



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**Análisis de la constitución de la legitimidad para obrar y
fundamento de la legitimidad plural en el litisconsorcio
necesario**

Tesis para optar el Grado de
Máster en Derecho Privado Empresarial

Sheila Maria Vilela Chinchay

**Asesor(es):
Dra. Karla Patricia Maribel Vilela Carbajal**

Piura, octubre de 2021



Aprobación

Tesis titulada *“Análisis de la Constitución de la legitimidad para obrar y fundamento de la legitimidad plural en el litisconsorcio necesario”* presentada por la abogada Sheila Maria Vilela Chinchay en cumplimiento con los requisitos para el optar el grado de Maestro, fue aprobada por la Directora Dra. Karla Patricia Maribel Vilela Carbajal.

Directora de Tesis





Dedicatoria

A mi madre, Elvia Chinchay Medina, porque siempre ha sido ejemplo de honestidad, de lealtad y de amor sincero. Ella me enseñó el valor del esfuerzo.

A mis hijos, María Alessandra, María José, Juan Diego, José Rodrigo y José Ignacio, porque su amor me hace feliz.





Resumen

La legitimidad como condición para poner en marcha el mecanismo de protección de derechos e intereses ha de ser perfectamente caracterizada y analizada a partir de las exigencias de una realidad heterogénea. Un mal entendimiento de esta figura procesal ha generado numerosos pronunciamientos en clara vulneración de los referidos derechos e intereses.

Tal caracterización ha de partir de una idea esencial, no desconocer en la actuación jurisdiccional que son los derechos y los intereses el objeto de protección. El haber abordado el estudio de la legitimidad restringiéndola a una vinculación (no identificación) con el derecho material ha hecho más complicado el análisis de la legitimidad.

Asimismo, el escenario se complica más cuando la realidad presenta aquellos supuestos que han sido calificados como supuestos de legitimidad plural, es decir aquella que sólo será constituida válidamente con el concurso de más de un sujeto.

El análisis de la legitimidad, en cada caso concreto, exige atender al objeto de la pretensión planteada sin que ello signifique identificarla con el objeto de protección. Se trata de un único tipo de legitimidad (ordinaria) y esta idea se sostiene en el reconocimiento legal, jurisprudencial y doctrinal, de que se tutela jurisdiccionalmente tanto, derechos cuantos intereses. A partir de la aceptación de esta idea se puede afirmar que la pretendida legitimidad extraordinaria, no existe.

La falta de comprensión sobre el tema ha llevado a los órganos jurisdiccionales, en más de una ocasión, a negar el ingreso al proceso a un sujeto que se encontraba legitimado o a declarar la nulidad de un proceso por ausencia de un supuesto litisconsorte que en realidad no era tal.

La exigencia de legitimidad conjunta que caracteriza al litisconsorcio necesario tiene su origen en la vinculación de los sujetos con un derecho o un interés específico surgido a partir de la relación material o con motivo del surgimiento de la relación material. Lamentablemente el legislador hace una pésima regulación de este instituto procesal y le atribuye un origen que no es tal confundiendo la figura con los supuestos de acumulación de procesos y desconociendo que para los supuestos de patrimonio autónomo era perfectamente aplicable la figura del litisconsorcio siendo, en consecuencia, innecesaria una regulación como la descrita en el artículo 65 del Código Procesal Civil.



Tabla de Contenido

Introducción.....	11
Capítulo 1 Partes en el proceso civil	13
1.1. Significado de parte	14
1.1.1. Relación Jurídica y Situación Jurídica	15
1.1.2. Situaciones jurídicas de las que son titulares las partes	18
1.2. Determinación de las partes en el proceso	23
1.3. Parte material y parte formal en el proceso	28
Capítulo 2 Legitimidad para obrar y su constitución.....	31
2.1 El objeto de protección de la Tutela Jurisdiccional.....	31
2.1.1 La protección de derechos.....	32
2.1.2 Protección de intereses.....	35
2.2 Pretensiones para plantear en un proceso.....	43
2.2.1 Pretensiones declarativas de condena.....	43
2.2.2 Pretensiones meramente declarativas	45
2.2.3 Pretensiones constitutivas	47
2.3 Interés sustancial, interés para obrar e interés legítimo	47
2.3.1 El Interés para obrar.....	47
2.3.2 Interés legítimo, legítimo interés y los demás intereses	54
2.4 Determinación de la legitimidad para obrar.....	61
2.4.1 La legitimidad para obrar	61
2.4.2 Principio dispositivo y legitimidad para obrar.....	62
2.4.3 El carácter abstracto del derecho de acción	64
2.4.4 Atribución de la legitimidad	65
2.5 Probanza de la legitimidad: Momento en que se analiza la existencia de legitimidad	72
2.5.1 La sola afirmación de la existencia de un derecho o de un interés	73
2.5.2 Cuando la sola afirmación del derecho o del interés no basta para acreditar la existencia de legitimidad para obrar.....	77
Capítulo 3 Legitimidad plural: El Litisconsorcio	79
3.1 Litisconsorcio.....	81
3.1.1 El principio de bilateralidad	84
3.1.2 Protección de los derechos de terceros por extensión de los efectos de la cosa juzgada	85
3.1.3 Imposibilidad jurídica del pronunciamiento y física del cumplimiento ante la inconcurrencia de algún litisconsorte	89

3.1.4	Inutilidad de la sentencia	91
3.1.5	Evitar sentencias contradictorias	93
3.1.6	Orden público e interés público.....	93
3.2	Regulación legal del litisconsorcio. Análisis de la inescindibilidad de la pretensión	93
3.2.1	Existencia de una misma pretensión.....	94
3.2.2	Inescindibilidad del objeto de la pretensión.....	96
3.2.3	Cuando lo impone la característica de la inescindibilidad de la relación jurídica que constituye la causa de la pretensión.....	97
3.2.4	Cuando lo impone la característica de la inescindibilidad de la situación jurídica que constituye la causa de la pretensión.....	101
3.2.5	Cuando lo impone la ley.....	101
3.2.6	Existencia de pretensiones conexas.....	105
3.2.7	La sentencia por expedirse respecto de una pretensión puede afectar a la otra	106
3.3	El supuesto del patrimonio autónomo	107
3.3.1	Características del patrimonio autónomo	108
3.3.2	La regulación de los patrimonios autónomos en el C.P.C.....	112
3.3.3	La actuación en defensa de los derechos o intereses comunes del patrimonio autónomo.....	115
3.4	Precisiones sobre la legitimación plural activa	118
3.5	Legitimidad en el litisconsorcio cuasi necesario y efectos de la cosa juzgada.....	119
Conclusiones		123
Abreviaturas		125
Lista de referencias		127

Introducción

Esta investigación nace por el interés de analizar el concepto de legitimidad, sobre el que, si bien es posible encontrar un cierto desarrollo en la doctrina y la jurisprudencia, lamentablemente en más de una resolución judicial no ha sido debidamente comprendido y ha llevado a resultados incluso, *contra legem*. De ahí que, no solo es de interés el concepto, sino, su constitución, la forma y momento en que un tribunal analizará dicha exigencia y, por ende, cómo se debe probar su existencia de modo que, a quien acude al proceso le sea posible contar con un pronunciamiento que resuelva el conflicto de intereses o elimine la incertidumbre jurídica. De otro lado, atendiendo a la existencia de legitimidad plural, es de interés el análisis de su fundamento.

El derecho de acción ha sido analizado en varios momentos de la evolución del derecho procesal y su concepción ha ido variando hasta llegar a la doctrina del neoconstitucionalismo que lo reconoce como un derecho de carácter fundamental cuya garantía de realización es la tutela jurisdiccional.

No obstante, la discusión existente sobre la naturaleza de la tutela jurisdiccional (derecho o garantía), numerosa doctrina y la jurisprudencia le ha atribuido la calidad de derecho y define como contenido de tal derecho, el acceso a la justicia, el debido proceso y la efectividad de la ejecución. Evidentemente, consideran a la acción y a la contradicción como manifestaciones del derecho a la tutela jurisdiccional.

La investigación parte, sin desconocer los diferentes paradigmas que se ha ido adoptando sobre el tema de la acción, del reconocimiento del carácter fundamental del derecho de acción y de la consideración de la legitimidad como una exigencia razonable que no puede, ni debe, convertirse en un obstáculo para acceder al mismo.

Se ha dicho en la jurisprudencia que la obstrucción o vulneración del contenido del llamado derecho a la tutela jurisdiccional, puede darse no solo en el plano judicial como siempre se piensa sino también en el plano legislativo y en el ejecutivo.

Existe un deber de tutela para los tres poderes del Estado. Considerando la labor que desarrolla el legislativo, es importante contar con normas claras a partir de las cuales se asegure, por ejemplo, la razonabilidad de los límites impuestos al acceso de la tutela jurisdiccional, así como una adecuada regulación de estos. En ese sentido, la legitimidad para obrar, en tanto condición de una de las manifestaciones del derecho a la tutela jurisdiccional, ha de ser regulada de modo que, se asegure un justo acceso a los tribunales para lograr la protección de los derechos o intereses de los ciudadanos.

A nivel judicial, por una inadecuada regulación de las instituciones o por una incorrecta lectura o interpretación de su regulación, no son pocos los casos en los que se ha negado el acceso a la tutela

jurisdiccional (al derecho de acción). Por ejemplo, cuánto tiempo pierde un litigante cuando se declara la nulidad de todo lo actuado porque no se incluyó a un litisconsorte necesario en el proceso. Si efectivamente se trata de un caso de litisconsorcio, el tiempo invertido cede frente a la posible vulneración del derecho de defensa de un sujeto que ha visto perjudicados sus derechos, pero, ¿qué sucede cuando el órgano jurisdiccional consideró la existencia de litisconsorcio necesario pese a que no lo había.

En este trabajo se cita, entre otros, el caso de una demanda por desalojo dirigida contra una de las tres personas que poseían el inmueble materia de desalojo. Al resolver el recurso de apelación de la demandada se estableció que Mario Luis Maguiña Avendaño y su sobrina Graciela Magallanes Merino, debieron formar parte de la relación jurídica, ya que la decisión también recaería en dichos actores, pues los mismos, habitaban en el predio materia de Litis, no pudiendo privárseles de su derecho de defensa y acceso a la tutela jurisdiccional efectiva.

En atención a dicho argumento se declaró la nulidad de todo lo actuado por considerar que se trataba de un caso de litisconsorcio necesario, es decir para la Sala había un problema en la legitimidad para obrar. No obstante, resulta válido preguntarse ¿qué sucede si el demandante no quiere desalojar a los otros dos poseedores? Lo cierto es que si su deseo es desalojarlos y no los demanda la sentencia no podría recaer sobre ellos, pero ¿es posible afirmar que existe litisconsorcio necesario?

Es grave encontrar casos en los que los magistrados emiten un pronunciamiento señalando que un tercero perjudicado con la celebración de un acto jurídico simulado no está legitimado para solicitar la nulidad por no formar parte de la relación jurídico material. No ha de sorprendernos encontrar resoluciones con este tenor en las que, se demuestra un desconocimiento total del tema.

Erradicar estos inconvenientes hace necesario poner la atención en el origen del problema. El presente trabajo de investigación es un intento por aclarar algunos de los temas estrechamente vinculados a la exigencia de legitimidad para obrar.

En el marco de la investigación jurídica, el presente trabajo se realiza con el análisis comparado de la doctrina y la legislación, así como con el análisis de algunas resoluciones judiciales. A partir del análisis realizado y del proceso de inducción y deducción se llega a la respuesta de los siguientes objetivos planteados: Determinar cómo se constituye y se acredita la legitimidad para obrar, así como, determinar el fundamento de la legitimidad plural en los supuestos de litisconsorcio.

El trabajo ha sido estructurado en tres capítulos. En el primer capítulo se aborda el tema de las partes en el proceso civil, se establece cuál es el significado de parte y en qué consiste la calidad de parte. Considerando que son las partes, sujetos de vital importancia en el proceso, el referido análisis es necesario para dar paso al segundo capítulo en que se analiza el contenido de la legitimidad como exigencia para obtener un pronunciamiento sobre el fondo. Por último, el tercer capítulo está dirigido al estudio de la legitimidad plural y el fundamento del litisconsorcio.

Capítulo 1

Partes en el proceso civil

La referencia al término parte, en el mundo jurídico, conduce indefectiblemente a pensar en la existencia de una relación. Como se ha señalado en la doctrina los sujetos que dan lugar o que crean una relación son llamadas partes, denominación que se contrapone a la de terceros, aquella persona extraña a la relación.

Sobre el concepto y la naturaleza jurídica de lo que se conoce como parte en el proceso, existen teorías que difieren, como señala Morales Godo, dependiendo del concepto que se acepte de acción y contradicción, así por ejemplo, Satta consideraba la existencia de un interés como elemento determinante de la calidad de partes y diferenciaba las partes de las partes justas, según poseyeran o no el referido interés; por su parte, Carnelutti, diferenciaba el sujeto de la acción (determinado por el interés) del sujeto de la litis (determinado por la voluntad), es decir, Carnelutti diferenciaba al representado del representante y, Rocco atribuye la calidad de parte a quien afirma ser titular de una relación jurídica y contra quien se afirma la misma.¹

La teoría a la que se adhiere Morales Godo establece que:

Es parte aquel que en nombre propio o en cuyo nombre se pretende la actuación de una norma legal y frente al cual se formula la pretensión. Deriva de la presentación de la demanda y de la relación jurídico procesal que ello origina, independientemente del contenido de derecho material y de los sujetos que la integran.²

Todas las posturas mencionadas parten de una misma idea. Se es parte si se actúa como demandante y se es incluido como demandado en la demanda y la discusión radica en qué es lo que les permite actuar en tales posiciones. En este sentido, Satta hace hincapié en la necesidad de contar con un particular interés y Carnelutti diferencia entre sujetos de la acción y sujetos de la litis, donde el sujeto de la litis será el que se identifica con el sujeto con interés de Satta (el representado).

De este modo, en el análisis del concepto de parte es posible plantear dos cuestiones iniciales. La primera, qué significa ser parte y la segunda, quién puede ser parte en un proceso.

La pregunta sobre lo que significa ser parte en el proceso, encuentra respuesta en la determinación de aquello que un sujeto posee en el proceso, esto es, cuáles son las facultades, derechos, deberes, cargas y obligaciones que como tal le corresponden y que, difieren de lo que es atribuido a un sujeto procesal que no es parte. De otro lado, la pregunta ¿quién puede ser parte en el proceso? estará referida a la calidad que un sujeto debe tener para ser considerado parte y como tal

¹ Juan Morales Godo, *Instituciones de Derecho Procesal*, (Lima: Palestra Editores, 2005), 138-141.

² *Ibíd.*

ser titular de las facultades, deberes, cargas y obligaciones. A esto último aluden conceptos como el de calidad de parte o condición de parte.

1.1. Significado de parte

Ortells Ramos considera que la calidad o condición de parte, es un conjunto de situaciones jurídicas, de carácter activo y de carácter pasivo que, de acuerdo con la ley procesal, corresponde a las personas que se hallan, respecto de un proceso de declaración,³ en una posición determinada.⁴

Se debe entender que a pesar de la alusión expresa a la calidad de parte, lo que respondería a la segunda interrogante que se ha planteado, Ortells Ramos aborda el significado de parte. Así tenemos que, para el citado autor, ser parte significa ser titular de un conjunto de situaciones jurídicas tanto de carácter activo como de carácter pasivo, en atención a la ley procesal. Sin embargo, cabe preguntar qué es una situación jurídica y si es posible hablar de situaciones jurídicas cuando el proceso es concebido como relación jurídica, a diferencia de lo que propugnaba Goldschmidt.

Emiliano Suárez, define la situación jurídica como “conjunto de derechos subjetivos, deberes jurídicos y relaciones jurídicas que tiene por titular a una persona, por su misma condición, actividad o rol que cumple en la vida socio – jurídica”⁵ y Bonnecase, citado por Soto Álvarez, la define como:

La manera de ser de cada uno relativamente a una regla de derecho o a una institución jurídica... Situación jurídica abstracta es la manera de ser eventual o teórica de cada uno en relación con una ley determinada. La situación jurídica concreta es la manera de ser derivada para cierta persona de un acto o hecho jurídicos que ponen en juego, en su provecho o a su cargo, las reglas de una institución jurídica, e ipso facto, le confieren las ventajas y obligaciones inherentes al funcionamiento de esa institución.⁶

Ambos autores, tratan la situación jurídica de modo similar. Si bien Bonnecase se refiere a esta como la manera de ser o estar de una persona, esta manera de ser o estar lleva consigo el adquirir unas ventajas, cargas y obligaciones.

Es importante la referencia de Bonnecase, a la situación jurídica abstracta y a la concreta. Se trata de la distinción entre el supuesto de hecho de la norma entendida en abstracto y la verificación del supuesto de hecho en la realidad que desencadena lo establecido como consecuencia jurídica de una norma. En este caso, se trata de la norma procesal que atribuye a un sujeto, derechos, cargas, ventajas u obligaciones, según sea el caso.

³ En este punto, se considera que también se ha de incluir a otro tipo de procesos como, el de condena, el constitutivo o el de ejecución.

⁴ Manuel Ortells Ramos *et al.*, *Derecho Procesal Civil*, 14^o ed., (Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2015), 95.

⁵ Eloy Emiliano Suárez, *Introducción al Derecho*, (Argentina: Editorial UNL, 2004), 92.

⁶ Clemente Soto Álvarez, *Prontuario de Introducción a estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil*, 3^o. ed., (México: Noriega Editores, 2005), 59.

En el artículo IV del Título Preliminar del CPC se encuentra la primera referencia al tema de las partes. Dicho artículo recoge el principio dispositivo estableciendo que el proceso sólo se promueve a instancia de parte y plantea además la diferencia entre partes, representantes y demás partícipes del proceso.

La promoción del proceso a instancia de parte, a través de la interposición de la demanda, se constituye, utilizando la terminología de Bonnecase, en el acto mismo que desencadenará la aplicación de las reglas que rigen el juego del proceso. Es decir, promovido el proceso, quien presenta la demanda asumirá los efectos establecidos en la norma procesal, se desencadenarán las consecuencias jurídicas establecidas en cada una de las normas procesales hasta el alcance de los efectos de la sentencia. Así, se puede hablar de que las partes en el proceso tienen el derecho a obtener una respuesta del órgano jurisdiccional, la obligación de ejecutar lo decidido por el órgano jurisdiccional, la facultad de apelar lo decidido, la carga de la prueba, el derecho a la defensa y deben asumir las desventajas que genera una declaración de rebeldía, de ser el caso; entre otras cargas, obligaciones, deberes, derechos etc. Estas son solo algunas de las reglas de juego.⁷

Antes de pasar al análisis de las situaciones jurídicas de las que son titulares las partes, atendiendo a la regulación procesal peruana y a la *ratio legis* de esta, es importante determinar, como se indicó en líneas anteriores, si es posible hablar de situaciones jurídicas en el proceso si este, es concebido y regulado como una relación jurídica.

