse con posterior sea en el mismo u otro sentido, esto es, con idéntico o diverso contenido y en el mismo o en otro proceso (*exceptio rei iudicate*), concurriendo los presupuestos, requisitos, condiciones y modos correspondientes y muy en especial, la triple identidad.

Para Carnelutti, la cosa juzgada (Del latín *res iudicata*) era en realidad, el litigio juzgado, o sea, el litigio después de la decisión; o más exactamente, el juicio dado sobre el litigio, es decir, su decisión.⁴³

Devis Echandia señala que la cosa juzgada constituye un efecto especial de toda sentencia, la cual es asignada por la ley en virtud del poder de jurisdicción estatal y que es su naturaleza es la misma que al contiene. En tal sentido precisa que: “En toda sentencia ejecutoriada se contiene un mandato singular y concreto, que es imperativo y obligatorio, no por emanar de la voluntad del Juez, sino por voluntad de la ley. Pero la cosa juzgada le agrega una calidad especial: la inmutabilidad y la definitividad, que son los efectos propios de ella.”⁴⁴

Resumiendo las posiciones de los principales maestros del derecho procesal De Santo⁴⁵ nos dice que: “Para Chiovenda, ‘consiste en la indiscutibilidad de la existencia de la voluntad concreta de la ley, afirmada en la sentencia’ y para Rocco ‘es la causa de extinción del derecho de acción civil de cognición’

⁴² CABANELLAS, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 397.

⁴³ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de derecho procesal Civil. Tr. y Comp. Enrique Figueroa Alfonso. Instituciones de derecho procesal Civil. Harla, Bibl- Clásicos del Derecho. México, Vol 5. págs. 84 y 85.

⁴⁴ DEVIS Echandia, Hernando (1984): Teoría General del Proceso. Editorial universidad. Bs As. Pág. 561

⁴⁵ DE SANTO, (1988): Ob Cit.. Pág. 497-498.

Couture señala que: "...la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla..."⁴⁶.

En tal sentido y en base a la antesala dada, podemos señalar que la figura de la cosa juzgada constituye una de las herramientas de carácter procesal que tiene por objeto la consecución de la idea de certeza y convencimiento en el sistema jurídico, es decir, la imposibilidad de discutir en otro proceso judicial una pretensión que previamente ya fue resuelto en otro anterior.

Debemos señalar que la concepción de la pretensión procesal aludida, incide de formal esencial en la determinación del fundamento de la cosa juzgada, pues el proceso nace con vocación de satisfacer las pretensiones que las partes introduzcan en él. Una pretensión que se ha ventilado ya en un proceso es una pretensión jurídicamente satisfecha y, por consiguiente, no existe la base esencial que permitiría originar un litigio nuevo.⁴⁷

A) Concepto.-

Para Chiovenda "La cosa juzgada en sentido sustancial consiste en la indiscutibilidad de la esencia de la voluntad concreta de la ley afirmada en la sentencia."⁴⁸

De Padura Ballesteros⁴⁹ precisa que "Mientras para cierto sector doctrinal la cosa juzgada obedece a meras razones de oportunidad sin que de suyo sea una institución necesaria, para otros el elemento esencial sin el cual no cabe hablar de Jurisdicción. Pues bien, de la mano de De la Oliva Santos entiendo -y es muy importante no perder de vista para cuando nos cuestionemos la cosa juzgada de las resoluciones procesales- que el fundamento de la cosa juzgada no es otro que el de **seguridad jurídica** y no la corrección o incorrección del fallo judicial. Es la seguridad y a la paz jurídicas a las que sirve de vinculación que impide **que una discusión jurídica se prolongue indefinidamente en el tiempo o que se produzca resoluciones contradictorias**. Como bien lo ha dicho Díez-Picazo Jiménez: 'Si convenimos en que hay una exigencia de seguridad jurídica en que los litigios tengan un final y en que lo decidido no pueda volver a ser objeto de un proceso idéntico y en que el resultado vincule al juez de un futuro proceso, estamos conviniendo en que ese final puede ser injusto y en que esa injusticia puede ser tanto sustantiva como procesal, es decir, que una sentencia con fuerza de cosa juzgada puede haber sido dictada en un proceso en el que concurrían motivos de nulidad de las actuaciones'".

Como afirmaba Kisch, sin esta fuerza vinculante de los fallos, ninguna sentencia significaría el fin de las controversias, y la inseguridad constituiría

⁴⁶ COUTURE, Eduardo. (1990): Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Editorial Depalma. Tercera Edición, Pág. 401.

⁴⁷ GUASP, Jaime. La pretensión procesal. En: "Estudios jurídicos", Madrid, 1996, Pág. 98

⁴⁸ CHIOVENDA Giuseppe (1925): Principios de derecho Procesal Civil. Editorial REUS Madrid. Tomo II. Pág. 412

⁴⁹ DE PADURA Ballesteros, María Teresa (2002): *Fundamentación de la sentencia, preclusión y cosa juzgada*. Tirant lo blanch. Valencia. Pág. 23-24.

una perpetua amenaza; los jueces serían constantemente importunados con negocios resueltos mucho tiempo antes; y nadie que venciera en el proceso podría estar seguro de no ser arrastrado a un nuevo procedimiento por una misma cosa, a capricho de su contrario⁵⁰.

Para Gozaini, “La cosa juzgada significa dar definitividad al fallo, impidiendo que una misma situación se replantee.

La irreversibilidad del fallo cuenta con tres nociones bien definidas que colaboran en la fijación de los motivos que hemos de analizar simplificadaamente.

La primera se refiere a la *preclusión*, que se dirige a mostrar como operan las clausuras de las etapas procesales una vez superados los tiempos que las partes tienen para impugnar. Según Chioyenda ‘la preclusión consiste en que después de la realización de determinados actos o del transcurso de ciertos términos queda *precluso* a la parte el derecho de realizar otros actos procesales determinados, o en general, actos procesales’.

El segundo criterio reposa en la *cosa juzgada formal*, que significa la imposible deducción de recursos contra una sentencia dictada en el proceso. Una suma ‘preclusión’, que sin embargo no entorpece la facultad de replantear la cuestión en otro juicio posterior (...)

El último concepto escala en la *cosa juzgada material*, que elimina toda impugnación posible, dentro o fuera del proceso donde se dicta.”⁵¹ En consecuencia, la cosa juzgada significa la irrevocabilidad que adquieren los efectos de la sentencia cuando, contra ella no procede ningún acto jurídico procesal (recurso impugnatorio) que logre modificarla, o cuando no se ha interpuesto medio impugnatorio o cuando han vencido los plazos para impugnarla. Así, podemos afirmar por ello que constituye una cualidad de la sentencia; que refuerza su estabilidad.

Finalmente, para Fairen Guillen la cosa juzgada no es más que “una institución destinada a proteger las resoluciones judiciales –conflictos en los que ha intervenido el órgano jurisdiccional- resolviendo por la aplicación de la norma a caso concreto. (...) sin esta protección (...) la función jurisdiccional devendría solamente en consultiva; las ‘opiniones’ –resoluciones en verdad- de los jueces y tribunales, no serían obligatorias, ya que se podrían volver a provocar y a repetir a voluntad de los interesados. Especialmente las sentencias, producto, el más insigne de la potestad jurisdiccional, dejarían de sujetar a las partes, sus ejecuciones serían siempre provisionales(...); en fin, la seguridad del tráfico entre los hombres quedaría terriblemente amenazado.”⁵² Esta excepción esta destinada a denunciar que respecto de la pretensión propuesta ya existe un pronunciamiento final, es decir una sentencia referida a las mismas partes, iguales pretensiones e igual interés para obrar, por lo que no puede prosperar este nuevo proceso, que ha de afectar el sistema de justicia y la garantía que esta institución otorga.

Podemos señalar en tal sentido, que el proceso está compuesto por una secuencia de actos procesales desde la interposición de la demanda hasta su

⁵⁰ KISCH, Wilhelm (1932); Elementos de Derecho Procesal Civil. Editorial Revista de Derecho Privado, pág. 259.

⁵¹ GOZAINI, OSVALDO A (1996): *Teoría General del Derecho Procesal*. EDIAR. Bs. As. Pág, 265.

⁵² FAIREN Guillen, Victor (1992): *Teoría general del derecho procesal*. UNAM. México. Pág 519.

conclusión. Cuando nos referimos a la de cosa juzgada señalamos que el proceso precisamente ha llegado a ese momento en el que se da por terminado.

La evolución tanto doctrinal como jurisprudencial sobre su concepto ha sido muy compleja y variada. Lo que resulta claro es que la cosa juzgada persigue la seguridad jurídica, de modo que una vez la resolución judicial ha adquirido firmeza, no cabe su modificación alguna, ni siquiera de oficio. Por tanto, podemos afirmar que la cosa juzgada supone un mecanismo de equilibrio entre lo que se ha llamado valor-justicia y valor-seguridad jurídica (interesa obtener justicia pero siempre con los límites de la seguridad jurídica: nadie puede estar de por vida pendiente de una posible modificación de la sentencia).

Del mismo modo, la cosa juzgada va a determinar que, dentro de unos límites, no quepa volver a conocer sobre aquello que ya fue objeto de resolución, de modo que tarde o temprano la resolución (generalmente una sentencia) adquirirá las notas de irrevocabilidad e inmutabilidad.

B) Elementos de la cosa juzgada

La institución de la cosa juzgada significa que no se puede seguirse otro proceso idéntico a uno anterior que ha terminado por sentencia firme, lo que se aprecia en función de la triple identidad que reconoce la doctrina: partes, objeto y acción, como establece el artículo cuatrocientos cincuentitrés del Código Procesal Civil que se debe concordar con el artículo ciento veintitrés del mismo Código.

“En relación con un posterior proceso, la inmutabilidad de la sentencia firme y, por consiguiente, la posibilidad de oponer exitosamente en él la denominada excepción de cosa juzgada, requiere que entre el litigio resuelto por es sentencia y aquel que se pretenda replantear concurren tres elementos comunes los sujetos (*eadem personae*), el objeto (*eadem res*) y la causa (*eadem causa pretendi*).

Se ha de procurar determinar, pues, si fundado en esos elementos, existe identidad o diversidad entre una nueva pretensión y aquella respecto de la cual recayó sentencia firme.”⁵³

Consideramos que la eficacia de la cosa juzgada abarca las cuestiones que aunque no hayan sido objeto de tratamiento expreso en sus considerandos, fueron planteadas en el proceso, en tanto el rechazo de la acción entraña un pronunciamiento implícitamente adverso a la procedencia de la cuestión y la falta de impugnación un consentimiento de la sentencia. Del mismo modo hay quienes señalan que, existiendo una clara petición en la postulación inicial, la omisión en que incurrieran los jueces significa una denegación tácita de lo petitionado, que por resultar consentida, está alcanzada por los efectos de la inmutabilidad del decisorio.

⁵³ DE SANTO, (1988) Ob. Cit. Pág. 63.

En tal sentido compartimos, por ello, la opinión de Palacio,⁵⁴ que, en similares términos que los aludidos precedentes, opina que la eficacia de la *res judicata* alcanza a aquellos puntos planteados en el proceso, que no han sido objeto de decisión, destacando asimismo la validez de esta solución, en atención a la tácita conformidad prestada por la parte que no atacara debidamente dicha preterición, mediante los recursos a su disposición

C) Clases.-

En la mayoría de la doctrina, se distingue entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material, clasificación que no es compartida por Devis Echandia como veremos en su oportunidad, más para Rosemberg constituyen dos conceptos completamente independientes, pero que se encuentran en una relación indestructible ya que la autoridad de cosa juzgada formal es presupuesto indispensable de la material; en cambio la formal no siempre tiene por consecuencia la material, ya que no toda resolución tiene un contenido capaz de autoridad de cosa juzgada material.⁵⁵

Para De Santo⁵⁶ “Debe distinguirse la *cosa juzgada formal* y la *cosa juzgada sustancial* (o material). La primera comprende aquellos juicios cuyas sentencias, pese a haber quedado ejecutoriadas, tiene efecto sólo durante un tiempo, y que son susceptibles de modificación en un juicio posterior. La segunda existe cuando a la condición de *inimpugnable* que reviste la sentencia, se une la de *inmutabilidad*, aun en otros juicios posteriores.”

a) Formal:

Para Devis Echandia no es técnico hablar de esta distinción ya que cuando se refieren a la cosa juzgada formal para indicar que la sentencia que está firme, aunque sea inhibitoria o revisable en proceso posterior; para el autor, en este caso no existe en realidad cosa juzgada y se trata de la simple ejecutoria.⁵⁷

Por su parte Rosemberg manifiesta que son susceptibles de cosa juzgada todas las resoluciones, no solo la s sentencia, sino también los autos; y no solo las sentencias finales y las interlocutorias y con reserva, inimpugnables en forma independiente, sino también las resoluciones previas inimpugnables en esa forma que pueden ser impugnadas con la sentencia impugnada a la que sirven de base y, por ello solo llegan a cosa juzgada con esta última.⁵⁸

Para Fairen Guillen⁵⁹ “La cosa juzgada formal de una resolución abre la vía de su ejecución -un avance más en el ‘iter’ del procedimiento, si se trata de una resolución ordinaria y de mayor importancia si lo que se ‘ejecuta’ es una sentencia-; pero esta ‘ejecutabilidad’ no es secuencia obligada de la cosa

⁵⁴ PALACIO, Lino E. (1987): *Derecho Procesal Civil*, t. V, Abeledo Perrot, Bs.As., Pág., 515.

⁵⁵ ROSEMBERG, Leo (2007): *Tratado de Derecho Procesal Civil*. ARA Editores. Lima Pág. 466.

⁵⁶ DE SANTO, Víctor (1988): *El proceso Civil*. Tomo I. Editorial Universidad Bs. As. Pág. 498.

⁵⁷ DEVIS Echandia, (1984): Ob. Cit. Pág. 656.

⁵⁸ ROSEMBERG, Leo (2007): Ob. Cit. Pág. 468.

⁵⁹ FAIREN GUILLEN, Víctor. (1990): *Doctrina General del Derecho Procesal*. Librería Bosch. Barcelona. Pág. 516.

juzgada formal, ya que cabe la ejecución de resoluciones impugnadas tan solo con 'efecto devolutivo' pero no 'suspensivo', (...)"

Finalmente, "la razón de ser de esta cosa juzgada formal debe buscarse en la seguridad jurídica y en que el proceso se desarrolle de un modo ordenado. Al valor justicia puede convenirle que en cualquier momento del proceso pudiera volverse a decidir sobre lo ya decidido en las resoluciones que van dictándose durante su curso, con la esperanza de lograr un mayor nivel de adecuación a la legalidad procesal, pero esa posibilidad significaría un desarrollo del proceso en el que nunca podría estarse seguro de la estabilidad de las resoluciones. La seguridad jurídica y el orden adecuado del proceso imponen que todas las resoluciones (menos la última) produzcan cosa juzgada formal."⁶⁰

Esta figura, supone que una sentencia es invariable y lo es como consecuencia de su inimpugnabilidad. Esta inimpugnabilidad de la sentencia puede deberse al efecto de la preclusión, o bien a su propia naturaleza. En el primer caso estaríamos refiriéndonos a aquellas sentencias que adquieren firmeza con carácter sobrevenido, bien porque siendo impugnables no se haya interpuesto recurso en plazo; bien porque habiendo sido interpuesto el recurrente haya desistido; bien, por último, porque el recurso haya sido desestimado. En el segundo caso nos referiríamos a aquellas sentencias que son directamente firmes, es decir, sentencias contra las que no cabe recurso alguno (ej. la sentencia de un recurso de casación).

Finalmente, cabe precisar que "la cosa juzgada (formal) hace referencia a algo diferente aunque indisolublemente unido a la firmeza y a la inimpugnabilidad. No se trata solo de que la resolución alcanza "autoridad de cosa juzgada" no puede ser revocada; se trata primordialmente, que *tiene que ser respetada*, es decir, de que tiene que ser efectiva, de que se ha de partir de lo dispuesto en ella, con su concreto contenido, en el proceso en que se ha dictado, para los sucesivos actos, de ese mismo proceso."⁶¹

b) Material:

"El principio de la cosa juzgada material está conectado con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ya que no es posible reabrir un proceso resuelto por sentencia firme. Tal principio tiene, como efectos positivos, considerar lo declarado por sentencia firme como la verdad jurídica y evitar que sobre la misma pretensión puedan dictarse diversos fallos contradictorios y como efecto negativo, hacer imposible que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el mismo tema."⁶²

Con relación a la cosa juzgada material, Rosember ha precisado que esta constituye aquel efecto de una resolución con autoridad de cosa juzgada formal que remanifiesta en la normatividad de su contenido; es decir, en la

⁶⁰ MONTERO AROCA, Juan y otros (2000): El nuevo Proceso Civil (Ley 1/2000) Tirant lo Blanch. Pág. 536.

⁶¹ DE LA OLIVA Santos, Andrés y Díez-Picazo Jiménez, Ignacio (2003): Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración. Editorial Centro de Estudios Ramon Areces S.A. Madrid. Pág. 490-491

⁶² CHAMORRO Bernal, Francisco (1984): La tutela judicial efectiva. Editorial Bosch. Barcelona. Pág. 297.

normatividad del juicio sobre sus consecuencias jurídicas producida en el caso particular.⁶³

Cabe señalar lo manifestado por el Profesor Español Montero Aroca para quien, si el ámbito de la cosa juzgada formal constituye el proceso mismo en el que la resolución se dicta, el de la cosa juzgada material es otro proceso diferente y posterior, supone la vinculación, en ese otro proceso, al contenido de la decisión en la sentencia sobre el fondo del asunto de ese proceso anterior, es decir a la estimación o desestimación de los pretensión. En tal sentido los efectos de esta modalidad de cosa juzgada es de carecer externo, por referirse a otro proceso posterior.⁶⁴

A partir del momento en que se produce el efecto de cosa juzgada formal se derivan una serie de efectos externos, ajenos incluso al proceso, y que podemos definir como aquellas repercusiones que produce la sentencia firme en el ámbito del ordenamiento jurídico. La cosa juzgada material, en este sentido, presenta dos efectos:

1º) Un efecto negativo: impide un juicio posterior sobre el mismo objeto. Es lo que comúnmente se conoce como principio *non bis in eadem*. No se puede estar continuamente litigando sobre el mismo asunto. Supone, por tanto, excluir cualquier segundo proceso sobre una misma cuestión, es decir que no puede volver a existir discusión alguna o resolverse entre los sujetos que han intervenido por la aturda de la cosa juzgada.

Este efecto opera a modo de excepción, de forma que la parte, generalmente la demandada, que aprecie que se ha planteado un segundo proceso ante un mismo o diferente juzgado sobre una misma cuestión que ya fue objeto de un proceso distinto, podrá invocar en la contestación a la demanda la excepción de cosa juzgada.

2º) Un efecto positivo: supone la vinculación respecto de los jueces para un supuesto fallo futuro. Los jueces, en virtud del efecto negativo de la cosa juzgada, no pueden conocer sobre el asunto ya resuelto. Ahora bien, si tuvieran que hacerlo por el efecto positivo de la cosa juzgada, quedarán vinculados por la sentencia que se dictó en su oportunidad.

Procesalmente hablando, una posible existencia del efecto positivo de la cosa juzgada material se articularía por la parte como una cuestión prejudicial. En definitiva, el efecto positivo supone la prohibición de que en un segundo proceso se decida de forma diferente a lo ya resuelto en un primero. La resolución primera sirve de punto de partida a la segunda.

Para Maria Teresa de Palladura “Por cosa juzgada material entiendo el efecto propio de algunas resoluciones firmes consistente en la fuerza de vincular en otros procesos a cualesquiera órganos jurisdiccionales respecto del contenido de esas resoluciones.

⁶³ ROSEMBERG, Leo (2007): Ob. Cit. Pág. 471.

⁶⁴ MONTERO, Juan y otros (2000): Ob. Cit. Pág. 536.

A su vez, la vinculación que la cosa juzgada entraña puede ser: a) negativa o excluyente, cuando se promueve un proceso cuyo objeto es idéntico a la cosa juzgada mediante resolución o sentencia firme en un proceso anterior; y b) positiva o prejudicial, cuando el objeto del segundo proceso es conexo con el anterior, debiendo el juez del proceso posterior atenerse al contenido de las cuestiones ya decididas en sentencia firme anterior.”⁶⁵

Respecto de la cosa juzgada material FAIREN⁶⁶ señala “Referida ‘al exterior’ de un proceso ya terminado, es ‘la vinculación’ que produce en otro proceso la parte dispositiva de la primera sentencia: es la exclusión –teórica- de la posibilidad de volver a tratar y decidir sobre el mismo asunto con firmeza (‘efecto negativo de la cosa juzgada’) y en su caso, si el segundo proceso igual se produjere, condicionado por el primero de modo inexcusable, la segunda sentencia deberá ser acorde con la primera (‘efecto positivo’)(...)”

Para De La Oliva⁶⁷, “la cosa juzgada material presupone, pues, la formal. Pero la cosa juzgada material se suele predicar únicamente de cierto tipo de resoluciones con fuerza de cosa juzgada formal. Indiscutiblemente, tan solo de las sentencias destinadas a resolver definitivamente sobre el fondo. Sólo *el fondo* es, sin discusión, cosa a los efectos de la “cosa juzgada” cuando de cosa juzgada material se trata.”

Finalmente, Devis Echandia, crítico de esta distinción, precisa que se habla de cosa juzgada material en el sentido de que hace inmutable e irrevisable la decisión en proceso de la cosa juzgada, definición que a su concepto es más técnica, y que otra de las connotaciones que se le da a la cosa juzgada material, para referirse a los efectos de ella, sobre el derecho sustancial, pero es mejor hablar simplemente de los citados efectos “esto es que cuando se habla de simple cosa juzgada formal, se quiere decir que no existe cosa juzgada, lo que encierra una contradicción, a pesar de lo cual la denominación ha sido usada en ese sentido por Carnelutti, Chiovenda, Redenti, Calamandrei y otros (...)”⁶⁸

D) Límites.-

Entre los límites a la inmutabilidad de la cosa juzgada encontramos a los límites objetivos y subjetivos. El límite objetivo se presenta atendiendo al objeto y a la causa o título jurídico de la que deriva la pretensión - *causa petendi*- ; el límite subjetivo está referido a las partes procesales intervinientes y a las que de ellas deriven sus derechos. Afirma Chiovenda que lo que determina los límites y objetivo de la cosa juzgada es la demanda.⁶⁹

a) Límites subjetivos.-

⁶⁵ DE PALLADURA Ballesteros, María Teresa (2002): Fundamentación de la sentencia, preclusión y cosa juzgada. Tirant lo Blanch. Valencia. Pág.22-23.

⁶⁶ FAIREN GUILLEN, Víctor. (1990): *Doctrina General del Derecho Procesal*. Librería Bosch. Barcelona. Pág. 517.

⁶⁷ De La Oliva. Ob Cit. Pág. 492

⁶⁸ DEVIS Echandia, (1984): Ob. Cit. Pág. 656.

⁶⁹ CHIOVENDA, Giuseppe (1925): *Principios de derecho procesal civil* [trad.: Casáis y Santaló], Madrid, t. II, pág 424.

Devis Echandia, “El límite objetivo de la cosa juzgada está constituido por una parte por el objeto de la pretensión materia del proceso anterior, es decir, el ‘bien de la vida’ reconocido o negado en la sentencia ejecutoriada, o sea: la cosa o relación jurídica respecto de la cual se aplica su fuerza vinculativa (...).”⁷⁰

Los límites subjetivos de la cosa juzgada están referidos a las partes intervinientes en el proceso en que se dictó. Esto quiere decir que si bien ella es inmutable y definitiva, los efectos de ella giran con respecto a las partes procesales y no es oponible a terceros que no han intervenido en él; salvo en el caso de terceros cuyos derechos dependen de los de las partes o a los terceros de cuyos derechos dependen los de las partes, siempre y cuando hubieran sido citados con la demanda. (Artículo 123º del Código Procesal Civil).

De la Oliva⁷¹ señala que esta es una limitación clásica llamada también *Res iudicata inter partes* (lit. “cosa juzgada entre partes) de tal modo, que esta cosa juzgada despliega su eficacia solamente entre quienes hayan sido partes en el proceso en el cual se ha expedido la sentencia. Ello permite evitar que una resolución judicial que favorezca o perjudique a quien no ha obtenido oportunidad de participar o intervenir en el proceso correspondiente. Estableciendo además que esta vinculación inter partes se extiende además como excepción a los herederos y causahabientes, toda vez que la sucesión los coloca en la misma situación que las partes.

Con relación a estos límites Juan Montero precisa que: “La regla general de la que debe partirse es que la cosa juzgada se limita a las partes del proceso, con lo que la misma no beneficia ni perjudica a quien no fue parte”.⁷² Por ello, la cosa juzgada afecta únicamente a quien fueron parte del proceso en el que se dictó la sentencia. Por partes debe entenderse no sólo a los sujetos pasivos y a los activos de la pretensión procesal sino también a aquellos terceros que se han convertido en partes en las condiciones prevista por la ley.

Esta clasificación se refieren a las personas que están sujetas a la autoridad de la cosa juzgada, la que en principio sólo afecta a quienes intervinieron formal y materialmente en el proceso o bien, a quienes están vinculados jurídicamente con ellos. De igual forma, existen otros supuestos en los cuales la autoridad de la cosa juzgada tiene efectos generales y afecta a los terceros que no intervinieron en el procedimiento respectivo como ocurre con las cuestiones que atañen al estado civil de las personas, o las relativas a la validez o nulidad de las disposiciones testamentarias, entre otros.

b) Límites objetivos.-

“Legalmente estos límites vienen referidos(...) a que el ‘objeto del proceso’ en que la cosa juzgada se produjo sea el mismo que el segundo

⁷⁰ DEVIS Echandia, (1984): Ob. Cit. Pág. 568.

⁷¹ De La Oliva. Ob. Cit. Pág. 503 a 505.

⁷² MONTERO, Juan y otros (2000): Ob. Cit. Pág. 545.

proceso.”⁷³ Exige la identidad del objeto entre ambos procesos. Se desarrollan los efectos de la cosa juzgada cuando coinciden lo pedido y la causa de pedir. La clase de acción ejercitada en uno y otro proceso nos servirá para saber si cabe la aplicación o no de la cosa juzgada.

Para Chiovenda “La esencia de la cosa juzgada desde el punto de vista objetivo, consiste en que no se admite que el juez en un proceso futuro pueda de cualquier manera desconocer o disminuir el bien reconocido en la sentencia precedente.”⁷⁴

El efecto de cosa juzgada se hace valer también atendiendo al fallo de la sentencia, de forma que son indiferentes los antecedentes de hecho, motivaciones, razonamientos jurídicos, la resolución de cuestiones prejudiciales, etc. No obstante, hay supuestos que se catalogan entre aquellos en los que no se produce los efectos de cosa juzgada. Así, según la norma española LEC 1/2000, resultan excepciones a los efectos de la cosa juzgada y no causan el mismo:

1º) Las sentencias dictadas en juicios sumarios (ej. los juicios sumarios ejecutivos, de alimentos provisionales, interdictos posesorios, etc.).