1.1.1. Relación Jurídica y Situación Jurídica

Sobre la relación jurídica, Bello Janeiro señala que es una relación de la vida ordenada por el derecho porque constituye una conexión humana socialmente necesaria y que constituyen elementos de la relación jurídica, los sujetos, el objeto y la actividad o prestación.⁸

Para Messineo, citado por Figueroa Yañez:

La relación jurídica denota una relación intersubjetiva, o sea entre dos (o más) sujetos: un (o algunos) sujeto activo y el otro (o los otros) sujeto pasivo...Para determinar el significado específico (jurídico) de esta relación y distinguirla de otras relaciones posibles, se puede decir que tiene como contenido una relación social, que el ordenamiento jurídico hace relevante, determinando que la relación social se eleve, precisamente, a la categoría de relación jurídica.⁹

⁷ Juan Montero Aroca señala que “La situación de las partes no queda completamente fijada en la demanda, ésta determina la condición de demandante o actor y de demandado, pero además a lo largo del proceso puede ir recibiendo denominaciones distintas, que se corresponden con la posición procesal que adoptan; así apelante, recurrente, ejecutante y apelado, recurrido, ejecutado”, *Legitimación en el proceso civil: Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él*, (Madrid: Editorial Civitas S.A., 1994), 21.

⁸ Domingo Bello Janeiro, *Cuadernos prácticos Bolonia: Parte General Cuaderno IV. La relación jurídica y los derechos subjetivos, su ejercicio*, (Madrid: Dikynson S.L., 2009). 204.

⁹ Gonzalo Figueroa Yañez, *Curso de Derecho Civil*, Tomo I (Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010), 201-202.

La intersubjetividad, no necesariamente es apreciada de la misma forma por los autores. Para Zegarra Mulánovich, si bien “toda relación jurídica, implica siempre, indirectamente al menos, a otra u otras personas y en último término a toda la sociedad en cuyo contexto se atribuye el derecho”,¹⁰ no considera estas personas como constitutivos de la estructura interna misma de la relación jurídica. Considera que son condición de juridicidad (la necesaria alteridad en el derecho), pues la relación se da entre el titular y su derecho y considera un falso problema el de la juridicidad de las relaciones inmediatas hombre – cosa.

En este sentido para el referido autor, con la precisión anotada anteriormente, constituyen elementos de la relación jurídica los siguientes: (a) El titular; (b) El objeto o cosa atribuida; (c) El vínculo propiamente dicho, que es la atribución de la cosa, entendida como derecho, al sujeto titular; (d) Un círculo de destinatarios y (e) Un interés que es la razón por la que se atribuye el derecho.¹¹ Esto será de mucha utilidad al llegar a nuestro último capítulo.

Sobre el sujeto pasivo de la relación, el autor afirma que:

Solo es apropiado llamar sujeto pasivo en sentido estricto a la persona que es ella misma o en sus propias cosas objeto de la relación jurídica, en cuanto le incumbe de manera personal y directa la satisfacción del interés protegido por el derecho.¹²

En el campo procesal, la intersubjetividad es determinante. Oscar Von Bülow desarrolla la teoría de la relación jurídica y concibe el proceso como una relación jurídica pública entre el Estado y los habitantes que, se desenvuelve por etapas y difiere de la relación litigiosa. Esta relación, tiene unas condiciones para su surgimiento y se perfecciona con la litiscontestación; el contrato de derecho público, por el cual, el tribunal asume la obligación de decidir y realizar el derecho deducido en juicio

¹⁰ Álvaro Zegarra Mulánovich, *Descubrir el derecho: Las nociones elementales del Derecho Privado y del Derecho público explicadas en forma sistemática*, (Lima: Palestra Editores, 2009), 79.

¹¹ A. Zegarra Mulánovich sobre los elementos de la relación jurídica, considera los siguientes: 1) El titular, llamado comúnmente sujeto activo. 2) El objeto o cosa atribuida, que constituye el derecho mismo. Comúnmente se distingue respecto del objeto de la relación jurídica: la cosa misma en su íntegra unidad, llamada propiamente objeto; y el aspecto o aspectos bajo los cuales el objeto es atribuido, llamado el contenido de la relación jurídica, que comprende una serie de facultades, libertades, cargas, etc., que tiene el titular a su disposición respecto de la cosa. Desde esta perspectiva entran en la estructura de la relación jurídica los “derechos subjetivos”; 3) El vínculo propiamente dicho, que es la atribución. 4) Un círculo de destinatarios, más o menos indeterminados, a quienes incumbe el deber genérico de respeto del derecho atribuido, que por eso son llamados sujetos pasivos de la relación jurídica o, según la perspectiva que se adopte, del derecho subjetivo del titular. Como he explicado líneas arriba, sin embargo, esta condición de sujetos pasivos que incumbe al conjunto social en cuyo seno se atribuye el derecho tiene sólo el sentido amplio y genérico, casi meramente potencial, de presupuesto o condición de juridicidad de la atribución. Sólo es apropiado llamar sujeto pasivo en sentido estricto a la persona que es ella misma o en sus propias cosas objeto de la relación jurídica, en cuanto le incumbe de manera personal y directa la satisfacción del interés protegido por el derecho. 5) Un interés digno de protección, que es precisamente la razón por la que se atribuye el derecho. El interés, contra lo que comúnmente se cree (especialmente debido al éxito de la teoría de los derechos subjetivos), no necesariamente tiene que residir en cabeza del titular. *Ibíd.* 79 - 80.

¹² *Ibíd.*, 80.

y las partes quedan obligadas a prestar una colaboración indispensable y a someterse a los resultados de esta actividad común.¹³

Respecto a la situación jurídica, Alessandri y Somarriva, señalan que se la ha definido como “un determinado modo o una determinada manera de estar las personas en la vida social que el ordenamiento jurídico valora y regula”.¹⁴ Y la pregunta que cabe anotar en esta investigación es si en el proceso existen situaciones jurídicas o si es contradictorio aceptar que el proceso es una relación jurídica y que en su interior existen situaciones jurídicas.

Goldschmidt, propulsor de la teoría de la situación jurídica, sostiene que:

El derecho tiene dos momentos, uno en el derecho material y otro en el derecho procesal. Así el derecho de crédito tiene su régimen propio y como primer momento en el derecho de fondo, y, en el evento de ser insatisfecho, debe tener un segundo momento, una segunda edición según su lenguaje, en el derecho procesal... Debe crearse una nueva terminología para el proceso ... en lugar de hablar de derechos y obligaciones, expresiones propias del derecho sustancial, deberá hablarse de perspectivas y expectativas, de situación jurídica, que son términos ideados para el derecho procesal... En el lenguaje de Goldschmidt no hay derechos ni obligaciones procesales, sino una situación jurídica, es decir el estado en que se encuentra una persona a la espera de una decisión que puede ser favorable o desfavorable, que es lo que hace que esa situación sea una expectativa o una perspectiva.¹⁵

Es importante tener en cuenta que, en efecto, en el proceso los sujetos que intervienen se encuentran en una situación de incertidumbre respecto a lo que el juez declare en sentencia. Lo que genera duda es la afirmación de que en el proceso no existen derechos y obligaciones y que, como señala Goldschmidt, en el proceso solo existen cargas, facultades y oportunidades.

Pietro Castro, al igual que Alsina establecen que ambas teorías sobre la naturaleza jurídica del proceso se complementan:

La de la relación jurídica procesal es un examen de su contextura interna que da un sentido unitario a los actos del procedimiento; la de la situación jurídica es la fundamentación sociológica del proceso, visto este no como una unidad jurídica sino como una realidad de la vida social, aquella (la de la relación jurídica), explica cómo deber ser el proceso cuyo fin es que quien tenga razón triunfe; ésta (la de la situación jurídica) explica cómo es el proceso en

¹³ Luis Alonso Rico Puerta, *Teoría General del Proceso*, 2° ed., (Bogotá: Editorial Leyer, s/f), 521.

¹⁴ Arturo Alessandri Rodríguez. y Manuel Somarriva Undurraga., *Tratado de Derecho Civil: Parte preliminar y general*, Tomo I, (Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2011), 296.

¹⁵ Rico, *Teoría General del Proceso*, 515 – 516.

la realidad y en el cual triunfa quien mejor defiende su derecho mediante el cumplimiento de las cargas procesales.¹⁶

Así las cosas, es posible aceptar que ser parte en el proceso significa ser titular de un conjunto de situaciones jurídicas activas o pasivas y que, como se verá en el siguiente apartado, es posible hablar de que en el proceso existen cargas, obligaciones, facultades, deberes, derechos o posibilidades.¹⁷

1.1.2. Situaciones jurídicas de las que son titulares las partes

En este apartado corresponde estudiar, de modo específico, el conjunto de derechos, deberes, obligaciones, cargas, facultades, etc. de los que las partes son titulares, por haber actuado promoviendo el proceso o por haber sido incluido en este por el actor.

Como señala Montero Aroca:

Si la demanda determina los sujetos de la relación jurídico procesal, en esta solo se puede ser parte o tercero, sin situaciones intermedias de quasi parte o parte accesoria; se es parte o se es tercero, *tertium non datur*. Esto no supone, naturalmente, que el proceso no pueda producir algunas consecuencias para determinados terceros, sino con esta nítida distinción entre quién es parte y quién no lo es se trata simplemente de poner de manifiesto que el proceso civil tiene unos titulares de los derechos y cargas propias del mismo y que, el no titular de ellos no es parte.¹⁸

La discusión que se planteó desde el estudio, por Von Bülow y Goldschmidt, de la naturaleza jurídica del proceso es la existencia de obligaciones y derechos al interior del proceso. Esta discusión queda zanjada al establecerse que las teorías de la situación jurídica y de la relación jurídica se complementan y entonces la pregunta aún pendiente de responder es cuáles son las situaciones jurídicas de las que son titulares las partes. Para autores como De Lucchi:

La condición de parte procesal supone, a su vez la asunción por las mismas de las expectativas y cargas inherentes al proceso y la afección al pronunciamiento jurisdiccional. Solo las partes procesales asumen las expectativas y cargas que el proceso comporta y solo a las partes el pronunciamiento jurisdiccional les afectará de forma directa.¹⁹

¹⁶Hugo Alsina, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Tomo I, 2° ed., (Buenos Aires: Ediar S.A. Editores, 1963), 424.

¹⁷Mercedes Fernández López señala que Gimeno Sendra, supera la teoría de la situación jurídica y concluye que el proceso es el conjunto de posibilidades, cargas y obligaciones que asisten a las partes como consecuencia del ejercicio de la acción, cuya realización ante el órgano jurisdiccional, origina la aparición de sucesivas situaciones procesales, desde las que, en un estado de contradicción, examinan sus expectativas de una sentencia favorable y, con ella, la satisfacción de sus respectivas pretensiones y resistencias. *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, (España: La Ley, 2006), 38.

¹⁸Montero, *Legitimación en el proceso civil*, 7.

¹⁹Juan Antonio Robles Garzón, *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*, 5° ed., (Madrid: Editorial Tecnos, 2013), 195.

Sin embargo, como se verá en los apartados siguientes, la cuestión sobre lo que corresponde en exclusividad a las partes no es como se muestra. La aclaración de este tema incluso permitiría definir los alcances de la actuación de quien interviene en el proceso a través de alguna de las figuras de la intervención de terceros; tema que, si bien no será abordado en la presente investigación, será útil como ejemplo posteriormente.

1.1.2.1 Los Deberes. Al analizar el derecho subjetivo, La Cruz Berdejo afirma que el contenido de un derecho se configura tanto desde la perspectiva activa cuanto, desde la pasiva, así como desde los medios que garantizan la efectividad de las facultades que integran dicho derecho. Ese es su contenido esencial.²⁰

Desde la perspectiva pasiva, se habla de la existencia de deberes. En esta perspectiva, afirma el citado autor, el deber se presenta de dos formas: (a) deber de respeto, este es general y se da siempre y, (b) deber especial, que afecta a una persona concreta la que, puede ser compelida a un comportamiento determinado, exigible coactivamente.²¹

En el campo procesal, se puede afirmar que los deberes constituyen imperativos jurídicos cuyo cumplimiento asegura la obtención de una adecuada realización del proceso y la consecución de su finalidad, son de cargo de las partes y de quienes, sin tener esa calidad, tengan que ver con aquel (aun cuando en el CPC el artículo 108 sólo hace referencia expresa a las partes).²²

De este modo se tiene, por ejemplo, que los deberes de veracidad, probidad, buena fe procesal, la lealtad procesal y el deber de no actuar temerariamente, exigen ser respetados por cualquiera de los sujetos que intervienen en el proceso y su incumplimiento acarrea sanciones disciplinarias.²³

Esto es así porque tales deberes se justifican en razones de orden público y no de intereses privados. Se trata de aquel deber jurídico general de respeto al que se refiere La Cruz Berdejo cuyo incumplimiento perjudica a todos.

Desde esta óptica, es posible afirmar que en el proceso existe un deber general de respeto, pero también deberes especiales que vinculan a cada sujeto de modo concreto. Esta afirmación permite formular una primera hipótesis sobre qué es lo que en exclusiva corresponde a las partes en relación con otros sujetos que intervienen en el proceso: es el interés que subyace en cada situación

²⁰ José Luis La Cruz Berdejo *et al.*, *Elementos de Derecho Civil I Parte General* vol. 3, 2° ed., (Madrid: Dykinson, 2000), 82.

²¹ *Ibíd.*, 84.

²² Anibal Quiroga León, *Estudios de Derecho procesal*, (Lima: IDEMSA, 2008), 101.

²³ **Artículo IV C.P.C.** "... Las partes, sus representantes, sus Abogados y, en general, todos los partícipes en el proceso adecúan su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe. El Juez tiene el deber de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria".

jurídica, el que sirve como criterio diferenciador de lo que corresponde o no en exclusividad a las partes.²⁴

1.1.2.2 Las cargas. Las cargas procesales son entendidas como:

La situación de necesidad en que se coloca la parte de llevar adelante determinado acto procesal para evitar la realización de un perjuicio procesal en caso de incumplimiento... si no se satisface la carga, la parte interesada incurre en desventaja en favor de su oponente.²⁵

En el mismo sentido, para Goldshmidt “La antítesis del derecho procesal, es la carga procesal, es decir, la necesidad de prevenir un perjuicio procesal, y, en último término, una sentencia desfavorable, mediante la realización de un acto procesal. Estas cargas son imperativas del propio interés”.²⁶

La carga procesal por excelencia en el proceso es la carga de la prueba, pero lo son también la presentación de la demanda para que no le afecte la prescripción de la acción, la contestación de la demanda, para evitar la declaración de rebeldía y el impulso del proceso para evitar la declaración de abandono. Precisamente, como anota Carreta Muñoz, la finalidad de la regulación de las cargas en el proceso es hacer progresar el proceso a través de la ejecución de una conducta que a él es útil, y cuya infracción sólo afectará su propio interés, por lo que el sistema de cargas cumple con una función impulsiva de las partes.²⁷

La idea de que las cargas pertenecen sólo a las partes en el proceso pareciera no presentar dudas ya que, en el caso de las cargas a diferencia de los deberes existe un interés privado lo que, siendo coherentes con lo dicho en las líneas anteriores, llevaría a concluir en que las mismas son de titularidad exclusiva de las partes, sin embargo, es válido preguntar si acaso sobre los terceros no pesa alguna carga.

La interrogante planteada encuentra respuesta inmediata en la lectura de la primera parte del artículo 101 del CPC en el que se establece que los terceros deben invocar interés legítimo y que, la solicitud tendrá la formalidad prevista para la demanda, en lo que fuera aplicable, debiendo acompañarse los medios probatorios correspondientes.

²⁴ Joan Pico Junoy considera “como deberes procesales, podemos destacar multitud de supuestos previstos en la LEC: no aportar documentos fundamentales con posterioridad a los escritos iniciales de alegaciones; no efectuar recusaciones maliciosas que puedan poner en entredicho el debido respeto a la imparcialidad judicial, y cuyo objetivo último sea dilatar la pendencia del proceso; negarse a colaborar en el auxilio judicial, etc. En el primer caso, la infracción maliciosa del deber comportará no sólo la imposibilidad de que los citados documentos puedan tener acceso al proceso (art. 269.1 LEC), sino además una multa de ciento ochenta a mil doscientos euros (arts. 270.2 LEC)”. *El principio de buena fe procesal*, (España: J.M. Bosch Editor, 2013), 133.

²⁵ Quiroga, *Estudios de Derecho procesal*, 103.

²⁶ James Goldschmidt, *Serie Clásicos de la Teoría General del Proceso, Principios Generales del proceso*. vol. 1, (México: Editorial Jurídica Universitaria, 2001), 28.

²⁷ Francesco Carreta Muñoz, “Deberes procesales de las partes en el proceso civil chileno: Referencia a la buena fe procesal y al deber de coherencia”, *Revista de Derecho*, 21, n° 1, (Julio 2008): 106. <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v21n1/art05.pdf>.

Pesa sobre los terceros, sin duda alguna, la carga de la prueba, pero se debe observar que el contenido a probar difiere del que debe probar un demandante o un demandado. Esta idea, nos lleva a reformular la hipótesis: es la pretensión, como objeto del proceso, el criterio delimitador del contenido exclusivo de las situaciones jurídicas de las que son titulares las partes en el proceso. No lo es, solo la existencia de un interés privado.

1.1.2.3 Las obligaciones. Se trata de la vinculación de dos personas, la misma que exige el cumplimiento de una prestación por parte de una persona en favor de otra. Como dice Osterling:

Una definición clásica de obligación puede encontrarse en las Instituciones de Justiniano, en donde existen elementos esenciales como son el vínculo y la exigibilidad, que es el constreñimiento por el cual el acreedor puede compeler a su deudor el cumplimiento de la prestación, y el deber de este último de pagar lo ofrecido.²⁸

De Ruggiero, citado por Castillo Freyre, señala que la obligación es el vínculo o sujeción de la persona no importando el origen de la obligación, siendo, además, indispensable, que nazcan de relaciones personales y que tengan contenido patrimonial.²⁹

En las obligaciones una vez cumplida la prestación, el vínculo se extingue. Para Carreta Muñoz “los únicos que pueden adquirir obligaciones en el proceso son las partes. Ellas en ciertas ocasiones, pueden quedar vinculadas por algunas causas, que emanan del mismo proceso”³⁰ pero, qué obligaciones se desprenden del proceso. El mismo autor considera como tales el pago de las costas procesales y el de las indemnizaciones generadas intra-proceso, aquellas generadas como consecuencia de la lesión a los intereses extrapatrimoniales de las partes.³¹ Para Pico Junoy, es una obligación el no formular pretensiones o excepciones manifiestamente infundadas, lo que justificaría, como señala el autor, en caso de vulneración, la correspondiente condena en costas.³²

De este modo, se tiene una obligación de no hacer y una obligación de dar. En el artículo 110 del C.P.C. se regula la responsabilidad patrimonial de las partes, sus abogados, sus apoderados y los terceros legitimados por los perjuicios que causen con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe sancionando la conducta con el pago de costas y de una multa no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal.