2º) Sentencias absolutorias en la instancia: existe un defecto procesal que impide al juez entrar en el fondo del asunto, pero una vez subsanado, el demandante puede plantear una nueva demanda donde no se podrá invocar la cosa juzgada cuando lo que se dictó en el anterior pleito fue una sentencia absolutoria en la instancia.

En tal sentido, sólo adquiere autoridad de cosa juzgada la decisión de las cuestiones que han sido debatidas en el proceso, como así también las que pudiendo haber sido objeto de debate no lo fueron. La decisión de las cuestiones que han y no han sido debatidas ambas deben quedar comprendidas, caso contrario se utilizarían como chicanas procesales y se realizaría un dispendio innecesario de la Justicia y en cuanto a las partes de la sentencia considero que ésta es un acto íntegro que cada una de sus partes son necesarios y por ende debe comprenderse en su totalidad y no parcialmente, pues podría dar lugar a un nuevo litigio en base a una distinta motivación. Es decir que la cosa juzgada sólo alcanza la parte dispositiva de la sentencia y no su motivación. En tal sentido los límites objetivos constituyen los supuestos en los cuales no puede discutirse en un segundo proceso lo resuelto en el anterior.

De La Oliva Santos, precisa que la cosa juzgada comprende objetivamente las distintas acciones afirmadas por el demandante y por el demandado al momento de contestar o reconvenir, expresada en las diferentes pretensiones alegadas y con los elementos que las delimitan, en tal sentido la cosa juzgada comprende también lo que esté implícita pero necesariamente negado por la afirmación contenida en la parte dispositiva de la sentencia y lo que esté implícita pero inescindiblemente afirmado por la negación que aquella pueda contener.⁷⁵

⁷³ MONTERO, Juan y otros (2000): Ob. Cit. Pág. 547.

⁷⁴ CHIOVENDA José (1925): Ob. Cit. Tomo II. Pág. 424.

⁷⁵ De La Oliva. Ob. Cit. Pág. 510.

d) Límites temporales.-

La ley no establece esta posibilidad. No obstante, la doctrina y alguna jurisprudencia entienden que el efecto de cosa juzgada se produce sólo mientras se mantengan las circunstancias esenciales en cuya consideración se resolvió el juicio. Si estas circunstancias varían se podrá replantear un nuevo proceso sin que se pueda invocar la cosa juzgada, porque se tratarían de pleitos totalmente independientes y, por tanto, susceptibles de resolución autónoma. La jurisprudencia, para potenciar esta argumentación, entiende que es conveniente para verificar el derecho y beneficiar a las partes, toda vez que en esta situación aparecen nuevos ingredientes, cronológicamente posteriores a la sentencia.

Se habla de *limites temporales* de la cosa juzgada (material) a consecuencia de que las decisiones jurisdiccionales se proyectan sobre asuntos de muy diversa índole, que muchas veces no pueden decidirse para siempre o *sub specie aeternitatis*. En general, se pide y se obtiene tutela jurisdiccional respecto del presente y para el presente, aunque, como es natural, esa tutela se proyecte hacia lo por venir: pero en cuanto a tal proyección, los casos pueden ser muy diferentes.⁷⁶

Si tomamos en consideración que la sentencia dictada en cada proceso atiende, en esencia, a los hechos existentes en ese momento, no cabe duda que la cosa juzgada podrá extenderse hasta donde dichos hechos hubieren realmente acontecido, resultando indiferente que todos ellos fueren conocidos, puesto que incluso los hechos no alegados por las partes en su debido momento, de haber existido antes de la preclusión de los actos de alegación, se verán afectados, en orden a la prohibición de entablar un ulterior proceso, amparado en dichos hechos, por la cosa juzgada.⁷⁷

El transcurso del tiempo juega un papel fundamental en los límites de la cosa juzgada. De ahí que se hable por la doctrina y la jurisprudencia de límites temporales. En efecto, la sentencia se dicta atendido a un estado de hechos determinado, concretamente, el existente en el momento de precluir las posibilidades de alegación en el proceso correspondiente. Y con posterioridad pueden suceder hechos o realizarse actos o negocios jurídicos con repercusión sobre la pretensión procesal. Por ello que, en definitiva, en palabras de Ortells, “que la cosa juzgada tiene unos límites temporales significa que la misma no podrá ser opuesta para impedir una resolución que determine las consecuencias jurídicas de esos hechos, actos o negocios jurídicos posteriores”.⁷⁸

De ese modo, como explica De La Oliva “es posible, en efecto, que nuevos hechos determinen una situación diferente de la que originó el primer proceso y sobre la que recayó la sentencia con fuerza de cosa juzgada. Si la

⁷⁶ De La Oliva. Ob. Cit. Pág. 517.

⁷⁷ CALAZA Lopez, Sonia “La cosa juzgada en el proceso civil y penal”, En: *Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)*, Nº 24, 2004, pp. 141.

⁷⁸ <http://www.uv.es/dictamenprocesal/Dictacosa.pdf>

situación cambia y se plantea hacer de ella la *res de qua agitur* (la “cosa” de que se trata) en un nuevo proceso, parece del todo razonable que en él no surta efectos de cosa juzgada la sentencia del proceso anterior”⁷⁹.

En tal sentido, y considerando los límites temporales de la cosa juzgada, como elemental principio de justicia, esta no operará para impedir una resolución que determine las consecuencias jurídicas de los nuevos hechos, actos o negocios jurídicos que se pudieran suscitar los cuales si bien se encuentran referidos a un proceso anterior, no han sido debatidos en él dichas nuevas situaciones. Así, el efecto preclusivo de la cosa juzgada se da cuando el proceso concluido mediante resolución final (sentencia) haya sido susceptible jurídicamente de un agotamiento del caso.

El tiempo mantiene la vigencia de la sentencia mientras que dure la circunstancia en base a la que se dictó la misma. Todos los hechos que se hayan producido hasta ese momento, se hayan alegado o no por las partes, quedan vinculados por los efectos de cosa juzgada. No hay límite temporal para los efectos de cosa juzgada. Pero, si la relación jurídica se modifica en el transcurso del tiempo, ello va a originar la alteración del efecto de la cosa juzgada:

1. Lugar: La cosa juzgada opera dentro del territorio nacional; es decir, dentro de los límites del ordenamiento jurídico determinado, sea este peruano, argentino, etc.
2. Forma: las partes se encuentran vinculadas al resultado estricto de la sentencia y a los pronunciamientos expedidos al interior del proceso, no a los omitidos, excepto cuando éstos se encuentren implícitamente recogidos en ese pronunciamiento.

E) Tratamiento Procesal.-

Cuando se hace referencia al cuestionamiento de lo que suele denominarse tratamiento procesal se está refiriendo la manera como se suscita y se resuelve el tema correspondiente.

En tal sentido esta ha de depender de que tipo de cosa juzgada estemos refiriéndonos, así, cuando esta es de carácter formal, el órgano jurisdiccional debe declararla de oficio al interior del proceso mismo, caso contrario existe el mecanismo legal para interponer los medios impugnatorios correspondientes.

Del mismo modo cuando hablamos de cosa juzgada material, esta se concibe como una excepción que debe ser propuesta por la parte demandada al interior del nuevo proceso, para que esta pueda ser de conocimiento y reconocimiento por parte del magistrado. Esta posición es cuestionada por Montero Aroca, para quien “Si la cosa juzgada ha de ser necesariamente alegada por las partes, la consecuencia inevitable de ello es que uno de los elementos fundamentales de la jurisdicción está sujeto a la disposición de las partes. La decisión judicial será irrevocable sólo cuando las partes así lo

⁷⁹ De La Oliva. Ob. Cit. Pág. 518.

decidan, pues si no oponen la excepción en el segundo proceso, el tribunal entrará en el fondo del asunto, resolverá y podrá hacerlo en contradicción con la cosa juzgada.”⁸⁰

Al respecto debemos señalar que se debe tener en cuenta que si bien la cosa juzgada constituye un elemento fundamental de la jurisdicción es casi imposible que el efecto que esta produzca pueda ser de conocimiento *erga omnes* como si lo es un acto jurídico que se encuentra publicitado en los registros públicos. Ni el proceso de informatización que se está realizando con gran esfuerzo en la actualidad puede evitar que la parte afectada con el nuevo proceso tenga que de manera indefectible poner en conocimiento del Juez que sigue el nuevo proceso de la existencia de uno anterior.

Chiovenda precisa respecto a la excepción de cosa juzgada que: “La obligatoriedad de la cosa juzgada se refiere al juez de los procesos futuros; así ciertamente las partes en los procesos futuros pueden alegar y probar la sentencia precedente para excluir una nueva. Esta es la *exceptio re iudicatae*. Esta es una excepción de naturaleza enteramente especial, por un lado tiéndese con ella a excluir no sólo una decisión contraria a la precedente, sino simplemente una nueva decisión sobre lo que ya ha sido juzgado; por consecuencia, el lógicamente preliminar a cualquier otra decisión de fondo.”⁸¹

Es fundada la excepción de cosa juzgada cuando se inicia un proceso idéntico a otro, si: a) se encuentra en curso; b) ya fue resuelto y cuenta con sentencia o laudo firme; c) En que el demandante se desistió de la pretensión; o, d). En que las partes conciliaron o transigieron. Por tanto la excepción propuesta supone la existencia de un proceso concluido con decisión firme sea mediante sentencia o laudo arbitral u otra forma anormal de conclusión del proceso, y de otro proceso en trámite en los que los sujetos procesales y las pretensiones, así como el interés para obrar son los mismos.

A comparación de la excepción antes estudiada aquí, (litispendencia) el proceso idéntico al que nos habíamos referido no se encuentra en trámite sino que este ya ha concluido por sentencia firme. Con lo que se busca que haya una declaración de certeza respecto de otro proceso y la prohibición de que se pueda resolver sobre una pretensión ya dilucidada.

Con ello se evita que respecto de una misma pretensión pueda existir resoluciones contradictorias y pueda afectar el derecho de quien obtuvo una primera sentencia favorable.

Esta constituye una excepción *perentoria* toda vez que se impide que una de las partes que actuó en un proceso terminado mediante decisión firme sea mediante sentencia o laudo arbitral pretenda conseguir una nueva sentencia en la que las partes, las pretensiones procesales y el interés para obrar han sido los mismos.

Saneamiento procesal de la excepción propuesta

⁸⁰ MONTERO, Juan y otros (2000): Ob. Cit. Pág. 551.

⁸¹ CHIOVENDA José (1925): Ob. Cit Tomo II. Pág. 420.

Respecto de la oportunidad de su presentación, la norma procesa ha señalado que sólo se admitirán los medios probatorios documentales que se ofrezcan en el escrito en que se proponen las excepciones o en el que se absuelven.

El excepcionante deberá acreditar la existencia de la figura de la cosa juzgada, es decir que ya ha existido un proceso fenecido entre las mismas partes, debiendo ser la misma persona demandante y demandada, que se trate de los mismos hechos, situación que ha de desprenderse del análisis de los fundamentos de hecho y derecho de la pretensión procesal y que se trate del mismo interés para obrar.

En ese sentido como presupuesto tradicional para la procedencia de esta excepción es necesaria la existencia de otro proceso concluido mediante sentencia firme, que tenga con aquel que se deduce la triple identidad de parte, causa y objeto que se requiere también para la figura de la litispendencia ya estudiada.

1) identidad de las partes, se señala que la identidad de las partes como presupuesto de la cosa juzgada no debe entenderse en el sentido de identidad física, sino de identidad jurídica; o sea titular originario de un derecho, sucesores, etc.

2) Identidad de objeto cuando nos referimos al objeto de esta excepción se refiere al bien en su sentido objetivo, el bien señalado en el petitorio de la demanda que puede consistir en una cosa, en un hecho, en una abstención o en una declaración. La identidad del objeto resulta de la naturaleza del pronunciamiento que se pretende: de condena, o de declaración de derecho, e que se debe relacionar con el bien garantizado pro la ley, cuya actuación se pide.

3) Identidad de la causa, esto es el titulo, la causa no consiste en el derecho o beneficio que se trata de hacer valer, sino en el principio generador de ese derecho.

Al respecto la profesora Ararte⁸² señala que “Por una cuestión de claridad, refiriéndose al artículo 452° del Código Procesal Civil, hubiésemos considerado pertinente hacer alusión a la *causa pretendi* y no al ‘interés para obrar’ como elemento configurante de la identidad de procesos (en tanto el interés para obrar no tiene contenido específico, siendo solo la necesidad de tutela jurídica una vez surgido el conflicto”.

Por ello podrá acompañar como medio probatorio:

- a) las copias sean estas simples o certificadas de la sentencia o laudo arbitral firme y la resolución que declara consentida o ejecutoriada la sentencia;
- b) Solicitar se Oficie al Juzgado correspondiente para que remita el expediente concluido y a través del cual se pueda verificar la triple identidad, requisito necesario para resolver favorablemente la excepción propuesta.

⁸² ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. “Apuntes sobre los alcances de la autoridad de cosa juzgada en el proceso civil peruano. En la cosa juzgada en lo civil, doctrina y jurisprudencia”. En: *Revista Peruana de Jurisprudencia*. N° 13 Trujillo 2002. Pág. 37

Puede suceder que el expediente por el tiempo transcurrido se encuentre archivado, ante esta situación y a fin de evitar mayor demora, el interesado previamente deberá señalar las coordenadas de ubicación del expediente, ponerlo en conocimiento del juzgado y solicitar se que se Oficie directamente al Archivo Central a fin de que éste lo envíe al Juez, que conoce el nuevo proceso.

F) Eficacia de la Cosa Juzgada

Devis Echandia precisa al respecto que el fundamento o razón jurídica de la cosa juzgada que explica el por qué existe y se impone con su inmutabilidad y su definitividad tanto a los jueces como a las partes, se encuentra en la potestad jurisdiccional del Estado, de la que emana el poder suficiente para imponer, en la forma como el legislador lo desee, los efectos y la eficacia de la sentencia definitiva y de otras providencias a las cuales le otorgue los mismos efectos de cosa juzgada.⁸³

Por regla general la cosa juzgada produce efectos jurídicos exclusivamente a las partes del litigio y no contra los terceros (que no sólo no tuvieron participación en el proceso, sino también respecto de aquellos que no tuvieron conocimiento del mismo). Y esta regla general tiene un fundamento lógico: únicamente las partes pudieron influir en el proceso y a los terceros no se los puede obligar por una sentencia si no tuvieron ninguna influencia en la conformación de la misma, es —a decir de Schönke— una regla que reafirma el principio *dispositivo* del proceso⁸⁴.

Todo lo anterior nos lleva a la consideración de la Cosa Juzgada porque esta, aún cuando sea material puede ser revisada, aún cuando el Principio doctrinario y jurídico diga que no es así, pero lo hemos visto muchas veces como es el caso de la Oposición como terceros ante un embargo (Sentencia Ejecutoriada y firme). En la Oposición a la ejecución de la sentencia se debe observar el derecho de los terceros, por las partes en litigio, es decir; el derecho que de esa sentencia no puede perjudicar a los terceros.

En tal sentido, doctrinariamente se ha establecido, que la *autoridad* de la cosa juzgada, es una calidad o un atributo propio del fallo expedido de un órgano jurisdiccional, cuando ha adquirido carácter definitivo; mientras que su *eficacia*, se resume en tres posibilidades, a saber: *inimpugnabilidad*, *inmutabilidad* y *coercibilidad*.

1. Inimpugnabilidad.

Se refiere, a que la Sentencia de cosa Juzgada no puede ser revisada por ningún Juez cuando se hayan agotado ya todos los recursos existentes en la norma positiva.

Al respecto Leo Rosemberg precisa que: “La inimpugnabilidad es una cualidad de la resolución, que el corresponde sin consideración a su contenido;

⁸³ DEVIS Echandia, (1984): Ob. Cit. Pág. 566-567.

⁸⁴ SCHÖNKE, Adolfo (1950): Derecho Procesal Civil, Casa Editora Boch, Barcelona, pág. 277

pero, al mismo tiempo, es presupuesto y punto de partida de uno de los efectos de la llamada cosa juzgada material (o interna). Significa ésta la normatividad de su contenido; es decir, de la afirmación de la existencia o inexistencia de la consecuencia jurídica pretendida por una de las partes y expresada por ella, para todo procedimiento en que se cuestione la misma consecuencia jurídica; por eso se le denomina también efecto declarativo.”⁸⁵

Para Maria del Carmen Blasco Soto, la cosa juzgada formal, define la inatacabilidad de la sentencia con referencia al proceso mismo, en tal sentido la cosa juzgada, inimpugnabilidad y firmeza constituyen sinónimos, toda vez que contra ella no cabe interponer recurso alguno, precluyendo cualquier posibilidad de que esta pueda ser modificada, traduciéndose en la imposibilidad procesal de que el resultado plasmado en la resolución sea objeto de ataque alguno.⁸⁶

Este carácter, por virtud de la ley impide todo ataque posterior dirigido a obtener la revisión de la misma materia. Es inmutable, pues en ningún caso (*ni de oficio o a petición de parte*), otra autoridad podrá alterar los términos de una sentencia pasada en calidad de cosa juzgada.

2. Inmutabilidad.

Devis Echandia al respecto precisa que la inmutabilidad impone a los jueces, tanto a quienes dictaron la sentencia definitiva como la providencia con similar efecto, la prohibición de entrar a resolver el fondo de las pretensiones que han sido materia de la sentencia y les otorga la facultad de paralizar la acción que se ejercite con desconocimiento de ello.⁸⁷

Consiste, en que la sentencia no es atacable indirectamente, por no ser posible abrir un nuevo proceso sobre el mismo tema; no puede otra autoridad modificar los términos de una sentencia pasada en cosa Juzgada.

Hay quienes califican esta característica como aquella que hace inmodificable la Ella busca asegurar la inmutabilidad e irrevocabilidad de una pretensión que ya ha tenido una resolución referida al fondo del asunto pretendido, por ello se impide al juzgador que vuelva a conocer respecto de una situación en la cual otro magistrado o quizá el mismo ya ha decidido. sentencia y, con esto, inmodificables los efectos de ésta,

Esta figura se encuentra presente en el instituto de la cosa juzgada y su objeto es impedir la posibilidad de revisión, es decir, la invalidación de pronunciamientos jurisdiccionales después de que han adquirido ese atributo de inmutabilidad que los caracteriza. En tal sentido, no resulta posible alterar los términos de la sentencia, ni de oficio ni a petición de parte. Excepto en lo previsto en los artículos 178º y 407º del Código Procesal Civil.

3. Coercibilidad

⁸⁵ ROSEMBERG, Leo (2007): Ob. Cit. Pág. 465.

⁸⁶ Blas Soto, María del carmen. "Reflexiones en torno a la cosa juzgada en la sentencia dictada en cuestión de inconstitucionalidad." En: [Revista española de derecho constitucional](#), Año nº 14, Nº 41, 1994 , pags. 35-62

⁸⁷ DEVIS Echandia, (1984): Ob. Cit. Pág. 563.

Consiste en la posibilidad de ejecución forzada en los casos de sentencia de condena. En tal sentido a fin de lograr la coercibilidad, es decir la posibilidad de ejecutarla forzosamente, resulta indispensable que en los procesos exista *identidad de partes, objeto y causa*. Tratándose de la identidad de partes, aclara el tratadista uruguayo Couture, que “...La aplicación de la regla de que la cosa juzgada alcanza a quienes han sido partes en el juicio, impone la conclusión de que sus efectos se consideran indistintamente según que el actor del primer juicio actúe como demandado en el segundo y viceversa; el cambio de posición no altera el efecto de la cosa juzgada...”. Respecto del objeto de la cosa juzgada, destaca este autor, que “...cuando se habla de objeto de la cosa juzgada, se alude al bien jurídico disputado en el proceso anterior. No se trata, en nuestro concepto, del derecho que se reclama. (...) De objeto se habla, pues, para referirse a la cosa corporal o incorporal, ya sea de una especie, ya sea de un género, ya sea de un estado de hecho...”. Finalmente, Couture define la causa como “... la razón de la pretensión o sea el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio...”. Aclara que “...no se trata de la simple enunciación de las disposiciones legales aducidas por el litigante, lo que significaría dar al concepto un sentido excesivamente estrecho. Se trata de la razón y del fundamento mismo, ya sean invocados expresamente, ya sean admitidos implícitamente...”.⁸⁸

⁸⁸ COUTURE, Eduardo. (1990): Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Editorial Depalma. Tercera Edición, Pág. 405 y ss.

EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE COSA JUZGADA Y NE BIS IN ÍDEM

La inmutabilidad del contenido de estos dos principios encuentra excepciones dependiendo de cada legislación. Sin embargo, podemos mencionar las siguientes: los *recursos extraordinarios* que tienen por efecto la revisión de fallos ejecutoriados por haber cambiado radicalmente las circunstancias que motivaron su expedición o por comprobarse que el fallo se dictó en virtud de un error judicial que motivó un resultado contrario a la verdad; la *nulidad de sentencia ejecutoriada* donde el fallo carece de validez debido a transgresiones insubsanables en su expedición; la aplicación del principio *indubio pro reo* que conlleva la revisión de la pena del condenado; el otorgamiento de *indulto* (perdón) o *amnistía* (olvido) que deja sin efectos la condena expedida mediante la resolución de la administración de justicia.

Del mismo modo encontramos en la doctrina y la jurisprudencia, la figura de la *cosa juzgada fraudulenta* o *aparente*, la cual se produce cuando en un fallo se han irrespetado de manera evidente las reglas del debido proceso o cuando los encargados de administrar justicia no obraron con independencia o imparcialidad; la CIDH colige que "si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del ne bis in idem."⁸⁹

La cosa juzgada fraudulenta es el equivalente a la figura que la Corte Suprema de Justicia Argentina denomina cosa juzgada írrita, la cual basa la mutabilidad de las sentencias en la falta de probidad de los jueces o en la existencia de coacción en su libertad de conciencia, lo cual independientemente de si su decisión es o no acertada, vicia absolutamente la labor de administrar justicia.

⁸⁹ Ver CIDH, *Caso Almonacid Arellano y Otros*, Sentencia de Fondo, Parr. 154; *Caso Carpio Nicolle y Otros*, Sentencia de Fondo, Parr. 131; y, *Caso Gutiérrez Soler*, sentencia de Fondo, Parr. 19.

NORMATIVIDAD RESPECTO A LA COSA JUZGADA

En una posición generalmente compartida, la Constitución Política del Estado, el Código Procesal Constitucional, el Código de Procedimientos Penales y el Código Procesal Civil, se ocupan de la cosa juzgada, aunque su lugar técnico y correcto pertenezca a los efectos de las sentencias y fallos.

CONSTITUCION POLITICA DEL PERU

Artículo 139° Son principios y derechos de la función jurisdiccional.
INC. 13 .- PRINCIPIO DEL NON BIS IN IDEM

La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen efectos de **cosa juzgada**.

CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Artículo VII .- Precedente :

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de **cosa juzgada** constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Artículo 5°.- Contra la acción penal pueden deducirse las excepciones de Naturaleza de juicio, Naturaleza de Acción, cosa juzgada, amnistía y prescripción.

La excepción de **cosa juzgada** es, cuando el hecho denunciado ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera, en el proceso penal seguido contra la misma persona.

Artículo 8°.- JUZGAMIENTO ANTERIOR : No procede la persecución contra el peruano que haya delinquido fuera del país o el extranjero que cometiera un delito en el Perú, si uno u otro acredita que ha sido anteriormente juzgado por el mismo hecho y absuelto, o que ha cumplido la pena, obtenido su remisión o que ella ha prescrito.

CODIGO PROCESAL CIVIL

Artículo 123° .- COSA JUZGADA .

Una resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando:

- 1.-No proceden contra ella otros medios impugnatorios que los ya resueltos; o
2. -Las partes renuncian expresamente a interponer medios impugnatorios o dejan transcurrir los plazos sin formularlos.

La cosa juzgada sólo alcanza a las partes y a quienes de ellas deriven sus derechos.

Sin embargo, se puede extender a los terceros cuyos derechos dependen de los de las partes o a los terceros de cuyos derechos dependen los de las partes, si hubieran sido citados con la demanda.

La resolución que adquiere la autoridad de cosa juzgada es inmutable, sin perjuicio de lo dispuesto en los Artículos 178 y 407.

Artículo 446° .- El demandado sólo puede proponer las siguientes excepciones:

Inc. 8.- **Cosa Juzgada.**

El artículo 446° del Código Procesal Civil establece en forma taxativa las excepciones que pueden plantearse en un proceso civil. El inciso 8 está referido a la excepción de Cosa Juzgada, señalándose que ésta puede proponerse cuando se inicia un nuevo proceso *idéntico* al que ha sido debidamente resuelto. Obsérvese que estamos hablando de una resolución que ponga fin al conflicto de intereses, ya que, podría tratarse de una resolución que no se refiera al fondo del asunto controvertido o incierto, en cuyo caso no hay cosa juzgada.

Artículo 451°.- Una vez consentido o ejecutoriado el auto que declara fundada alguna de las excepciones enumeradas en el artículo 446 , el cuaderno de excepciones se agrega al principal y produce los efectos siguientes :

Inc. 5.- Anular lo actuado u dar por concluido el proceso, si se trata de las excepciones de incompetencia, representación insuficiente del demandado, falta de agotamiento de la vía administrativa, falta de legitimidad para obrar del demandante, litispendencia, **cosa juzgada**, desistimiento de la pretensión, conclusión del proceso por conciliación o transacción, caducidad, prescripción extintiva o convenio arbitral.

El artículo 452° del citado cuerpo normativo señala que *existen identidad de procesos* cuando las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar, sean los mismos. En tal sentido, los elementos de la Cosa Juzgada son: la identidad de partes procesales (no física sino jurídica), identidad de petitorio e identidad de interés para obrar. Por ello, si se inicia un nuevo proceso idéntico a uno anterior, se puede promover la excepción de cosa juzgada, en cuyo caso, los magistrados ya no tendrían que resolver el fondo de la cuestión controvertida, dando por concluido el nuevo proceso.

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

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

JURISPRUDENCIA LA SENTENCIA

La sentencia constituye la materialización de la tutela jurisdiccional así se ha señalado en sede judicial cuando se dice que: “... *La Tutela Jurisdiccional efectiva no puede materializarse sino a través de un proceso que, legalmente, debe ser debido y en donde se concluya resolviendo una controversia jurídica con la expedición de una sentencia o de un auto que pone fin al proceso...*”⁹⁰

Conforme nuestra jurisprudencia al respecto se establece que: “*La estructura de la sentencia se manifiesta a través de un silogismo, en donde el hecho real o acreditado debe subsumirse en el supuesto hecho de la norma jurídica de tal manera que se produzca una determinada consecuencia jurídica. Los fundamentos de hecho de las sentencias consisten en las razones y en la explicación de las valoraciones esenciales y determinantes que ha llevado a la convicción que los hechos sustento de la pretensión se han verificado o no en la realidad: en cambio, los fundamentos de derecho consisten en las razones esenciales que han llevado al juez a asumir o no un hecho dentro del supuesto hipotético de la norma jurídica, lo que supone también que debe hacerse mención a la norma que resulte o no aplicable al caso sub litis.*”⁹¹

Para nuestro Tribunal Civil “*La sentencia exterioriza una decisión jurisdiccional del Estado, consta en un instrumento publico, y es la materialización de la tutela jurisdiccional que llena su función al consagrar un derecho mediante una declaración afirmada de que la relación sustancial discutida se encuentra en los presupuestos legales abstractos, y como consecuencia de lo cual, establece, en la sentencia una norma concreta para las partes, de obligatorio cumplimiento.*”⁹²

Asimismo señala que: “*El juez en la sentencia, que es la forma como se exterioriza la decisión jurisdiccional, debe proceder a la reconstrucción de los hechos, con cuyo propósito actúa como lo haría un historiador, analiza las declaraciones, examina los documentos, aprecia las pericias, establece presunciones, utiliza los estándares jurídicos, aplicando para ello su apreciación razonada, o como también se llama las reglas de la sana crítica, a fin de comprobar la existencia o inexistencia de los hechos alegados por la parte actora y la demanda. (...)Que, en esa labor, el Juez está sujeto a dos restricciones, sólo puede tomar en cuenta los hechos alegados por las partes, aún (sic) cuando él pudiera tener otro conocimiento y sólo puede referirse a la prueba actuada, sea por iniciativa de las partes o de oficio.*”⁹³

Al respecto Jurisprudencialmente se señala que: “*Las sentencias según la naturaleza de la pretensión, pueden ser declarativas de derechos, constitutivas de derechos y de condena. Las dos primeras (declarativas y constitutivas de derecho) con solo (sic) declarar fundada una demanda llenan la finalidad del*

⁹⁰ CAS. N° 2722-00 / AREQUIPA (C-26203).

⁹¹ Ejecutoria 25-11-99. Gaceta Jurídica N° 77-B Pág. 129.

⁹² CAS. N° 2978-2001- Lima. “El Peruano”, 02-05-2002 Pág. 8752.

⁹³ CAS. N° 2786-99-Lima. (HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto (2000): Jurisprudencia de derecho probatorio. Gaceta Jurídica. Lima Pág. 137.)

proceso, pues con tal declaración el orden jurídico alterado queda establecido, mientras que la sentencia de condena al imponer al vencido una prestación – dar, hacer, no hacer_ crea un título ejecutivo judicial que puede ser ejecutado, aun por la fuerza (en ejercicio de ius imperium) contra el condenado.”⁹⁴

CONGRUENCIA

Respecto de la congruencia, jurisprudencialmente se ha precisado que: *“... Por el principio de congruencia procesal los jueces, por un lado no pueden resolver más allá de lo pedido ni cosa distinta a la pretensionada ni menos fundar su decisión en hechos que no han sido alegados por las partes y por otro lado implica que los jueces tienen la obligación de pronunciarse respecto a todas las alegaciones efectuadas por los sujetos procesales tanto en sus actos postulatorios, como de ser el caso, en los medios impugnatorios planteados; adicionalmente la congruencia procesal implica la obligación de los magistrados de guardar coherencia con lo resuelto por ellos mismos en casos similares, salvo que medie fundamentación que sustente el apartamiento del criterio ya adoptado, coherencia que también debe existir al momento de revisar los argumentos de las resoluciones impugnadas...”⁹⁵*

Asimismo, *“... El principio de congruencia procesal por el cual se entiende que son las partes, exclusivamente, quienes determinan el thema decidendum, pues el órgano judicial debe limitar su pronunciamiento tan sólo a lo que ha sido pedido por aquellas...”⁹⁶*

MOTIVACION

Al respecto se ha señalado en sede judicial su carácter constitucional al indicar que: *“(...)se advierte que la sentencia de vista no contiene fundamentación jurídica que la sustente, situación que transgrede el principio de motivación contenido en el artículo ciento treintinueve inciso cinco de la Constitución Política del Estado, que garantiza que los Jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, deben expresar el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley, que garantice además un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables; en este sentido, habrá motivación siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aún si ésta es breve o concisa; bajo este contexto, la omisión de la motivación conduce a la arbitrariedad y la falta de fundamentación, a una resolución expedida fuera del ordenamiento legal.”⁹⁷*

Con relación al requisito de la motivación, nuestro Supremo Tribunal Constitucional ha precisado que: *“La motivación de las resoluciones judiciales*

⁹⁴ CAS N° 1752-99-Cajamarca. “El Peruano”, 07-04-2000. Pág. 4986-4969.

⁹⁵ CAS N° 1266-2001- Lima. “El Peruano”, 02-01-02, Págs. 8222-8223.

⁹⁶ CAS N° 3588-2000- Puno. “El Peruano”, 31-08-01, Págs. 7610-7611.

⁹⁷ CAS. N° 1462 – 2003 – LIMA En: http://vista.pj.gob.pe/Resoluciones_SCST/Cas%20Lab%20001462-2003%2020041019.doc

está comprendida en el debido proceso. La doctrina ha convenido en que la motivación o fundamentación de las resoluciones judiciales es la explicación detallada que hace el juez de las razones de su decisión final, explicación que va dirigida a las partes, al juez de grado superior (que eventualmente conocerá en impugnación la decisión del inferior jerárquico) y al pueblo, que se convierte en “juez de sus jueces”. El juez debe efectuar una conexión-relación lógica entre los hechos narrados por las partes y las pruebas aportadas por ellas, estando en el deber de explicar con sentido, igualmente lógico, cuáles son las razones que le permiten establecer la correspondiente consecuencia jurídica (fallo de la sentencia); además, deberá explicar-motivar en su sentencia el grado de convicción que tiene respecto de las pruebas aportadas por las partes para acreditar los hechos narrados por ellas.”⁹⁸

Igualmente ha precisado que: *“1. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en los términos del artículo 139°, inciso 5) de la Constitución garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia en la que se desenvuelvan, puedan expresar claramente los argumentos que los han llevado a la solución de la controversia o incertidumbre jurídica, asegurando que el ejercicio de la función jurisdiccional se realice con sujeción a la Constitución y a la ley expedida conforme a ésta.*

2. Como lo ha precisado este Tribunal, el contenido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales exige que exista: a) fundamentación jurídica; que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto; que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión.”⁹⁹

Finalmente, respecto de este requisito se ha precisado que: *“... Uno de los principios que garantizan el derecho a un debido proceso es el de motivación de las resoluciones judiciales; en virtud de tal principio existe la obligación del juzgador de fundamentar debidamente sus decisiones, para lo cual debe explicar las razones fácticas y las pruebas que le producen certeza así como las normas jurídicas en que se sustentan aquellas; asimismo, el principio de motivación de las resoluciones judiciales comprende también el deber del juez de valorar conjuntamente todos los medios probatorios, utilizando su apreciación razonada, tal como lo dispone el artículo ciento noventisiete del Código Procesal Civil...”¹⁰⁰*

Por ello se ha dicho en sede jurisdiccional que *“La motivación constituye un elemento eminentemente intelectual que expresa el análisis crítico y valorativo llevado a cabo por el juzgador expresado conforme a las reglas de la*

⁹⁸ EXP. N.º 9598-2005-PHC/TC. F.J. 4.

⁹⁹ EXP. N.º 02108-2007-PH/TC. F.J. 2 y 3.

¹⁰⁰ CAS N.º 1071-2000- Lambayeque. “El Peruano”, 0201-01, Pág. 6688.

logicidad; comprende tanto el razonamiento de hecho como el derecho en las cuales el juzgador apoya su decisión”.¹⁰¹

Asimismo ha señalado que: “la doctrina reconoce como fines de la motivación a) Que, el juzgador ponga de manifiesto las razones de su decisión, ,por el legítimo interés del justiciable y de la comunidad en conocerlas; b) Que, se pueda comprobar que la decisión judicial adoptada responde a una determinada interpretación y aplicación del derecho: c) Que, las partes, y aún la comunidad tengan información necesaria para recurrir en su caso, la decisión y d) Que los tribunales de revisión tengan información necesaria para vigilar la correcta interpretación y aplicación de derecho.”¹⁰²

“... El recurrente señala que la Sala de Vista ha omitido fundamentar su decisión en normas sustantivas y adjetivas en cada uno de los considerandos que lo integran, lo que contraviene lo dispuesto en el artículo doce de la Ley Orgánica del Poder Judicial y los artículos dieciocho inciso quinto y ciento treintinueve inciso cuarto de la Constitución Política; [...] sin embargo, de la lectura de la sentencia impugnada se advierte que el colegiado ha cumplido con fundamentarla jurídica y fácticamente respecto de los puntos que son materia de controversia, no siendo requerimiento de los dispositivos citados que tal fundamentación se desarrolle respecto de cada uno de sus considerandos, máxime si el artículo ciento noventa y siete del Código Procesal Civil lo faculta a que en su resolución exprese únicamente las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión...”¹⁰³

En ese sentido se ha señalado que: “... Entre estos requisitos [de toda resolución judicial] se encuentra la adecuada motivación de las resoluciones, con respeto de los principios de congruencia procesal y logicidad, los cuales importan la plena concordancia que debe existir entre su parte considerativa y resolutive, así como la que debe existir entre todos y cada uno de sus considerandos...”¹⁰⁴

Del mismo modo respecto de la configuración del principio de motivación de las resoluciones judiciales: “... Uno de los principios que garantizan el derecho a un debido proceso es el de motivación de las resoluciones judiciales; en virtud de tal principio existe la obligación del juzgador de fundamentar debidamente sus decisiones, para lo cual debe explicar las razones fácticas y las pruebas que le producen certeza así como las normas jurídicas en que se sustentan aquellas; asimismo, el principio de motivación de las resoluciones judiciales comprende también el deber del juez de valorar conjuntamente todos los medios probatorios, utilizando su apreciación razonada, tal como lo dispone el artículo ciento noventa y siete del Código Procesal Civil...”¹⁰⁵

¹⁰¹ CAS. N° 2356-2001 San Román. “El Peruano”, 01-04-2002, Pág. 8513.

¹⁰² CAS. N° 3512-2000-Lima. “El Peruano”, 31.07-2001. Pág. 7450.

¹⁰³ CAS. N° 394-02 -Lima. “El Peruano”, 01-07-02, Pág. 8977.

¹⁰⁴ CAS N°. 668-2003 - Ica. “El Peruano”, 31-08-05, Pág. 14500-14501.

¹⁰⁵ CAS. N°. 1071-2000 - Lambayeque. “El Peruano”, 02-01-01, Pág. 6688.

Se considera que la ausencia de motivación genera la contravención del derecho al debido proceso en ese sentido se ha precisado que: “... Respecto al (...) agravio que denuncia [el recurrente] señala la falta de motivación en la [resolución] recurrida, sin embargo, para que esta prospere debe demostrarse que ésta (sic) falta de motivación es absoluta, es decir, que nos encontremos frente al caso de una resolución arbitraria...”¹⁰⁶

En sede nacional se ha señalado que la motivación cumple dos funciones dentro del proceso, una de carácter endoprosesal y la otra extraprosesal: “(...) La primera, tiene lugar al interior del proceso, respecto de las partes, terceros legitimados y de los propios órganos jurisdiccionales, y comprende las siguientes dimensiones: **a)** [sic] tiene por función específica convencer y persuadir a las partes de la razonabilidad de los argumentos y la justicia de la decisión adoptada, tratando de eliminar la sensación que pudieran tener las partes sobre la presunta arbitrariedad o irrazonabilidad de la decisión judicial; **b)** permite la viabilidad y efectividad de los recursos impugnatorios, haciendo posible su análisis crítico y expresión de errores de hecho y de derecho, así como agravios, vía apelación o casación; y **c)** permite el control del órgano jurisdiccional superior, quien deberá establecer si se han cumplido con las normas imperativas que garantizan el derecho a un debido proceso, y particularmente, con el deber constitucional de la motivación adecuada y suficiente, verificando la razonabilidad de los argumentos fácticos y jurídicos que sustentan su decisión. La segunda función, extraprosesal, tiene lugar en el ámbito externo del proceso y está dirigida al control del comportamiento funcional de los órganos jurisdiccionales, y se expresa en las siguientes formas: **a)** haciendo accesible el control de la opinión pública sobre la función jurisdiccional, a través del principio de publicidad de los procesos, conforme al postulado contenido en el inciso veinte del artículo ciento treintinueve de la Constitución Política del Estado, el cual prescribe que toda persona tiene derecho a formular análisis y críticas a las resoluciones y sentencias judiciales con las limitaciones de ley; y **b)** expresa la vinculación del Juez independiente a la Constitución y la ley, derivándose responsabilidades de carácter administrativo, civil y penal por el ejercicio regular o arbitrario de su función...”¹⁰⁷

En ese sentido se ha establecido que: “Los jueces al sentenciar pueden pronunciarse sobre la validez de la relación procesal, lo que quiere decir que pueden hacerlo no obstante haber precluido las etapas procesales anteriores. Esta facultad no se refiere a los hechos sino a la aplicación del derecho, no quedando limitada ni disminuida por el hecho de que el demandado no impugnara el mandato ejecutivo, no formulara contradicción o apelara el auto de saneamiento.”¹⁰⁸

Parte resolutive

Al respecto se ha precisado que: “... La (resolución) recurrida (...) no está sustentada en ninguna norma sustantiva ni procesal que justifique el fallo; (...) tal omisión infringe el inciso quinto del artículo ciento treintinueve de la Constitución Política del Estado, que establece como principio de la función

¹⁰⁶ CAS. N° 2930-01- Lima. “El Peruano”, 02-02-02, Pág. 8320.

¹⁰⁷ CAS N° 2444-03 - Jaén. “El Peruano”, 30-11-04, Pág. 13117-13118.

¹⁰⁸ CAS. N° 1304-99-Cuzco (30-09-99. Dialogo con la Jurisprudencia. N° 19 Pág. 178.)

jurisdiccional la motivación escrita de las resoluciones judiciales con mención expresa de la ley aplicable; lo que concuerda con los dispositivos previstos en los artículos ciento veintidós inciso tercero y cincuenta inciso sexto del Código Procesal Civil; [...] en efecto, de acuerdo con los dispositivos anotados, la necesidad de motivar las resoluciones judiciales y de hacerlo de forma razonable y ajustada a las pretensiones ejercitadas en el proceso, forma parte de los requisitos que permiten la observancia en un proceso concreto del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión...”¹⁰⁹

¹⁰⁹ CAS. N° 2634-00-Arequipa. "El Peruano", 30-04-01, Págs. 7204-7205.

JURISPRUDENCIA COSA JUZGADA

El Tribunal Constitucional con relación a la Cosa Juzgada ha precisado: “7. De ello se infiere que, en nuestro ordenamiento jurídico, una de las garantías de la administración de justicia consagrada por la Carta de 1993 es la inmutabilidad de la cosa juzgada, al destacar expresamente: “Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución”. Dicha disposición protege el principio de cosa juzgada, así como los correspondientes a la seguridad jurídica y a la tutela jurisdiccional efectiva.

8. La protección mencionada se concreta en el derecho que corresponde a todo ciudadano de que las resoluciones judiciales sean ejecutadas o alcancen su plena eficacia en los propios términos en que fueron dictadas; esto es, respetando la firmeza e intangibilidad de las situaciones jurídicas allí declaradas. Ello, obviamente, sin perjuicio de que sea posible su modificación o revisión, a través de los cauces extraordinarios legalmente previstos. Lo contrario, desconocer la cosa juzgada material, priva de eficacia al proceso y lesiona la paz y seguridad jurídica.

9. Así, lo que corresponde a los órganos jurisdiccionales es ajustarse a lo juzgado en un proceso anterior cuando tengan que decidir sobre una relación o situación jurídica respecto de la cual existe una sentencia firme, derivada de un proceso seguido entre las mismas partes (perfecta identidad), respecto de los mismos hechos y tramitado ante la misma autoridad jurisdiccional. Dicho pronunciamiento constituye, en consecuencia, un antecedente lógico respecto a aquello que nuevamente se pretende someter a juzgamiento.

Por ello, este Tribunal reitera lo sostenido en anterior oportunidad (STC.N.º 1279-2003-HC, Caso Navarrete Santillán); “(...) lo establecido en una sentencia o resolución que ponga fin al proceso, debe ser respetado, y no puede ser objeto de nueva revisión, salvo las excepciones previstas.(...)”¹¹⁰

“6. Que esta causal de declaración de improcedencia liminar –art. 104º, inc. 2), del C.P.Const.- ha sido establecida con el propósito de garantizar la cosa juzgada de las sentencias expedidas en el proceso de inconstitucionalidad (art. 82º del citado Código), por lo que ha de interpretarse sistemáticamente con el significado de este atributo de las sentencias del proceso de inconstitucionalidad, pero, en particular, de las sentencias desestimatorias. De conformidad con el art. 82º del C.P.Const. las sentencias expedidas en los procesos de inconstitucionalidad “tienen autoridad de cosa juzgada”. Tal atributo de res iudicata corresponde tanto a las sentencias estimatorias como

¹¹⁰ EXP. N.º 3789-2005-PHC/TC F.J. 7 a 9.

desestimatorias. Siendo relevante en el presente proceso el tratamiento de éstas últimas, a él se circunscribirá las consideraciones que a continuación se exponen.

La cosa juzgada de la sentencia desestimatoria en el proceso de inconstitucionalidad despliega un doble efecto:

El efecto positivo consiste en el deber de partir de la verdad jurídicamente declarada en la sentencia –la constitucionalidad de la norma- en todo proceso donde tal norma sea aplicable.

El efecto negativo radica en la prohibición de someter a un nuevo examen de constitucionalidad, una disposición cuya constitucionalidad ya ha sido afirmada positivamente por el Tribunal Constitucional. En este contexto, la finalidad de la cosa juzgada de la sentencia desestimatoria es la denominada –por la doctrina alemana- “prohibición de repetición” del proceso (Wiederholenverboten).

Este atributo de la cosa juzgada de la sentencia desestimatoria se proyecta tanto respecto al Tribunal Constitucional como respecto al Poder Judicial.

Con relación al primero, la consecuencia es la prohibición del conocimiento de un nuevo proceso de inconstitucionalidad respecto a una disposición ya declarada constitucional. Respecto al Poder Judicial, la consecuencia de la cosa juzgada es la de constituir una prohibición de inaplicar dicha disposición en ejercicio del control difuso de constitucionalidad que la Constitución le ha conferido (art. 138º, segundo párrafo). Según esto, “[l]os jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad (...)” (Art. VI, Título Preliminar, Código Procesal Constitucional). Tal efecto no es sino consecuencia del valor de cosa juzgada de la sentencia desestimatoria del proceso de inconstitucionalidad.

LÍMITES OBJETIVOS DE LA COSA JUZGADA

7. Que la labor de un órgano jurisdiccional en lo relativo a si una controversia resuelta por una sentencia desestimatoria es “sustancialmente igual en cuanto al fondo”, consiste en develar cuándo una nueva demanda afecta la cosa juzgada de la sentencia desestimatoria.

La respuesta a este interrogante ha de resolverse en atención a los límites de la cosa juzgada de la sentencia desestimatoria.

Para examinar los límites objetivos de la cosa juzgada de la sentencia desestimatoria puede acudirse a dos esquemas.

El primero consiste en examinar, en línea con la procesalística clásica, si entre la controversia resuelta por la sentencia y la planteada por la nueva demanda de inconstitucionalidad, hay o no identidad de petitum e identidad de causa petendi. Bajo esta idea, el petitum representa la disposición impugnada y la causa petendi viene a ser el o los motivos de la inconstitucionalidad, es decir, el vicio ocasionante de la infracción de una determinada norma constitucional.

Desde esta perspectiva, por ejemplo, una variación en la causa petendi, es decir, en el motivo de la inconstitucionalidad –la norma constitucional parámetro del juicio- ocasionaría la ausencia de identidad entre la causa petendi de la nueva demanda y aquella que fue resuelta por la sentencia desestimatoria. En consecuencia, en tal supuesto, al no haber identidad de causa petendi, el efecto negativo de la cosa juzgada no operará y podrá

admitirse la demanda.

El segundo prescinde de entender el límite objetivo desde la dualidad petitum/causa petendi para ser sustituido por la noción italiana de “situación normativa”. En este contexto, la cosa juzgada de la sentencia desestimatoria resultaría alterada sólo si la situación normativa definida por aquélla habría modificado en el curso del tiempo.

Esta modificación puede producirse ya sea en el ordenamiento constitucional, la norma objeto de control o, incluso, en la relación entre norma y ordenamiento. Si alguno de estos supuestos aconteciere, no habría identidad de situación normativa y, por tanto, no habría cosa juzgada. O, más exactamente, la controversia planteada sería diferente a la resuelta por la sentencia desestimatoria.

8. *Que, al margen de la diversa denominación, resulta claro que los elementos a considerar para definir si se configura el límite objetivo de la cosa juzgada de la sentencia desestimatoria, serían, en principio, la norma impugnada y el parámetro del juicio (el ordenamiento constitucional).*

Ahora bien, el elemento concerniente a la relación entre norma impugnada y ordenamiento no viene a ser sino una consecuencia de la alteración en alguno de los dos anteriores, de modo tal que no detenta, en puridad, autonomía entitativa.

En consecuencia, sin perjuicio de que el desarrollo de la jurisprudencia de este Tribunal pueda ulteriormente arribar a una conclusión diversa, el elemento relativo a la relación norma/ordenamiento será excluido de los que conforman el límite de la cosa juzgada de la sentencia desestimatoria.

Un elemento adicional y válido es el concerniente a la diversa conclusión respecto a la contenida en la sentencia desestimatoria, como consecuencia de la variación del método o principio interpretativo empleado para examinar el caso. Esto se debe a que el desarrollo y evolución permanente de la teoría de la interpretación constitucional provee de recursos que, aplicados a la misma controversia, pueden conducir a un resultado sustancialmente diferente al obtenido anteriormente.

ANÁLISIS DE LOS LÍMITES OBJETIVOS

9. *Que conforme a lo antes expuesto, a efectos de examinar cuándo una nueva demanda de inconstitucionalidad afecta el límite objetivo de la cosa juzgada de la sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad, se ha de analizar:*

- a) *Si la norma constitucional que ha sido empleada como parámetro de juicio es la misma o es otra distinta.*
- b) *Si la norma constitucional parámetro de juicio ha variado en su sentido.*
- c) *Si la norma legal impugnada, objeto de control, ha variado en el sentido por el cual se dictó la sentencia desestimatoria.*
- d) *Si la conclusión a que conduce la aplicación de un principio interpretativo distinto es sustancialmente diferente a la que se aplicó en la sentencia desestimatoria.*

Los supuestos contemplados en a) y b) se producen en la norma constitucional el parámetro de juicio.

El supuesto de c) concierne, por el contrario, a la norma impugnada el objeto de control.

El supuesto de d) es de carácter metodológico y concierne al principio interpretativo empleado en el análisis de la controversia.

El supuesto contemplado en a) es el típico caso donde la norma que ha sido empleada como parámetro de juicio en la sentencia desestimatoria es diferente a la que debe emplearse en la nueva demanda. Tal la situación que se genera a consecuencia de la variación de la causa petendi. (V.gr. la sentencia desestimatoria examinó la constitucionalidad de una ley respecto a la libertad de información, empero, la nueva demanda impugna la constitucionalidad de la misma ley respecto a la libertad de trabajo).

El supuesto de b) se origina en el cambio de sentido de la norma constitucional. Para la explicación de este supuesto resulta de relevancia la distinción entre disposición y norma. La disposición constitucional en cuanto enunciado lingüístico y la norma en cuanto significado de dicho enunciado. Desde esta perspectiva, una disposición constitucional puede contener más de una norma, más de un significado.

La variación reside aquí en que la disposición que sirvió de parámetro de juicio en la sentencia desestimatoria fue empleada asignándole un determinado significado, una concreta norma A; mientras que la que ha de ser empleada en la nueva demanda es una norma A'. Es decir, aparece la misma disposición constitucional pero enunciando una norma diferente, la cual aún no ha sido empleada como parámetro de juicio.

Lo descrito en el supuesto b), puede también ocurrir en el supuesto c), esto es, la variación de la disposición impugnada, de un sentido, de una norma B, en la que se basó la sentencia desestimatoria, hacia una norma B', que ha de ser aquella en la que debe ser examinada la nueva demanda de inconstitucionalidad. Es decir, aparece la misma disposición legal impugnada, pero enunciando una norma diferente, la cual aún no ha sido examinada en cuanto a su constitucionalidad.

El cambio de norma de la disposición parámetro del juicio se debe a una evolución de la jurisprudencia o a una interpretación mutativa y dinámica de la Constitución efectuada por el Tribunal Constitucional. La comprensión de la cosa juzgada no puede estar exenta de esta consideración y de las consecuencias que inexorablemente ello ocasiona.

El cambio de norma de la disposición impugnada se debe a la variación que ella ha sufrido como consecuencia de su aplicación por sus operadores y por los propios órganos jurisdiccionales.

10. Que esta operación es compleja y, ciertamente, un pronunciamiento exhaustivo de la misma no siempre puede agotarse, liminarmente, al inicio de la etapa postulatoria del proceso de inconstitucionalidad. Por esto, el análisis

efectuado en el auto admisorio es provisorio y está condicionado a un pronunciamiento definitivo en la sentencia que, eventualmente, puede ser distinto al inicial del auto admisorio. La finalidad del proceso de inconstitucionalidad de garantizar el principio de primacía de la Constitución orienta a que la complejidad de este análisis no sea un impedimento para examinar la controversia; una solución opuesta no conduciría a la optimización de aquel principio y, por ello, debe ser descartada.”¹¹¹

¹¹¹ EXP. N.º 0025-2005-PI/TC. Consid. 6 a 10.