Es claro que se trata de mirar el proceso como una fuente de obligaciones como sucede con la responsabilidad extracontractual. No se debe olvidar que por su fuente las obligaciones tienen su

²⁸ Felipe Osterling Parodi, *Las obligaciones*, 8° ed., (Lima: Editora Jurídica GRIJLEY E.I.R.L., 2007), 660.

²⁹ Mario Castillo Freyre, “Sobre las Obligaciones y su clasificación”, *THĒMIS-Revista De Derecho*, n° 66 (mayo 2014): 210 <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/12697>.

³⁰ Carreta, *Deberes procesales*, 108.

³¹ *Ibíd.*, 109.

³² Pico, *El principio de buena fe procesal*, 133.

origen en la voluntad de la ley y que, por la naturaleza de la prestación, las obligaciones pueden ser de dar, hacer o no hacer.

En este sentido, aquellas obligaciones que se originan en el proceso tienen origen legal, se han de cumplir y en consecuencia extinguir en el proceso. Esto permite diferenciar las obligaciones procesales de las relacionadas con el derecho materia de fondo que se discute al interior del proceso.

Si se trata de indemnizaciones generadas en el proceso civil peruano, se traerá a colación la figura de la contracautela. Esta tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución. Asimismo, para el caso de las obligaciones de hacer, cabe citar las obligaciones que surgen para un interventor al concederse un embargo en forma de intervención de información: 1) Informar por escrito al juez, en las fechas señaladas por éste, respecto de las comprobaciones sobre el movimiento económico de la empresa intervenida, así como otros temas que interesen a la materia controvertida y 2) Dar cuenta inmediata al juez sobre los hechos perjudiciales al titular de la medida cautelar, o que obstenen el ejercicio de la intervención.

De otro lado, también puede hablarse de la generación de una obligación de dar a favor de un tercero. Así, por ejemplo, se tiene que en el artículo 624 del C.P.C. se establece la obligación de indemnizar al tercero afectado con una medida cautelar.

Tal vez sea posible seguir mencionando ejemplos de obligaciones generadas en el proceso, pero bastará con los anotados para corroborar la existencia de obligaciones no sólo de las partes sino también de otros sujetos que intervienen en el proceso.

Aun cuando está pendiente el estudio de los derechos y facultades, habiendo constatado que los deberes, las cargas y las obligaciones, entendidas en términos generales, no son de titularidad exclusiva de las partes, es posible afirmar que las situaciones jurídicas atribuidas a las partes lo son en virtud de su relación o dependencia directa con la pretensión material discutida en el proceso tal y como se anotó anteriormente. El estudio de los derechos y facultades permitirá aclarar esta afirmación.

1.1.2.4 Derechos y facultades. Respecto a los derechos y facultades, sin negar la existencia de derechos y facultades atribuidos a todos los sujetos que intervienen en el proceso, el análisis se centrará en aquello que hace que las facultades y derechos de los que se hablará sean de titularidad exclusiva de las partes. Gimeno Sendra señalaba que:

El proceso sirve para obtener la tutela judicial de las pretensiones declarativas, constitutivas o de condena, que decida interponer el demandante ante el tribunal competente y frente a los sujetos a quienes haya de afectar la resolución pretendida ... De dicha definición legal se desprende que el concepto de parte presupone una titularidad o cierta situación con respecto a la relación jurídico material debatida y se determina en función de las expectativas de

declaración, realización o transformación, por la sentencia, de dicha relación material o, lo que es lo mismo, por los efectos materiales de la cosa juzgada.³³

Es así como hablar de las expectativas de declaración, realización o transformación a las que se refiere Gimeno Sendra, exige pensar, casi de inmediato, en la posibilidad de disposición del derecho material discutido en el proceso. Sólo las partes (activa o pasiva) podrán por ejemplo renunciar al derecho que sustenta una pretensión, desistirse del proceso, desistirse de la pretensión, allanarse, conciliar y transar, siempre en relación con el derecho material.

Montero Aroca explica esto atendiendo al concepto de legitimidad:

En un sistema de derechos subjetivos privados como es el asumido en la Constitución, principalmente en el aspecto económico, al referirse a la propiedad privada y a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, el principio general del que hay que partir es el de que solo el titular del derecho puede disponer del mismo y que, atendiendo que una manera de disponer de él es deducirlo en el proceso, en este sólo podrá dictarse una sentencia sobre el fondo si las partes han afirmado su titularidad, es decir, si existe la legitimación ordinaria.³⁴

Es probable que esta última cita de Montero Aroca haga necesario preguntarse por los supuestos de legitimidad extraordinaria, supuestos en los que, puede ser que, la posibilidad de disponer del derecho al interior de proceso se encuentre restringida. Por esta razón al determinar quiénes pueden actuar como parte en el proceso se hará imprescindible la referencia a los dos tipos de legitimidad.

Por lo demás, es importante cerrar este apartado estableciendo que las partes en el proceso son aquellos sujetos que plantean una pretensión y aquellos frente a los que se pretende, de modo originario o sucesivo, a través de la solicitud de tutela jurisdiccional y que en ese sentido asumen un conjunto de derechos, facultades, cargas y responsabilidades inherentes al proceso, en virtud de su relación o dependencia directa con la pretensión material discutida en el proceso.

1.2. Determinación de las partes en el proceso

Entendido el significado de parte, es necesario responder a la pregunta sobre quién puede ser parte en el proceso, a la atribución de la calidad de parte; quién puede ser titular del conjunto de derechos, cargas, deberes y obligaciones a los que se ha hecho referencia en el apartado anterior. El análisis que aquí se pretende hacer, dista de lo que se conoce como la capacidad para ser parte en el proceso, la que significa:

³³ Vicente Gimeno Sendra, *Derecho Procesal Civil: I. El proceso de declaración, parte general*; 2° ed., (Madrid: Editorial COLEX, 2007), 99.

³⁴ Montero, *Legitimación en el proceso civil*, 50.

Ni más ni menos la aptitud que el sujeto de derecho (individual, colectivo o patrimonio autónomo) tiene para acudir a ella y ocupar uno de sus extremos. La de demandante o actor o la de demandado o accionado... es la potencialidad que el orden jurídico reconoce a los sujetos de derecho... Así entonces, la capacidad para ser parte en la relación procesal, más que surgir del derecho procesal, ha de estudiarse en las normas sustanciales que regulan la atribución de la personalidad jurídica, bien bajo la forma de patrimonio autónomo, de persona natural o de persona jurídica.³⁵

La capacidad para ser parte material se diferencia a su vez de la capacidad procesal y algunos autores la han asimilado a la capacidad jurídica que regula el derecho civil.

La capacidad para ser parte en el proceso es una aptitud genérica para estar en el proceso (de ahí que se le asimile a la capacidad jurídica) y la capacidad procesal está relacionada con la aptitud específica para participar en el proceso.

Conforme a lo establecido en el artículo 57 del C.P.C. cuentan con capacidad para ser parte en el proceso, es decir con la aptitud genérica para estar en el proceso, toda persona natural o jurídica, los órganos constitucionales autónomos y la sociedad conyugal, la sucesión indivisa y otras formas de patrimonio autónomo.

Respecto a la capacidad procesal, en el caso de las personas naturales, viene determinada por lo establecido en los artículos 42, 43, 44 y 45 del Código Civil al regular la capacidad de ejercicio plena, incapacidad absoluta, la capacidad de ejercicio restringida, los ajustes razonables y apoyos.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 42 toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad. Asimismo, el citado artículo establece que, excepcionalmente tienen plena capacidad de ejercicio los mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan matrimonio, o quienes ejerciten la paternidad. No obstante, ser sujeto capaz no autoriza el ingreso al proceso en calidad de demandante, ni tampoco será razón suficiente para incluir al proceso a cualquier sujeto que haya adquirido la capacidad de forma general o especial.

Sobre la capacidad para ser parte y la capacidad jurídica regulada en el derecho civil, Gimeno Sendra, citado por Priori Posada, señala que:

De un lado, dicha capacidad para ser parte, lo que otorga a esos sujetos de derecho es el ejercicio de los derechos fundamentales de acción o a la tutela judicial efectiva y de la defensa, y de otro ... prohíbe todo género de indefensión material, la capacidad para ser parte ha de ser

³⁵ Rico, *Teoría General del Proceso*, 617.

más amplia, permitiendo el libre acceso, no solo a toda persona física o jurídica legalmente constituida, sino también a los patrimonios autónomos, organizaciones de personas y entes jurídicos que, aunque, no tengan plena capacidad jurídica, se vean obligados a impetrar, a través del proceso, el auxilio de los Tribunales o puedan sufrir los efectos de una sentencia.³⁶

Entonces es válido preguntar qué es lo que determina la calidad de parte. Se ha dicho que la interposición de la demanda constituye el acto de atribución, a los sujetos activo y pasivo, de un conjunto de deberes, obligaciones, derechos, cargas, entre otros; es decir, dicho acto determina la manera de ser de los sujetos que inicialmente intervienen en un proceso. Esto define lo que significa ser parte. No obstante, qué es lo que sucede en los casos de las resoluciones inhibitorias, aquellas en las que el órgano jurisdiccional está impedido de emitir un pronunciamiento sobre el fondo, precisamente porque quien actuó en el proceso no tenía la calidad de parte.³⁷

³⁶ Giovanni F. Priori Posada, "La Capacidad En El Proceso Civil", *Derecho & Sociedad*, n.º 38, (julio 2012): 46, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13102>.

³⁷ Para Adolfo Armando Rivas, existen diversos tipos de legitimación atendiendo al momento procesal en el que se conjuga dicho concepto, así hace referencia a la legitimación formal procesal, legitimación material procesal y legitimación sustancial, "(...) Legitimación formal procesal es la que se obtiene automáticamente por la sola circunstancia de formular una petición inicial al órgano jurisdiccional; da derecho al proveimiento y no es sino una legitimación natural inherente al mismo y sin la cual no podría accederse útilmente, a los estrados judiciales; no está sometida a condición alguna y su duración puede o no ser permanente y alcanzar en este último caso al momento de la sentencia definitiva, si bien para entonces aparecerá comprendida, en el procesal material (...). Se otorgará provisoriamente – no es necesario que el tribunal lo declare específicamente – si hubiera una denegatoria liminar por parte del juzgador o el ingreso al pleito del peticionante estuviese sometido a algún procedimiento previo de admisión; con respecto al primer caso el ejemplo es el de la demanda rechazada por inadmisión al sostener el juez la visible ausencia de legitimación procesal material o de interés cuando este pueda ser considerado como ingrediente independiente de aquella, con respecto al segundo, el tercero cuya pretensión de ingreso le fue denegada luego del procedimiento previsto en el art. 92, CPCN, en ambos supuestos la legitimación tratada permitirá utilizar el carácter de parte limitadamente a los fines de recurrir la medida adoptada hasta tanto no medie la revisión de lo decidido inicialmente tendrá alcance transitorio.

Una vez que el tribunal dio carácter de parte - sea porque no se produjo un rechazo liminar o porque se admitió la intervención de terceros -, se logrará la legitimación formal procesal de manera definitiva de modo de poder ser utilizada hasta el fin del pleito formulando todas las peticiones y cuestiones que puedan presentarse durante el mismo y aun cuando la contraria hubiese articulado la defensa de falta de legitimación que deberá referirse a la de tipo material procesal o según sea el caso, sustancial.

Claro que según el sistema de CPCN si esa defensa pudiera ser considerada como previa y triunfara por ser manifiesta caería la legitimación obtenida formal procesal y material procesal dado el carácter perentorio de esa solución; sin embargo, subsistiría en tanto no se dictase un pronunciamiento de alzada que confirmara lo resuelto.

Legitimación material procesal, esta modalidad de legitimación es distinta por cierto de la que puede corresponder al derecho material y se logrará por la autoatribución o afirmación de ser titular activo o pasivo de una relación sustancial de sentido positivo o negativo, según la posición que asuma en el juicio.

Se arriba a su obtención, en tanto no se produzca alguno de los acontecimientos obstativos relatados al hablar de la formal procesal; concedida, comprende a esta de modo de permitir la utilización del derecho al proveimiento y provocar todos los derechos, deberes y cargas que la condición de parte genera. Puede verse afectado por un planteo previo de falta de legitimación si es que triunfara, pero, como se dijo más arriba no incidirá en la calidad lograda hasta tanto no quede firme.

Con ella se podrá obtener una declaración judicial acerca del mérito de la pretensión, aun cuando, como lo recuerda Devis Echandía ostentarla no es requisito de una sentencia favorable, sino de una sentencia de fondo, salvo que ello fuera afectado por el triunfo de alguna excepción previa de carácter perentorio o por soluciones

La necesidad de responder a la pregunta sobre quién puede ser parte en el proceso, como anota Montero Aroca, obedece a lo siguiente:

Quien sea parte en un proceso va a condicionar toda una serie de fenómenos posteriores, como son... el marco subjetivo de la litispendencia o de la cosa juzgada, la referencia de las causas de abstención y recusación, la condena en costas, la posibilidad de ser o no testigo, etc.³⁸

Ortells Ramos señala que para la atribución de la calidad de parte basta con que el sujeto realice un específico acto procesal, el acto de interponer la demanda, designarse como demandante y designar en ella al demandado; estableciendo, desde el principio, quién ostenta tal calidad a fin de que sean citados a juicio.³⁹

Por su parte Enrique Falcón, citado por Hinostroza Minguez, apuesta por un concepto de parte en el que atiende a la actuación del sujeto frente al órgano jurisdiccional pero incluye en el concepto a todo aquel que solicita tutela, siendo para este indiferente el tipo de tutela reclamada; en este sentido para Falcón será parte todo aquel que reclama el auxilio de la jurisdicción en un proceso, en forma originaria, sucesiva, principal, incidental o accesorio, y los que intervienen como consecuencia de tal reclamo.⁴⁰

Rosemberg, parte de la afirmación del derecho material como criterio delimitador del concepto: No se es parte en el proceso civil como titular de la relación jurídica controvertida, sino actor es quien afirma el derecho (material), y demandado aquel contra el que se lo hace valer. Para la posición de parte procesal no tiene importancia si el actor es el poseedor del derecho y si el demandado es el verdadero obligado o afectado. Muchas veces de acuerdo con

que impidan considerar dicho mérito (declaración de prescripción o de falta de legitimación producida en el fallo definitivo).

La autoatribución será, en la medida y con el alcance correspondiente, el fundamento que permitirá operar a la intervención de un tercero; sin embargo, en este aspecto el juicio de admisibilidad que se refirió en el punto anterior permitirá definir de manera insusceptible de ser revocada ulteriormente, si se otorga o no la legitimación tratada; de ese modo y a tales fines tendrá que sea acreditada en el incidente que resulte de la oposición al ingreso o aportase elementos de oficio de tal contundencia que permitan aceptar como existente la relación sustancia invocada, sin perjuicio de que en la sentencia definitiva se establezca su valor o incidencia sobre o ante la pretensión debatida entre los primitivos litigantes.

De todos modos y en todo caso, y con más razón en el que acabamos de referir, la auto atribución debe estar razonablemente sustentada en el orden jurídico para poder lograr la finalidad buscada (...).

Legitimación sustancia. Frente a la legitimación autoatribuida, encontramos la conferida por certeza proveniente de una sentencia; en tanto haya coincidencia entre los sujetos comprendidos en el fallo quien pretenda ejercitarla, no se podrá discutir su vigencia reabriendo el debate que ya fuera clausurado por ese pronunciamiento. Dentro del mismo proceso en la que fuera establecida servirá para la ejecución del fallo o para su cumplimiento voluntario sin riesgo de pagar mal. Se aplicará igualmente a los casos en que su reconocimiento sirve de antecedente para el ejercicio de pretensiones conexas por subordinación. *Tratado de las tercerías. El proceso complejo*, Tomo 1, (Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1993), 117 – 120.

³⁸ Juan Montero Aroca, et al., *El nuevo proceso Civil*, 2° ed. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000), 64.

³⁹ Ortells et al., *Derecho Procesal Civil*, 95.

⁴⁰ Alberto Hinostroza Minguez, *Sujetos del proceso civil*, (Perú: Gaceta Jurídica, 2004). 203.

el derecho material, están facultados para la gestión procesal y son partes personas distintas de los portadores del derecho o de la relación jurídica controvertida (...) Es una cuestión distinta, si la parte es la verdadera, es decir si el derecho existe y corresponde precisamente al actor frente al demandado, y si las partes tienen la capacidad de llevar el proceso. Esta cuestión resuelve sobre el éxito de la demanda y determina el contenido de la sentencia, pero no determina quién es parte.⁴¹

Para Satta, la parte no puede dissociarse de la titularidad del interés que se hace valer en juicio, en definitiva no puede desatender a la titularidad de la acción; pero en tanto la acción se concreta en la demanda con la postulación del juicio como favorable, es la demanda la que atribuye la calidad de parte, de donde resulta exacta la fórmula tradicional que define a la parte como el sujeto que en su propio nombre demanda o el sujeto contra quien la demanda, siempre en nombre propio, es propuesta.⁴²

De los textos citados es posible extraer algunas conclusiones: Así por ejemplo es posible señalar que:

Con algunos matices, no poco importantes, estos autores coinciden en señalar en que es la realización de un determinado acto procesal lo que determina la calidad de parte: La actuación de un sujeto en contra de otro a través del órgano jurisdiccional, entendiéndose por tal el inicio del proceso judicial a través de la demanda en la que queda materializado el derecho de acción. Compartimos esta afirmación en cuanto a que es la actuación de un sujeto en contra de otro lo que pone en evidencia a las partes en el proceso. Precisamente este es el acto que permite a un sujeto, como se dijo en el apartado anterior, dar origen a esa peculiar manera de ser en relación con lo establecido en la norma procesal. Sin embargo, no parece acertado establecer como único momento de actuación la interposición de la demanda. Además, la realidad presenta situaciones en las que un determinado sujeto es excluido del proceso o el proceso termina sin pronunciamiento sobre el fondo por presentarse problemas con los sujetos que intervienen en el proceso.

De acuerdo con las normas procesales, es posible que la relación procesal sea integrada de oficio o por pedido de una de las partes, desde esa perspectiva es perfectamente correcto afirmar que un sujeto será parte en el proceso aun cuando no aparezca determinado en la demanda. Es necesario considerar un algo adicional que define su intervención.