CAPITULO III

EJECUCION ANTICIPADA DE LA SENTENCIA EN EL PROCESO CIVIL

INTRODUCCION

Existen determinadas circunstancias en las que el factor tiempo es preponderante en la solución de un conflicto, por lo que se requiere de una rápida respuesta por parte del órgano jurisdiccional ante una situación catalogada de proceso urgente¹¹². Ello ha originado que nuestros doctrinarios, antes que nuestros legisladores y magistrados, hayan creado figuras destinadas a solucionar de manera rápida y urgente las pretensiones que se formulan ante el órgano estatal encargado de aplicar la norma legal, ello dejando de lado las ya conocidas medidas cautelares y provisiones clásicas. Por ello se ha dicho: *“Las exigencias de la vida jurídica actual han determinado la necesidad de crear estructuras destinadas a la resolución urgente de pretensiones en forma definitiva al margen de la tutela cautelar y provisional clásicas”*.¹¹³

En tal sentido, se ha precisado que: *“...si se desea un proceso eficaz necesariamente se deben correr riesgos. Ello obedece a que las ventajas del proceso urgente¹¹⁴ reclaman habitualmente una dosis de sacrificio “debido proceso” y del “garantismo”¹¹⁵ común y corriente en materia procesal civil; sacrificio que se hace máximo cuando se trata de las resoluciones anticipatorias (...)”*.¹¹⁶ Más, este exceso de garantismo no puede originar mayores perjuicios, sobre todo para la parte vencedora en el proceso civil, sino por el contrario que esta pueda contar con las herramientas necesarias para poder ejecutar de manera inmediata la resolución favorable que el órgano jurisdiccional le ha expedido al haber pasado todos aquellos “obstáculos” de índole procesal y constitucional.

Ante la situación de lentitud de los procesos judiciales que pueden convertir a la resolución final en una reliquia digna de un marco en pan de oro, es que la doctrina, la jurisprudencia y en algunos casos la norma ha desarrollado instrumentos tendientes a lograr acortar los tiempos y procedimientos para lograr la satisfacción plena que reclaman los litigantes

¹¹² La categoría de “proceso urgente” es más amplia que la de proceso cautelar. Así, la primera comprende también las denominadas autosatisfactivas y resoluciones anticipatorias. Así concluyó la comisión N° 2 del XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Argentina).

¹¹³ Conclusiones de la Comisión N° 1 sobre medidas cautelares de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho procesal del Uruguay, La Paloma. 19/22-4-1995

¹¹⁴ Tradicionalmente la referencias a los procesos urgentes se referían a los procesos cautelares, en la actualidad no solamente se agota en dicha institución sino que esta situación se encuentra presente en las pretensiones que recaen sobre aspectos sustanciales o de fondo.

¹¹⁵ El garantismo es una corriente jurídica que parte del reconocimiento de los derechos fundamentales de los individuos y de su efectiva protección y tutela como la piedra de toque del diseño constitucional del Estado. Desde ese punto de vista, la función y finalidad de las instituciones públicas es, precisamente, la de respetar y proteger de ese conjunto de prerrogativas de los individuos que se plasman en los derechos civiles, políticos y sociales, esencialmente.

¹¹⁶ PEYRANO, Jorge W. Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatorio. Las recientes innovaciones brasileñas y la recepción por la corte suprema. En: Sentencia anticipada (despachos interinos de fondo) Rubinzal-Culzoni Editores Bs. As. Argentina. Pág. 29.

frente al órgano jurisdiccional. En ese sentido se han creado y se aplican diversas figuras procesales que logran esta finalidad.

Como manifiesta Juan MONROY, “El objeto principal de las tutelas, muy especialmente de la procesal, es producir satisfacción. Esta debe concebirse como la culminación de dos deberes del Estado, por un lado, expedir un pronunciamiento válido en el proceso iniciado a propósito del derecho o presunto derecho discutido ante u órgano jurisdiccional- cuidando se cumplan con todos los requisitos que aseguran la corrección de dicho pronunciamiento – y, por el otro, lograr que tal decisión sea efectiva, esto es, que produzca los efectos declarados en la decisión en el ámbito de la realidad, si es el caso”.¹¹⁷

Por ello se busca doctrinalmente instituciones que puedan concretar lo antes señalado es decir la búsqueda de una resolución que tenga todas las garantías de tutela correspondiente y que puedan producir sus efectos fuera del proceso, que sea eficaz, entendida esta como el poder para obrar sobre la realidad y en consecuencia produzca modificación o ratificación sobre la esfera en la que actúa, sea esta jurídica o real, es lo que MONROY denomina *efectividad o actuación de la jurisdicción*.

En ese sentido el artículo 22° del Código Procesal Constitucional ha consagrado la institución de la actuación de la sentencia impugnada con lo que se busca es que la sentencia tenga un grado de firmeza¹¹⁸ tal, que ni con interposición de la apelación esta pueda dejar de tener tal carácter, pero ello como una condición excepcional en los procesos referidos a garantías constitucionales en los que por su urgencia y naturaleza requieren de una urgencia en su tutela, es así que los procesos de amparo por constituir garantías para el ciudadano afectado es que deben poseer este grado de excepcionalidad. “Sin embargo, firmeza no es sinónimo de ejecutabilidad, pues el ordenamiento jurídico puede atribuir la condición de título ejecutivo a sentencias no firmes, es decir, a sentencia contra las que se haya interpuesto alguno de los recursos que la propia ley autoriza, dando así lugar a la llamada ejecución provisional de sentencias de condena no firmes.”¹¹⁹

Además, consideramos que ésta constituye una figura que puede fomentar la predictibilidad de las resoluciones judiciales y evitar así el largo recurrir de los proceso por diversas instancias judiciales, aletargando la efectividad de la decisión adoptada en el proceso, por lo que, debe introducirse la ejecución anticipada de la sentencia en determinados procesos civiles, lo que permitir una mejor eficacia del proceso así como la producción de resoluciones judiciales que materialicen la tutela jurisdiccional efectiva y logren desalentar procesos judiciales inútiles.

¹¹⁷ MONROY GALVEZ, Juan. *La actuación de la sentencia impugnada*. En: Revista de Derecho Procesal. Estudio Monroy Abogados. Lima. Pág. 202.

¹¹⁸ La firmeza, por tanto, es una cualidad de las resoluciones jurisdiccionales, que no tienen que ver con la posibilidad de producir efectos sino con la exigibilidad incondicional de los mismos. Una sentencia carente de firmeza, recurrible o recurrida efectivamente, es un acto jurisdiccional cuyos efectos están sometidos a condición suspensiva, siendo esta una condición legal. Caballo. Op Cit. Pág. 41

¹¹⁹ MONTERO AROCA, Juan (2004): *Tratado de proceso de ejecución civil*. Tirant lo blanch. Valencia. Pág. 279.

Estudiando los orígenes de la figura bajo estudio en la legislación Española, nos damos con la sorpresa que esta aparece con cierto temor configurándose como algo excepcional. Más su desarrollo ha permitido que se generalice siendo a la fecha un instrumento ordinario para la efectividad inmediata de la tutela jurisdiccional efectiva de la resolución obtenida en primera instancia a quien ha sido favorecido en un proceso de condena. En tal sentido estamos seguros que se ha de encontrar determinados escollos y no mucho escepticismo por parte de nuestros legisladores y hasta quizá por parte de los representantes de la judicatura y los abogados litigantes, más con el tiempo y una adecuada normativa que la sostenga y su aplicación adecuada por parte de los magistrados permitirá hacer de esta una herramienta fundamental en la fase de ejecución de las decisiones judiciales y la materialización inmediata de la tutela jurisdiccional efectiva.

Así, en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) Español de 1855 la procedencia de esta institución se encontraba limitada a las sentencias de segunda instancia en aquellos casos en los que se encontraba pendiente el recurso de casación, es decir debía existir el doble conforme¹²⁰ como requisito mínimo y además de una caución a fin de evitar perjuicios que pudiera originar la ejecución de la sentencia si era desestimada la demanda por el colegido superior.

Luego en la redacción original de la LEC de 1881 se limitaba la figura a las sentencias en las que se concedía alimentos provisionales, a las sentencias que acordara la ratificación de la suspensión de obra nueva y las sentencias que otorgara la autorización para continuar la obra en el interdicto de obra nueva.

Con la reforma llevada a cabo por la Ley 34/1984 del 6 de agosto, el legislador consideró que era necesario ampliar el ámbito de los supuestos de eficacia inmediata de las sentencias condenatoria aún no firmes, con la condición que el vencedor tuviera los medios económicos disponibles o solvencia para anticipar los efectos del fallo. Además de las situaciones antes previstas se posibilitó la ejecución provisional de las sentencias de primera instancia recurridas en apelación.

Para MONTERO AROCA¹²¹ las características más importantes de la nueva regulación son las siguientes:

- 1) Se incluye, como propia ejecución, dentro del Libro III de la LEC y se reglamenta como tal, de forma completa y unitaria, en su Título II que trata de la ejecución provisional de resoluciones judiciales;
- 2) Consecuencia de lo anterior es la equiparación de la ejecución provisional a la ejecución de la sentencia firme, de modo que, dictada sentencia de condena en primera instancia (salvo en los casos excluidos por el art. 525°), quien haya obtenido un pronunciamiento a su favor podrá pedir y obtener la ejecución provisional (art. 562°), que se despachará y llevará cabo del mismo modo que la ejecución ordinaria (art. 524°.2), disponiendo las partes de los mismos derechos y facultades que en ésta (art. 524°.3).

¹²⁰ Se demoniza así al hecho en que las sentencias de primera instancia y apelación hubieren sido conformes.

¹²¹ MONTERO (2004): Ob. Cit. Pág. 280 y ss

- 3) Se elimina la necesidad de prestar caución para poder obtener el despacho de la ejecución provisional (art. 526°). Ahora es el ejecutado el que debe ofrecer caución o medidas alternativas para evitar la concreta actividad ejecutiva en la ejecución dineraria (art. 528°.3, II).
- 4) Para despachar la ejecución sólo se ha de atender a la cualidad provisionalmente ejecutable de la sentencia: “Solicitada la ejecución provisional, el tribunal la despachará, salvo que se trate de sentencia comprendida en el artículo 525° o que no contuviere pronunciamiento de condena a favor del solicitante” (art. 527°.3).
- 5) La valoración de la posible irreparabilidad de las consecuencias del despacho de ejecución se desplaza al incidente de oposición, para el caso de que ésta se formule por el ejecutado (arts. 529° y 530°). La oposición se configura como el mecanismo de control, no sólo de la procedencia (art. 528°.2, 1.ª), sino básicamente de la irreparabilidad de las consecuencias de la ejecución (arts. 528°.2, 2.ª, y 528°.3).
- 6) Los motivos de oposición y la sustanciación son diferentes según se trate de sentencia de condena dineraria o no dineraria. En el primer caso no es posible oponerse a la ejecución provisional, sino sólo a actuaciones ejecutivas concretas del procedimiento de apremio (art. 528°.3).
- 7) Contra el auto que decida el incidente de oposición no cabe recurso alguno (art. 530°.4).
- 8) Se establece una regulación completa de las consecuencias tanto de la revocación como de la confirmación de la sentencia provisionalmente ejecutada, dentro de la propia vía de la ejecución (arts. 532° a 534°).

CONCEPTO

Existen diversas definiciones de lo que debe entenderse por ejecución provisional o provisoria de la sentencia definitiva. Federico Carpi señala que es "la anticipación de la eficacia ejecutiva de la sentencia o de otras providencias judiciales, respecto al momento y al grado de madurez que la ley considera como normal"¹²² Manuel Ortells Ramos, por su parte, la define como "el proceso de ejecución por el que el órgano jurisdiccional realiza una serie de actividades, para acomodar la realidad exterior a lo establecido en el título ejecutivo -una resolución sobre el fondo carente de firmeza- con incidencia en la esfera jurídica y patrimonial de quien venga obligado por el título, quedando supeditada la permanencia de dicha actividad ejecutiva a lo que resulte del recurso interpuesto contra la resolución definitiva".¹²³

Para CABALLOL respecto a la institución bajo análisis señala, que: “La ejecución provisional es la institución procesal por la que se atribuye eficacia a una resolución definitiva sobre el fondo carente de firmeza, quedando subordinada la permanencia de los efectos producidos a lo que resulte del recurso”.¹²⁴

¹²² http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512008000200010&script=sci_arttext

¹²³ ORTELLS Ramos, Manuel (2005): *Derecho Procesal Civil*. 6ª edición, Navarra, Pág. 896.

¹²⁴ CABALLOL ANGELATS, Lluís. (1993) *La ejecución provisional en el proceso civil*. Bosch, Barcelona, Pág.47.

Se ha pensado, e incluso así se pronuncia la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil Español, que la ejecución provisional produce el efecto de disuadir al condenado en la sentencia de su intención de recurrir la sentencia. Esta conclusión debe de ser debidamente matizada, y en este sentido, de forma bastante acertada Caballol i Angelats¹²⁵ señala que la ejecución provisional sería una institución apta para contrarrestar la duración excesiva en la tramitación de los recursos y para satisfacer rápidamente los intereses de carácter perentorio, pero que, por tanto, su aplicación práctica no conlleva la reducción del número de recursos. Además –continúa Caballol– el despacho de la ejecución provisional no ofrece ninguna seguridad de que seguidamente se obtendrá la plena realización del pronunciamiento. Cuando el ejecutado sepa con seguridad que el pronunciamiento no se podrá realizar, no sentirá la presión de la posibilidad de que se despache la ejecución provisional. Y finalmente, la puesta en práctica de la ejecución provisional, lejos de ser una ventaja absoluta para el ejecutante, también representa para él la asunción de algunos inconvenientes y riesgos, los cuales también deben ser valorados antes de instar la ejecución provisional.

Es decir que esta habrá de depender de su eficacia total de lo que decida el superior, garantizándose de esta manera el principio constitucional de la doble instancia. Sin perjuicio de ello la trascendencia está en el hecho de que el vencedor puede lograr hacer efectiva de decisión jurisdiccional aun cuando exista un recurso impugnatorio del vencido el cual tiene por objeto dilatar el resultado del proceso y por ende incumplir con un mandato judicial de manera inmediata

Es interesante destacar las palabras de Montero AROCA¹²⁶, que, refiriéndose a los fundamentos de la ejecución provisional de las sentencias, señala que puede estimarse que la mera existencia de una sentencia definitiva de condena da al derecho afirmado por el actor una apariencia de certidumbre; que no se utilice el acceso al recurso con una finalidad meramente dilatoria; que la ejecución provisional es un instrumento favorecedor de la igualdad de las partes. En tal sentido para AROCA¹²⁷ “por ejecución provisional se entiende la ejecución de sentencias de condena definitivas (esto es no firmes) que se han pronunciado sobre el fondo del asunto, de modo que esa ejecución queda condicionada en su efectividad a que la sentencia recurrida y ejecutada no sea revocada por la sentencia que dicte el tribunal que conoce del recurso.”

GOZAINI por su parte, señala que: “por ejecución provisional se entiende la facultad que tiene la parte para requerir el cumplimiento de una sentencia condenatoria que aún no se encuentra firme”.¹²⁸ Del mismo modo para Martínez de Pinzón la ejecución provisional es “un mecanismo de garantía

¹²⁵ CABALLOL Y ANGELATS, Lluís: «La ejecución provisional en primera instancia», *Estudios Jurídicos del Cuerpo de Secretarios Judiciales*, III-2001, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001.

¹²⁶ MONTERO AROCA, J.; IGLESIAS CABERO, M.; MARÍN CORREA, J. M.; SAMPEDRO CORRAL, M.: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, II, Civitas, Madrid, 1993.

¹²⁷ MONTERO AROCA. (200): El nuevo proceso civil (Ley 1/2000) Tirant lo blanch. Valencia. Pág. 613.

¹²⁸ GOZAINI, Osvaldo Alfredo: La ejecución provisional en el Proceso Civil. En: Revista Peruana de Derecho Procesal. N° III. Abril de 1999. Pág.81.

para la eficacia futura de una sentencia que aún no es firme”¹²⁹ en estas dos definiciones básicas encontramos los elementos más importantes y trascendentes que tiene esta figura procesal, en primer lugar que esta deba ser solicitada por la parte interesada o vencedora en el proceso, allí encontramos el elemento de la legitimidad para la efectivización de la sentencia, en segundo lugar que la decisión que se busca hacer efectiva no debe tener la calidad de firme, es decir que no haya pasado a ser cosa juzgada o haya causado ejecutoria caso contrario no tendría sentido acordar mediante resolución la ejecución provisional de una decisión que ya no tiene este carácter de provisoria son que es definitiva y por tanto no cumpliría con este otro elemento esencial para su dación.

Para RAMOS MENDEZ¹³⁰, “la ejecución provisional es una expectativa más dentro del juicio, sin que pueda verse en ella ningún régimen de excepcionalidad. Desde una perspectiva constitucional, la ejecución provisional es la vocación innata de las resoluciones judiciales en aras de la tutela efectiva. En la medida en la que ésta pueda adelantarse, aun provisionalmente sin haber consumido todo el iter del *processus iudicii*, estaremos propiciando tutela eficaz. Si hasta ahora se ha pecado de remilgosos y de cautos en cuanto a la ejecutividad de los pronunciamientos jurisdiccionales, es hora de invertir el signo. Parece mentira que sólo se reconozca el privilegio de la ejecutividad inmediata a las resoluciones de la Administración. Es inconcebible que una resolución judicial, obtenida después de un juicio contradictorio con todas las garantías suscite recelos. Y sería bueno preguntarse a quien suscita más debe ir imponiéndose la filosofía de que las resoluciones judiciales hay que cumplir las de inmediato, sin perjuicio de los ulteriores controles.”

Resulta interesante advertir la necesidad en encontrar soluciones practicas que conlleven a la necesidad de hacer efectivas las decisiones judiciales, sustentado en la norma constitucional, sin que sea necesario la existencia de una norma que pueda regular dicha actividad jurisdiccional, más nuestro sistema procesal no permite dicha alternativa ya que los magistrados se encontrarían expuestos a la figura del prevaricato, máxime si no se ha llegado a entender esta institución y su difusión es muy poco conocida y aplicada. Más, construye un nuevo razonamiento toda vez, que si bien dentro del proceso judicial existen todas las garantías de defensa para el demandado, la impugnación de la sentencia no puede constituirse en un derrotero de la tutela jurisdiccional efectiva, sino una garantía que puede darle mayor seguridad a la decisión judicial, sin afectar el cumplimiento de esta, aun cuando el Juez no tenga entre sus manos dicho proceso, pero si la posibilidad de hacer efectiva su decisión.

¹²⁹ MARTINEZ De Pinzon, Aparicio (1999) *La ejecución provisional de sentencias en lo contencioso administrativo*. Civitas, Madrid Pág. 59-60.

¹³⁰ RAMOS MENDEZ FRANCISCO (1997) *Enjuiciamiento Civil*. Tomo II. Editorial JM Boch Editor. Barcelona. Pág. 608-609

En sede nacional esta institución también ha sido materia de comentarios a nivel doctrinario, al respecto Juan MONROY GALVEZ¹³¹ señala que: “(...) no compartimos el uso de la palabra “ejecución” para denominar la instituto porque el concepto suele ser utilizado de manera diferente para referirse sea a los procesos de ejecución o al proceso declarativo de condena. Si bien un sector importante de la doctrina considera que sólo debe ser el ámbito de aplicación del instituto en estudio, creemos que el aprovechamiento que se puede hacer de éste, alcanza también a los proceso decorativos verificativos como a los procesos constitutivos, si bien no en la magnitud e importancia que adquiere el instituto en el caso de las sentencias de condena, nos parece que no existe razón para emitir su uso en las otras dos formas. A tal efecto, siguiendo el desarrollo de las categorías descritas anteriormente, nos parece atendible referirnos a la “actuación” de la sentencia, vale decir, empleamos el genero a fin de evitar que el uso del concepto “ejecución” excluya otros ámbitos de aplicación de la institución estudiada.”

Señala que resulta inapropiada la denominación de ejecución provisional pues en tanto y en cuanto la sentencia se hace efectiva como si esta tuviera la calidad de cosa juzgada por tanto carece de provisionalidad. Si se actúan los efectos de la sentencia cual si estuviera firme, no encuentra, la razón por qué la denominación de ejecución provisional, pues no existe provisionalidad en la efectivización de la sentencia apelada, en ese sentido Monroy señala que resulta pertinente denominarla, actuación de la sentencia impugnada, toda vez que este instituto procesal, especie de tutela anticipatorio, por medio del cual se concede a la parte que ha obtenido una decisión favorable en primer grado, el derecho a la actuación de la decisión que lo favorece, con prescindencia de que la resolución vaya a estar o esté recurrida por la parte perdedora.

Juan José MONROY PALACIOS prefiere llamar a este instituto como “actuación inmediata de la sentencia no definitiva”, conceptualizando como, “aquellos supuestos donde se permite que la sentencia expedida en primer grado pueda ser inmediatamente actuada, importando porco su aquella se encuentra dentro del plazo para ser impugnada o si ya lo ha sido a través del recurso de casación”¹³²

Para Carlos Mesía¹³³ al referirse a esta institución, la cual se encuentra regulada en sede Constitucional, manifiesta que: “uno de los cambios sustanciales operados en los procesos de la jurisdicción constitucional es el relativo a la actuación de la sentencia impugnada. Una sentencia que ha sido pronunciada en primer grado se ejecuta de inmediato sin que sea obstáculo para ello el recurso de apelación que se interponga. La eficacia del proceso constitucional adquiere mayor fuerza. No es necesario esperar más tiempo, que es el que supone una nueva tramitación en la coste y posterior ante el Tribunal Constitucional, para ver en ejecución lo resuelto en la sentencia.” Si bien la importancia de esta institución regulada en el Código Procesal Constitucional, esta dada por la naturaleza de los procesos de garantías

¹³¹ MONROY GALVEZ Juan. “La actuación de la sentencia impugnada” En: Revista Peruana de Derecho Procesal. Tomo V. Junio 2002. Lima. Pág 199-200.

¹³² MONROY Palacios, Juan José (2004): La tutela procesal de los derechos. Palestra, Lima Pág. 292

¹³³ MESIA, Carlos (2004): Exégesis del Código procesal Constitucional. Gaceta Jurídica. Lima. Pág 180

constitucionales que se encuentran regulados en la Carta Política, ello no obsta a que en materia civil pueda introducirse esta figura toda vez que se garantiza también un principio constitucional como lo es la Tutela Jurisdiccional EFECTIVA, y por ende la potestad de dotar al Juez y a su decisión de la eficacia que ella requiere, haciendo cumplir lo decidido de manera inmediata.

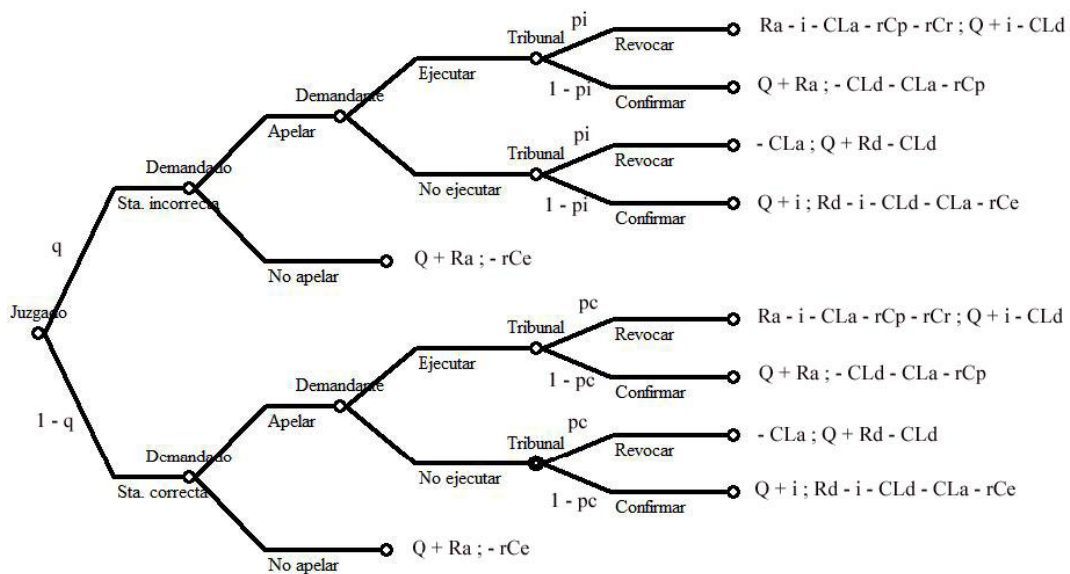
Nos permitimos definir a la figura de la ejecución anticipada de la sentencia como *aquel instituto procesal a través del cual se concede a la parte que ha obtenido sentencia favorable en primera y confirmada por el superior, el derecho a la ejecución de la decisión que lo favorece, aún cuando ésta ha sido materia de recurso impugnatorio, suspendiendo los efectos de la impugnación hasta que se resuelva lo contrario por el órgano que la concedió.*

De este modo tratamos de solucionar posible interpretación incorrecta de la institución, estableciendo a nuestro entender de manera más clara los alcances de la misma precisando la potestad que tiene la parte que ha obtenido sentencia que ampare su derecho más aún si ésta se encuentra debidamente respaldada en jurisprudencia reiterada en ese sentido, sea ésta en ante el Juez de la demanda o la Sala que lo conoció en grado de apelación, de que ésta la efectivice, se actué aún cuando frente a ella se haya interpuesto un recurso impugnatorio que busca suspender los efectos de la misma, rompiendo de esta manera la principal características de los medios Impugnatorios, ello hasta que el órgano superior decida dejarlo sin efecto.

Así, no desconocemos jurisdicción sea al órgano de primera instancia o la de grado superior que lo conceda y pueda esta seguir teniendo conocimiento del trámite de la ejecución o la ejecución de la sentencia la misma que efectivizada en sus propios términos, solamente podrá ser dejada sin efecto si es el propio recurrente (vencedor) que la solicite o por el órgano superior cuando resulta en manera distinta a la decisión que fue materia de apelación y por ende de ejecución provisional.

Resulta interesante poder observar de manera gráfica la el trámite y las posibilidades procedimentales que se dan como consecuencia de la expedición del auto que concede la institución bajo análisis, así Francisco Ramos Romeo, en su artículo *¿Es deseable favorecer la ejecución provisional?*¹³⁴

¹³⁴ RAMOS Romeo, Francisco. *¿Es deseable favorecer la ejecución provisional?* En: <http://repositorios.cdlib.org/bple/alcde/052308-1>



Señalando además que: “No es difícil apreciar que no existe una decisión mejor para el demandante en términos absolutos. Si ejecuta provisionalmente, obtiene unos rendimientos, pero también es cierto que va a tener que indemnizar al demandado si se revoca la sentencia de instancia por los intereses. En cambio, si no ejecuta provisionalmente, sólo tiene que esperar a recoger los intereses. Para el demandado ocurre algo similar a lo que ocurría cuando no había ejecución provisional con el añadido de que ahora si va a haber ejecución provisional, puede verse privado de los rendimientos del capital Q, aunque puede también verse indemnizado por *i*.”¹³⁵

CARACTERISTICAS

Teniendo en cuenta la Ley de Enjuiciamiento Civil Español, y lo señalado por Ignacio Diez Picazo Jiménez¹³⁶ que constituye la principal norma que ha regulado esta institución se pueden establecer algunas características:

- a) Todas las sentencias de primera o segunda instancia que contengan pronunciamientos de condena son ejecutables provisionalmente. Salvo las circunstancias o procedimientos en los que expresamente se señale su improcedencia. Por ello, y tal como lo habíamos manifestado líneas arriba, al encontrarse expresamente regulada en la norma procesal como una facultad del Juez, se evita que éste pueda ser objeto de una denuncia por prevaricato, en tal sentido si se cumplen los requisitos

¹³⁵ RAMOS Ob Cit. Pág. 12

¹³⁶ DIEZ PICAZO y otros (2002): Derecho Procesal Civil. Ejecución Forzosa. Procesos Especiales. Editorial centro Estudios Ramon Areces S.A. Segunda Edición. Pág. 363 y 364

legales debe hacerse efectiva la solicitud de ejecución de medida cautelar.