La discrepancia en las posturas de los autores citados la encontramos precisamente en ese algo adicional, que parece ser, el interés con el que se acude al órgano jurisdiccional. La

⁴¹ *Ibid.*, 205.

⁴² *Ibid.*, 216.

referencia a este interés ha llevado a diversos autores a considerar las categorías intermedias: partes principales, accesorias, incidentales o subordinadas.⁴³

Al órgano jurisdiccional se puede acudir con pedidos distintos, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no se reduce al acto de interposición de demanda y de contestación de esta; por ejemplo, no puede desconocerse que un pedido de desafectación de un bien embargado a un sujeto que no es el obligado en un proceso se constituye en una forma de pedir tutela jurisdiccional al Estado. El sujeto que pide la desafectación cuenta con una cualidad especial, que en derecho procesal se denomina legitimidad, concepto que es transversal en el proceso, de tal manera que se puede hablar de la legitimidad del demandante, del demandado, del tercero o incluso, de la legitimidad para plantear nulidades.⁴⁴

Tenemos así una legitimidad que varía de contenido atendiendo a un interés específico.⁴⁵ Esto hace de la existencia de legitimidad, un asunto de difícil determinación, el cual será analizado con detenimiento en el capítulo II de este trabajo.

1.3. Parte material y parte formal en el proceso

Antes de empezar un análisis sobre el tema de la legitimidad, que como se ha indicado anteriormente, resulta ser un concepto que se predica incluso de quien no tiene la calidad de parte, es importante considerar la diferencia que se ha hecho en doctrina entre parte material y parte formal.

Esta es una distinción que permite comprender que legitimidad y capacidad son conceptos distintos.

Como ha señalado Rivas, la orientación doctrinaria en general ha hecho prevalecer “la concepción de parte como elemento componente de un campo estrictamente procesal, es decir perteneciente exclusivamente al proceso, a la relación procesal y por lo tanto ajeno a la relación sustancial”.⁴⁶

En los apartados anteriores quedó establecido que es requisito para actuar en el proceso contar con capacidad, lo que en doctrina y en la norma procesal se denomina capacidad para ser parte. Pero debe quedar claro que esta capacidad es la requerida para realizar cualquier actuación en el

⁴³ Sheila Maria Vilela Chinchay, “La intervención de terceros en el proceso civil: El interés como criterio delimitador de la calidad de tercero”, *Ius Revista de Investigación de la Facultad de Derecho*, 1 n.º 2 (julio 2011): 140. <https://doi.org/10.35383/ius-usat.v1i1.431>.

⁴⁴ Vicente Gimeno Sendra señala que “El concepto y el estatus jurídico de las partes, vienen, pues determinado por la legitimación”, *ibíd.*, 100.

⁴⁵ Antonio Salas Carceller indica “... Desde luego, es distinto el enfoque de la legitimación del que parten cada uno de los indicados preceptos y algunos de ellos no se refieren propiamente a la legitimación ad causam sino a aquella otra que, dando por supuesta la legitimación causal, resulta necesaria para poder interponer válidamente determinados recursos o formular determinadas pretensiones en el proceso como ocurre con la recusación, la acumulación de autos, etc.”, “Legitimación”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 19, (2005): 70.

⁴⁶ Rivas, *Tratado de las tercerías*, 108.

proceso aun cuando no se actúe en calidad de parte (demandante o demandada). Se considera parte material:

Al titular de la pretensión o de la resistencia, a quien la autoridad le beneficiará o perjudicará en forma directa con la sentencia que resuelva el litigio (...). Parte formal es quien actúa en el proceso representando al titular de la pretensión o de la resistencia. Su actuación procesal la realiza en beneficio de la pretensión o de la resistencia en un proceso, pero no es el titular de ninguna de ellas.⁴⁷

Es parte formal el representante, quien actúa en nombre de otro y para actuar bastará con que cuente con las facultades requeridas para actuar. Al representante no se le exige ningún tipo de legitimidad.

La representación puede ser legal, judicial o convencional. En los dos primeros casos se trata de la representación que se ejerce en los casos de incapacidad en tanto los incapaces no pueden ejercer por sí mismos sus derechos. La representación legal de los incapaces se da a través del ejercicio de la patria potestad, la tutela o la curatela, según corresponda.

Por su parte, las personas jurídicas requerirán de representantes y, en estos casos, también nos encontramos con un caso de representación legal. En lo que a la representación convencional respecta, esta se produce entre personas con plena capacidad de ejercicio y los casos de capacidad restringida cuando es aplicable.

En este sentido el representante actúa en nombre ajeno, como tal actuará en un proceso para hacer valer los derechos o intereses de otro sujeto y por ello, actuará en atención a la legitimidad para obrar que le asiste a su representado. Esta es una diferenciación importante y útil al momento de analizar los efectos y alcances de la cosa juzgada, así como, la identidad subjetiva jurídica en la determinación de la existencia de procesos idénticos.

⁴⁷ Alberto Said e Isidro M. González Gutiérrez, *Teoría General del proceso*, (México: Iure Editores, 2007), 273.



Capítulo 2

Legitimidad para obrar y su constitución

Son diversos los temas que se necesita abordar para comprender la legitimidad para obrar. No sólo para comprender lo que es esta figura procesal, sino también cómo y cuándo se prueba su existencia en un proceso concreto. Estas respuestas son de vital importancia considerando los efectos negativos que produce en la vida de un sujeto una declaración de improcedencia.

El análisis de la legitimidad y su constitución partirá de la identificación del objeto de protección de la tutela jurisdiccional y los tipos de pretensiones que se pueden presentar en un proceso.

2.1 El objeto de protección de la Tutela Jurisdiccional

En la regulación procesal civil, se parte de la idea de que constituye objeto de protección tanto los derechos como los intereses.

En el artículo I del T.P. del C.P.C. se establece que toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso. Así también lo considera Almagro Nosete al señalar que:

Siendo el proceso el instrumento fundamental con el que la jurisdicción cuenta para el cumplimiento de sus fines, genéricamente la función del proceso será la obtención de aquellos fines que la jurisdicción persigue. Así pues, cumple el proceso una función de protección de los derechos subjetivos e intereses materiales, con la función de control de protección de la legalidad sobre la administración y los particulares y con otra función de complementación del ordenamiento jurídico o de creación judicial del Derecho a través de su interpretación.⁴⁸

Como señalan Didier y Zaneti la construcción de estos dos conceptos proviene de la doctrina italiana en la que se habla de derechos subjetivos e intereses legítimos:

Los primeros son juzgados por la justicia civil (relaciones entre particulares); y los intereses legítimos son juzgados ante órganos de la justicia administrativa (relaciones entre particulares y administración pública) o de interés social relevante ... la característica de la distinción es que mientras el derecho subjetivo se vincula directamente al individuo, protegiendo su interés individual, los intereses legítimos se dirigen al interés general y favorecen al individuo solo como elemento, es decir, como miembro del Estado.⁴⁹

En nuestra legislación la intención del legislador parece haber sido proteger estas dos categorías, pero debido a la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, no deja a una justicia

⁴⁸ José Almagro Nosete *et al.*, *Derecho procesal: Parte General, Proceso Civil*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 1991), 208.

⁴⁹ Fredie Didier Jr. y Hermes Zaneti Jr., *Proceso colectivo: Tutela procesal de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, (Lima: Palestra Editores 2019), 95.

administrativa la protección de los intereses, es decir tanto los derechos subjetivos cuanto los intereses son objeto de tutela jurisdiccional ante el poder judicial. Sin embargo, como se verá más adelante, se presenta el problema de unidad conceptual en cada norma del ordenamiento peruano y como consecuencia de ello, en más de un caso, la inexistencia de mecanismos adecuados de protección para lo que se ha denominado intereses.

2.1.1 La protección de derechos

Como señala Figueroa Yañez, el derecho subjetivo o crédito se ha tratado de explicar desde múltiples puntos de vista. Existen numerosas teorías al respecto, dentro de las cuales destacan la teoría de la voluntad, elaborada por Savigny y Windscheid; la teoría del interés, de Ihering y la teoría de la voluntad del ordenamiento jurídico y del interés combinado, de Bekker.⁵⁰

Asimismo, existen teorías que desconocen su existencia como la teoría de Duguit y la teoría de Kelsen.⁵¹

Para Hervada el derecho es algo debido y, por tanto, es exigible. El derecho está atribuido a alguien por un título y recibe el nombre de *ius* o derecho, en virtud de una cualidad que lo sitúa en el mundo de lo jurídico: el derecho es debido. Asimismo, señala que:

Quizá podría pensarse que la verdad está en lo contrario: el derecho es exigible y, por lo tanto, es debido. No lo pensamos así. Sería acaso verdad si estuviéramos hablando del derecho subjetivo, el cual se define como una facultad de exigir ... Nosotros no hablamos del derecho subjetivo, sino del derecho en sentido realista —el derecho en sentido propio y estricto— o cosa

⁵⁰ Figueroa señala que la teoría de la voluntad es elaborada por autores como Savigny y Windscheid. Ellos sostienen que el derecho subjetivo es un poder o señorío concedido a la voluntad por el ordenamiento jurídico. Se critica esta teoría porque no logra explicar los casos en que existe un derecho subjetivo con independencia de la voluntad de su titular, como sucede con los derechos de los incapaces, o en el caso en que el titular ignore que tiene un derecho, por ejemplo, porque lo ha heredado.

La teoría del interés, de Ihering, sostiene que el derecho subjetivo es un interés jurídicamente protegido por el ordenamiento, debido a ciertos fines que el propio ordenamiento se ha propuesto. Se ha criticado esta teoría porque desconoce la importancia que la voluntad tiene en el derecho subjetivo, voluntad que constituye el motor por el cual el derecho subjetivo se echa a andar.

La teoría de la voluntad y del interés combinado, de Bekker. Dice esta teoría que el derecho subjetivo resulta de la voluntad y del interés jurídicamente protegido, sirviendo la voluntad para concretar el derecho subjetivo, y siendo el interés el contenido de este...En todo derecho, pues, hay que distinguir dos elementos: el goce, interés o provecho, y el poder de actuar, de hacer valer el interés, de disponer. Por eso puede definirse el derecho subjetivo como el poder de obrar de una persona individual o colectiva para realizar un interés dentro de los límites de la ley, o bien, el poder de la voluntad del hombre de obrar para satisfacer los propios intereses en conformidad con la norma jurídica. *Curso de Derecho Civil*, 205-208.

⁵¹ Figueroa señala: Para Duguit, los individuos no tienen derechos, la colectividad tampoco los tiene, pero todos los individuos están obligados, por ser seres sociales, a obedecer la regla social; que todo acto violador de esta regla provoca de modo necesario una reacción social que, según los tiempos y países, reviste formas diversas, así como todo acto individual, conforme a esa relación, recibe una sanción social variable también en las diversas épocas y lugares. *Ibid.*, 208 – 209.

Para Kelsen, el derecho subjetivo, no es sino, la resultante de la aplicación a los individuos, del derecho objetivo, es solo un aspecto de la subjetivación de la norma jurídica.

justa. La cosa es debida y, en consecuencia, debe darse en su momento, haya habido reclamación y exigencia previa o no.⁵²

En cuanto a lo señalado, se ha de entender por derecho, aun cuando se le haya añadido el calificativo de subjetivo, no la mera facultad de exigir sino, aquello que ha sido atribuido a un sujeto en virtud de un título y que como tal puede ser exigido y protegido. Consecuentemente, sin desconocer la importancia que representan las citadas teorías, lo cierto es que se sigue hablando de derechos y de la necesidad de que el Estado cumpla su rol protector de los mismos.

Figuroa Yañez hace referencia a una suerte de jerarquización de los derechos subjetivos partiendo de la clasificación de estos:

En la misma cumbre, los derechos puros y simples, que son actuales y definitivos, que son derechos investidos de todos sus atributos, y que constituyen la regla; debajo de ellos, los derechos afectados por un término (suspensivo), que son actuales en su existencia, no en su exigibilidad; más abajo todavía, los derechos afectados por una condición (suspensiva), cuya imperfección es sensiblemente más grave, y cuya misma existencia está subordinada a un acontecimiento, el cual se producirá retroactivamente, de modo que, una de dos, o bien se les reputará como existentes desde su origen, o bien se hará de ellos tabla rasa; en un escalafón inferior se encuentran los derechos eventuales, que son gérmenes, posibilidades más bien que realidades. Si alguna vez llegan a afirmarse, carecerán de retroactividad; en fin, se cierra la lista con las simples expectativas, las cuales, a decir verdad, no son derechos, ni aun en potencia, sino intereses a los cuales no concede la ley su protección ni aun condicionada.⁵³

De este modo se tiene: Los derechos que tienen existencia y son exigibles (derechos puros), derechos que tienen existencia, pero no son exigibles (los afectados por un término), los derechos que no existen, pero pueden existir (sujetos a condición), los derechos que son gérmenes y como tal no existen (eventuales) y los que no son derechos (expectativas).

En el artículo 178 del C.C. se regula el acto jurídico sujeto a plazo suspensivo (término eficacia). En tanto se trata de un elemento accidental vinculado a la eficacia de un acto que depende de la realización de un hecho cierto, el mismo no surte efectos mientras corre el plazo, es decir, el derecho no sería exigible hasta que se cumpla el plazo.

Conviene intentar aclarar cuál es la diferencia entre un derecho sujeto a condición y un derecho eventual. Ambos se caracterizan por la inexistencia por lo que tal vez haya que poner énfasis en el grado de certeza sobre su posible existencia.

⁵² Javier Hervada, *Introducción crítica al derecho natural*, 11ª ed., (Madrid: EUNSA, 2011), 44.

⁵³ Figuroa, *Curso de Derecho Civil*, 215.

En el artículo 173 se regulan los derechos afectados por una condición suspensiva o resolutoria. La condición, al igual que en el supuesto del plazo, es un elemento accidental vinculado a la eficacia del acto jurídico, pero a diferencia de lo que sucede con el plazo la condición pende, no corre, pues se trata de la ocurrencia de un hecho incierto.

Para Figueroa Yañez en el supuesto de la condición suspensiva la imperfección es sensiblemente más grave porque la existencia del derecho está subordinada a un acontecimiento. Como ya se ha dicho, este acontecimiento es incierto y, aunque el autor considera que en tales circunstancias el derecho no existe, es preciso recalcar que en tanto se trata de un requisito de eficacia el título que atribuye el derecho existe, pero no produce efectos. Esta producción de efectos depende de un hecho incierto y por esta razón su imperfección es sensiblemente más grave que la que afecta a los derechos sujetos a un término.

En estos casos, tal como lo establece el referido artículo, el adquirente puede realizar actos conservatorios mientras esté pendiente la condición suspensiva.

Por su parte los derechos eventuales, señala el autor, son gérmenes, posibilidades más bien que realidades. En el citado artículo 173 se regula los derechos bajo condición resolutoria, pero, en este caso interesa mirar no al adquirente del derecho porque este cuenta con un derecho que existe y es exigible, puede ejercitar el derecho, sino, a la otra parte que estará autorizada para realizar actos conservatorios. En este segundo caso probablemente sea posible hablar de derechos eventuales. El derecho eventual, como señala Figueroa Yañez, es:

Aquel cuya suerte depende de un acontecimiento que interesa a uno de sus elementos esenciales y constitutivos, fuera de los cuales su existencia sería inconcebible...Permite a un titular proceder a actos conservatorios, es susceptible de transmitirse, sobre todo por vía de sucesión.

Los elementos esenciales y constitutivos serán aquellos que dan lugar a la existencia de un título que atribuye un derecho a determinado sujeto. Desde esta perspectiva, la ausencia de tales elementos solo permite pensar en un derecho potencial, como lo denomina Laligant.⁵⁴

Laligant, citado por Córdón Moreno, identifica al derecho eventual con el interés; en ese sentido señala:

Aparece como un verdadero derecho potencial, o por tomar una expresión ya empleada, como un derecho eventual. Todavía sin haber sido elevado a la dignidad de derecho subjetivo, pero susceptible de serlo. Es, en definitiva, una noción supletoria del derecho y, como tal, otorga cualidad para obrar (legitimación), constituye un elemento determinante de la cualidad.⁵⁵

⁵⁴ Figueroa, *Curso de Derecho Civil*, 214-215.

⁵⁵ Faustino Córdón Moreno, *La legitimación en el proceso contencioso – administrativo*, (Pamplona: EUNSA, 1979), 45.

Pensar en un “algo” no elevado a la dignidad de derecho subjetivo, pero susceptible de serlo, es pensar precisamente en un interés. Surge así la referencia al interés como objeto pasible de protección de la tutela jurisdiccional. Se trata en palabras del mismo Cordón Moreno, de una situación jurídica que, al igual que el derecho, hace referencia a un concreto bien de la vida.⁵⁶

También aparece la referencia al interés en relación con lo que en numerosa doctrina se ha denominado intereses difusos, aunque en este caso, en realidad parece ser que se trata de la titularidad conjunta de un derecho. Como señala Taruffo:

Un aspecto importante adicional del movimiento de acceso a la justicia es que, la necesidad de suministrar a la gente protección judicial efectiva, se ha extendido a los llamados nuevos derechos, como los de los consumidores, o el derecho a vivir en un ambiente sano. Una característica importante de estos nuevos derechos es que no son estrictamente individuales: realmente, a menudo son definidos como intereses o derechos colectivos, difusos, fragmentados y supraindividuales. El principal problema que tienen estos derechos, desde el punto de vista procesal, es que trascienden la tradicional dimensión individual de los derechos subjetivos clásicos, y están adecuadamente adscritos a grupos, clases o comunidades de personas que incluso pueden no estar determinados.⁵⁷

Estas consideraciones justifican la necesidad de abordar el tema del interés como categoría o como situación jurídica pasible de tutela a través de un proceso civil.

2.1.2 Protección de intereses

El derecho eventual, como se anotó en el apartado precedente, se ha identificado con el interés y también es objeto de protección. Ergo, es necesario determinar lo que es el interés y su relación con el derecho.

Para Riofrío Martínez Villalba, pese a que buena parte de la doctrina administrativa afirma que el interés, al que agrega el calificativo de legítimo, no es otra cosa que un derecho subjetivo; en *stricto sensu*, no parece que la naturaleza jurídica del interés sea propiamente la de un derecho. Esta afirmación, se sostiene, según el autor, en el hecho de que existen intereses que no son legítimos, y es impensable que se les pueda calificar de derechos subjetivos.⁵⁸

El interés sería una categoría amplia que incluye todo tipo de intereses, los legítimos y los ilegítimos. Dentro de los primeros caben otras clasificaciones y es importante determinar dónde se originan.

⁵⁶ Cordón, *La legitimación*, 89.

⁵⁷ Michele Taruffo, *Páginas sobre justicia civil*, (Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2009), 34.