- b) Admitida la ejecución provisional, es el ejecutado quien tiene la carga de oponerse a la misma. Es decir, que si bien el vencido cuenta con una herramienta que hizo posible la suspensión de los efectos de la sentencia a través del recurso de apelación, y dado que este efecto ha sido suspendido por la ejecución provisional de la sentencia, puede de alguna manera oponerse a dicha decisión, si para ello garantiza a través de los mecanismos que la ley establece, que esta situación puede generarle un perjuicio, por ello debe aportar todo el material probatorio destinado a acreditarlo;
- c) La legitimación para interponer la solicitud de ejecución provisional se reconoce sin mayor restricción al vencedor en el proceso, con independencia y la ha recurrido o no. Por ello, no será posible cuestionar la legitimidad del solicitante ni interponer medio de defensa alguno toda vez que ello se debió realizar en el propio proceso judicial materia de ejecución;
- d) La ejecución de las sentencias de condena no exige que el solicitante preste caución para responder de lo obtenido, de los daños y perjuicios causados y de las costas, para el caso de revocación de sentencia, toda vez que consideramos, se encuentra dentro del derecho reconocido en la decisión judicial y por ende constituye la plasmación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, lo cual no puede ser objeto de una sanción y menos de carácter pecuniario, ya que la decisión que ampara su derecho ha sido dado por el órgano jurisdiccional y no por una decisión personal. De esta forma reconocemos también la investidura del órgano jurisdiccional y el efectivo cumplimiento de sus decisiones;

CLASES

Conforme a la doctrina, existen diversas clases en las que se concreta la institución bajo comento:

a) *Ope legis*¹³⁷.-

“Se trata de ordenamientos en los que se regula la institución de manera puntual y específica. Inclusive en atención a su incorporación como si fuera un elemento inserto naturalmente en su sistema, no se le exige a quien peticona la actuación anticipada el otorgamiento de garantía para la hipótesis en el órgano “Ad Quem” revocara o anulara la sentencia ya actuada.”¹³⁸

Debe establecerse de manera clara y precisa los procesos en los cuales puede concederse esta institución procesal en defensa y garantía de la tutela satisfactoria, por ello, requiere de una disposición legal expresamente concedida y señalada de manera taxativa en los casos que corresponda, impidiéndole al Juez poder deliberar sobre su concesión o no, así la norma reconoce los casos en los cuales se puede conceder esta posibilidad, y a la existencia de la

¹³⁷ La *locuzione latina ope legis*, in italiano «per il dettato della legge», è un'espressione giuridica: significa che l'azione compiuta è stata compiuta "perché lo dice la legge". Por fuerza de la ley.

¹³⁸ MONROY, Juan En: la Actuación..... Pág. 209-210.

institución esta dada por el respaldo legislativo en tal sentido. Un claro ejemplo de ello resulta el artículo 566º del Código Procesal Civil peruano.¹³⁹

De igual forma en nuestra legislación Procesal Constitucional vigente se encuentra regulada la actuación de las sentencias, así en su artículo 22º se señala que: La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda. Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad.

La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata. Para su cumplimiento, y de acuerdo al contenido específico del mandato y de la magnitud del agravio constitucional, el Juez podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas e incluso disponer la destitución del responsable. Cualquiera de estas medidas coercitivas debe ser incorporada como apercibimiento en la sentencia, sin perjuicio de que, de oficio o a pedido de parte, las mismas puedan ser modificadas durante la fase de ejecución.

El monto de las multas lo determina discrecionalmente el Juez, fijándolo en Unidades de Referencia Procesal y atendiendo también a la capacidad económica del requerido. Su cobro se hará efectivo con el auxilio de la fuerza pública, el recurso a una institución financiera o la ayuda de quien el Juez estime pertinente.

El Juez puede decidir que las multas acumulativas asciendan hasta el cien por ciento por cada día calendario, hasta el acatamiento del mandato judicial.

El monto recaudado por las multas constituye ingreso propio del Poder Judicial, salvo que la parte acate el mandato judicial dentro de los tres días posteriores a la imposición de la multa. En este último caso, el monto recaudado será devuelto en su integridad a su titular.”

En tal sentido la norma procesal constitucional permite y faculta al Juez a actuar una sentencia sea esta estimatoria de la demanda y que termine con la instancia o con el proceso pueda ser objeto de ejecución aun cuando haya sido materia de un medio impugnatorio.

Para Silva, en el sistema denominado *ope legis*, “(...)el cumplimiento provisional de la sentencia deriva de la propia ley. Las facultades del juez para

¹³⁹ Artículo 566.- Ejecución anticipada y ejecución forzada

La pensión de alimentos que fije la sentencia debe pagarse por período adelantado y se ejecuta aunque haya apelación. En este caso, se formará cuaderno separado. Si la sentencia de vista modifica el monto, se dispondrá el pago de éste.

Obtenida sentencia firme que ampara la demanda, el Juez ordenará al demandado abrir una cuenta de ahorros a favor del demandante en cualquier institución del sistema financiero. La cuenta sólo servirá para el pago y cobro de la pensión alimenticia ordenada.

Cualquier reclamo sobre el incumplimiento del pago será resuelto con el informe que, bajo responsabilidad, emitirá la entidad financiera a pedido del Juez sobre el movimiento de la cuenta. Asimismo, en reemplazo de informe pericial, el Juez podrá solicitar a la entidad financiera que liquide el interés legal que haya devengado la deuda.

Las cuentas abiertas única y exclusivamente para este propósito están exoneradas de cualquier impuesto.

En los lugares donde no haya entidades financieras, el pago y la entrega de la pensión alimenticia se hará en efectivo dejándose constancia en acta que se anexará al proceso.”

impedir la ejecución de una sentencia que ha sido objeto de impugnación por vía de apelación son mínimas. Su rol, fundamentalmente, consiste en verificar el cumplimiento de determinados requisitos de orden objetivo, dentro de los cuales el más importante es que la resolución sea susceptible de ejecución provisoria según la ley. Es el sistema aplicado en la legislación procesal civil italiana y española.”¹⁴⁰

A través de este tipo de clasificación lo que se trata es de darle una partida de nacimiento a la institución, es decir, que se concede a la juez la posibilidad ante la existencia de una norma de conceder la posibilidad de actuar una sentencia que ha sido materia de grado, pero solamente en los casos expresamente establecidos en ella. Al fijarlo de esta manera cierra la posibilidad de interpretaciones antojadizas que puedan conllevar a una indebida utilización de esta institución y por ende a su fracaso en la práctica judicial.

b) Ope iudicis¹⁴¹

Conforme lo señala Juan MONROY¹⁴², en los ordenamientos en los que se asume este sistema, no regulan con mayor detalle esta figura sino que por el contrario, conceden al juez determinados criterios para que este pueda concederlos en el caso concreto. Así, estos pueden ser criterios abiertos permitiéndole al juez un mayor ámbito de aplicación de decisión para su concesión. El Juez evalúa de acuerdo determinados juicios de probabilidad, la consistencia o pertinencia de la solicitud de actuación de sentencia. En los sistemas ope iudicis con sistema cerrado, será la norma la que precise con detalle las situaciones o casos en los cuales procederá, así como los requisitos que se encuentran obligados el solicitante como el Juez para su aplicación.

En estos casos el Juez es quien tiene la potestad de concederlos o no previo cumplimiento de determinados requisitos establecidos por las normas pertinentes o conforme su leal saber y entender. Esta circunstancia a la que no se escapa el Juez para concederla o denegarla puede ser de carácter discrecional o reglado.

En el primer caso implica la inexistencia de criterios a tener en consideración para decretar su concesión debiendo resolver según su leal saber y entender.

En el segundo caso el Juez deberá apreciar la presencia de los requisitos y presupuestos establecidos por la norma. Además existe una indeterminabilidad que permiten dar un mayor margen al magistrado por evaluar o no su concesión.

Al respecto, Silva precisa que: “En el sistema de ejecución provisional *ope iudicis*, es el juez quien determina, con mayor o menor discrecionalidad, la

¹⁴⁰ SILVA Alvarez, Oscar (2008): “La ejecución provisional de las sentencias”. En: Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXI. Valparaíso Chile, 2° Semestre. p. 384 (pp.369-402)

¹⁴¹ Por orden del Juez

¹⁴² MONROY, Juan En: la Actuación..... Pág. 210.

improcedencia de la ejecución provisional de la sentencia. Hablo de improcedencia, toda vez que, en principio, la sentencia sí es ejecutable provisoriamente. Por ello, para detener esta consecuencia natural, el juez atiende a determinadas pautas establecidas por la ley.”¹⁴³

c) Mixta.-

Para MONROY¹⁴⁴, en este caso, los ordenamientos jurídicos utilizan como principio la técnica del Ope legis, en consecuencia la ley regula el instituto y las prescripciones para su empleo. Sin embargo la propia norma establece casos en los que se concede la facultad impugnatoria de la parte vencida, o exigencias de garantía ya sea al solicitante o a quienes objeto de la medida. Su importancia radica en la posibilidad que tiene el magistrado de graduar el uso de la institución de acuerdo a las circunstancias de cada caso en concreto: la urgencia, su necesidad, el impacto social, etc.

Esta manera de prescribir la institución, constituye la amalgama de las dos clasificaciones anteriores en donde además de establecerse una ejecución anticipada de la sentencia producto de la norma, se introduce la capacidad de análisis por parte del Magistrado para que en el caso concreto pueda concederla o denegarla.

NATURALEZA JURIDICA

Para Montero Aroca¹⁴⁵, tradicionalmente se ha sostenido tres posiciones sobre la naturaleza jurídica de la ejecución provisional:

- a) Para algunos autores se trata de una medida cautelar que se resuelve en una medida ejecutiva. Más, esta tesis se ve desvirtuada señala el autor, en el preámbulo de la Ley de Enjuiciamiento Civil Español y para impugnarla basta recordar las diferencias existentes entre medida cautelar y ejecución provisional, sobre todo en los presupuestos de una frente a la otra.
- b) Otros autores han pretendido distinguir dentro de la ejecución provisional, aquellos casos en que la ejecución tiene su fundamento en el *periculum in mora*, de aquellos otros en la ejecución se permite por la ley sin que exista ese peligro en el retardo: en el primer caso se estaría ante una medida cautelar y en el segundo ante una verdadera ejecución;
- c) Finalmente la otra posibilidad es la que señala que la ejecución provisional constituye una institución sustancialmente única. Señalando que lo que diferencia a la provisional de la ordinaria no es ni la naturaleza ni la función; son las razones que mueven al legislador para establecer la ejecución de las sentencias de condenas no firmes.

Para un mejor estudio y en base al material existente nos limitaremos a desarrollar las dos primeras posiciones tomando en cuenta la doctrina española, la cual es la que más ha desarrollado esta figura procesal.

¹⁴³ SILVA Alvarez, Oscar (2008): “La ejecución provisional de las sentencias”. Ob. Cit. Pág. 384

¹⁴⁴ MONROY, Juan En: la Actuación..... Pág. 210-211.

¹⁴⁵ MONTERO AROCA. (200): El nuevo proceso civil (Ley 1/2000) Tirant lo blanch. Valencia. Pág. 615.

a) Medida Cautelar

Existen autores que sostiene que la ejecución provisional de la sentencias se encuentra dentro del ámbito de la tutela cautelar, en atención a que existe además una situación por la cual se evita la alteración de las circunstancias fácticas y jurídicas en las que se desarrollará la ejecución cuando sea firme la sentencia. Así, para GARBERÍ LLOBREGAT¹⁴⁶ tiene la misma naturaleza jurídica que las medidas cautelares, al coincidir los presupuestos de éstas con los de la ejecución provisional , así el *Fumus Boni iuris* viene establecido en la ejecución provisional por la estimación judicial de una resolución de condena ,y el *periculum in mora* en el riesgo de la frustración de la ejecución durante la tramitación del recurso interpuesto, así como los mismos requisitos y medidas ejecutivas y sólo si se pone el acento, no en sus presupuestos o características ni en al finalidad buscada por ambas instituciones sino en sus estrictos contenidos , podría llegar a negarse que no tiene la misma naturaleza.

Silvosa Tallón¹⁴⁷ señala que: No podemos estar de acuerdo con esta manifestación toda vez que es la propia exposición de motivos de que niega la naturaleza cautelar al manifestar que *la ejecución forzosa provisional no es, por supuesto, ninguna medida cautelar y supone, de ordinario, efectos de más fuerza e intensidad que los propios de las medidas cautelares. Pero en un caso, además de una razonable oposición, existe una sentencia precedida de un proceso con todas las garantías y, en el otro, sólo el «humo de buen derecho».*

En la misma dirección se encuentra: a) la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de dos mil dos ,que en su fundamento segundo casa en el sentido de afirmar que la ejecución provisional tiene la naturaleza de proceso de ejecución , y su consecuencia más importante es *la de negar cualquier asimilación entre ejecución provisional y medida cautelar, de modo que en absoluto puede ser equiparado el régimen de ejecución provisional al de garantía futura de la ejecución de sentencias firmes y autorizar limitaciones a su establecimiento.*

b) El Auto de la sala de lo civil del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de dos mil cinco , que en su fundamento primero establece que son *dos institutos procesales bien distintos, la ejecución provisional de sentencias no firmes y las medidas cautelares; no sólo distintos en su naturaleza, objeto y presupuestos para su adopción sino incompatibles, como claramente resulta del tenor del art. 731.2 de la LEC* , y prosigue en el supuesto de autos, *el propio legislador ha situado la anotación preventiva de sentencia en trámite de ejecución provisional de sentencia no firme y la anotación preventiva de demanda como medida cautelar.*

c.)Y MAGRO SERVET, para quien la naturaleza jurídica es distinta, así la medida cautelar se nos presentan como una expectativa de derecho ante un

¹⁴⁶ GARBERÍ Llobregat, José. El proceso de ejecución forzosa en la nueva ley. Editorial civitas Pág. 144

¹⁴⁷ En: la ejecución provisional en la ley de enjuiciamiento civil 1/2000 de 7 de enero.

titulo o principio de prueba que puede dar lugar a su reconocimiento. En cambio en la ejecución provisional la situación es bien distinta al no tener una expectativa de derecho basada en un principio de prueba sino en una sentencia en la que se le reconoce a un particular un derecho frente a otro.”

Del mismo modo hay quienes indican que tiene la misma naturaleza jurídica que las medidas cautelares, al coincidir los presupuestos de éstas con los de la ejecución provisional, así, el *Fumus Boni iuris* viene establecido en la ejecución provisional por la estimación judicial de una resolución de condena ,y el *periculum in mora* en el riesgo de la frustración de la ejecución durante la tramitación del recurso interpuesto, así como los mismos requisitos y medidas ejecutivas y sólo si se pone el acento, no en sus presupuestos o características ni en al finalidad buscada por ambas instituciones sino en sus estrictos contenidos, podría llegar a negarse que no tiene la misma naturaleza . En tal sentido Manuel Silvosa Tallón¹⁴⁸, precisa que: “No podemos estar de acuerdo con esta manifestación toda vez que es la propia exposición de motivos de que niega la naturaleza cautelar al manifestar que *la ejecución forzosa provisional no es, por supuesto, ninguna medida cautelar y supone, de ordinario, efectos de más fuerza e intensidad que los propios de las medidas cautelares. Pero en un caso, además de una razonable oposición, existe una sentencia precedida de un proceso con todas las garantías y, en el otro, sólo el «humo de buen derecho»*”

“... como señala Ovidio Araujo Baptista da Silva, está mal dicho incluso en las cautelares hablar de *periculum in mora*, siendo más exacto indicar la existencia de *riesgo de daño inminente* ello así, toda vez que la sumariedad de la cognición (*fomus bonis iuris*) está realmente determinada por la situación de daño inminente a que se encuentra expuesto el *derecho probable* a ser protegido por la tutela cautelar. Es esta emergencia de daño inminente que determina y condiciona los demás presupuestos....”

Sostener que la naturaleza jurídica de la ejecución anticipada de la sentencia es equivalente a la medida cautelar, significaría que no se estaría hablando de una ejecución de la sentencia, sino de la protección cautelar de una sentencia ulterior. En tal sentido, también se manifiesta Isacc Martin¹⁴⁹ para quien una cosa es solicitar del juez que decrete determinadas medidas para asegurar la ejecución de la sentencia (lo que solo se entiende si esa ejecución no es posible en el momento en que se solicitan tales medidas), otra muy distinta pedirle que se otorgue forzosamente si fuere necesario- la ventaja reconocida en la sentencia. Lo primero es tutela cautelar; esto ultima, tutela ejecutiva y la diferencia entre una y otra a decir de Diaz Martin es evidente: mientras que la primera pretende garantizar la ejecutividad de la sentencia para cuando ésta adquiera firmeza, la segunda persigue la ejecución misma, “se

¹⁴⁸ Silvosa Tallón. José Manuel *la ejecución provisional en la ley de enjuiciamiento civil 1/2000 de 7 de enero*. Revista internauta de práctica jurídica, ISSN 1139-5885, N°. 20, 2007 En: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2341061>

¹⁴⁹ MARTIN Delgado, Isaac.”La naturaleza jurídica de la ejecución provisional de las sentencias Contencioso-Administrativas. En: UNED Boletín de la Facultad de derecho. Número 28, 2006. Pág. 91.

trata de verdadera ejecución, no estamos ante una actividad ejecutiva distinta de la ejecución de una sentencia judicial firme, ni ante una medida cautelar”¹⁵⁰

La razón de ser de las medidas cautelares descarta que la ejecución provisional pueda ser considerada como tal. Toda vez que la tutela cautelar constituye un medio para evitar que el recurso pierda su finalidad legítima, asimismo conforme lo establece la norma procesal civil la medida cautelar es parte incidental de un proceso incidental, si bien el Código Procesal Civil en su artículo 365° se refiere a la existencia de una autonomía, esta debe entenderse solamente de carácter procedimental en atención a la existencia de un cuaderno especial para tal efecto, lo que no implica que no requiere de manera previa o posterior de una pretensión principal.

De otro lado la función de la medida cautelar consiste en evitar de manera temporal que el proceso pueda perder su sentido en el caso de que la decisión judicial que se tome en la etapa decisoria del proceso no pueda ser obtenida antes de que la misma se llegue a expedir a favor de quien la solicita.

b) Proceso de ejecución¹⁵¹

Revisando la doctrina española existen algunos autores que señalan respecto de la naturaleza jurídica de la ejecución provisional, esta constituye un verdadero proceso de ejecución, amparándose en lo señalado en el artículo 524.2 de la nueva Ley de Enjuiciamientos Civiles al establecer que la ejecución provisional se llevará a cabo del mismo modo que la ejecución ordinaria.

Para Óscar Silva Álvarez,¹⁵² Carpi, quien niega la naturaleza cautelar de la ejecución provisional, a pesar de reconocerle una función de tal carácter, justifica su parecer, fundamentalmente, en la falta de instrumentalidad de la institución, en relación a la que sí tienen, indudablemente, las medidas cautelares, las cuales "crean una situación inconcebible fuera de una controversia pendiente o inminente, y se extinguen si se extingue el proceso o éste no es promovido".

Si bien se analiza la figura bajo comentario, pero desde el punto de vista de las sentencias contencioso administrativas, Martín Delgado¹⁵³ ha señalado, que la ejecución provisional de las sentencias contencioso-administrativas no es una medida cautelar y tal sentido señala que están: "En contra, PÉREZ ANDRÉS, que sigue a AROZAMENA SIERRA, encuadra la ejecución provisional en el ámbito de la tutela cautelar. Una postura intermedia, en el sentido de afirmar que se trataría de un *tertium genus*, a caballo entre las medidas cautelares y la actividad ejecutiva, es mantenida por PÉREZ DEL BLANCO, En su opinión, se trataría de tutela ejecutiva en tanto en cuanto se materializa lo previsto en la sentencia, y de tutela cautelar porque se evita la alteración de las circunstancias fácticas y jurídicas en las que se desarrollará la

¹⁵⁰ DIAZ Martín "La ejecución Provisional de resoluciones judiciales en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil" En: *La Ley*, Vol 3, 1999. pág. 1980.

¹⁵¹ <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2341061>

¹⁵² *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXI (Valparaíso, Chile, 2º Semestre de 2008)*

¹⁵³ <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:BFD-2006-28-73B203A8&dslID=PDF>

ejecución cuando sea firme la sentencia. En una postura intermedia también se muestra MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO en su obra *La ejecución provisional de sentencias en lo contencioso-administrativo*, para quien este instituto procesal posee una doble naturaleza, al ser una modalidad de la ejecución de sentencias y, al mismo tiempo, una medida cautelar. No obstante, en páginas posteriores se pronuncia principalmente a favor de esta segunda naturaleza, afirmando que «si se trata (...) de sentencias que no han adquirido firmeza, más que ante el derecho a la ejecución de sentencias, estamos en el ámbito de la tutela cautelar».

Para MARTIN DIAZ respecto de la naturaleza ejecutiva de la ejecución provisional, señala que “se trata de una verdadera ejecución, no estamos ante una actividad ejecutiva distinta de la ejecución de una sentencia judicial firme, ni ante una medida cautelar” precisando además que la finalidad de la ejecución provisional es “conseguir la eficacia inmediata de la resolución judicial y al propio tiempo evitar la utilización de los recursos como táctica meramente dilatoria”¹⁵⁴ lo que pretende señalar el autor es que mediante esta figura lo que se busca es la efectividad de la decisión judicial que le es favorable a fin de que esta pese a la existencia de un medio impugnatorio destinado a dilatar la ejecución de la decisión y por ende su cumplimiento mediante el recurso de apelación este no se haga efectivo, en atención al objeto de la institución bajo comento. Por ello resalta además que se busca evitar la existencia de medios dilatorios de la decisión que pudiera hacer inejecutable la orden del juez.

Cabe traer a colación lo señalado por Montero Aroca para quien “tomada la decisión política de regular la ejecución provisional, ésta es simplemente actividad ejecutiva, como demuestra el artículo 524 LEC, para el que, primero, la ejecución provisional se despachará y se llevará a cabo del mismo modo que la ejecución ordinaria y, segundo las partes dispondrán en ella de los mismos derechos y facultades procesales que en la ordinaria” por ello “ la ejecución provisional es siempre un proceso de ejecución, que constituye una institución sustancialmente única. Lo que diferencia a la provisional de la ordinaria no es la naturaleza y ni la función; son las razones que mueven al legislador para establecer la ejecución de sentencia de condena no firmes”¹⁵⁵

En tal sentido, la naturaleza jurídica de la figura bajo comento estaría en la finalidad de esta instrucción es decir, en el aseguramiento de la ejecución de la sentencia

FERRER sostiene que “...la anticipación de la ejecución de la sentencia sujeta a recurso se perfila como una medida de menor trascendencia innovativa que otras cautelas materiales (como la sentencia anticipatoria, por ejemplo), puesto que, al menos, se practica sobre la base de una decisión judicial ya emitida, adelantando en el tiempo (y de forma provisoria) tan solo su ejecución. En pocas palabras, la sentencia anticipatoria importa el

¹⁵⁴ DIAZ, Martin “la ejecución provisional de resoluciones judiciales en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento civil. En: La Ley, Vol 3, 1999. Pág. 1980.

¹⁵⁵ MONTERO Aroca (2002) Derecho jurisdiccional II. Proceso Civil. Undécima edición, Tirant lo Blanc, Valencia pág. 543.

adelantamiento cronológico de la “decisión” y “ejecución” del pronunciamiento de mérito; en cambio, la medida de “ejecución anticipada” se reduce tan solo al segundo de los aspectos mencionados”¹⁵⁶

Si ello fuera así, la doctrina y legislaciones de diversos orbes la habrían ya sostenido y amparado normativamente, situación que no es cierta por requiere de un análisis por parte del Juez respecto del cumplimiento o no de su decisión final previo cumplimiento de determinados requisitos que deben cumplirse antes de la expedición de una resolución en el sentido propuesto, además no es propicia en todos los tipos de procesos existentes, razón más que suficiente para desvirtuar su carácter de “*menor trascendencia*”.

Al respecto CABALLOL sostiene que: “En defensa de la exigencia de la inmediatez, cabe argumentar que la ejecución provisional se concibe como una legítima reacción frente al recurso interpuesto y que actuaría contra sus propios actos el no solicitar la ejecución provisional inmediatamente, después de la interposición del recurso. Sin embargo, el concepto de ejecución provisional huye constantemente de la realización de valores sobre aspectos subjetivos que concurren en el ejercicio de las oportunidades procesales, e intentan fundamentar la posibilidad de conseguir la ejecución provisional, tanto en la decisión jurisdiccional plasmada en la sentencia, como en la valoración de las consecuencias producidas con la ejecución. Considerar la ejecución provisional como una legítima defensa de la parte recurrida es tanto como entender que el ejercicio del derecho a recurrir merece la calificación de agresión ilegítima”¹⁵⁷

MONROY señala que “El caso de la actuación de la sentencia impugnada es singular, no se inserta dentro de las llamadas nuevas técnicas procesales, sino, como muchas de ellas, sólo consiste en una recuperación de un instituto desarrollado hace mucho tiempo y en distintos ámbitos, sin que hay alcanzado no sólo un desarrollo uniforme, sino un reconocimiento apenas limitado de sus posibilidades que, de nuestro lado, pensamos que sí las tiene si se le emplea sujetándolo a una normativa y desarrollo doctrinal que aprecie su verdadera importancia, sin extremismos optimistas ni pesimistas”¹⁵⁸

La naturaleza de la ejecución provisional constituye un verdadero proceso de ejecución, toda vez que esta se lleva a cabo del mismo modo que la ejecución ordinaria, es decir que una sentencia con la calidad de firme. Ello se corrobora con la exposición de motivos de la NLEC, la cual manifiesta que la ejecución forzosa provisional no es, por supuestos, ninguna medida cautelar y supone, de ordinario, efectos de más fuerza e intensidad que los propios de las medidas cautelares. Pero en un caso, además de una razonable oposición, existe una sentencia precedida de un proceso con todas las garantías y, en el otros, sólo el “humo de buen derecho”.

¹⁵⁶ FERRER, Sergio E. Ejecución anticipada de la Sentencia como cautela material. En: Sentencia anticipada (despachos interinos de fondo) Rubinzal-Culzoni Editores Bs. As. Argentina. Pág.361.