⁵⁸ Juan Carlos Riofrío Martínez – Villalba, “El interés procesal”, *Ius Humani, Revista de Derecho*, n.º 1 (enero 2008): 127.

Alibert, citado por Cordón Moreno, señala que el interés se deriva del perjuicio personal causado y en ese sentido, se parece al derecho violado.⁵⁹ Para este autor en el ordenamiento español, no existen derechos subjetivos e intereses directos como categorías sustanciales de distinta configuración, sino que se encuentran íntimamente enlazados. Tanto derechos como intereses son situaciones jurídicas, como se señaló anteriormente, que hacen referencia a un concreto bien de la vida, pero mientras el derecho subjetivo comporta siempre poderes sustanciales (poder de disposición); el interés protegido da lugar solamente a poderes instrumentales (poder de reacción frente al acto que lo lesiona).⁶⁰ Esta afirmación tiene sentido, si se considera el derecho no como una mera facultad de exigir sino como lo debido, de acuerdo a lo señalado por Hervada.

Por el contrario, Monroy Palacios parte de una idea distinta del interés en calidad de expectativa. Así para el autor el interés es:

La expectativa de obtener una ventaja material... Cuando este interés se encuentra previsto por el Derecho... se le denomina interés jurídico (interés con relevancia jurídica). Ahora bien, cuando la ventaja material sobre la que se expresa nuestro interés jurídico se consuma, es decir cuando logramos realizar nuestro interés, desaparece éste y pasamos, como es de entenderse, a un estado distinto que denominamos satisfacción. La satisfacción, por tanto, se ubica en un lugar, temporalmente posterior al concepto de interés. Nunca coinciden, sino que existe una relación de sucesión temporal entre uno y otro.⁶¹

Romero Seguel, señala lo siguiente:

En sentido negativo, el interés no sería un derecho subjetivo, sino una situación que está en vía de convertirse en un derecho subjetivo, cuando el legislador lo reconozca formalmente; esta falta de sanción legal, en todo caso, no es impedimento para otorgarles protección jurisdiccional. Y citando a Couture, se tiene que, en sentido positivo, el interés diría relación con una aspiración legítima de orden pecuniario o moral, que representa para una persona la existencia de una situación jurídica o la realización de una determinada conducta.⁶²

La satisfacción alcanzada de la que habla Monroy (aunque solo haga referencia a la de tipo material), en palabras de Romero Seguel, implicará que el interés se ha convertido en derecho subjetivo, precisamente porque se trata de una aspiración legítima.

Por su parte, como ya se ha mencionado, Alibert, no vincula el origen del interés a la existencia de una expectativa de ventaja que, una vez satisfecha, se convierte en derecho. Para este autor, el interés deriva de la existencia de un perjuicio; pero ¿qué es aquello que se lesiona y que como tal

⁵⁹ Cordón, *La legitimación*, 45.

⁶⁰ *Ibid.*, 89.

⁶¹ Juan José Monroy Palacios, *La Tutela Procesal de los Derechos*, (Lima: Palestra Editores, 2007), 102.

⁶² Alejandro Romero Seguel, *Curso de Derecho procesal Civil Tomo I*, (Santiago de Chile: Editora Jurídica de Chile, 2012), 90

genera un perjuicio si no existe un derecho? Y de otro lado, ¿cuándo se está frente a una aspiración legítima?

García de Enterría, citado por Cordón Moreno, refiriéndose al interés generado frente a la actuación de la administración pública, afirma:

Antes de la infracción no existiría un derecho subjetivo propiamente tal, sino un simple deber impuesto por la ley al otro sujeto...pero una vez violado o infringido el deber, surge ya un derecho subjetivo, el de reparación o restitución, que obliga a reintegrar al otro sujeto en la esfera de deber transgredida y a reparar, en su caso, el perjuicio que esta trasgresión ha podido causar al dañado.⁶³

Ergo, la lesión de la que se habla es una relacionada con la existencia de un deber que, para el caso de la administración pública, está vinculado a la legalidad de las actuaciones. Sin embargo, esta idea parece no ser fácil de explicar en el proceso civil. Cómo puede hablarse de la protección de un interés, qué deberes han sido establecidos de modo general y que como tal su trasgresión haga factible el origen un derecho subjetivo.

Al respecto, se puede afirmar que si existe el deber existe el derecho, porque, qué es un deber sin un derecho. Dice Fuertes – Planas: “Nadie debe desconocer que, derecho-deber, son dos polos de la misma realidad, que para la existencia de derechos se requiere, incluso con carácter previo, la delimitación de los deberes y responsabilidades”.⁶⁴ Se lesiona algo respecto de lo cual existía un deber de cuidado o de abstención o de actuar con diligencia, pero, porque del otro lado existe un sujeto titular de un derecho.

Como señala el autor se trata de dos polos de la misma realidad, aunque debe señalarse que no es posible afirmar que los deberes existan con anterioridad al derecho, sino que son coetáneos. Así, queda claro que la lesión origina el interés y en este caso se identifica con un derecho.

Si se piensa en la cláusula *neminem laedere* que recoge el artículo 1969 del C.C., se puede colegir que aquella tiene su razón de ser en la existencia del deber de respeto a un conjunto de derechos atribuidos a todo sujeto de derecho; así, a modo de ejemplo, se puede hablar del derecho a la integridad física y moral o del derecho a conservar la propiedad. En ese sentido no parece correcto afirmar que es posible la existencia de un deber sin que exista como correlato un derecho.

Por su parte, si se habla de la nulidad del acto jurídico por simulación absoluta, regulada en el artículo 219, del C.C., puede entenderse que quien celebra un acto jurídico o quien se ve afectado por la celebración de un acto jurídico debido a que se trata de un acto simulado, vea comprometido su patrimonio y entonces, se dice que existe un derecho lesionado.

⁶³ Cordón, *La legitimación*, 89-90.

⁶⁴ Aracely Hoyo Sierra y Angel Sánchez de la Torre, *Modalidades de responsabilidad jurídica: deber y obligación*, (Madrid: Editorial Dykinson S.L., 2008), 45.

Ahora, respecto a lo anotado por Monroy, cuál es el sustento de aquella expectativa de obtener una ventaja material. Como se ha visto en las líneas anteriores si la postura de Alibert, al referirse al perjuicio, implica una mirada al pasado para entender el surgimiento del interés, en esta postura, corresponde mirar hacia el futuro. Para Monroy, se decía, el interés es una expectativa, una ventaja, una aspiración legítima.

En ese sentido, es legítimo evitar que se cause daño a nuestra propiedad, como es legítimo, obtener un bien. Un derecho existe cuando para un determinado sujeto, aquel ha sido atribuido a través de un título y al hablar de expectativas o de derechos eventuales, difícilmente se puede hablar de la existencia de un derecho.

Si se recuerda lo dicho sobre la jerarquización de derechos de Figueroa Yañez, es posible apreciar que dicha jerarquización se elabora en atención al criterio de existencia y exigibilidad. Así, se tenía que los derechos puros, son de existencia actual y definitiva; los derechos sujetos a término, si bien son actuales en cuanto a su existencia, no son exigibles hasta que se cumpla el término; los derechos sujetos a condición tienen existencia condicionada y los derechos eventuales, en tanto meras posibilidades, no son derechos, aunque podrían llegar a serlo. Esto último significa, que existe la posibilidad de la generación de un título a través del cual se atribuya un determinado derecho.

Luego, la pregunta de rigor será, cómo o por qué proteger una mera expectativa, una posibilidad de obtener una ventaja, una posibilidad de obtener un título que atribuya un derecho.

Conviene en este punto recordar lo siguiente:

No hay que confundir el título con el fundamento del derecho, pues son dos cosas distintas. El fundamento es aquello en cuya virtud un sujeto puede ser sujeto de derecho o de determinados derechos. El fundamento, habilita para ser titular de un derecho, pero no lo otorga; en cambio el título otorga el derecho, todo derecho se funda en último extremo, en la condición de persona propia del hombre; pero puede haber un fundamento más próximo. Así los derechos políticos se fundan en la condición de nacional. Cuando se posee el fundamento, no se posee por eso el derecho, si falta el título. Fundamento de los derechos hereditarios es la condición de hijo: en cambio el título es el testamento.⁶⁵

Si se considera, por ejemplo, el tema de la prescripción adquisitiva de dominio se tiene lo siguiente:

De acuerdo con lo establecido en el artículo 950 del C.C., la propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años y, se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe.

⁶⁵ Hervada, *Introducción crítica*, 49-50.

Por su parte en el artículo 952 se establece que quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario. La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño.

Al respecto, se ha discutido si la declaración judicial constituye el título de atribución del derecho de propiedad o simplemente se trata de un mecanismo declarativo. En el segundo supuesto, el título de atribución sería el mero transcurso del tiempo, requiriendo de una declaración sólo para lograr la inscripción del derecho.

En este caso, aceptada la teoría de que el cumplimiento de los requisitos recogidos en el artículo 950 del C.C. constituye el título del derecho, no es difícil comprender que se acude al poder judicial para proteger un derecho. De aceptarse la teoría contraria, es decir, que la sentencia expedida en el poder judicial es constitutiva del derecho de propiedad, se estaría frente a un claro supuesto de existencia de un interés originado por una aspiración legítima o por la expectativa de adquisición de una ventaja.

En la segunda teoría, el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 950, sería el fundamento para lograr la atribución del derecho de propiedad.

Visto así, una expectativa genera un interés que será protegido por su vinculación con un derecho, el derecho de propiedad. Ergo, no es posible que exista un interés no vinculado a un derecho, pero será necesario analizar cuáles son los casos en los que se acude al órgano jurisdiccional en función de la existencia de una expectativa de ventaja.

Alibert, como se anotó anteriormente, establece una diferencia importante entre el derecho subjetivo y el interés:

Tanto derechos como intereses son situaciones jurídicas, que hacen referencia a un concreto bien de la vida, pero mientras el derecho subjetivo comporta siempre poderes sustanciales (poder de disposición); el interés protegido da lugar solamente a poderes instrumentales (poder de reacción frente al acto que lo lesiona).⁶⁶

Sin embargo, esta afirmación sólo es útil cuando se considera que el interés se deriva de un perjuicio y no cuando se considera a este como una expectativa de obtener una ventaja. Si se acude al órgano jurisdiccional para obtener una ventaja, no se puede hablar de un poder de reacción, salvo que no se limite el alcance de este poder instrumental a la reacción, sino que se extienda a la acción de acudir ante un órgano competente cuando se tiene una expectativa.

Sobre la figura del retracto, se ha discutido cuál es su naturaleza jurídica, si es una expectativa protegida por una suerte de energía persecutoria o si se trata de un derecho. Que se considere al

⁶⁶ Cordón, *La legitimación*, 89.

retracto como una expectativa, es el ejemplo perfecto de un interés que no solo habría sido tutelado como tal, sino atribuyéndole calidad de derecho. De La Puente y Lavalle, señala que su naturaleza jurídica es la de un derecho de subrogación, un comprador adquiere el bien y después el retrayente ocupa su lugar en el contrato de compraventa, ese es el contenido del derecho.⁶⁷

El retracto no es considerado por el C.C. como una expectativa de obtener una ventaja material puesto que, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 1599 del C.C., no se trata de cualquier sujeto buscando obtener una ventaja, se trata de sujetos con determinadas características a los que legalmente les ha sido atribuido el referido derecho. Conforme a tal regulación, existen titulares de un derecho, no de un interés, el derecho ya existe y consiste en colocarse en lugar del comprador.⁶⁸ Sin embargo, es posible afirmar que la subrogación no es más que un poder instrumental que el sujeto descrito en el artículo 1599 del C.C. puede utilizar y a partir de allí alcanzar un derecho.⁶⁹

Es también interesante hablar de la legítima. Lohmann Luca de Tena la define a partir de los sujetos beneficiarios de la misma, así, para el autor la legítima “es en rigor, un derecho en favor de ciertos parientes que (salvo los casos excepcionales de desheredación o de indignidad) se expresa normalmente en una participación determinada de la herencia”.⁷⁰ Por su parte el artículo 723 del C.C. la define desde su contenido, desde la prohibición que contiene, en tanto establece que constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos.

Sobre la naturaleza de esta figura existe discusión (si es *pars bonorum* o *pars hereditatis*); sin embargo, es importante considerar que aun cuando algunos autores han afirmado que se trata de un derecho de crédito, su configuración es la de un interés en la obtención de una ventaja de tipo económico. Este interés le permitirá adquirir evidentemente un derecho, el de propiedad, al que se accederá una vez ocurrido el hecho de la muerte, salvo que se haya efectuado la cesión de bienes en

⁶⁷ Manuel de la Puente y Lavalle, “Derecho de Retracto”, *THĒMIS-Revista De Derecho*, n.º 38, (1998): 126, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10315>.

⁶⁸ De acuerdo al artículo 1599 del C.C. son titulares del derecho de retracto: El copropietario, en la venta a tercero de las porciones indivisas; el litigante, en caso de venta por el contrario del bien que se está discutiendo judicialmente; el propietario en la venta del usufructo y a la inversa; el propietario del suelo y el superficiario, en la venta de sus respectivos derechos; los propietarios de predios urbanos divididos materialmente en partes, que no puedan ejercitar sus derechos de propietarios sin someter las demás partes del bien a servidumbres o a servicios que disminuyan su valor y el propietario de la tierra colindante, cuando se trate de la venta de una finca rústica cuya cabida no exceda de la unidad agrícola o ganadera mínima respectiva, o cuando aquella y esta reunidas no excedan de dicha unidad.

⁶⁹ En la doctrina se ha discutido sobre la naturaleza jurídica del derecho de retracto. Hay quienes lo catalogan como derecho real y otros, como derecho personal. Para quienes lo ubican dentro de la categoría de los derechos, especifican que se trata de un derecho real de adquisición como sucede con el derecho de opción y el de tanteo. Tal vez la discusión quede zanjada si se tiene en cuenta que se trata de un interés por conseguir una ventaja material y no de un derecho.

⁷⁰ Guillermo Lohmann Luca de Tena, “¿Es la legítima herencia forzosa? (y otras reflexiones a propósito de los artículos 723 y 1629 del Código Civil)”, *IUS ET VERITAS*, 5 n.º 10, (1995): 40, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15474>.

vida (lo que opera como anticipo). Se debe considerar que la adquisición de bienes por los legitimarios está supeditada al resultado de la reconstrucción del patrimonio hereditario, la deducción de las deudas y de la adición de las liberalidades otorgadas en vida. Nada impide que el resultado sea negativo, caso en el que el legitimario no adquirirá patrimonio alguno.

En el artículo 956 del C.C. se establece la posibilidad, de quien tenga legítimo interés, de pedir la reparación, la demolición o la adopción de medidas preventivas, si alguna obra amenaza ruina. Es este un supuesto en el que se busca evitar un daño y no de la expectativa de obtener una ventaja ni de un supuesto de lesión consumada y que como tal da origen al interés puesto que nuevamente se busca proteger un derecho. En este caso, un eventual daño, es el generador de un interés, el mismo que da lugar a poderes instrumentales (aquí sí, poderes de reacción).

De acuerdo con lo regulado por el artículo 47 del C.C., quien invoque legítimo interés en los negocios o asuntos del desaparecido, puede solicitar la designación de curador interino. Se tiene una primera norma que revela la existencia de un interés de tipo material, específicamente económico, una expectativa de obtener una ventaja material, en palabras de Monroy Palacios o, tal vez la necesidad de evitar un daño. En el mismo sentido, lo prescrito en el artículo 49 del C.C., al establecer que cualquiera que tenga legítimo interés o el Ministerio Público pueden solicitar la declaración judicial de ausencia.⁷¹

Federico Carpi al analizar el tema de la legitimidad hace referencia a los procesos con contenido objetivo, aquellos casos en los que existe un interés tutelado, pero solo de modo reflejo al activar la tutela de un interés público. En ese sentido, al referirse a la legitimidad para obrar en los procesos de interdicción o inhabilitación señala que:

Es atribuida por la ley en modo específico, como sucede con otras hipótesis similares, así el artículo 447 C.C. concede la acción al cónyuge, a los parientes dentro del cuarto grado y los afines dentro del segundo, al tutor o curador, o bien al ministerio público (cuya intervención es obligatoria ex art. 70 n. 1 CPC), pero nunca al único titular de la situación sustancial deducida

⁷¹ Similar referencia se encuentra en los siguientes artículos del C.C.: Artículo 127.- “Si por cualquier causa el acto constitutivo de la fundación no llega a inscribirse, corresponde al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, al Ministerio Público o a quien tenga legítimo interés, realizar las acciones para lograr dicha inscripción...”.

Artículo 129.- “De no ser posible la inscripción a que se refiere el artículo 127, la Sala Civil de la Corte Superior de la sede de la fundación, a solicitud del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, del Ministerio Público o de quien tenga legítimo interés, afectará los bienes a otras fundaciones de fines análogos o, si ello no es posible, a otra fundación preferentemente establecida en el mismo distrito judicial”.

Artículo 599.- El juez de primera instancia, de oficio o a pedido del Ministerio Público o de cualquier persona que tenga legítimo interés, deberá proveer a la administración de los bienes cuyo cuidado no incumbe a nadie, e instituir una curatela, especialmente:

- 1.- Cuando los derechos sucesorios son inciertos.
- 2.- Cuando por cualquier causa, la asociación o el comité no puedan seguir funcionando, sin haberse previsto solución alguna en el estatuto respectivo.
- 3.- Cuando una persona sea incapaz de administrar por sí misma sus bienes o de escoger mandatario, sin que proceda el nombramiento de curador.

en juicio, es decir, al interdicendo o al inhabilitando. En esta hipótesis es clarísimo el fenómeno sobre el cual he venido discutiendo: no es tutelado un derecho subjetivo del recurrente, sino que es utilizada su iniciativa para actuar la ley, es decir, para satisfacer un interés público. Tal acción se presenta como parte del desarrollo de una función, es decir de una actividad destinada a la actuación de un interés al cual está preordenada. Tampoco es relevante el hecho de que pueda existir un coincidente interés individual, como es hipotizable, en el cónyuge o en los parientes del interdicendo o inhabilitando, para que sea conservada la integridad del patrimonio del cual son potenciales sucesores: el interés individual es aquí tutelado solo por reflejo, ocasionalmente. Por tanto, la ausencia de una pretensión sustancial respecto de los sujetos legitimados y la calificación del sentido publicista del interés que da lugar al proceso, son síntomas y, al mismo tiempo, pruebas de las particularidades frente a las que nos encontramos, que hacen considerar exacta la teoría que ha encuadrado el proceso de interdicción o inhabilitación en la categoría de los procesos con contenido objetivo.⁷²

Sin intención de discutir sobre la existencia de procesos con contenido objetivo, se afirma la existencia de intereses reales, de diversa naturaleza, que han de ser tutelados a través del proceso. Que en procesos como el de interdicción no existe pretensión sustancial es una afirmación a la que se llega si se considera que el proceso es un mecanismo solo para proteger derechos y no intereses.