¹⁵⁷ CABALLOL ANGELATS, Lluís. La ejecución provisional en el proceso civil. Bosch, Barcelona, 1993. Pág. 244.

¹⁵⁸ Op. Cit. Pág. 199-200

Debe tenerse en cuenta que conforme hemos señalado respecto de la definición de esta figura, la ejecución provisional, no se trata de asegurar a futuro la eficacia de una sentencia, sino de poner en práctica lo exigido por el fallo expedido, es decir lo que se busca es la materialización de la sentencia por parte del vencedor en el proceso, quien persigue ejecutar esa decisión pese a la existencia de un recurso impugnatorio destinado a suspender los efectos de la misma. Por ello, la cautelaridad de una medida hace referencia a su carácter precautorio, destinado a prevenir la consecución de un determinado fin, a precaver lo que pueda dificultarlo y, en definitiva, evitar las consecuencias de un riesgo existente.¹⁵⁹

Deslindando la figura de la medida cautelar y la ejecución provisional de la sentencia, Martín Delgado nos dice que “En primer lugar, el proceso de ejecución no es accesorio al recurso de apelación o de casación, sino sería un proceso autónomo de carácter incidental (si bien la permanencia de su resultado depende de la sentencia posterior), asociado al anterior proceso declarativo donde ha recaído la sentencia cuya ejecución se pretende; en segundo lugar, no se persigue evitar que la ventaja concedida en la sentencia pudiera resultar dañada, sino que directamente se busca la obtención de ventaja, y no sobre la base de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y para evitar un posible daño a esa ventaja, sino por la existencia de un derecho declarado por la sentencia cuya materialización se pretende, que es definitiva y resuelve sobre el fondo un asunto.”¹⁶⁰

Estos dos elementos citados por el autor constituyen los aspectos más claros que deslindan de manera precisa y distancian a la figura de la medida cautelar con la ejecución provisional de la sentencia, ya que en ella se puede ver una carácter netamente procedimental, el cual esta dado por la posibilidad de ser solicitado en el mismo proceso principal en el cual se obtuvo la sentencia, pero que va a generar un incidente el mismo que va a dar origen a los posteriores actos destinados a que la sentencia se haga efectiva a pesar de existir sobre ella un recurso impugnatorio que tarta de suspender los efectos de esa decisión. Además, existe otro elemento diferenciador que aparta a estas dos figuras el cual es la apariencia del derecho, mientras que en el caso de la medida cautelar el solicitante debe poner en el conocimiento del Juez la existencia de este requisito y de que su pretensión tiene los elementos necesarios como para ser declarada fundada su demanda y por ende quiere que en ese momento anterior a su decisión se adelanten los efectos de la misma, en la ejecución provisional desaparece éste requisito pues existe una certeza del derecho al existir una sentencia estimativa que recoge la pretensión propuesta en la demanda, es decir ampara el pedido del accionante.

Para nosotros, debe entenderse ésta figura, como una herramienta de naturaleza excepcional, destinada a ser utilizada solamente frente a situaciones en las que se requiere la ejecución inmediata por parte del aparato judicial, intervención sin la cual tornaría en ilusorio el cumplimiento de una resolución judicial que ampara su derecho y en obsoleto el proceso como medio para la

¹⁵⁹ MARTIN Delgado, Isaac. “La naturaleza jurídica de la Ejecución provisional.” En: UNED Boletín de la Facultad de Derecho. Numero 28, 2006. Pág. 93.

¹⁶⁰ MARTIN Delgado. Ob Cit. Pág. 94.

consecución de la búsqueda de una paz en justicia social. Y, principalmente porque a través de ella podremos cumplir con la finalidad tan urgida en sede jurisdiccional del cumplimiento de las decisiones judiciales, el impedimento de los medios impugnatorios como una forma de dilación de los procesos y finalmente la predictibilidad de las resoluciones judiciales, ya que solamente han de ejecutarse aquellas sentencias de condena, que tenga un suficiente respaldo en la jurisprudencia reiterada de nuestra corte, lo que permitirá dar un mayor respaldo a los magistrados que la puedan conceder.

De lo señalado como planteamiento general Arguello¹⁶¹ concluye: A) La institución de la Ejecución Provisional no es extraña al derecho positivo; B) El órgano jurisdiccional puede dotar de eficacia ejecutiva a una sentencia que no tenga carácter de firme, por estar pendiente alguno de los recursos legales, con las debidas garantías, sin perjuicio que se pueda revocar o que adquiera carácter de definitivamente firme, por haberse desestimado o estimado el recurso interpuesto y C) Que la institución de la Ejecución provisional está ligada a una política procesal que pueda tomarse con respecto de las decisiones pronunciadas por los Tribunales y con respecto a los medios impugnativos, que por supuesto deberá ser regulada de acuerdo a cada sistema legal, teniendo en cuenta la aceptación y reconocimiento en normas constitucionales de la Tutela Judicial efectiva como centro de la eficacia del proceso considerado como medio para alcanzar la justicia.

EFFECTOS

Reducción de los recursos injustificados.

Conforme lo señala De la Oliva¹⁶², refiriéndose a la ejecución provisional, "Considero altamente probable que son muy positivos los efectos colaterales de la innovación radical proyectada, como puede ser principalmente, la disminución de los recursos con el ánimo exclusivamente dilatorio."

Al respecto Francisco Ramos¹⁶³, ha señalado que existen hasta tres teorías que tratan de desarrollar los efectos de la ejecución provisional sobre los recursos injustificados

Teoría de la insolvencia

Una primera, llamada de la insolvencia o del *periculum in mora*, la cual postula que la ejecución provisional reduce los recursos injustificados por que el demandado condenado, aunque sabe que no tiene razón, sin ejecución provisional busca el recurso para ganar tiempo a fin de poder colocar sus bienes en buen recaudo, hecho que es impedido ante la ejecución provisional. Sin ella, el demandado interpone su medio impugnatorio y, mientras este se va

¹⁶¹ ARGUELLO Landaeta, Israel "Ejecución Provisional versus Ejecución Definitiva o Forzosa - <http://pergamo.pucp.edu.pe/derechoprocesal/files/derechoprocesal/Ejecucion_Provisional_versus_Ejecucion_Definitiva_o_Forzosa_-_Israel_Arguello.pdf>Consulta: 08 de octubre 2009.

¹⁶² DE LA OLIVA Santos, Andrés (1999): "El proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, de 30 de octubre de 1998, y la protección del crédito: ejecución provisional y proceso monitorio", Diario La Ley, Tomo 2, Ref D-57.

¹⁶³ RAMOS Romeau, Francisco: (2006): "¿Reduce realmente la ejecución provisional la interposición de recursos injustificados?". Indret. Revista para el análisis del derecho. Barcelona octubre 2006. Pág. 6-7.

tramitando, procede a desaparecer su patrimonio, de tal forma que cuando se quiere ejecutar la sentencia definitiva ya no existe bienes a nombre del ejecutado. Es en este escenario que la ejecución provisional incide evitando que el demandado condenado tenga la posibilidad de volverse insolvente, pues habiendo perdido una motivación fundamental para recurrir, el demandado desiste de hacerlo.

Es interesante traer a colación un fallo del Tribunal Constitucional de España Número 105 de 1997, que establece: “La denominada ejecución provisional presenta una serie de particularidades cuya finalidad consiste tanto en evitar recursos meramente dilatorios de la parte condenada como dotar de eficacia inmediata a la resolución (...) Actúa, por tanto, como mecanismo compensador de la desigual posición material existente entre las partes en el contexto de un proceso como el laboral, dirigido precisamente a garantizar la igualdad efectiva y no meramente formal de aquéllas y en que prima esencialmente la resolución de instancia y la apariencia de certidumbre creada por ellas”.

Teoría de la Rentabilidad.

La segunda teoría a la que se refiere Ramos, es la llamada teoría de la rentabilidad, la cual considera que la ejecución provisional reduce los recursos injustificatorios porque, sin ejecución provisional, el demandado puede obtener la rentabilidad de tener el dinero por sus propias manos durante el recurso, que le compensa por el hecho de que deberá abonar intereses cuando se dicte sentencia definitiva, además de asumir otros gastos procesales, lo que no puede hacer cuando se existe la ejecución provisional. Sin ejecución provisional, señala, el demandado interpone el recurso en razón que mientras esta se tramita, puede seguir disfrutando del principal de la condena y apropiarse de su rentabilidad. En ese escenario la ejecución provisional hace que, al tener que hacer frente a la condena de instancia, el demandado no puede tener el dinero en sus manos y no pueda obtener esa rentabilidad que le reporta el recurso, por lo que se desiste de interponerlo.

Teoría de la acomodación.

Finalmente, la tercera teoría llamada de la acomodación, parte de que el tribunal que conoce del recurso, en comparación con un escenario en que no existe ejecución provisional, se mostrará mucho menos proclive a revocar la sentencia de instancia cuando ésta ya se ha ejecutado provisionalmente, por los gastos extras en que incurriría la Administración de Justicia para revocar la ejecución provisional y la posible responsabilidad personal del juez y del Estado por los daños que se hubieran causado al condenado injustificadamente. En tal sentido, cuando el demandado condenado sabe que la sentencia será ejecutada provisionalmente y que existe la probabilidad de que prospere el recurso cuando se lleva a cabo dicha ejecución es escasa, desiste de interponer el recurso por los costos que ello conlleva.

Fundamentación Jurídica

La posibilidad de la actuación de la sentencia impugnada tiene diversos fundamentos jurídicos a nivel nacional y supranacional, así tenemos:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, consagra en el artículo 8° que “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

La existencia de un recurso efectivo no solamente constituye el hecho de que exista en el ordenamiento legal un proceso determinado que garantice un derecho, sino que esta sea realmente efectiva para su protección, no basta con la expedición de una resolución que la garantice sino que exista un mecanismo adecuado que la efectivice.

Como lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-9/87, “(...) el artículo 25.1 de la Convención es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, como procedimiento sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales. Establece este artículo, igualmente, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley (párrafo 23)”. Asimismo se señala que: “los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25°), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (**Casos Velásquez Rodríguez, Fairén Garbi y Solís Corrales y Godínez Cruz, Excepciones Preliminares**, sentencias del 26 de junio de 1987, párrs. 90, 90 y 92, respectivamente)”.

II. MARCO CONSTITUCIONAL DE LA EJECUCIÓN ANTICIPADA DE LA SENTENCIA CIVIL

La ejecución provisional de la sentencia impugnada tiene fundamento constitucional, en la llamada efectividad de la tutela jurisdiccional y en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, por lo que corresponde a los jueces ejecutar y hacer ejecutar sus decisiones

1. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EJECUCIÓN ANTICIPADA

a) Derecho a la ejecución de la sentencia.

Para Meneses¹⁶⁴, “La ejecución de las sentencias constituye un capítulo importante dentro de la garantía fundamental de tutela judicial efectiva, pues

¹⁶⁴ MENESES Pacheco, Claudio. (2009): “La ejecución provisional en el proceso civil chileno” En: Revista Chilena de Derecho. Vol. 36 N°1, p. 23. (pp21-50)

por su intermedio los justiciables pueden obtener una concreta satisfacción de los derechos reclamados en juicio.

Es por ello que en la ciencia procesal se alude al “derecho a la ejecución de la sentencia”, que no es más que aquella dimensión de la tutela jurisdiccional encaminada a obtener que la prestación establecida en una sentencia condenatoria sea en la práctica cumplida, en el menor tiempo posible, y de preferencia en naturaleza y no por equivalencia, para así colmar en términos reales las expectativas de la parte vencedora.”.

En tal sentido, la RTC N.º 00579-2008-AA seguidos por César Augusto Becerra Leyva, el Tribunal Constitucional señaló: “La Constitución establece en su artículo 139º los principios y derechos de la función jurisdiccional, consagrando en el inciso 3) la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Dentro de los derechos que formal parte del genérico derecho a la tutela procesal efectiva se encuentra el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes a las que les alcanza además la garantía político-jurídica de la cosa juzgada. Así una cosa es el derecho a la ejecución de las sentencias y otra distinta la garantía de la cosa juzgada que tiene, entre sus consecuencias prácticas: a) la inmutabilidad de las decisiones judiciales firmes; b) la imposibilidad de revivir procesos ya decididos por los órganos judiciales; c) la exigencia de cumplimiento de lo resuelto en forma definitiva; d) la prohibición de que las autoridades judiciales o cualquier poder externo al Poder Judicial pueda interferir o retardar la ejecución de lo resuelto de manera definitiva por el poder jurisdiccional de los jueces. En tal sentido, el segundo párrafo del inciso 2) del referido artículo hace referencia también a tal derecho al establecer como ya ha quedado precisado, la prohibición de que los poderes públicos puedan, “(...) dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada (...) ni retardar su ejecución.”

Por su parte el Código Procesal Constitucional también consagra el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales como manifestación del derecho a la tutela procesal efectiva cuando en el tercer párrafo de su artículo 4º prescribe que “se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respeten, de modo enunciativo su[s] derechos a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales (...)”.

El derecho a la ejecución de resoluciones ha sido comprendido por este Colegiado como parte inseparable de la exigencia de efectividad de la tutela judicial. En efecto, en la Sentencia 0015-2001-AI, 0016-2001-AI y 004-2002-AI este Colegiado ha dejado establecido que “[e]l derecho a la ejecución de resoluciones judiciales no es sino una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional, y que no se agota allí, ya que, por su propio carácter, tiene una vis expansiva que se refleja en otros derechos constitucionales de orden procesal (..). El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido.” [Fundamento jurídico 11º]. En esta

misma línea de razonamiento hemos precisado en otra sentencia que, “la tutela jurisdiccional que no es efectiva no es tutela”, reiterando la íntima vinculación entre tutela y ejecución al establecer que, “el derecho al cumplimiento efectivo y, en sus propios términos, de aquello que ha sido decidido en el proceso, forma parte inescindible del derecho a la tutela jurisdiccional a que se refiere el artículo 139.3 de la Constitución” (STC 4119-2005-AA/TC FJ. 64). (FJ 15-16)”

b) Perspectiva constitucional de la ejecución provisional de la sentencia

La posibilidad de que la sentencia sea ejecutada en forma inmediata tiene su fundamento constitucional en el artículo 139º inciso 3 de la Carta Política nacional¹⁶⁵, referido a la tutela jurisdiccional efectiva entendida esta no solo como el acceso a la protección jurisdiccional, sino además a una calidad óptima de ésta, así como la plena ejecución de las decisiones que este realiza.

Al respecto nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que *“la protección mencionada se concreta en el derecho que corresponde a todo ciudadano, de que las resoluciones judiciales sean ejecutadas o alcancen su plena eficacia en los propios términos en que fueron dictadas, esto es, respetando la firmeza e intangibilidad de las situaciones jurídicas allí declaradas. Ello, obviamente, sin perjuicio de que sea posible su modificación o revisión, a través de los causes ordinarios legalmente previstos...”* (Exp. N° 1279-2003-HC/TC).

Lo que implica que toda resolución emitida por el órgano competente a fin de que alcancen plena eficacia deben ser cumplidas en sus propios términos y esta plena eficacia se alcanza cuando se hace efectiva la misma sin mayor dilación de tiempo, porque de nada serviría el contar con una resolución que no va adquirir eficacia oportuna lo que es consustancial a la tutela judicial.

En ese sentido, la actuación de la sentencia impugnada tiene sustento normativo suficiente y permite que se actúe de manera inmediata lo ordenado por el Juez con la finalidad de hacer efectiva lo resulto por este y de esta manera lograr la Paz con Justicia social que pregonan nuestra normatividad Procesal, así mismo que nuestro sistema judicial se vuelva predecible y por ende hacer palpable la tutela jurisdiccional efectiva

Al respecto para Caballol¹⁶⁶ “El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, desde la perspectiva del concreto interés debatido en el juicio, actúa como fundamento y límite de la ejecución provisional. Se han de evitar todas aquellas situaciones que puedan dar lugar a la indefensión de la parte ejecutada. En la ejecución esta existencia se produce en el deber de ceñirse al contenido del título ejecutivo (...), y en la ejecución provisional en el deber de garantizar, además, que la tutela que se otorgue de manera definitiva en ese proceso no vea frustrada su efectividad por causa de una actuación procesal previa. De

¹⁶⁵ Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia

Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...)

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. ...

¹⁶⁶ Caballol Ob. Cit. Pág. 70-71.

ahí, con base a ella no queda amparada la causación de un perjuicio irreparable. La irreparabilidad del perjuicio causado con élla (sic) determinará la indefensión de una de las partes del proceso que es la consecuencia que pretende evitar esencialmente...”

Del mismo modo Diez Picazo¹⁶⁷ haciendo referencia a una decisión del Tribunal Constitucional Español, precisa que: “El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no comprende solamente el derecho a una resolución sobre el fondo de la pretensión formulada, sino que comprende igualmente el derecho a que, si dicha resolución es dictada, la misma, llegado el caso, sea ejecutada. Como viene a señalar el TC, la ausencia de tutela jurisdiccional ejecutiva haría que la tutela jurisdiccional declarativa se convirtiera en una mera *declaración de intenciones* (STC 32/1982, f.j. 2, entre otras muchas). Por eso, la ley no puede negar arbitrariamente la ejecutabilidad de los pronunciamientos de condena. El derecho a la tutela judicial efectiva impone, como sucede en general con todos los contenidos del mismo, un test de razonabilidad de las normas procesales, en este caso de las normas legales reguladoras del proceso de ejecución, en virtud del cual resultan inadmisibles aquellas normas que imponen requisitos desproporcionados o límites arbitrarios y carentes de fundamento a la ejecución de los pronunciamientos jurisdiccionales firmes de condena.”

Si bien, la norma constitucional garantiza este derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, y una manifestación de la misma es la posibilidad de ejecutar la sentencia en sus propios términos y sin dilaciones en el tiempo, se requiere además de un mecanismo legal que permita llevar a cabo esta ejecución de una sentencia, máxime si esta ha sido materia de un recurso impugnatorio que lo que busca es la dilación de los efectos de la misma. Es allí como señala el autor, que debe existir mecanismo legales que la regulen, pero que esta deba ser también objeto de valoración por parte del juez en caso de que se le solicite la misma, además que en principio procederá únicamente contra las sentencia de condena.

El Código Procesal Constitucional ha regulado en su artículo 22^o la figura bajo estudio, bajo la sumilla actuación de sentencias: “*La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda. Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad.*

La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata. Para su cumplimiento, y de acuerdo al contenido específico del mandato y de la magnitud del agravio constitucional, el Juez podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas e incluso disponer la destitución del responsable. Cualquiera de estas medidas coercitivas debe ser incorporada como apercibimiento en la sentencia, sin perjuicio de que, de oficio o a pedido de parte, las mismas puedan ser modificadas durante la fase de ejecución.”

¹⁶⁷ DIEZ PICAZO y otros (2002): Ob Cit.. Pág. 361-362

La exposición de motivos en torno al artículo antes mencionado, establece que: “Uno de los temas más acuciantes del proceso moderno, está dado por la tendencia a lograr que las decisiones judiciales se cumplan en sus propios términos, esto es, que contrariando tradiciones seculares, no se permita que la actuación de una sentencia se sustituya por su valor patrimonial, cuyo pago viene a ser una suerte de equivalente monetario de la decisión ordenada. Si esto es injusto en el derecho privado, es de entender lo pernicioso que puede significar que el agravio a derechos constitucionales se resuelva con criterios de resarcimiento metálico. A tal efecto, y a tono con las tendencias actuales, se ha incorporado a la ejecución de sentencias instrumentos procesales que permitan una exigencia de cumplimiento del decisorio en sus propios términos. En este ámbito, el uso de medidas coercitivas y otros institutos similares –vigentes en sistemas en donde la Constitución y la actuación de las sentencias constituye un valor trascendente de la sociedad- son medios óptimos de conseguir el fin deseado:”

Mediante esta figura se pretende evitar la utilización fraudulenta del sistema de recursos, es decir, que la parte vencida por una resolución no la impugne con el mero propósito de servirse del efecto suspensivo del recurso, con la finalidad dilatar en el tiempo el cumplimiento de la resolución judicial y por ende evitar la satisfacción del derecho reconocido judicialmente y por ende la tutela jurisdiccional efectiva.

En tal sentido el objeto es garantizar la eficacia de la resolución judicial expedida en primer grado, evitando de esta manera que la parte vencida considere que el único camino para dilatar del cumplimiento de lo resuelto por el juez sea interponer los medios impugnatorios que le faculta la norma procesal, es decir utilizar la granita propia del proceso para conseguir un perjuicio para la parte vencedora.

Más, como podemos garantizar esa función preventiva? Si bien, el hecho de actuar la sentencia se considera que rompe con uno de los elementos esenciales de la apelación, es decir, la suspensión de sus efectos, ello no implica que se deje de impugnar por el hecho de la existencia de esta institución en el ordenamiento, toda vez que en la legislación comparada existe la posibilidad que aun frente al mandato de actuación de la sentencia apelada, haya la posibilidad de impugnarlo, entonces de que función preventiva estamos hablando.?

Consideramos que esta situación se daría siempre y cuando frente a la apelación formulada y esta resultare improcedente, se aplicara un tipo de sanción económica a la parte que apeló, sea por la facultad que le otorga la ley o por el animo de dilatar los efectos de la recurrida y por ende de perjudicar a la parte vencedora, en tal sentido deberá establecer el juez dicha situación.

Finalmente, conforme lo señala Meneses¹⁶⁸: “(...)nos parece que la perspectiva de la ejecución provisional de la sentencia pertenece al campo de las opciones político-procesales, y no al de las exigencias constitucionales de

¹⁶⁸ MENESES Pacheco,. (2009): “La ejecución provisional en el proceso civil chileno” Ob. Cit. p. 24.

tutela efectiva. Estimamos que la vinculación entre estos conceptos exige dar una mirada global al problema del enjuiciamiento de primera instancia, para incluir dentro de este la temática de la ejecución inmediata. Como volveremos a decir, pensamos que la ejecución provisional se presenta como un elemento del debido proceso solo en la medida que la decisión del legislador sea potenciar el primer grado jurisdiccional, con las debidas garantías que ello exige.”

PRESUPUESTOS

Existe común acuerdo en la doctrina respecto de los requisitos para conceder la ejecución provisional de la sentencia, en la sentido se señala que este tendrá lugar cuando se cumplan tres requisitos: 1) petición de parte, 2) prestación de caución suficiente para poder responder de los eventuales daños de que ella puedan derivarse y finalmente que esos perjuicios no sean en ningún caso de difícil o imposible reparación.

Tomado en cuenta lo señalado por la doctrina y la legislación señalamos aquí los presupuestos que se deben tener en cuenta para conceder este instituto procesal.

a) Sentencias de condena

Solo son susceptibles de ejecución anticipada, las sentencias de condena, es decir aquellas, que contienen de forma principal, un mandato al vencido para que realice una prestación, sea de hacer, no hacer o de dar, y en este último caso, de entregar cosas genéricas o específicas.

No son ejecutables de manera anticipada las sentencias declarativas ni constitutivas, en el primer caso porque no incluyen al declaración de un deber incumplido ni la de la responsabilidad inherente a la infracción, en el segundo caso porque su firmeza produce plenos efectos jurídicos de modo inmediato, salvo que la sentencia declarativa o constitutiva contenga un pronunciamiento de condena.

b) Competencia

La competencia esta atribuida a los órganos de primera instancia cuando la ejecución de sentencias de condena expedida por éste haya sido confirmado por el órgano superior y ante la inminencia del recurso de casación pueda ante el juez que expidió la decisión apelada demandar su ejecución.

c) Legitimación

La legitimación activa esta dada por la persona que haya obtenido una sentencia de condena a su favor dictada en primera instancia y confirmada por el superior.

La legitimación pasiva corresponde a la persona que aparece en la decisión de condena como la obligada al cumplimiento de la obligación dineraria de dar, de hacer o no hacer.

d) La necesidad de caución

Resulta necesario prestar fianza o caución por parte del solicitante, a fin de que se pueda garantizar los efectos del cumplimiento de una decisión judicial no firme, la misma que no podrá ser mayor al monto materia de condena y siempre que se exista la posibilidad de reversibilidad de la decisión.

Al respecto Silva¹⁶⁹ señala que: “La figura de la caución, en materia de ejecución provisional, tiene proyecciones en distintos aspectos estructurales de la misma. En primer lugar, en lo referente a la necesidad o no que tiene el ejecutante de prestarla, como requisito para proceder a la ejecución provisional de la sentencia. En segundo lugar, como exigencia para el ejecutante que insiste en la ejecución provisional, una vez que ha sido acogida la oposición a la misma por parte del ejecutado. Finalmente, como exigencia para el ejecutado, en caso de pretender la suspensión de la ejecución provisional de cierto tipo de resoluciones.”

Se ha señalado que la similitud entre el proceso urgente (no cautelares) y las medidas cautelares, no se agota en la postergación del contradictorio a etapas anteriores o posteriores a la expedición de la resolución final, sino que además los requisitos de toda medida cautelar es decir la verosimilitud en el derecho invocado, el peligro en la demora y contracautela, son elementos que no necesariamente en su totalidad están, presentes en este tipo de instituciones.

- Que concurren dos de los elementos la verosimilitud en el derecho y peligro en la demora.
- La verosimilitud en el derecho se encuentra plenamente evidenciado, puesto que ya existe una decisión judicial, la cual pese a ser atacada frontalmente por un medio impugnatorio que lo que busca es la suspensión de sus efectos, este se pretende preservar a través de su ejecución.
- Respecto del peligro en la demora debe atenderse a la necesidad de evitar un perjuicio irreparable para el vencedor sin que la posibilidad de ulterior resarcimiento patrimonial sea suficiente para borrar tal condición de irreparabilidad. Es decir que si no se toman las providencias del caso, es decir, no se ejecuta la sentencia inmediatamente habrá una frustración del amparo de sus derechos.

e) Irreversibilidad de la ejecución

La ejecución provisional de la sentencia requiere que no existan situaciones irreversibles o perjuicios de imposible reparación. Por “*situación irreversible*” se entenderá la actuación creada por la ejecución de características tales que no pueda volver al estado o condición anterior a la adopción de medidas ejecutivas mientras que los “*perjuicios de imposible o difícil reparación*” serán aquellos que llevan consigo para la relación de fondo un detrimento de cualquier naturaleza que no se pueda remediar, corregir o subsanar.¹⁷⁰

¹⁶⁹ SILVA Alvarez, (2008): “La ejecución provisional de las sentencias”. Ob. Cit. p. 386.

¹⁷⁰ MARTIN Delgado. Ob. Cit. Pág. 106

Cabe señalar lo manifestado por Martin Delgado¹⁷¹ para quien. “El papel del Juez de la ejecución, aun siendo bastante amplio en cuanto a la discrecionalidad de que goza en ese sentido, debe limitarse a controlar que se cumplan los distintos requisitos para conceder la ejecución provisional solicitada por la parte favorecida por la sentencia. Cumplidos los mismos y ante la ausencia de causas que impidan su concesión, no podrá denegar la ejecución.”

Igualmente y teniendo en cuenta lo señalado por el antes citado autor, este requisito se encuentra muy vinculada a los tipos de sentencia sobre los que recae esta figura, ya que en el caso de las condenas de hacer o no hacer habrá situación de irreversibilidad cuando ante la eventualidad de una sentencia de apelación o casación revocatoria de la decisión judicial recurrida, no pueda volverse a la misma situación en que se encontraba la relación de fondo antes de la ejecución provisional, esto es, no sea posible reponer la cosas a su estado originario. La posibilidad de sustituir tal situación poner su equivalente económico no elimina la irreversibilidad.

¹⁷¹ [Martin Delgado. Ob. Cit. Pág. 101.](#)

En tal sentido, se requiere de la existencia de parámetros normativos bien definidos y claros a fin de que se pueda establecer de manera correcta y precisa en los casos en los cuales esta figura procede por lo que quien la solicita al cumplir los mismos deberá obtener por parte del Juez de la causa la decisión en tal sentido y que en caso sea denegada no existe afectación alguna al derecho a la tutela judicial efectiva, en tal sentido se ha expresado la Sentencia del tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 19 de enero del 2001 (JUR 2001/162125) “es sabido que, a diferencia de lo que sucede con el derecho a la ejecución de las sentencias firmes, que se integra en el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (...) el derecho a la ejecución provisional de la sentencia no es un derecho fundamental comprendido en el artículo 24.1 CE (...), sino que viene establecido, en su caso, por el legislador y se encuentra sometido a ciertos requisitos sobre su procedencia o improcedencia que deben ser valorados por los órganos judiciales”

Por ello, en sede española se habla de un derecho judicial y no constitucional respecto de la pretensión de ejecución provisional de la sentencia impugnada, ello en razón de que como lo hemos señalado existe la obligación pro parte del Juez de conceder la misma si cumple con los requisitos que la norma ha establecido para su otorgamiento además consideramos que en caso de denegarse el mismo, esta decisión no constituye cosa juzgada y nada impediría que pueda nuevamente y luego de cumplir los requisitos solicitarlo nuevamente hasta que se haga efectivo su concesorio.

Montero Aroca expresa que “la efectividad de la tutela judicial no puede desconocer la sentencia, aunque no sea firme, al que no puede privarse de toda eficacia porque contra el mismo se haya preparado un recurso, si bien ese mismo derecho a la efectividad de la tutela judicial ha de impedir la ejecución provisional cuando sea imposible o de extrema dificultad restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o compensar económicamente al ejecutado si la sentencia es revocada.”¹⁷²

En el mismo sentido y a decir de Martín¹⁷³, lo contrario supondría una absoluta indefensión del accionante, tanto frente al Juez, cuya conducta denegatoria de la ejecución provisional por razones injustificadas dejaría a aquel sin protección jurisdiccional ejecutiva, debiendo esperar la resolución definitiva del recurso (con todo lo que ello implica en términos de tiempo y pérdida del disfrute inmediato de la ventaja), como frente al órgano jurisdiccional cuya actividad o inactividad incumplidora de la sentencia quedaría inmune.

¹⁷² MONTERO Aroca. Ob. Cit. Derecho Jurisdiccional II... pág. 542.

¹⁷³ MARTÍN Delgado Ob. Cit. Pág. 101.

PROCEDIMIENTO

Consideramos, que en base a antecedentes legislativos de otras latitudes consideramos, la necesidad de la existencia de una norma en la cual se pueda precisar la actuación de los magistrado en este tipo de situaciones dejando para una debida y correcta aplicación de esta interesante e importante institución procesal, por lo que proponemos como alcances de su aplicación las siguientes consideraciones:

A. SOLICITUD DE PARTE

La puesta en marcha de esta institución dentro del proceso será planteada por la parte vencedora ante el Juez de la causa dentro del mismo plazo que tiene la parte vencida para apelar. Ello concuerda con el primer párrafo del artículo 22º del Código Procesal Constitucional el mismo que señala “*La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el Juez de la demanda...*” es decir que el juez que conoció el proceso y por ende resolvió será el encargado de ejecutar su propia sentencia.

Al respecto GOZAINI señala que “la petición tiene dos motivos esenciales: una solicitar que se resuelva la ejecución inmediata de la sentencia; otra, que se arbitren los medios para despachar la ejecución. La primera es el efecto inmediato, la restante, responde al principio de eventualidad y puede ser contingente, es decir obrar a la espera de los tiempos preclusivos del proceso.”
174

B. LA RESOLUCIÓN

El órgano competente para expedir la resolución que admite actuación de la sentencia impugnada es el Juez que haya dictado la sentencia, pues es quien conserva jurisdicción para actuarla en los mismos términos en que fue expedida.

Cuando nos referimos al Juez de la sentencia debe tenerse en cuenta que también es competente para dictar esta medida el órgano que actúa en segunda instancia, en el caso que esta haya confirmado la sentencia y que esta resolución sea favorable para el vencedor, motivo por el cual en caso de interponerse recurso casatorio, este no impedirá que sea la Sala la que actué lo resuelto a favor del demandante, no originando la suspensión del proceso el hecho de haber interpuesto casación.

El Juez ha de expedir un auto debidamente motivado teniendo en consideración en primer lugar lo resuelto en su sentencia y sobre todo los puntos que fueron materia de apelación por la parte vencida, debiendo además fundamentar su decisión en las reiteradas ejecutorias que sobre la materia propuesta se ha dictado. Así, si el demandado perdedor no funda su recurso impugnatorio en todo el contenido de la sentencia el juez podrá actuarla de manera más eficaz y sin riesgo de irreversibilidad respecto de estos y analizar solamente esta situación frente a los que si fueron materia de conocimiento de grado superior. Por ello deberá precisar si ejecuta de manera parcial o total su

¹⁷⁴ Op. Cit, Pág. 93

sentencia apelada, ello con la finalidad de que la parte vencedora pueda sustentar en su caso la apelación a esta resolución.

Finalmente debe tenerse en consideración que la expedición de este auto se concede *in audita pars* ello para asegurar debidamente los efectos de la sentencia, formándose un cuaderno a parte, con copia de los principales actuados del proceso que señale el juez que resolvió el proceso y elevándose el principal al haberse concedido apelación con efecto suspensivo *relativo*, de la sentencia.

C. PLAZOS

Conforme lo estudiado existe legislaciones que establecen un plazo para solicita al Juez la actuación anticipada de la sentencia. Más hay quienes consideran que esta situación no debe darse toda vez que quien es vencedor tiene la opción de poder solicitar cuando más lo considere conveniente se ejecute la sentencia apelada, quizá por el calculo de probabilidades que tenga y no se llegue a cumplir es decir, que tenga en primer lugar la certeza de que su caso va a ser resuelto prontamente o que puede la parte llegar a cumplir la misma y que llegado el momento esa situación no se realiza, razón por la cual opta luego de un tiempo determinado, por recurrir al Juez para el cumplimiento de lo resuelto por este.

Consideramos que ello no debe ser así y que es necesario se establezca un plazo en el cual la parte pueda solicitar al juez la actuación de la sentencia materia de grado, pues ello nos permite dar determinada seguridad jurídica a las relaciones *interpartes* en el proceso. Así, el Juez podrá tener también la convicción de actuar inmediatamente lo resuelto por él y que no se está a expensas de otras circunstancias que pueden variar el decurso de lo actuado. Entre la sentencia y su actuación debe mediar el menor tiempo posible pues este es el fundamento de esta institución, el darle la herramienta al Juez para que a solicitud del vencedor pueda hacer efectivo lo resuelto en su resolución final y de esta manera lograr que sus decisiones, tengan manifestación en la realidad y no se convierta en meras declaraciones.

D. LOS MEDIOS IMPUGNATORIOS

A fin de no vulnerar la mal llamada garantía de la doble instancia, el cual es solamente una regla, es que se le concede al vencido la posibilidad de apelar la resolución del *A quo* dentro de tercer día de efectivizada la ejecución de la sentencia. La apelación concedida se realiza sin efecto suspensivo y se remite al mismo tribunal que conoce en grado de apelación de la sentencia, ello en el cuaderno que se formará para la actuación de la sentencia impugnada.

El cuadernillo de apelación contendrá además de las copias de lo actuado desde la presentación del escrito que solicita la actuación de la sentencia, la resolución que concede la apelación al vencido, el acto o actos que acrediten la ejecución de la misma.

El apelante deberá señalar en su escrito el perjuicio que pudiera ocasionar o que ocasiona la actuación anticipada de la resolución de grado inferior así como la irreparabilidad del mismo.

E. EFECTOS

El principal efecto del concesorio de la ejecución de la sentencia impugnada es que, se suspende el efecto suspensivo el recurso de apelación, aquel por el cual se el priva al Juez que resolvió la causa apelada, mientras espera que el superior resuelve en grado superior.

Se debe tener presente que conforme lo peticionado por la parte vencedora, se ha de ejecutar la sentencia de manera parcial o total, pues no existe la posibilidad de que solamente haya de ejecutarse lo no apelado, ya que el efecto suspensivo de la apelación ha quedado sin efecto al haberse concedido por el Juez de la demanda esta institución procesal.

CABALLOL señala que *“la inmodificabilidad es una cualidad inherente a la resolución jurisdiccional, que decae a causa de la interposición del recursos. Prueba de que ello es así, es que en la sentencia recurrida sólo son revocables aquellos pronunciamientos directamente impugnados y en la medida en que lo han sido. Esta irrevocabilidad se tutela en nuestro ordenamiento jurídico incluso después de interpuesto el recurso por medios de los principios de congruencia de las sentencias y de non **reformatio in peius**”*.¹⁷⁵

La institución bajo comenario puede importar la actuación de la sentencia en su integridad, o sólo respecto de una parte de ésta y con mayor razón si ese extremo no ha sido materia de medio impugnatorio por la parte vencida.

Del mismo modo deberá tenerse en cuenta el grado de irreparabilidad que pudiera sufrir la parte vencida con la actuación de la sentencia materia de apelación.

¹⁷⁵ Op. Cit. Pág.39.

LEGISLACION COMPARADA

REGULACIÓN DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL EN:

ESPAÑA

Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil de España (7 de enero de 2000).

<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/lec/L3T2.htm>

LEC: Libro III: Título II

La Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil introdujo una gran novedad en la ejecución provisional de las Sentencias —de aquéllas en que es posible dicha ejecución provisional, que ni mucho menos son todas— que en pleitos civiles dictan los Juzgados en Primera Instancia, cuestión que ya existía, en la anterior Ley de 1881: la ausencia del anterior requisito de avalar o afianzar el ejecutante provisional el importe que se le señalara, para garantizar los daños y perjuicios que al ejecutado provisional le hubiera supuesto dicha ejecución, para el caso de que su recurso contra la Sentencia prosperara, con la consecuente revocación, total o parcial, de la Sentencia de Instancia provisionalmente ejecutada.

Normalmente sólo se ejecutan las resoluciones que sean firmes (no susceptibles de recurso o que se hayan resuelto o no se haya puesto recurso en plazo). La ejecución provisional se realiza sobre resoluciones no firmes, que determinen los tipos de bienes que hayan sido objeto de recurso de apelación y se pretenda la ejecución durante su tramitación.

a) *Ámbito de aplicación.*

Son susceptibles de ejecución provisional:

1º) Las resoluciones que hubiesen sido objeto de recurso de apelación admitido en ambos efectos.

2º) Las sentencias o resoluciones que condenen al pago de una cantidad (supone que queden fuera de la posible ejecución provisional las sentencias que sean absolutorias, las declarativas o las constitutivas). Esta cantidad ha de ser líquida o liquidable mediante simples operaciones numéricas.

Según el art. 385ss. LEC únicamente cabrá ejecución provisional cuando el perjuicio que se pueda causar como consecuencia de la ejecución no sea irreparable.

Por contra, se entiende que en ningún caso serán ejecutables provisionalmente aquellas sentencias recaídas en juicio que versen sobre:

- Paternidad.
- Maternidad.
- Filiación.
- Divorcio.
- Capacidad.
- Estado civil.
- Derechos honoríficos.

b) *Régimen para proceder a la ejecución forzosa.*

1º) Mediará petición de la parte apelada, en un plazo de 6 días siguientes a contar desde que se le notifique la providencia admitiendo el recurso de apelación.

2º) Además, deberá prestar fianza o bien aval bancario en cantidad suficiente para responder de lo que perciba como consecuencia de la ejecución provisional y para cubrir posibles daños y perjuicios así como las costas que pudiesen devengarse.

3º) El juez dictará una resolución pronunciándose tanto sobre si concede o no la ejecución provisional como sobre la suficiencia de la garantía ofrecida por el solicitante de la ejecución.

c) Efectos.

Hay que distinguir entre los efectos propios originados por la mera petición de ejecución provisional de los originados por la estimación de la misma.

En cuanto a los efectos de la petición de ejecución provisional, a partir del momento en que el apelado solicite le ejecución provisional se paraliza la tramitación del recurso de apelación, de modo que no se emplaza por el momento a las partes para que comparezcan ante la Audiencia ni, lógicamente, se tramitan las actuaciones al órgano superior para que resuelva.

Referente a los efectos propios de la estimación de la petición de ejecución provisional, si el juez de la primera instancia acuerda proceder a la ejecución provisional solicitada, exigirá testimonio de todo lo preciso relativo al juicio necesario para poder proceder a la ejecución. Una vez realizado, se envían a la Audiencia los originales para que resuelva el recurso de apelación, mientras que el juzgado de origen ejecutará provisionalmente la sentencia dictada.

Si en el recurso se le da la razón al apelado se le devuelve la fianza. Si el recurso es favorable a la parte contraria que no prestó fianza, se le otorgará el derecho a los daños y perjuicios ocasionados por la ejecución provisional mediante la garantía que prestó la parte desestimada.

Con carácter general, los recursos de apelación en lo civil se admiten en ambos efectos. Hay casos, sin embargo, en los que se admiten en un sólo efecto (efecto devolutivo), sin que se suspenda la ejecución de la sentencia.

Son los siguientes:

1º) Aquellos recurso en cuya sentencia se conceda alimentos provisionales (art. 1615º LEC).

2º) Aquellos en cuya sentencia se estime un interdicto de retener y recobrar la posesión (art. 1659º LEC).

3º) Aquellos recursos en cuya resolución se notifique una suspensión de obra nueva (art. 1663º LEC).

4º) Aquellos recursos en cuya resolución se acuerde tomar medidas precautorias en obra ruinosas.

B) EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS.

Partimos sobre la base de que las sentencias extranjeras sólo tienen eficacia en España si previamente son objeto de reconocimiento por los órganos jurisdiccionales españoles, reconocimiento que se obtiene por el llamado juicio de reconocimiento o exequatur, cuya finalidad es determinar previo análisis si una sentencia extranjera puede ser considerada como nacional. Se trata de procesos declarativos especiales.

a) Régimen jurídico.

1º) Los tratados internacionales: artículos 951º a 958º LEC. Las sentencias firmes pronunciadas en el extranjero tendrán en España la fuerza que establezcan los tratados internacionales respectivos.

2º) Principio de reciprocidad: subsidiariamente a los tratados internacionales, las sentencias extranjeras tendrán en España la misma fuerza que a las españolas se les reconozca en ese país. Si se tratare de sentencia dictada en un lugar donde su jurisprudencia no da validez a las sentencias españolas, aquellas tampoco tendrán eficacia en nuestro país.

3º) El artículo 954º LEC establece los requisitos para que una sentencia extranjera sea susceptible de ejecución en España:

- a) Que la ejecutoria haya sido dictada en el ejercicio de una acción personal.
- b) Que no se haya dictado en rebeldía.
- c) Que la obligación que contenga sea lícita en España.
- d) Que el documento en el que se contenga la sentencia reúna los requisitos exigidos en España de hacer fe y los requisitos exigidos en su país de origen para considerarla auténtico.

Competencia para conocer de estas sentencias la tiene la Sala 1ª del TS. Las partes son: el demandante que solicita el reconocimiento de la sentencia; el demandado contra el que se solicita tal reconocimiento.

La postulación procesal es forzosa, refiriéndose tanto a abogado como a procurador.

b) Procedimiento.

Comienza siempre con la presentación de demanda ordinaria en la que se solicita el reconocimiento de una sentencia extranjera. A esta demanda se ha de acompañar necesariamente los requisitos siguientes:

- Identificación de los que apoyen la pretensión.
- Documento que contenga la sentencia extranjera y su traducción por la Oficina de Interpretación de Lenguas del MAE.

Una vez presentada la demanda, la Sala admite a trámite en su caso, y a continuación traslada la misma al demandado, a través de la Audiencia de su domicilio, y al fiscal. Una vez cumplimentado todo este traslado, sin más trámite se dicta auto irrecurrible que puede denegar el reconocimiento u otorgar el mismo. En este sentido, si se deniega, la Sala devuelve el documento que contiene la sentencia al demandante que si pretende llevarlo a efecto deberá iniciar, ya sí, un procedimiento ordinario y total en España.

Si, por contra, se otorga el reconocimiento se pasaría directamente a la ejecución de la sentencia extranjera. Se comunicará a la Audiencia Provincial respectiva para que ordene al juez de 1ª Instancia del partido, bien del domicilio del condenado o bien del lugar donde haya de ejecutarse, para que se ejecute su contenido por los trámites de la ejecución de bienes, establecido en los artículos 919 y siguientes de la LEC.

Una vez otorgado el reconocimiento de la sentencia extranjera a efectos de ejecución produce los mismos efectos que una sentencia española.

De la ejecución provisional de resoluciones judiciales

CAPÍTULO I

De la ejecución provisional: disposiciones generales

Artículo 524. *Ejecución provisional: demanda y contenido.*

1. La ejecución provisional se solicitará por demanda, según lo dispuesto en el artículo 549 de la presente Ley.
2. La ejecución provisional de sentencias de condena, que no sean firmes, se despachará y llevará a cabo, del mismo modo que la ejecución ordinaria, por el tribunal competente para la primera instancia.
3. En la ejecución provisional de las sentencias de condena, las partes dispondrán de los mismos derechos y facultades procesales que en la ordinaria.
4. Mientras no sean firmes, o aun siéndolo, no hayan transcurrido los plazos indicados por esta Ley para ejercitar la acción de rescisión de la sentencia dictada en rebeldía, sólo procederá la anotación preventiva de las sentencias que dispongan o permitan la inscripción o la cancelación de asientos en Registros públicos.
5. La ejecución provisional de las sentencias en las que se tutelen derechos fundamentales tendrán carácter preferente

Artículo 525. *Sentencias no provisionalmente ejecutables.*

1. No serán en ningún caso susceptibles de ejecución provisional:

1.º Las sentencias dictadas en los procesos sobre paternidad, maternidad, filiación, nulidad de matrimonio, separación y divorcio, capacidad y estado civil y derechos honoríficos, salvo los pronunciamientos que regulen las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso.

2.º Las sentencias que condenen a emitir una declaración de voluntad.

3.º Las sentencias que declaren la nulidad o caducidad de títulos de propiedad industrial.

2. Tampoco procederá la ejecución provisional de las sentencias extranjeras no firmes, salvo que expresamente se disponga lo contrario en los Tratados internacionales vigentes en España.

3. No procederá la ejecución provisional de los pronunciamientos de carácter indemnizatorio de las sentencias que declaren la vulneración de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

[El apartado 3 de este artículo ha sido añadido por la DA 12 de la **Ley Orgánica 19/2003**, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 309, de 26-12-2003, pp. 46025-46096).]

CAPÍTULO II

De la ejecución provisional de sentencias de condena dictadas en primera instancia

SECCIÓN 1.ª DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL Y DE LA OPOSICIÓN A ELLA

Artículo 526. Ejecución provisional de las sentencias de condena en primera instancia. Legitimación.

Salvo en los casos a que se refiere el artículo anterior, quien haya obtenido un pronunciamiento a su favor en sentencia de condena dictada en primera instancia podrá, sin simultánea prestación de caución, pedir y obtener su ejecución provisional conforme a lo previsto en los artículos siguientes.

Artículo 527. Solicitud de ejecución provisional, despacho de ésta y recursos.

1. La ejecución provisional podrá pedirse en cualquier momento desde la notificación de la providencia en que se tenga por preparado el recurso de apelación o, en su caso, desde el traslado a la parte apelante del escrito del apelado adhiriéndose al recurso, y siempre antes de que haya recaído sentencia en éste.

2. Cuando se solicite la ejecución provisional después de haberse remitido los autos al tribunal competente para resolver la apelación, el solicitante deberá obtener previamente de éste testimonio de lo que sea necesario para la ejecución y acompañar dicho testimonio a la solicitud.

Si la ejecución provisional se hubiere solicitado antes de la remisión de los autos a que se refiere el párrafo anterior, el mismo tribunal de primera instancia expedirá el testimonio antes de hacer la remisión.

3. Solicitada la ejecución provisional, el tribunal la despachará salvo que se tratase de sentencia comprendida en el artículo 525 o que no contuviere pronunciamiento de condena en favor del solicitante.

4. Contra el auto que deniegue la ejecución provisional se dará recurso de apelación, que se tramitará y resolverá con carácter preferente. Contra el auto que despache la ejecución provisional no se dará recurso alguno, sin perjuicio de la oposición que pueda formular el ejecutado conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.

Artículo 528. Oposición a la ejecución provisional y a actuaciones ejecutivas concretas.

1. El ejecutado sólo podrá oponerse a la ejecución provisional una vez que ésta haya sido despachada.

2. La oposición a la ejecución provisional únicamente podrá fundarse en las siguientes causas:

1.ª En todo caso, haberse despachado la ejecución provisional con infracción del artículo anterior.

2.ª Si la sentencia fuese de condena no dineraria, resultar imposible o de extrema dificultad, atendida la naturaleza de las actuaciones ejecutivas, restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o compensar económicamente al ejecutado mediante el resarcimiento de los daños y perjuicios que se le causaren, si aquella sentencia fuese revocada.

3. Si la sentencia fuese de condena dineraria, el ejecutado no podrá oponerse a la ejecución provisional, sino únicamente a actuaciones ejecutivas concretas del procedimiento de apremio, cuando entienda que dichas actuaciones causarían una situación absolutamente imposible de restaurar o de compensar económicamente mediante el resarcimiento de daños y perjuicios.

Al formular esta oposición a medidas ejecutivas concretas, el ejecutado habrá de indicar otras medidas o actuaciones ejecutivas que sean posibles y no provoquen situaciones similares a las que causaría, a su juicio, la actuación o medida a la que se opone, así como ofrecer caución suficiente para responder de la demora en la ejecución, si las medidas alternativas no fuesen aceptadas por el tribunal y el pronunciamiento de condena dineraria resultare posteriormente confirmado.

Si el ejecutado no indicara medidas alternativas ni ofreciese prestar caución suficiente, no procederá en ningún caso la oposición a la ejecución y así se dispondrá de inmediato, sin recurso alguno.

Artículo 529. Sustanciación de la oposición a la ejecución provisional o a actuaciones ejecutivas concretas.

1. El escrito de oposición a la ejecución provisional habrá de presentarse al tribunal de la ejecución dentro de los cinco días siguientes al de la notificación de la resolución que acuerde el despacho de ejecución o las actuaciones concretas a que se oponga.

2. Del escrito de oposición a la ejecución y de los documentos que se acompañen se dará traslado al ejecutante y a quienes estuvieren personados en la ejecución provisional, para que manifiesten y acrediten, en el plazo de cinco días, lo que consideren conveniente.

3. Si se tratase de ejecución provisional de sentencia de condena no dineraria y se hubiere alegado la causa segunda del apartado 2 del artículo 528, de oposición a la ejecución provisional, el que la hubiere solicitado, además de impugnar cuanto se haya alegado de contrario, podrá ofrecer caución suficiente para garantizar que, en caso de revocarse la sentencia, se restaurará la situación anterior o, de ser esto imposible, se resarcirán los daños y perjuicios causados.

La caución podrá constituirse en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate

Artículo 530. Decisión sobre la oposición a la ejecución provisional y a medidas ejecutivas concretas. Irrecorribilidad.

1. Cuando se estime la oposición fundada en la causa primera del apartado 2 del artículo 528, la oposición a la ejecución provisional se resolverá mediante auto en el que se declarará no haber lugar a que prosiga dicha ejecución provisional, alzándose los embargos y trabas y las medidas de garantía que pudieran haberse adoptado.

2. Si la oposición se hubiese formulado en caso de ejecución provisional de condena no dineraria, cuando el tribunal estimare que, de revocarse posteriormente la condena, sería imposible o extremadamente difícil restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o garantizar el resarcimiento mediante la caución que el solicitante se mostrase dispuesto a prestar, dictará auto dejando en suspenso la ejecución, pero subsistirán los embargos y las medidas de garantía adoptadas y se adoptarán las que procedieren, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 700.

3. Cuando, siendo dineraria la condena, la oposición se hubiere formulado respecto de actividades ejecutivas concretas, se estimará dicha oposición si el tribunal considerara posibles y de eficacia similar las actuaciones o medidas alternativas indicadas por el provisionalmente

ejecutado o si, habiendo éste ofrecido caución que se crea suficiente para responder de la demora en la ejecución, el tribunal apreciará que concurre en el caso una absoluta imposibilidad de restaurar la situación anterior a la ejecución o de compensar económicamente al ejecutado provisionalmente mediante ulterior resarcimiento de daños y perjuicios, en caso de ser revocada la condena.

La estimación de esta oposición únicamente determinará que se deniegue la realización de la concreta actividad ejecutiva objeto de aquélla, prosiguiendo el procedimiento de apremio según lo previsto en la presente Ley.

4. Contra el auto que decida sobre la oposición a la ejecución provisional o a medidas ejecutivas concretas no cabrá recurso alguno.

Artículo 531. Suspensión de la ejecución provisional en caso de condenas dinerarias.

Se suspenderá la ejecución provisional de pronunciamientos de condena al pago de cantidades de dinero líquidas cuando el ejecutado pusiere a disposición del

Juzgado, para su entrega al ejecutante, sin perjuicio de lo dispuesto en la sección siguiente, la cantidad a la que hubiere sido condenado, más los intereses correspondientes y las costas que se hubieren producido hasta ese momento. Liquidados aquéllos y tasadas éstas se decidirá sobre la continuación o el archivo de la ejecución.

SECCIÓN 2.^a DE LA REVOCACIÓN O CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA PROVISIONALMENTE EJECUTADA

Artículo 532. Confirmación de la resolución provisionalmente ejecutada.

Si se dictase sentencia que confirme los pronunciamientos provisionalmente ejecutados, la ejecución continuará si aún no hubiera terminado, salvo desistimiento expreso del ejecutante.