Un interés puede generar una pretensión sustancial porque, como se ha dicho antes, siempre existirá un derecho subyacente generador de un interés, pero no se debe perder de vista que es característica esencial de este interés el que solo atribuye poderes instrumentales, en tanto solo es posible disponer de los derechos. Esta característica, es apreciable en la clasificación de pretensiones que se ha hecho en doctrina y que se analizará en el siguiente apartado.

Es preciso señalar, antes de culminar el apartado, que con un razonamiento como el descrito, sería posible cuestionar la bifurcación del objeto de protección de la tutela jurisdiccional: derechos subjetivos e intereses. Esta bifurcación generaría una redundancia en tanto se ha afirmado que no es posible la existencia de un interés sin su vinculación a un derecho. No obstante, dicho cuestionamiento pierde fuerza si se comprende que el interés a diferencia del derecho subjetivo solo da lugar a poderes instrumentales y que es esta posibilidad de actuación ante un órgano jurisdiccional con un concreto interés, la que se constituye en objeto de protección y, que ha de ser correctamente entendido para analizar el tema de la legitimidad para obrar. Debe quedar claro que se trata del uso de estos poderes sustanciales o instrumentales no al interior del proceso sino antes de iniciado el proceso.

En definitiva, el interés es una posición jurídica de tipo material que goza de protección a través del derecho a la tutela jurisdiccional y comporta poderes instrumentales a través de los cuales el sujeto

⁷² Federico Carpi, *La eficacia ultra partes de la sentencia civil*, (Lima: Palestra Editores, 2007), 103-104.

titular del interés logra alcanzar una ventaja, evitar un daño o reparar un perjuicio (esto constituye su pretensión sustancial y que como tal permite determinar el tipo de tutela de la que ha de gozar).

Corresponde ahora, analizar los tipos de pretensiones que pueden ser planteadas en un proceso y su relación con el objeto de protección de la tutela jurisdiccional: los derechos y los intereses.

2.2 Pretensiones para plantear en un proceso

Por exigencia de la realidad, como no podría ser de otra forma, existen (o deberían existir) tipos de tutela que responden al contenido de cada una de las pretensiones que pudieran ser planteadas. El referido contenido viene determinado no solo por el objeto mismo (derechos o intereses) sino por lo que se quiere conseguir en relación con el referido objeto: prevenir, resarcir, condenar, reprimir, crear, etc. Luego, se debe diferenciar la pretensión de los mecanismos de tutela creados para su satisfacción.

Zela Villegas, señala que la tutela se puede clasificar atendiendo a criterios de eficacia, contenido o momento en el que se actúa (criterio de temporalidad). En atención al primer criterio, el autor identifica la tutela satisfactiva o de conocimiento y la asegurativa; en atención al segundo criterio, tutela específica o *in natura* y tutela resarcitoria y; en atención al tercer criterio, tutela represiva y tutela preventiva. Dentro de lo que se ha denominado tutela satisfactiva, señala, se ubica la tutela meramente declarativa, la tutela de condena y la tutela constitutiva.⁷³

Sobre la clasificación de tutelas es necesario señalar dos cuestiones relevantes para el presente análisis; primero, que las formas de tutela citadas, en tanto constituyen respuesta a exigencias reales incluirán (o deberían incluir) la posibilidad de protección no solo de derechos sino de intereses y; segundo, se debe considerar que la clasificación anotada no es necesariamente excluyente, así por ejemplo, la tutela satisfactiva podría ser a su vez represiva, resarcitoria, inhibitoria, cesatoria, revocatoria, nulificante o preventiva. Por esta razón el análisis se realiza en atención al tipo de pretensiones que podrían plantearse en un proceso y su relación con el objeto de protección: derechos o intereses.

2.2.1 Pretensiones declarativas de condena

Para Robles Garzón, en las pretensiones declarativas de condena, el actor solicita que se declare la existencia de una prestación a cargo del sujeto demandado y se ordene su cumplimiento.⁷⁴ Romero Seguel (aunque se refiere a acciones y no a pretensiones), explica que no solo se trata de la realización de una prestación, sino que incluye la realización de una abstención y considera que es

⁷³ Aldo Zela Villegas, *La tutela preventiva de los derechos (como manifestación de la tutela diferenciada)*, (Lima: Palestra Editores, 2008), 34-38.

⁷⁴ Robles, *Conceptos básicos*, 277.

necesario para plantear, este derecho de acción, la existencia de un derecho subjetivo o interés legítimo que permita reclamar una prestación de dar, de hacer o no hacer.⁷⁵

Merecen una referencia especial el caso de las obligaciones de no hacer. Una obligación de no hacer, de acuerdo a Meza Barrios, “consiste en que el deudor se abstenga de un hecho que, de otro modo, le sería lícito ejecutar”.⁷⁶ En ese sentido, el artículo 1158 del C.C. establece que el incumplimiento por culpa del deudor, de la obligación de no hacer, autoriza al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas: Exigir la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor; exigir la destrucción de lo ejecutado o destruirlo por cuenta del deudor o dejar sin efecto la obligación.

Entonces, se trata de la existencia de uno o varios derechos y de las consiguientes obligaciones que tienen un origen contractual o legal.⁷⁷ Y respecto de estos derechos el acreedor tiene un poder de disposición. No obstante parecer un tema claro, interesa resaltar la referencia, que hace Romero Seguel, a la necesidad de la existencia de un derecho o de un interés legítimo para plantear la acción (pretensión). Como ya se ha señalado, en este tipo de pretensiones, primero, es necesario que se declare la existencia de una prestación y segundo, que se ordene el cumplimiento de dicha prestación de dar, hacer, o no hacer. Lo primero implica el reconocimiento de la existencia de una obligación y, por ende, la de un derecho, en tanto este es el sustento de una prestación y, lo segundo, la necesidad de que se cumpla con la obligación asumida e incumplida por el deudor.

Pero, qué sucede cuando se acude al proceso en virtud de un interés; ¿la existencia de un interés puede dar lugar al cumplimiento de una prestación? Como el interés puede consistir en alcanzar una ventaja, evitar un daño o reparar un perjuicio, dependerá de dicho contenido. En ese sentido, se puede estar frente a la necesidad de que se constituya un derecho y se da lugar a otro tipo de pretensión, una constitutiva; asimismo, si el interés consiste en evitar un daño o reparar un perjuicio, a través de una pretensión declarativa de condena se puede ordenar un no hacer (abstención), un hacer o un dar, pero previamente se tendría que declarar la existencia de dicho interés. Y dependiendo de lo que se busca, evitar un daño o reparar un perjuicio la tutela será preventiva o represiva.

En la exposición de motivos del Anteproyecto del Código Civil presentada por el Grupo de Trabajo formado por Resolución Ministerial N° 0300 – 2016 – MINJUS, se señala que la propuesta de modificación plantea un cambio importante en la regulación del abuso del derecho al establecer que los mecanismos de tutela se pueden ejercer no solo ante la materialización de un acto abusivo, sino

⁷⁵ Romero, *Curso de Derecho procesal*, 29.

⁷⁶ Ramón Meza Barrios, *Manual de Derecho Civil. De las Obligaciones*, (Santiago de Chile: Editora Jurídica de Chile, 2009), 17.

⁷⁷ *Ibid.*, 15

también ante la amenaza, reconociendo la tutela preventiva frente al abuso del derecho. Así se tiene una pretensión declarativa de condena (inhibición o cesación, por ejemplo) que en atención al criterio de temporalidad ha de ser preventiva.

2.2.2 Pretensiones meramente declarativas

Romero Seguel señala que son aquellas en las que el demandante solicita una declaración al juez sobre la existencia o inexistencia de un determinado derecho, relación o situación jurídicas que son inciertas.⁷⁸

Si el contenido de la pretensión es la declaración de la existencia de un derecho, se entiende, porque es evidente, que para el sujeto que acciona existe un interés, como sucede en el caso de la prescripción adquisitiva de dominio, pero este no es un interés de tipo sustancial sino, procesal, pues lo que sostiene su pretensión es un derecho no un interés originado por una aspiración legítima o por la expectativa de adquisición de una ventaja.

De otro lado, si el contenido de la pretensión es la declaración de la inexistencia de un derecho, se ha de entender que se trata de aquellos casos en los que el sujeto que acciona sería el sujeto titular de un deber o de una obligación y, le asiste el interés de obtener un pronunciamiento que le garantice que no será demandado para cumplir con un deber u obligación que él considera inexistente, en sentido estricto porque su situación jurídica ha variado. En este segundo caso sí se está frente a la existencia de un interés de tipo sustancial, el mismo que sostiene su pretensión.

Se podría hablar, por ejemplo, de la declaración de la extinción del derecho de acción. En el séptimo considerando de la Casación N° 3759 – 2014 – Lima se señala:

Que, si bien es cierto la prescripción extintiva está regulada como mecanismo de defensa, vía excepción, en el artículo 446 inciso 13 del Código Procesal Civil, no hay norma que impida que se le solicite vía acción, pues lo contrario, no solo vulneraría el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, sino que también, como lo advierte Bigio Cherem, siendo el sustento de la prescripción extintiva la inactividad del acreedor éste podría prolongar indefinidamente su falta de accionar, lo que originaría que una situación jurídica podría no llegar a tener certeza, generando una incertidumbre permanente que tendría como consecuencia una perturbación general e incesante. Desde esta perspectiva, el negarle a la persona el derecho de accionar la excepción extintiva, es negarle el derecho constitucional que tienen todos los habitantes del país de solicitar se imparta justicia por parte del Estado, a través de los órganos jurisdiccionales, para obtener la satisfacción de una pretensión deducida mediante la demanda, para lograr dilucidar una incertidumbre jurídica y la paz social en justicia.⁷⁹

⁷⁸ Robles, *Conceptos básicos*, 277.

⁷⁹ Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente, Casación N° 3759-2014 - Lima, 05 de abril de 2016.

Lo mismo sucederá si, por ejemplo, un padre obligado a prestar los alimentos se encuentra con la negativa de la madre a conciliar sobre el monto de estos. En este caso el padre podría acudir al órgano jurisdiccional y solicitar la fijación del monto de una pensión de alimentos. Igual que en el supuesto de la prescripción extintiva, el padre preferirá eliminar la incertidumbre de ser demandado por la madre de su hijo y de este modo, evitar, por ejemplo, caer en la prohibición legal de solicitar la tenencia de su hijo si así lo exigieran las circunstancias. Se debe recordar que, de acuerdo con lo establecido por el artículo 97 del C.N. y A. quien haya sido demandado por alimentos no puede demandar la tenencia, salvo causas justificadas.

Visto esto, es posible afirmar que no es tan cierto que, en este tipo de pretensiones, siempre se deba “acreditar un interés material, patrimonial o moral”,⁸⁰ pues en algunos supuestos lo que sustenta la pretensión no es un interés sino un derecho que ya existe.

Para Montero Aroca, en este tipo de pretensiones, no se puede alegar que un derecho subjetivo ha sido violado, sino, en todo caso, que está siendo desconocido o amenazado, lo que hace necesario alegar la concurrencia de un interés específico junto con la afirmación del derecho subjetivo (que el demandante precisa de la declaración judicial para evitar un daño jurídico).⁸¹

Debe entenderse que es la posibilidad de la génesis de un daño lo que hace surgir el interés específico de Montero Aroca y que, para Romero Seguel, ha de ser material, patrimonial o moral. Es un interés sustancial. Chiovenda hablaba de tutela preventiva, “aquella que tiende a proteger derechos que aún no aparecen lesionados, pero sobre los que se cierne la posibilidad de su frustración, evitando así la acción de una justicia reparadora”.⁸²

Al ser este interés sustancial el que sostiene la pretensión en un proceso, como señala Almagro Nosete:

El planteamiento de la acción declarativa exige la clara determinación del interés en la declaración de la sentencia (motivada por actos de perturbación o por un principio de litigio) justificativos de la utilidad de la declaración. Este interés se entiende, en cambio, implícito en las acciones declarativas de condena, pues resulta de la violación o inobservancia de las normas cuyo cumplimiento concreto se pide en virtud de las afirmaciones que se realizan.⁸³

Se hace referencia a un interés unido al derecho siempre en las pretensiones declarativas de condena, es decir, que en dichas pretensiones siempre hay un derecho y un interés y teniendo ambos es que acude al proceso. Pero, debe tenerse en cuenta que a veces solo se acude con el interés. Es este interés el que se protege, como se señaló anteriormente. Por ejemplo, en el caso de la obra que

⁸⁰ Romero, *Curso de Derecho procesal*, 34.

⁸¹ Montero, *La legitimación en el proceso civil*, 45-46.

⁸² Omar Cairo Roldán, *Justicia Constitucional y proceso de Amparo*, (Perú: Palestra Editores, 2004), 211.

⁸³ Almagro *et al.*, *Derecho procesal*, 308.

amenaza ruina, hay efectivamente un derecho, que es el derecho de propiedad, pero se acude en virtud del interés en que no se cause daño. Esa posibilidad de daño da lugar a poderes instrumentales y no sustanciales, no se puede disponer del interés porque no es un derecho.

2.2.3 Pretensiones constitutivas

Para Robles Garzón se trata de aquellas pretensiones en las que la tutela que se solicita va dirigida a conseguir la creación, modificación o extinción de una relación o situación jurídica, es decir, a lograr un efecto jurídico que sólo se puede obtener a través de una resolución jurisdiccional, bien porque la ley prohíbe que el mismo se alcance por la voluntad de las partes o bien porque una de las partes se opone.⁸⁴ Se trata, en palabras de Romero Seguel, de un cambio jurídico que sólo puede ser solicitado por quienes la ley autoriza. En este caso se impone el principio de legalidad en el establecimiento de las condiciones que permiten solicitar esta forma de protección jurídica.⁸⁵

El cambio jurídico es generado a partir de la expedición de la sentencia, es decir, el derecho tendrá como título de atribución a la sentencia y, en el caso de las situaciones o relaciones jurídicas, estas se entenderán creadas, modificadas o extinguidas, también a partir de la sentencia.

Es en estos casos, en los que se puede hablar claramente de la existencia de un interés como elemento que subyace a la pretensión y que es objeto de protección, en tanto, existe un interés en la adquisición de una ventaja material (creación de un derecho).

2.3 Interés sustancial, interés para obrar e interés legítimo

El interés del que se ha hablado, aquel que es objeto de tutela jurisdiccional y al que se denominará interés sustancial, puede confundirse con la denominación interés legítimo o el interés para obrar entendido como una condición de la acción por lo que es necesario hacer la distinción.

2.3.1 El Interés para obrar

Si se ha dicho que el interés de tipo sustancial es objeto de protección de la tutela jurisdiccional, esto significa que en un proceso al que se acude en aras de proteger aquel interés, habrá pronunciamiento sobre el fondo cuando se analice la existencia o inexistencia del interés y lo que tal pronunciamiento conlleva. Si este interés se identifica con el interés para obrar, perderá sentido la referencia a este como condición de la acción, por razones obvias.

⁸⁴ Robles Garzón, *Conceptos básicos de Derecho*, 277.

⁸⁵ Romero señala: "En este punto han surgido dudas acerca del contenido que debe tener la causa de pedir en las acciones constitutivas. Se debate si ella debe ser identificada con referencia al cambio solicitado, o, por el contrario, si la causa de pedir se vincula al singular hecho constitutivo que genera este poder de modificación y que está prefijado por el legislador... Para un sector de la doctrina, en este tipo de acciones la causa de pedir está integrada por el conjunto de hechos al que legalmente se vincula el efecto constitutivo... En el otro lado están los que, para delimitar el contenido causal de la acción constitutiva, sustentan que la causa petendi no está compuesta solamente por los hechos, sino que tiene además un componente jurídico. Conforme a este criterio, la causa de pedir habría que encontrarla no tanto en los hechos en sí, como en la causa legal que autoriza el cambio jurídico". Curso de Derecho procesal, 39.

El artículo 427 del C.P.C. establece que la demanda será improcedente si falta el interés para obrar. Sobre este tipo de interés, se puede encontrar ejecutorias con el siguiente contenido:

Casación N° 1901-2013- Lima. Considerando SEPTIMO: Que en el caso concreto el ad quem, en la sentencia recurrida (fundamento décimo tercero) señaló que: “(...) el demandante carece de interés para reclamar la indemnización de daños y perjuicios, toda vez que consintió el acuerdo posterior de adenda a dos años de suscrito el primer contrato, a sabiendas de que el segundo piso del inmueble alquilado estaba ocupado por terceros (...)”; de lo que se infiere que la Sala de mérito no habría aplicado adecuadamente la causal de improcedencia por falta de interés para obrar a la controversia sub examine, toda vez que el recurrente previamente cumplió con agotar los medios en la vía prejudicial, esto es a través de la incorporación de una cláusula penal en la adenda del contrato a folios nueve, en la que acordaron: “(...) si EL ARRENDADOR realiza algún tipo de acción o a través de terceras personas, que tenga por objeto incumplir el contrato inicial, así como impedir, obstaculizar y/o perturbar la posesión que pacíficamente viene ejercitando EL ARRENDATARIO, y con ello le ocasione daños y perjuicios al mismo, EL ARRENDADOR se obliga a resarcirlos de los daños y perjuicios, abonarle la suma de US\$ 100.00(Cien y 00/100 dólares americanos); por cada día que impida la real y efectiva posesión de EL ARRENDATARIO, así como las reiteradas cartas notariales cursadas al demandado de folios doce a veinte, mediante las cuales le exige que haga efectiva la entrega de la totalidad del inmueble arrendado, motivo por el cual, acudió al órgano jurisdiccional a fin de que su conflicto se resuelva, al no estar conforme con el cumplimiento de la prestación.”⁸⁶

De lo vertido se puede apreciar que la Sala Superior corrige el razonamiento de la Sala Superior, en tanto esta última confunde el interés para obrar con un interés de tipo sustancial, es decir, para la Sala Superior no existe interés para obrar porque no se puede alegar daño, y por ende tampoco la existencia de un derecho a recibir una indemnización, si el supuesto perjudicado ha consentido el hecho dañoso, esto es, si celebra un contrato a sabiendas de que no habrá posibilidad de ejecutar la prestación.

Se trata de una pretensión de indemnización por daños y perjuicios y el análisis que hace la Sala Superior es uno vinculado al fondo del asunto. En ese sentido, este argumento no es el correcto para declarar la improcedencia de la demanda por falta de interés para obrar.

El interés para obrar, para la Sala Suprema, claramente está vinculado a la inexistencia de mecanismos que permitan lograr la satisfacción de un derecho o de un interés lo que, obliga a acudir al órgano jurisdiccional como único mecanismo de protección.