Si la sentencia confirmatoria no fuera susceptible de recurso o no se recurriera, la ejecución, salvo desistimiento, seguirá adelante como definitiva.

Artículo 533. Revocación de condenas al pago de cantidad de dinero.

1. Si el pronunciamiento provisionalmente ejecutado fuere de condena al pago de dinero y se revocara totalmente, se sobreseerá la ejecución provisional y el ejecutante deberá devolver la cantidad que, en su caso, hubiere percibido, reintegrar al ejecutado las costas de la ejecución provisional que éste hubiere satisfecho y resarcirle de los daños y perjuicios que dicha ejecución le hubiere ocasionado.

2. Si la revocación de la sentencia fuese parcial, sólo se devolverá la diferencia entre la cantidad percibida por el ejecutante y la que resulte de la confirmación parcial, con el incremento que resulte de aplicar a dicha diferencia, anualmente, desde el momento de la percepción, el tipo del interés legal del dinero.

3. Si la sentencia revocatoria no fuera firme, la percepción de las cantidades e incrementos previstos en los apartados anteriores de este artículo, podrá pretenderse por vía de apremio ante el tribunal que hubiere sustanciado la ejecución provisional. La liquidación de los daños y perjuicios se hará según lo dispuesto en los artículos 7 12 y siguientes de esta Ley.

El obligado a devolver, reintegrar e indemnizar podrá oponerse a actuaciones concretas de apremio, en los términos del apartado 3 del artículo 528.

Artículo 534. Revocación en casos de condenas no dinerarias.

1. Si la resolución provisionalmente ejecutada que se revocase hubiere condenado a la entrega de un bien determinado, se restituirá éste al ejecutado, en el concepto en que lo hubiere tenido, más las rentas, frutos o productos, o el valor pecuniario de la utilización del bien.

Si la restitución fuese imposible, de hecho o de derecho, el ejecutado podrá pedir que se le indemnicen los daños y perjuicios, que se liquidarán por el procedimiento establecido en los artículos 712 y siguientes.

2. Si se revocara una resolución que contuviese condena a hacer y éste hubiese sido realizado, se podrá pedir que se deshaga lo hecho y que se indemnicen los daños y perjuicios causados.

3. Para la restitución de la cosa, la destrucción de lo mal hecho o la exacción de daños y perjuicios, previstas en los apartados anteriores, procederá, en caso de que la sentencia revocatoria no sea firme, la vía de ejecución ante el tribunal competente para la provisional.

4. En los casos previstos en los apartados anteriores, el obligado a restituir, deshacer o indemnizar podrá oponerse, dentro de la vía de ejecución, con arreglo a lo previsto en el artículo 528 de esta Ley.

CAPÍTULO III

De la ejecución provisional de sentencias de condena dictadas en segunda instancia

Artículo 535. Ejecución provisional de sentencias dictadas en segunda instancia.

1. La ejecución provisional de sentencias dictadas en segunda instancia, que no sean firmes, así como la oposición a dicha ejecución, se regirán por lo dispuesto en el capítulo anterior de la presente Ley.

2. En los casos a que se refiere el apartado anterior, la ejecución provisional podrá solicitarse en cualquier momento desde la notificación de la resolución que tenga por preparado el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación y siempre antes de que haya recaído sentencia en estos recursos.

La solicitud se presentará ante el tribunal que haya conocido del proceso en primera instancia, acompañando certificación de la sentencia cuya ejecución provisional se pretenda, así como testimonio de cuantos particulares se estimen necesarios, certificación y testimonio que deberán obtenerse del tribunal que haya dictado la sentencia de apelación o, en su caso, del órgano competente para conocer del recurso que se haya interpuesto contra ésta.

3. La oposición a la ejecución provisional y a medidas ejecutivas concretas, en segunda instancia, se regirá por lo dispuesto en los artículos 528 a 531 de esta Ley

Artículo 536. Confirmación en segunda instancia de la resolución ejecutada provisionalmente.

Si se confirmare en todos sus pronunciamientos la sentencia de segunda instancia provisionalmente ejecutada, se estará a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 532.

Artículo 537. Revocación de la resolución ejecutada provisionalmente en segunda instancia.

Cuando se revocare la sentencia dictada en segunda instancia y provisionalmente ejecutada, serán de aplicación los artículos 533 y 534.

FRANCIA

Los estudiosos europeos no ha sido ajenos al estudio y tratamiento de la posibilidad de ejecución provisional de la sentencia en materia civil, dando

muestras de esta preocupación los principales ordenamientos adjetivos vigentes en los distintos países. La República de Francia da muestras de la concreción legislativa del instituto a través de los artículos 514 a 526 del “Nouveau Code de Procedure Civile” (Nuevo Código de Procedimientos Civil)

El primero de ellos establece que: “La ejecución provisoria no puede ser demandada sin haber sido decretada si no es por las decisiones que benefician de ella de pleno derecho. Son en particular ejecutorias de derecho a título provisorio los decretos de recurso de urgencia, las decisiones que prescriben medidas provisionales para el curso de la instancia, aquellas que ordenan medidas conservadoras, así como los decretos del juez del acuerdo de una provisional acreedor...”¹⁷⁶.

ALEMANIA

Zivilprozessordnung (Ley de Enjuiciamiento Civil alemana)

En la República de Alemania el artículo 704° de la ZPO prevé la posibilidad de ejecución provisional al permitirlo con asamento en la existencia de una sentencia, situación que se puede concretar tanto a pedido de parte como oficiosamente por el juez

Conforme señala Arguello¹⁷⁷: el derecho Alemán concede una amplia aplicación a la ejecución provisional, pues, considera que las sentencias son ejecutables tanto las denominadas firmes y aquellas para las que ni siquiera pueda hablarse de ejecutabilidad en sentido amplio. Las condiciones que proclama el Derecho Alemán para aplicar la ejecución provisional, están directamente relacionadas con las sentencias directamente ejecutables, como por ejemplo aquéllas que queden firmes con la sola publicación y las que se limitan a una sentencia sobre costas. Lo relevante del sistema Alemán se centra en que la ejecutabilidad de la sentencia se puede producir de oficio y de forma incondicionada y se puede producir de oficio y condicionada a la prestación de una caución que fija el órgano jurisdiccional de manera discrecional, teniendo en cuenta los daños o perjuicios que amenacen al deudor ante la ejecución forzosa, pudiéndose prescindir de la caución cuando el Tribunal considere la imposibilidad de prestación y los daños irreparables o de difícil reparación que puedan sobrevenir al acreedor. El deudor puede impedir la ejecución provisional o limitarla a determinados supuestos.

En cuanto a los efectos, el derecho Alemán prevé que el fin de la institución de la ejecución provisional no es dar seguridad al acreedor, sino pagarle, aunque sea provisionalmente. Con respecto a la revocación o modificación de la decisión se establece que da lugar a la devolución de lo

¹⁷⁶ Article 514: “L'exécution provisoire ne peut pas être poursuivie sans avoir été ordonnée si ce n'est pour les décisions qui en bénéficient de plein droit. Sont notamment exécutoires de droit à titre provisoire les ordonnances de référé, les décisions qui prescrivent des mesures provisoires pour le cours de l'instance, celles qui ordonnent des mesures conservatoires ainsi que les ordonnances du juge de la mise en état qui accordent une provision au créancier”.

¹⁷⁷ ARGUELLO Landaeta, Israel “Ejecución Provisional versus Ejecución Definitiva o Forzosa - <http://pergamo.pucp.edu.pe/derechoprocesal/files/derechoprocesal/Ejecucion_Provisional_versus_Ejecucion_Definitiva_o_Forzosa_-_Israel_Arguello.pdf>.Consulta: 08 de octubre 2009.

percibido, así como a la devolución de cualquier enriquecimiento y además podría dar lugar a indemnizar al deudor.

De lo anterior, se puede advertir que en el Derecho Alemán la ejecución de las sentencias no firmes, como ya se expresó es mucho más amplia que en cualquier otro sistema legal, ya que todas las sentencias pueden ser declaradas provisionalmente ejecutivas, bien de oficio o a instancia de parte y en algunos casos y a juicio del Tribunal condicionada a la caución.

ITALIA

Igualmente, conforme lo precisa ARGUELLO¹⁷⁸, el Código de Procedimiento Civil Italiano, tiene una regulación más simple de la ejecución provisional. Se prevé que por iniciativa de parte se puede declarar provisionalmente ejecutiva la sentencia apelable, con caución o sin ella, si la petición está fundada en documento público o en escritura privada reconocida o en sentencia que ya tiene carácter de cosa juzgada, o si el retraso en la ejecución pueda causar peligro, todo conforme al artículo 282° del Código y de conformidad con el numeral 2 del indicado artículo, la ejecución provisional debe ser concedida a instancia de parte, en el caso que la sentencia condene a pagos o prestaciones alimentarias aún provisionales, salvo que concurran causas para rechazarla. El artículo 373° del Código de Procedimiento Civil italiano, concede al Tribunal Supremo facultades para suspender la ejecución a instancia de parte y con audiencia del Ministerio Público, si se derivan de la ejecución perjuicios graves o de difícil reparación para el vencido.

ARGENTINA

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

<http://www.legislaw.com.ar/legis/cpcc%20completo/iniciocpcc.htm>

También en la Republica **Argentina** y restringido al marco del proceso ejecutivo se abre una posibilidad de ejecución -no reglada con el propio nombre de ejecución provisional de la sentencia en aquellos casos en los cuales el ejecutante victorioso prestare fianza de responder de lo que percibiére si la sentencia fuere finalmente revocada. Es decir se cambia a través de vía de prestación de fianza el efecto del recurso de apelación interpuesto. Esto surge del artículo 555 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, y asimismo de los artículos 553 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y del artículo 558 del Código Procesal Civil y Comercial de La Provincia de Córdoba.

Otro supuesto- conforme se refiriera ut supra- se advierte en materia de demanda por alimentos al conceder efecto devolutivo- no suspensivo- al recurso de apelación concedido contra la sentencia que admita la pretensión, surgiendo claro nuevamente que se llega a esta posibilidad otorgándosele efecto devolutivo al recurso de apelación que eventualmente se interponga contra el decisorio.

¹⁷⁸ ARGUELLO Landaeta, Ob. Cit.

Mención aparte merece en la legislación adjetiva nacional argentina el procedimiento previsto por el artículo 258 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que habilita la ejecución provisional de la sentencia encontrándose ésta pendiente de resolución el Recurso Extraordinario Federal que se hubiere interpuesto respecto de la misma.

La utilización de este medio impugnativo extraordinario carece – como regla general- de efecto suspensivo, aunque la Corte Federal Argentina tiene dicho que en tanto no exista pronunciamiento de los jueces sobre su admisión o rechazo, el remedio tendrá efecto suspensivo en tanto y en cuanto los argumentos aducidos por quien lo interpone puedan -prima facie- involucrar cuestiones de orden federal susceptibles de examen en la instancia del artículo 14 de la ley 48.¹⁷⁹

Artículo 502: SUMA LIQUIDA. EMBARGO.- Si la sentencia contuviere condena al pago de cantidad líquida y determinada o hubiese liquidación aprobada, a instancia de parte se procederá al embargo de bienes, de conformidad con las normas establecidas para el juicio ejecutivo. Se entenderá que hay condena al pago de cantidad líquida siempre que de la sentencia se infiera el monto de la liquidación, aún cuando aquél no estuviese expresado numéricamente. Si la sentencia condenase a una misma parte al pago de una cantidad líquida y de otra ilíquida, podrá procederse a la ejecución de la primera sin esperar a que se liquide la segunda.

URUGUAY

Código General del Proceso de la República oriental del Uruguay Ley 15.982 que en su artículo 260.1 lo establece para los supuestos de impugnación de sentencia definitiva de condena, permitiendo al vencedor solicitar la ejecución provisional.

www.acnur.org/biblioteca/pdf/0957.pdf

Artículo 260. - Ejecución provisional

260.1 Cuando se recurriera una sentencia definitiva de condena el vencedor podrá solicitar la ejecución provisional dentro del plazo *para evacuar el traslado del recurso*, prestando garantía suficiente para responder, en su caso, por todos los gastos judiciales y daños y perjuicios que pudiera ocasionar a la parte contraria.

260.2 Será competente para la ejecución provisional de la sentencia el tribunal ante el cual se siguió la primera instancia del proceso.

La petición de ejecución provisional puede hacerse en el mismo expediente o mediante presentación de un testimonio de la sentencia.

Si se formulase en el mismo expediente, se formará de inmediato pieza separada y se continuarán en esa pieza los procedimientos.

Si se formulase mediante presentación de testimonio, se seguirán a continuación de éste los procedimientos.

260.3 La contraparte podrá solicitar la suspensión de la ejecución provisional por causarle perjuicio grave, de difícil reparación; circunstancia que el tribunal apreciará discrecionalmente. Si estimare que existe esa posibilidad, exigirá al condenado que preste garantía bastante para asegurar, en todo caso, lo que ha de ser objeto de la ejecución con más los intereses, costas y costos que el posterior trámite del recurso pueda irrogar.

260.4 Las resoluciones del tribunal que dispongan o denieguen la ejecución provisional o su suspensión serán apelables conforme con lo dispuesto por el numeral 2) del artículo 251.

260.5 En lugar de la ejecución provisional podrán adoptarse en cualquier momento medidas cautelares, si la parte interesada así lo solicitare, sin más exigencia que la prestación de

¹⁷⁹ KIELMANOVICH, Jorge L., "Algunas reflexiones sobre la ejecución provisional de la sentencia pendiente el recurso extraordinario", Jurisprudencia Argentina Buenos Aires, 2005, volumen III paginas 876-878.

garantía para responder, en su caso, por todos los daños y perjuicios y gastos judiciales que la medida pudiere irrogar a la parte recurrente, si se revoca la sentencia; según las circunstancias del caso, podrá el tribunal eximir al peticionario de la prestación de contracautela.

El Art. 7º de la Ley Nº 16.699, de 25/04/1995, modificó el ordinal 1º de esta norma, que antes disponía que el plazo para solicitar la ejecución provisional de la sentencia definitiva era de seis días a contar del siguiente a su notificación. A su vez agrega el ordinal 4º y modifica el 5º (antes, 4º), que en su anterior redacción disponía: “En lugar de la ejecución provisional, podrán adoptarse medidas cautelares, si la parte interesada así lo solicitare, sin más exigencia que la prestación de garantía suficiente para responder, en su caso, por todos los daños y perjuicios y gastos judiciales que la medida pudiere irrogar a la parte recurrente, si se revocare la sentencia; según las circunstancias del caso, podrá el tribunal eximir al peticionario de la prestación de contracautela”.

CHILE

Código de Procedimiento Civil.

BRASIL

En la legislación ritual brasileña -Código de Processo de Brasil- el cual al regular las atribuciones del juez una vez dictada la sentencia, en el marco de la interposición del recurso de apelación, plasma la posibilidad de ejecución provisional a través del artículo 521 distinguiendo dos situaciones: que el recurso tenga efecto devolutivo y suspensivo o solo efecto devolutivo, permitiendo que el apelado en este último supuesto pueda promover la ejecución provisional.¹⁸⁰

Código de Processo Civil

Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica).

Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica

¹⁸⁰ ARCE Pedro M., “Ejecución provisional de la sentencia y optimización del proceso civil”, Revista Zeus Colección Jurisprudencial, Rosario, Zeus 2003, volumen 93.

BIBLIOGRAFIA

PEYRANO, Jorge W. Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatorio. Las recientes innovaciones brasileñas y la recepción por la corte suprema. En: Sentencia anticipada (despachos interinos de fondo) Rubinzal-Culkzoni Editores Bs. As. Argentina.

MONROY GALVEZ, Juan. *La actuación de la sentencia impugnada*. En: Revista de Derecho Procesal. Estudio Monroy Abogados. Lima.

MONTERO AROCA, Juan (2004): Tratado de proceso de ejecución civil. Tirant lo blanch. Valencia. Pág. 279.

CABALLOL ANGELATS, Lluís. (1993) La ejecución provisional en el proceso civil. Bosch, Barcelona, Pág.47.

CABALLOL Y ANGELATS, Lluís: «La ejecución provisional en primera instancia», *Estudios Jurídicos del Cuerpo de Secretarios Judiciales*, III-2001, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001.

MONTERO AROCA, J.; IGLESIAS CABERO, M.; MARÍN CORREA, J. M.; SAMPEDRO CORRAL, M.: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, II, Civitas, Madrid, 1993.

MONTERO AROCA. (200): El nuevo proceso civil (Ley 1/2000) Tirant lo blanch. Valencia.

GOZAINI, Osvaldo Alfredo: La ejecución provisional en el Proceso Civil. En: Revista Peruana de Derecho Procesal. Nº III. Abril de 1999.

RAMOS MENDEZ FRANCISCO (1997) Enjuiciamiento Civil. Tomo II. Editorial JM Boch Editor. Barcelona.

MONROY GALVEZ Juan. “La actuación de la sentencia impugnada” En: Revista Peruana de Derecho Procesal. Tomo V. Junio 2002. Lima. Pág 199-200.

MONROY Palacios, Juan José (2004): La tutela procesal de los derechos. Palestra, Lima

MESIA, Carlos (2004): Exégesis del Código procesal Constitucional. Gaceta Jurídica. Lima.

RAMOS Romeo, Francisco. *¿Es deseable favorecer la ejecución provisional?* En: <http://repositories.cdlib.org/bple/alcde/052308-1>

DIEZ PICAZO y otros (2002): Derecho Procesal Civil. Ejecución Forzosa. Procesos Especiales. Editorial centro Estudios Ramon Areces S.A. Segunda Edición.

MONTERO AROCA. (200): El nuevo proceso civil (Ley 1/2000) Tirant lo blanch. Valencia. Pág. 615.

Silvosa Tallón. José Manuel *la ejecución provisional en la ley de enjuiciamiento civil 1/2000 de 7 de enero*. Revista internauta de práctica jurídica, ISSN 1139-5885, N^o. _____ 20, _____ 2007 En:

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2341061>

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2341061>

<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:bfd-2006-28-73b203a8&dsID=PDF>

FERRER, Sergio E. Ejecución anticipada de la Sentencia como cautela material. En: Sentencia anticipada (despachos interinos de fondo) Rubinzal-Culkzoni Editores Bs. As. Argentina.

CABALLO ANGELATS, Lluís. La ejecución provisional en el proceso civil. Bosch, Barcelona, 1993.

CABANELLAS, Guillermo (2003): Diccionario enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta. 26° edición. Bs. As. Tomo VII.

COUTURE, Eduardo. (1990): Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Editorial Depalma. Tercera Edición,

DEVIS ECHANDIA, Hernando (1985): Teoría general del proceso. Tomo II. Editorial universidad, Bs. As.

PINO CARPIO, Remigio (1961): Nociones de Derecho Procesal. T. IV. Lima

GOZAINI, OSWALDO A (1996): Teoría General del Derecho Procesal. EDIAR. Bs. As.

COVIELLO, Nicolas Doctrina General del Derecho Civil. México UTHEA. 5ta Edición.

GOZAINI, OSWALDO A (1996): Teoría General del Derecho Procesal. EDIAR. Bs. As..

ROCCO, Ugo (1970): Tratado de Derecho Procesal Civil. Ed. TEMIS.

(Couture, Eduardo, Estudios de Derecho Procesal Civil, Tomo II, Tercera Edición, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1979,).

AZULA CAMACHO, Jaime (2000): Manual de Derecho procesal. Tomo I. editorial Temis. S.A. Santa Fé de Bogotá, Colombia.

CHIOVENDA, Giuseppe (1954): Instituciones de Derecho Procesal Civil. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. Vol. III.

CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho usual. Tomo VII

DEVIS ECHANDIA, Hernando.(1984): Teoría General del proceso. Bs. As. Universidad.

MONROY PALACIOS Juan José. "Panorama actual de la Justicia civil. Una mirada desde el proceso." En: Revista Peruana de Derecho Procesal. N° VI. 2003.

DE SANTO, Víctor (1988): El proceso Civil. Tomo I. Editorial Universidad Bs. As.

CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho usual. Tomo VII

MONROY PALACIOS Juan José. "Panorama actual de la Justicia civil. Una mirada desde el proceso." En: Revista Peruana de Derecho Procesal N° VI. 2003.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. (1984): Teoría General del proceso. Bs. As. Universidad.

DE SANTO, Víctor (1988): El proceso Civil. Tomo I. Editorial Universidad Bs. As.

CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho usual. Tomo VII

CHIOVENDA, Giuseppe (1954): Instituciones de Derecho Procesal Civil. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. Vol. I.

MONROY PALACIOS Juan José. "Panorama actual de la Justicia civil. Una mirada desde el proceso." En: Revista Peruana de Derecho Procesal N° VI. 2003.

DEVIS ECHANDIA, HERNANDO. Teoría General del proceso. Bs. As. Universidad. 1984. Pág. 164.

GUASP Jaime (1961): Derecho Procesal Civil. Tomo 1, Instituto de estudios Políticos. Madrid

BAILON Valdvinos, Rosalío (2004): Teoría general del proceso y derecho Procesal Civil. Editorial Limusa. 2da edición. México.

GOZAINI, OSVALDO A (1996): Teoría General del Derecho Procesal. EDIAR. Bs. As.

DE SANTO, Víctor (1988): El proceso Civil. Tomo VII. Editorial Universidad Bs. As.

Secretaria Ejecutiva del Poder Judicial (2000): Guía de Pautas Metodológicas para la Elaboración de Sentencias. Lima.

CARNELUTTI, Francesco. Sistema de derecho procesal Civil. Tr. y Comp. Enrique Figueroa Alfonso. Instituciones de derecho procesal Civil. Harla, Bibl-Clásicos del Derecho. México, Vol 5.

DEVIS Echandia, Hernando (1984): Teoría General del Proceso. Editorial universidad. Bs As.

COUTURE, Eduardo. (1990): Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Editorial Depalma. Tercera Edición,

GUASP, Jaime. La pretensión procesal. *En: "Estudios jurídicos", Madrid, 1996, Pág. 98*

CHIOVENDA Giuseppe (1925): Principios de derecho Procesal Civil. Editorial REUS Madrid. Tomo II.

DE PADURA Ballesteros, Maria Teresa (2002): *Fundamentación de la sentencia, preclusión y cosa juzgada*. Tirant lo blanch. Valencia.

KISCH, Wilhelm (1932); Elementos de Derecho Procesal Civil. Editorial Revista de Derecho Privado,

GOZAINI, OSVALDO A (1996): *Teoría General del Derecho Procesal*. EDIAR. Bs. As..

FAIREN Guillen, Victor (1992): Teoría general del derecho procesal. UNAM. México.

PALACIO, Lino E. (1987): *Derecho Procesal Civil*, t. V, Abeledo Perrot, Bs.As.,

ROSEMBERG, Leo (2007): Tratado de Derecho Procesal Civil. ARA Editores. Lima

DE SANTO, Víctor (1988): *El proceso Civil*. Tomo I. Editorial Universidad Bs. As.

FAIREN GUILLEN, Víctor. (1990): *Doctrina General del Derecho Procesal*. Librería Bosch. Barcelona.

MONTERO AROCA, Juan y otros (2000): El nuevo Proceso Civil (Ley 1/2000) Tirant lo Blanch.

DE LA OLIVA Santos, Andrés y Diez-Picazo Jiménez, Ignacio (2003): Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración. Editorial Centro de Estudios Ramon Areces S.A. Madrid.

CHAMORRO Bernal, Francisco (1984): La tutela judicial efectiva. Editorial Bosch. Barcelona.

DE PALLADURA Ballesteros, María Teresa (2002): Fundamentación de la sentencia, preclusión y cosa juzgada. Tirant lo Blanch. Valencia.

FAIREN GUILLEN, Víctor. (1990): *Doctrina General del Derecho Procesal*. Librería Bosch. Barcelona. Pág. 517.

CHIOVENDA, Giuseppe (1925): *Principios de derecho procesal civil* [trad.: Casáis y Salntaló], Madrid, t. II, pág 424.

CALAZA Lopez, Sonia “La cosa juzgada en el proceso civil y penal”, *En: Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)*, N° 24, 2004,
<http://www.uv.es/dictamenprocesal/Dictacosa.pdf>.

ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. “Apuntes sobre los alcances de la autoridad de cosa juzgada en el proceso civil peruano. En la cosa juzgada en lo civil, doctrina y jurisprudencia”. *En: Revista Peruana de Jurisprudencia*. N° 13 Trujillo 2002.

SCHÖNKE, Adolfo (1950): Derecho Procesal Civil, Casa Editora Boch, Barcelona,

Blas Soto, María del carmen. “Reflexiones en torno a la cosa juzgada en la sentencia dictada en cuestión de inconstitucionalidad.” *En: Revista española de derecho constitucional*, Año nº 14, N° 41, 1994 ,

COUTURE, Eduardo. (1990): Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Editorial Depalma. Tercera Edición, P

Ver CIDH, Caso Almonacid Arellano y Otros, Sentencia de Fondo, Parr. 154; Caso Carpio Nicolle y Otros, Sentencia de Fondo, Parr. 131; y, Caso Gutiérrez Soler, sentencia de Fondo, Parr. 19.

CONCLUSIONES

a.- La posibilidad de que la sentencia, emitida en determinados procesos civiles, se actúe de manera inmediata se encuentra sustentada en la garantía a la tutela jurisdiccional efectiva. Por ello mediante esta institución se consolida la efectividad de los derechos fundamentales.

b.- La existencia de la institución de la actuación de la sentencia impugnada permite una mayor efectividad al proceso así como la predictibilidad de las resoluciones judiciales, pues solamente se podrán hacerse efectivas aquellas que han logrado en el devenir de los años en una reiterada desición jurisdiccional.

c.- La actuación de la sentencia impugnada es *aquel instituto procesal a través del cual se concede a la parte que ha obtenido sentencia favorable sea en primera o segunda instancia el derecho a la actuación de la decisión que lo favorece, cuando esta ha sido materia de recurso impugnatorio, suspendiendo los efectos de la impugnación hasta que se resuelva lo contrario por el órgano que la concedio.*

d.- La institución de la actuación de la sentencia impugnada no se encuentra plenamente regulada en nuestro sistema normativo, por lo que se requiere de su estudio y se apueste por ella a fin de lograr la paz con justicia social anhelada.

e.- Si bien no se ha precisado el carácter de la institución, consideramos que esta debe ser concedida solo a iniciativa de parte.

f.- Consideramos que la solicitud de la actuación de la sentencia impugnada debe comprender no solo el hecho de que esta sea impugnada sino también cuando esta no haya sido materia de grado, pero que en el fondo constituye una sentencia firme y por ende objeto de actuación inmediata.

g.- El juez competente para el conocimiento de esta figura procesal debe ser tanto el juez de primera instancia o la sala correspondiente, según la instancia en la que sea solicitada, teniendo en cuenta el órgano que expidió la resolución que lo favorece.