⁸⁶ Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente, Casación N° 1901-2013 – Lima, 10 de abril de 2014.

En la Casación N° 1918-2014- Callao, se lee:

CONSIDERANDO SEXTO: Siendo así, la calidad de propietarios del bien sub litis no es clara ni exclusiva a favor de la parte demandante, ya que su derecho se encuentra en discusión con el derecho inscrito que ostenta la parte demandada; y, estando a que el objeto del presente proceso no es dirimir el mejor derecho a la propiedad que ostenten sobre el terreno sub Litis, sino únicamente declarar si procede o no la accesión peticionada, para lo cual el derecho de propiedad de quien demanda debe encontrarse fuera de toda discusión; por lo que emitir un pronunciamiento dentro de dicho contexto, significa implícitamente otorgar un mejor derecho de propiedad a una de las partes procesales, lo que no es propio del presente proceso; en consecuencia, no habiendo la parte demandante acreditado su derecho de propiedad de manera clara y exclusiva a su favor, al existir dos títulos de propiedad inscritos sobre el mismo bien, no es posible amparar la demanda, pues la accesión tiene como fundamento la construcción en terreno ajeno, lo que por el momento no es posible determinar, correspondiendo previamente dilucidarse la nulidad del título registral de los demandados, lo que evidencia la carencia de interés para obrar de la parte demandante, por lo que la demanda deviene en improcedente conforme a la causal de improcedencia prevista en el inciso 2 del artículo 427 del Código Procesal Civil.⁸⁷

La falta de interés para obrar, en este segundo caso, se sustenta en que no se cumple el supuesto de hecho de la norma recogida en el artículo 943 del Código Civil al no existir certeza sobre la propiedad del bien. Si eso es así, ¿por qué la demanda no fue declarada infundada por improbanza de la pretensión? y, ¿cómo se justifica la falta de interés para obrar? O es que acaso, ¿se trata de un supuesto de falta de legitimidad para obrar? He aquí una razón más que justifica la necesidad de aclarar el concepto de interés para obrar y su diferencia con el interés de tipo sustancial.

El interés para obrar es una condición de la acción y, sobre este, Morales Godo, señala que:

Es aquel que se genera como consecuencia de la trasgresión de un derecho, o el incumplimiento de una obligación asumida, y como se ha hecho renuncia al uso de la fuerza, no queda otro camino que acudir al órgano jurisdiccional, a efectos de que se emita un pronunciamiento sobre el fondo...el interés para obrar exige un juicio de utilidad, esto es, un examen a ver si las partes continuarán o no en la misma condición que estuvieron antes del proceso, o si el mismo modificará su situación.⁸⁸

⁸⁷ Corte Suprema de la República, Sala Civil Transitoria, Casación N° 1918-2014 – Callao, 02 de diciembre de 2015.

⁸⁸ Juan Morales Godo, *Instituciones del Derecho Civil*, (Perú: Palestra Editores, 2009), 524-526.

El concepto adoptado por Morales, gira en torno a dos ideas muy importantes; la primera, que se hablará de interés cuando no quede otro camino que acudir al órgano jurisdiccional y la segunda, el juicio de utilidad del proceso.

A estas dos ideas se refiere Luiso, citado por Avendaño Valdez, al hablar de interés para obrar en el medio y en el resultado:

Existe interés para obrar en el medio cuando la tutela que persigue el actor puede ser conseguida solo por el medio jurisdiccional del proceso; y existe interés para obrar en el resultado cuando el resultado que se derive del proceso necesariamente producirá un cambio en la esfera del actor y será, por tanto, útil.⁸⁹

En relación con el juicio de utilidad, Avendaño Valdez, considera que el interés para obrar “es una institución procesal surgida con la finalidad de analizar la utilidad que el proceso puede proveer a la necesidad de tutela invocada por las partes”⁹⁰ y continúa diciendo:

Con razón el profesor Francesco Luiso señala que la razón de ser de la institución está vinculada estrechamente con el principio de economía procesal, concluyendo que el interés para obrar... sirve para evitar una actividad procesal relativa a una demanda o una defensa fundada, pero inútil.⁹¹

Morales Molina desarrolla una definición similar, sin embargo, este autor desarrolla dicha definición desde la característica de actualidad:

Y ese interés ha de ser actual, o sea que el derecho se halle en el momento insatisfecho, en forma que sin la intervención del órgano jurisdiccional su contenido quedaría irrealizado...El interés equivale a la necesidad, a la urgencia de la intervención judicial y depende: a) de que el obligado no cumpla espontáneamente y haya de acudir a la justicia, y b) que haya una situación que necesariamente reclame la intervención judicial y ante la cual sea inútil cualquier intervención voluntaria.⁹²

Respecto al carácter actual del interés este autor, señala lo siguiente:

Si no existe en el momento en que se constituye la *litis contestatio*, no se justifica que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre la existencia de la relación sustancial o del derecho subjetivo pretendido. Las simples expectativas o los eventuales y futuros derechos o perjuicios, que

⁸⁹ Juan Avendaño Valdez, “El Interés Para Obrar”, *THĒMIS-Revista De Derecho*, n.º 58 (noviembre 2010): 64 <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9118>.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.*

⁹² “Interés jurídico para obrar como presupuesto de la pretensión procesal”, *Faceta Jurídica* n.º 76, (julio 2016): 64.

puedan llegar a existir, si sucede algún hecho incierto, no otorgan interés serio y actual para su declaración judicial, puesto que, no se hayan objetivamente tutelados.⁹³

Sobre las simples expectativas o los eventuales y futuros derechos o perjuicios, habrá que tener en consideración dos cosas: primero, el análisis efectuado sobre protección de intereses que reconoce el ordenamiento jurídico y segundo, que estas afirmaciones, las realiza el autor, a partir de la identificación del interés para obrar con el interés material, objeto de protección de tutela jurisdiccional. Sin embargo, la actualidad, tiene relación con la ausencia de mecanismos que permitan lograr la satisfacción de un derecho o de un interés.

Resulta fácil comprender que el interés para obrar signifique la no existencia de otros mecanismos para lograr la satisfacción de un interés o de un derecho pero, no sucede lo mismo cuando se dice que en aras del principio de economía procesal, importa analizar si el proceso será útil, sobre todo si se dice que se busca evitar tener al final del proceso una demanda fundada pero inútil, en palabras del autor, un proceso justo pero inútil, porque el eventual triunfo no le reporta al demandante beneficio alguno ni cambio en la situación jurídica. Uno de los ejemplos mencionados por el autor para, explicar la falta de interés para obrar en el resultado está referido al caso del licitante que demanda la nulidad de la buena pro, gana, se anula la buena pro pero el proceso ha sido inútil porque el demandante había quedado en tercer lugar, por lo que, no le corresponde que le otorguen la buena pro a él sino al segundo que pasa al primer lugar.⁹⁴

Asimismo, importará considerar que, en opinión de Avendaño Valdez, la falta de interés para obrar no genera la invalidez del proceso porque, a diferencia de otros presupuestos procesales, es una figura creada pensando no en la relación juez – partes, ni en el derecho de defensa de la contraparte sino, para proteger el principio de economía procesal.⁹⁵

Se tiene un interés para obrar con doble contenido, lo que hace de este interés una figura bastante completa e ideal. No obstante, de acuerdo con la regulación procesal peruana que se ha hecho del interés para obrar, difícilmente se pueda considerar a la utilidad como parte de su contenido; menos aún, se encuentra referencia al análisis de utilidad por parte del órgano jurisdiccional.

El tratamiento normativo que se le da al interés para obrar en el C.P.C. se hace a partir del tema de las excepciones procesales.

La excepción ha sido concebida con una finalidad: impedir el ejercicio de un derecho ante los órganos jurisdiccionales. Impedir su ejercicio, cuestionando la validez de la relación jurídica procesal, lo que niega toda posibilidad de poder obtener un pronunciamiento sobre el fondo.

⁹³ *Ibíd.*

⁹⁴ Avendaño, *El Interés para Obrar*, 64.

⁹⁵ *Ibíd.*

La conclusión de un proceso con una resolución de improcedencia acarrea su conclusión sin pronunciamiento sobre el fondo cualquiera sea la excepción planteada o el requisito de fondo incumplido que haya sido observado de oficio por el juez. El examen de procedencia supone, verificar si la demanda contiene los requisitos de fondo. De constatar el juez que a la demanda le falta en forma manifiesta algún requisito de fondo la declarará de plano improcedente expresando los fundamentos de su resolución y disponiendo la devolución de anexos, sin emitir pronunciamiento alguno sobre el fondo de la litis. En igual sentido resolverá si se declara fundada alguna de las excepciones de naturaleza perentoria o si no se cumple con subsanar lo indicado por el juez al declarar fundada una excepción dilatoria.⁹⁶ Esto, diferencia la procedibilidad de la fundabilidad, ésta supone que la demanda es admisible y procedente y corresponde al juez verificar si el demandante ha probado o no los hechos sustentatorios de su pretensión contenida en la demanda; en caso positivo declarará fundada la demanda y en caso negativo, la declarará infundada.

En estas líneas se advierte que la declaración de improcedencia revela la existencia de una resolución en la que no se han analizado los hechos que han originado el conflicto de intereses ni se ha valorado la prueba que pretende acreditarlos, es decir no ha analizado el fondo de la litis y por ende esta no ha sido resuelta.

La vinculación de las excepciones a la relación jurídica procesal se aprecia en el contenido de estas. Así están vinculadas a las condiciones de la acción o a los presupuestos procesales.

Las excepciones vinculadas a los presupuestos procesales son las siguientes: Falta de capacidad de ejercicio del demandante o de su representante, falta de representación legal o de apoyo por capacidad de ejercicio restringida del demandante o de su representante, representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado, incompetencia, oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda. Las vinculadas a las condiciones de la acción: falta de agotamiento de la vía administrativa, litispendencia, convenio arbitral, la falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión, conclusión del proceso por conciliación o transacción, caducidad y prescripción extintiva. Estas, en cuanto se relacionan a las condiciones de la acción, serán objeto de análisis. No obstante, interesa resaltar de manera particular, aquellas que están vinculadas al interés para obrar.

⁹⁶ En el C.P.C. no hace referencia expresa a esta clasificación de las excepciones, sin embargo, de los efectos que se les atribuye en caso de prosperar, se infiere que recoge dicha clasificación. Se entiende por excepción dilatoria aquella que genera la suspensión del proceso y a posteriori su conclusión de no subsanarse el defecto. Y se entiende por excepción perentoria a aquellas que anulan el proceso, con la posibilidad de que en determinados casos el actor ya no tendrá la ocasión de volver a plantear nuevamente su pretensión procesal promoviendo otro proceso.

En el C.P.C. las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa, litispendencia, convenio arbitral, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión, conclusión del proceso por conciliación o transacción, caducidad y prescripción extintiva; se vinculan a esta condición de la acción por diversas causas, así se tiene:

- Porque el órgano jurisdiccional ya está prestando tutela en un proceso que se encuentra en trámite; en el caso de la litispendencia;
- Porque existen otros mecanismos de protección como la vía administrativa, la conciliación o el arbitraje;
- Porque la pretensión planteada ya fue resuelta (cosa juzgada, conclusión del proceso por conciliación o transacción, desistimiento de la pretensión);
- Porque el derecho que hacía necesario recurrir al órgano jurisdiccional ya no existe (caducidad);
- Porque no se cuenta con la acción que permitiría ejercitar el derecho (prescripción).

Se puede afirmar, que las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa, la conciliación y, convenio arbitral, en tanto existen otros mecanismos de protección, responden a la falta de interés para obrar en el medio. Asimismo, coinciden con este tipo de interés en el medio, las excepciones de litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión, conclusión del proceso por conciliación y conclusión del proceso por transacción; al haber utilizado con anterioridad el mecanismo de protección.

Por su parte, la caducidad y la prescripción sugieren una idea distinta. En el primer caso, se trata de la extinción de un derecho y de la acción y, en el segundo caso, de la extinción de la acción; esto se traduce en la no existencia del mecanismo llamado proceso como instrumento de protección de derechos e intereses.

Es un hecho que, con ninguna de las excepciones propuestas por el legislador se analiza la utilidad del resultado de la sentencia. Esta tal vez sea la razón por la cual no existe una excepción de falta de interés para obrar; el legislador, no quiso dejar abierta la posibilidad de que se atribuya otro contenido al interés para obrar y, estableció, de modo taxativo, cuáles son los casos en los que no hay interés para obrar.

El análisis de utilidad solo puede hacerse considerando cuál es la pretensión planteada (sustentada en un derecho o en un interés) y quién es el sujeto que actúa como demandante. Esta parece ser una tarea titánica por lo que la realidad muestra. Habrá que imaginar los casos en los que un ciudadano se encuentre leyendo una resolución en la que se resuelve que, aun en el supuesto de que la demanda sea fundada, no le será útil y, en consecuencia, se declara improcedente la demanda.

Por estas consideraciones, no es pertinente hablar del interés para obrar en el resultado sino solamente del interés para obrar en el medio. Aclarado el concepto, se puede afirmar que el interés como objeto de protección de la tutela jurisdiccional difiere del interés para obrar.

2.3.2 Interés legítimo, legítimo interés y los demás intereses

Como señala Riofrío Martínez, en sentido subjetivo, el interés es una inclinación del ánimo a mantener una situación jurídica determinada o a cambiarla y, en sentido objetivo, el valor que una situación jurídica tiene en sí misma para una persona.⁹⁷ Luego, el interés puede ser moral, económico, personal, directo, indirecto, simple, general, privado, público, común, social, colectivo, difuso y más; esto es, existen varios tipos de interés que pueden ser clasificados atendiendo a quién es el sujeto titular del interés, al contenido o al objeto, la materia jurídica y, más aún, existen subclasificaciones. Con seguridad todas responden a un interés de tipo sustancial o se ha denominado interés a lo que es un derecho.

De la revisión tanto legislativa como jurisprudencial, lo único que se puede evidenciar es la falta de unidad conceptual, las referencias legislativas al interés en alguno de sus tipos no responden a ningún criterio.

Se puede encontrar la referencia al interés económico en el artículo 1, numeral 1.1, literal c, del C.P.D.C. que regula el derecho a la protección de los intereses económicos de los consumidores y en particular contra las cláusulas abusivas, métodos comerciales coercitivos, cualquier otra práctica análoga e información interesadamente equívoca sobre los productos o servicios.

Es evidente que dicho interés es el que Rubio Correa define como “aquel que tiene contenido patrimonial, es decir valorizable en sí mismo, o referido a bienes susceptibles a su vez de ser valorizados”.⁹⁸ De hecho, es una de las manifestaciones del interés que a lo largo de este trabajo se ha considerado como objeto de tutela jurisdiccional. Aunque si se lee el artículo VI del Título Preliminar del C.C., si bien se trata del mismo interés económico que se ha descrito, en dicho artículo es regulado como si se tratara del concepto de legitimidad para obrar. Es esta identificación la que se considera criticable.

Para hablar del interés personal, se puede citar el artículo 351 del C.C.: “Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral”.⁹⁹

⁹⁷ Riofrío, “*El interés procesal*”, 131.

⁹⁸ Marcial Rubio Correa, *Para leer el Código Civil III*, (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial, 1986), 120.

⁹⁹ Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre señalan: “(...) ¿Qué es lo que se daña o perjudica con e! acto ilícito? Ni el derecho que protege el objeto (este se viola o contradice, no se daña); ni el poder actuar hacia el objeto o hacia la expectativa de satisfacción (este se neutraliza o paraliza, no se daña); sino e! objeto mismo dañado. De modo que cuando el detrimento recae sobre uno de los modos de ser espirituales y todas o cada una de las manifestaciones personalísimas, es daño moral (...)”, *Tratado de las Obligaciones*, 384.

La consecuencia jurídica de la norma, el establecimiento de una reparación por daño moral permite entender que se trata en realidad de la vulneración de alguno de los derechos personalísimos que posee un sujeto de derecho y que, el legislador al redactar la norma sustituyó la denominación “derecho” por la de “legítimo interés personal”, innecesariamente.

Probablemente se trate de un caso más en el que se ha querido establecer quién tiene legitimidad para obrar en este tipo de pretensiones y se ha buscado poner énfasis en el carácter personal del interés. La calificación de personal alude a la necesidad de que solo el sujeto designado por la norma sea quien actúe ante la instancia jurisdiccional y no otra. De estas ideas se aprecia que se trata del interés del que se está hablando.

Luego, también se puede encontrar la referencia al “interés” sin ninguna calificación adicional y, con relación a este tipo de interés se encuentran las siguientes normas:

- **Artículo 220 del C.C.:** La nulidad a que se refiere el artículo 219 puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público. Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta. No puede subsanarse por la confirmación.
- **Artículo 471 del C.C.:** Los padres a los cuales se les ha privado de la patria potestad o limitado en su ejercicio, pueden pedir su restitución cuando cesen las causas que la determinaron. La acción sólo puede intentarse transcurridos tres años de cumplida la sentencia correspondiente. El juez restituirá la patria potestad total o parcialmente, según convenga al interés del menor.
- **Artículo 1, numeral 1.1, literal j del C.P.D.C.:** Derecho a asociarse con el fin de proteger sus derechos e intereses de manera colectiva en el marco de las relaciones de consumo.
- **Artículo 88, numeral 3 del C.P.D.C.:** En caso de identificarse comportamientos que tengan repercusión en intereses de terceros, el Indecopi, de oficio o por denuncia, inicia el procedimiento administrativo sancionador contra el proveedor responsable.

En los cuatro artículos citados, se hace uso de la palabra interés y no precisamente para referirse a lo mismo. Se tiene, por ejemplo, que, en el artículo 220, el interés se identifica con la legitimidad para obrar; y en el artículo 471 del C.C.; artículo 1, numeral 1.1, literal c y artículo 88, numeral 3 del C.P.D.C, se identifica con el interés objeto de protección de la tutela jurisdiccional.

Los intereses que se mencionan podrían ser de tipo moral, económico, personal, directo, indirecto, etc.

Si se habla de Interés legítimo y legítimo interés, se puede decir que es la terminología utilizada por el legislador en normas como el Código Civil, la Ley General de Sociedades, el Código Procesal Civil, la Ley General del Procedimiento Administrativo o el Código de Protección y Defensa del Consumidor

para referirse a dos situaciones distintas: Al interés como objeto de protección de la tutela jurisdiccional y al interés exigido para hacer uso del derecho de acción.

Sobre el interés como objeto de protección de la tutela jurisdiccional se tiene, a modo de ejemplo, las siguientes normas:

- **Artículo 253 del C.C.** Todos los que tengan interés legítimo pueden oponerse a la celebración del matrimonio cuando exista algún impedimento. La oposición se formula por escrito ante cualquiera de los alcaldes que haya publicado los avisos.

- **Artículo II del T.P. del C.P.D.C.:** “El presente Código tiene la finalidad de que los consumidores accedan a productos y servicios idóneos y que gocen de los derechos y los mecanismos efectivos para su protección, reduciendo la asimetría informativa, corrigiendo, previniendo o eliminando las conductas y prácticas que afecten sus legítimos intereses...”

- **Artículo VI, 3 del T.P. del C.P.D.C.** El Estado orienta sus acciones a defender los intereses de los consumidores contra aquellas prácticas que afectan sus legítimos intereses y que en su perjuicio distorsionan el mercado; y busca que ellos tengan un rol activo en el desarrollo del mercado, informándose, comparando y premiando con su elección al proveedor leal y honesto, haciendo valer sus derechos directamente ante los proveedores o ante las entidades correspondientes.

- **Artículo 1260 inciso 2 C.C.:** La subrogación opera de pleno derecho en favor: 2. De quien por tener legítimo interés cumple la obligación.

Por su parte, sobre el interés exigido para hacer uso del derecho de acción, se tiene:

- **Artículo VI del T.P. del C.C.:** Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral.

- **Artículo 49 del C.C.:** se autoriza, a quien invoque legítimo interés, a solicitar la declaración judicial de ausencia si ha transcurrido dos años desde que se tuvo la última noticia del desaparecido.

- **Artículo 127 C.C.:** Si por cualquier causa el acto constitutivo de la fundación no llega a inscribirse, corresponde al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, al Ministerio Público o a quien tenga legítimo interés, realizar las acciones para lograr dicha inscripción.

- **Artículo 275 de C.C.:** se regula que la acción de nulidad debe ser interpuesta por el Ministerio Público y puede ser intentada por cuantos tengan en ella un interés legítimo y actual.

- **Artículo 15 L. G. S.:** Cualquier socio o tercero con legítimo interés puede demandar judicialmente, por el proceso sumarísimo, el otorgamiento de la escritura pública o solicitar la inscripción de aquellos acuerdos que requieran estas formalidades y cuya inscripción no hubiese sido solicitada al Registro dentro de los plazos señalados en el artículo siguiente.

• **Artículo 150 L. G.S.:** Procede acción de nulidad para invalidar los acuerdos de la junta contrarios a normas imperativas o que incurran en causales de nulidad previstas en esta ley o en el Código Civil. Cualquier persona que tenga legítimo interés puede interponer acción de nulidad contra los acuerdos mencionados en el párrafo anterior, la que se sustanciará en el proceso de conocimiento. La acción de nulidad prevista en este artículo caduca al año de la adopción del acuerdo respectivo.

Respecto del legítimo interés regulado en el Artículo VI del T.P. del C.C., el poder judicial lo ha interpretado en la misma línea apuntada por Rubio Correa quien señala:

El objetivo fundamental de esta norma es establecer los criterios generales de legitimación procesal para la constitución de parte en los procesos judiciales, y por su naturaleza está destinada a regular aquellos casos en los que la contienda versa sobre intereses individualizables (bien de personas naturales, bien de personas jurídicas).¹⁰⁰

Respecto al tema, abundan pronunciamientos jurisprudenciales con diversas interpretaciones sobre el interés. Así puede apreciarse en la jurisprudencia consideraciones como las siguientes: que el interés personal y legítimo en la impugnación es manifestación del derecho de acción; que el Interés personal y legítimo para impugnar es una exigencia que se aplica al tercero coadyuvante; que la legitimidad para obrar se encuentra ínsita en el artículo VI del Título Preliminar del C.C.; que el interés que faculta la ley para accionar la nulidad de un acto jurídico, es el legítimo interés económico y moral y que el tercero puede intervenir en el proceso, cuando tenga legítimo interés moral para obrar, en las acciones de familia.

El interés considerado como interés personal y legítimo en la impugnación es manifestación del derecho de acción, se puede apreciar en el considerando séptimo de la Casación N° 1052-2014 - Lima: “se debe tener en cuenta que la impugnación es una manifestación del derecho de acción, y como tal, la parte que la plantea debe demostrar un interés personal y legítimo, pero no respecto de otros sujetos procesales”.¹⁰¹

Por su parte en la Casación N° 3073-2015, Lima, se habla del Interés personal y legítimo para impugnar como una exigencia que se aplica al tercero coadyuvante:

Considerando 4.4: Respecto a las facultades que le corresponden al recurrente como tercero coadyuvante, se debe entender que, de acuerdo con el artículo 97 del Código Procesal Civil, el tercero coadyuvante, está autorizado a realizar toda clase de actos procesales, en la medida que no sean incompatibles y/o perjudiquen el interés de la parte principal, incluso tiene la posibilidad de impugnar los actos procesales, por más que la parte asistida no lo quiera

¹⁰⁰ Rubio, *Para leer el Código*, 115.

¹⁰¹ Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente, Casación N° 1052-2014, Lima, 06 de junio de 2014.

ejercitar, pues su misión es ejercer su defensa, en atención al interés jurídico que tiene con la coadyuvada.

Considerando 4.5: la impugnación, al ser una manifestación del derecho de acción, y como tal, la parte que lo plantea, debe demostrar un interés personal y legítimo para cuestionar una decisión judicial, pero no puede alegar agravios respecto de otros sujetos procesales o terceros, pues en modo alguno tendría interés sobre aquellos aspectos que no le pertenecen ni se la ha autorizado que los defienda; todo lo cual conlleva a que la facultad del órgano jurisdiccional quede limitado para pronunciarse sólo sobre los agravios que debieron ser alegados por el recurrente y que le competen.

Considerando 4.6: el tercero coadyuvante¹⁰² es sobrino del demandante, e igualmente copropietario, del área de dominio en litigio; y si bien es cierto, ha sido considerado a colaborar a los intereses de la demandada, también lo es, que el resultado de este proceso no le perjudica, pues no pierde el título de condómino del inmueble indiviso que comparte con su copropietario.¹⁰³

En la Casación N° 1470-2014, Arequipa, se señala que la legitimidad para obrar se encuentra ínsita en el artículo VI del Título Preliminar del C.C:

Considerando Décimo Primero: El legislador ha previsto en el artículo 220 del Código Civil que: la nulidad a que se refiere el artículo 219 *puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público*, en el mismo sentido el artículo VII del Título preliminar de la Norma Sustantiva refiere: *Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral...*, de lo cual se puede extraer como conclusión que la legitimidad para obrar se encuentra ínsita en los acotados artículos; además de ello este supuesto normativo guarda relación con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva prevista en el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil.¹⁰⁴

La Casación N° 3576-2014, Cusco indica que el interés que faculta la ley para accionar la nulidad de un acto jurídico es el legítimo interés económico y moral:

Considerando sexto: es necesario advertir que el interés que faculta la ley para accionar la nulidad de un acto jurídico es el legítimo interés económico y moral y no el que cualquier tercero simplemente invoque sin existir tal.

¹⁰² El tercero coadyuvante, para lograr su incorporación argumentó ser copropietario del inmueble y que con la emplazada tenía una relación contractual de arrendamiento, la que podría verse afectada de prosperar la demanda.

¹⁰³ Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente, Casación N° 3073-2015, Mima, 17 de marzo de 2016.

¹⁰⁴ Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Transitoria, Casación N° 1470-2014, 03 de junio de 2015.

Considerando Noveno: Que, en efecto, la legitimación para solicitar la declaración judicial de nulidad le corresponde a quienes tengan interés en que se reconozca la verdadera situación jurídica del negocio. En general el interés no es más que la relación de tensión existente entre un sujeto que padece una necesidad y el bien idóneo para satisfacerla. En este caso concreto, el interés exigido por el artículo 220 del Código Civil supone la necesidad de que la accionante demuestre que el reconocimiento judicial de la invalidez absoluta del negocio le proporcionará un beneficio (lícito), de orden patrimonial o extrapatrimonial, por lo que no sólo las partes (cuyo interés en saber a ciencia cierta si están o no jurídicamente vinculadas es evidente) están legitimadas para demandar la declaración judicial de nulidad del negocio sino también todos aquellos terceros que obtengan un provecho (lícito) con la declaración judicial de nulidad (piénsese en los acreedores de una de las partes que necesitan embargar los bienes enajenados por esta última mediante el negocio nulo).¹⁰⁵

En el Expediente N° 400-2009 se señala que el tercero puede intervenir en el proceso, cuando tenga legítimo interés moral para obrar, en las acciones de familia:

Considerando Primero: Que, la tenencia es uno de los atributos del ejercicio de la patria potestad inherente exclusivamente a los progenitores, conforme se desprende del artículo setenta y cuatro del Código de los Niños y Adolescentes; dicha institución jurídica está orientada a reconocer el derecho que tiene el padre y la madre a vivir en compañía de sus hijos para asistirlos en el proceso de su desarrollo integral; siendo ello así, ninguna otra persona distinta a los padres pueden solicitar la tenencia de un niño, niña o adolescente pues, para hacerse cargo de su cuidado y atención integral, nuestro ordenamiento ha previsto otras formas como lo es la colocación familiar, la tutela o la adopción, cuando corresponda.

Considerando Segundo: Que, no obstante, lo anterior, se debe tener en cuenta lo prescrito por el artículo VI del Título preliminar del Código Civil, en el sentido que es posible la intervención de un tercero cuando tenga legítimo interés moral para obrar en las acciones de familia, salvo norma expresa en contrario. Así, puede darse la intervención de los abuelos en un proceso de tenencia de un niño, niña o adolescente, puesto que no existe norma prohibitiva al respecto, más aún si se imputa a los progenitores alguna causal de suspensión o extinción de la patria potestad.¹⁰⁶

Frente a este panorama legislativo y jurisprudencial es que importa dejar establecido que el interés legítimo sólo puede estar referido al interés objeto de protección de la tutela jurisdiccional y

¹⁰⁵ Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Transitoria, Casación N° 3576-2014-Cusco, 18 de setiembre de 2015.

¹⁰⁶ Corte Superior de Justicia de Lima, Segunda Sala Superior de Familia de Lima, Expediente N° 400-2009, 28 de mayo de 2009.

que si bien la legitimidad, como condición de la acción, está vinculada a los intereses y a los derechos, no se confunde ni se identifica con estos.

Riofrío Martínez - Villalba, indica, que no ha de confundirse el requisito de legitimidad, con la legitimidad misma, es decir, la existencia de un interés, puede habilitar a un sujeto para intervenir en un proceso pero ello no significa que el interés se identifique con la legitimidad.¹⁰⁷ El origen de un interés en un sujeto puede sustentarse en que la persona espere obtener un beneficio de cualquier clase, que pretenda evitar un daño o que desee cumplir con un deber.¹⁰⁸ Esto hace que existan los tipos de interés, la denominación está referida al contenido.

La legitimidad implica posición, situación, estatus, calidad, pero sobre la base de algo y ese algo es un derecho o un interés.

En palabras de Riofrío Martínez – Villalba podría decirse que:

Queda aclarado que el interés jurídico no se confunde, ni identifica, con un derecho sustantivo o procesal, aunque eventualmente puede ser causa de su configuración. Y por otro lado también queda manifiesto que, quien es titular de un derecho subjetivo, se encuentra en una situación jurídica ventajosa, la misma que conlleva de por sí el interés de mantener incólume esa situación, y quien está en una situación jurídica desventajosa (v.gr. por un agravio o lesión a sus derechos) estará siempre interesado en salir de ella.¹⁰⁹

Como señala Gimeno Sendra:

La circunstancia de que la legitimación estribe en una determinada relación o situación jurídica material, que liga o vincula a las partes con el objeto del proceso, ocasiona que pueda ser examinada con carácter previo al de la fundamentación de la pretensión o de la relación jurídica debatida. Pero esta condición de constituir un “*prius*” lógico, un análisis previo o preliminar al examen del «fondo» del asunto (...) no la convierte en un presupuesto procesal, sino en una condición para dictar una sentencia de fondo que, si decide la relación jurídico material debatida, gozará de los efectos de la cosa juzgada material.¹¹⁰

De este modo se entiende, como se ha dicho a lo largo de este capítulo que, el objeto de protección de la tutela son los derechos y los intereses sin negar que todo interés siempre está relacionado con un derecho y que, tanto derecho como interés sostienen la legitimidad, pero no se identifican con ella aun en los supuestos en los que baste la sola afirmación de la existencia de un derecho.

¹⁰⁷ Riofrío, “El interés procesal”, 128.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, 129.

¹⁰⁹ *Ibíd.* 131.

¹¹⁰ Vicente Gimeno Sendra, “¿Puede un Juez Inadmitir de Oficio una Demanda por Falta de Legitimación de las Partes?”, *Derecho & Sociedad*, n.º 38, (2012): 118 - 119 <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13109>.

2.4 Determinación de la legitimidad para obrar

2.4.1 La legitimidad para obrar

La legitimidad para ser parte es entendida como la identidad lógica que existe entre demandante o, demandado y aquella persona a la que en abstracto la ley autoriza a actuar como tal.¹¹¹ Se puede apreciar, en el concepto, que se trata de una condición exigida tanto al demandante como al demandado (legitimidad activa y legitimidad pasiva).¹¹²

En esta definición, se incluyen dos tipos de legitimidad, la ordinaria y la extraordinaria. Las causas de atribución de legitimidad son diferentes en cada uno de los tipos de legitimidad. Se empieza a hablar de legitimidad, como lo dice Montero Aroca, partiendo de la constatación de que, en ocasiones, los sujetos de una relación jurídico material no son los que se convierten en parte en el proceso, en cuanto no son el que formula la pretensión o aquel contra el que se formula.¹¹³ Es así como se evidencia la existencia de una legitimidad ordinaria y una extraordinaria.

Para Ortells Ramos, la existencia de legitimación o la atribución de esta calidad a determinados sujetos, depende de una cierta vinculación de las personas que se presentan como parte con la situación jurídica material a la que se refiere la pretensión procesal.¹¹⁴

Por su parte, en descripción similar, De la Oliva Santos considera que la legitimación “es una cualidad o condición de las partes en relación con concretos procesos o, lo que es igual, con concretos objetos de unos procesos”¹¹⁵ y en ese sentido, para poseer legitimidad es imprescindible atender a la tutela jurisdiccional concreta que se pretende. Así para el citado autor:

Hallarse un sujeto en la posición jurídica que fundamenta que precisamente él obtenga una concreta tutela jurisdiccional (legitimación activa), suele consistir en ser titular de un derecho subjetivo privado (que fundamenta una acción o una pretensión). Y hallarse en la posición que justifica padecer la concesión de una tutela jurisdiccional concreta (legitimación pasiva), frecuentemente significa ser titular de un deber u obligación.¹¹⁶

Ergo, es criterio determinante de la atribución de legitimidad la vinculación de los sujetos al objeto mismo del proceso, el mismo que se delimita en atención a la situación jurídico material, a unos

¹¹¹ Andrés de la Oliva Santos e Ignacio Díez - Picazo Jiménez, indican que la legitimidad es una cualidad o condición de las partes en relación con concretos procesos o, lo que es igual, con los concretos objetos de unos procesos. *El proceso de declaración*, 2º ed., (España: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2001), 125 – 126.

¹¹² Romero indica: “En el proceso civil, para conceder la tutela jurisdiccional impetrada a través del ejercicio del derecho de acción, se deben reunir tres exigencias: 1) que exista una causa de pedir, 2) que concurra la legitimación, y 3) que exista la posibilidad de otorgar el petitum de la acción deducida”. *Curso de Derecho procesal*, 19.

¹¹³ Montero, *La legitimación en el proceso civil*, 29.

¹¹⁴ Ortells *et al.*, *Derecho procesal Civil*, 133.

¹¹⁵ De la Oliva y Díez - Picazo, *Derecho procesal Civil*, 126.

¹¹⁶ *Ibíd.*

derechos o a unos intereses. Al analizar las clases de pretensiones se dejó establecido cómo en cada una de ellas se pone en juego un derecho o un interés y a partir de estos se analiza la legitimidad.

Esta también parece ser la línea de razonamiento seguida por Romero Seguel. Al estudiar la legitimación, considera como situaciones legitimantes a las obligaciones, el estatus, el derecho subjetivo, el derecho potestativo y el interés. Respecto del estatus anota que:

Es una categoría que subyace en varios conjuntos normativos, donde el control de la legitimación se centra, en primer lugar, en verificar si las partes de la relación jurídica tienen la calidad que les permite reclamar o ser obligadas a realizar una determinada prestación. Los casos más típicos provienen del derecho de familia, especialmente del estado civil.¹¹⁷

Respecto de las obligaciones, como situación habilitante, se ha de entender que lo es en relación con la legitimidad o legitimación pasiva.

Para Ortells Ramos, como se ha anotado, la legitimación consiste en la vinculación de las personas que se presentan como parte con la situación jurídica material a la que se refiere la pretensión procesal. Esta vinculación, en el caso de la legitimidad activa, es variada señala el autor y la clasifica atendiendo a los diferentes grados de intensidad del principio dispositivo, desde su máxima expresión hasta los supuestos en que no rige en absoluto. En este sentido se refiere, a la legitimación para la protección de derechos e intereses jurídicos privados y a la legitimación para la protección de intereses sociales de diversa amplitud.¹¹⁸

En el primer supuesto incluye: (a) legitimación por titularidad del derecho que se hace valer mediante la pretensión procesal; (b) legitimación por titularidad de un poder jurídico que habilita para hacer valer, en nombre propio el derecho de otro (sustitución procesal); (c) legitimación por interés legítimo y (d) legitimación por otras posiciones legitimantes.¹¹⁹

En el segundo supuesto, se trata de una tutela que va a afectar a un grupo social más o menos amplio, por lo que la atribución de legitimidad (legitimación según el autor), se realiza respecto de quien ofrezca garantías de que actuará en defensa de los intereses de ese grupo y no a quienes actuarán guiados por sus intereses privados.¹²⁰

2.4.2 Principio dispositivo y legitimidad para obrar

De este principio se dice que, es uno que informa el objeto procesal y que, en particular indica a qué sujetos procesales le corresponde la titularidad de la pretensión y cuál es el grado de vinculación al que, ha de someterse el órgano jurisdiccional con respecto al objeto del proceso. Su fundamento se encuentra en el sistema económico occidental, en el reconocimiento de la propiedad privada.¹²¹

¹¹⁷ Romero, *Curso de Derecho procesal*, 89.

¹¹⁸ Ortells *et al.*, *Derecho procesal Civil*, 133.

¹¹⁹ *Ibíd.*

¹²⁰ *Ibíd.*

¹²¹ Almagro *et al.*, *Derecho procesal*, 330.

Para Gimeno Sendra:

Un proceso civil está regido por el principio dispositivo cuando en él concurren estas tres notas esenciales: a) las partes son dueñas del derecho material que se discute en el proceso y, por tanto, ostentan la plena titularidad del derecho de acción; b) asimismo, son absolutamente dueñas de la pretensión y, por ende, de la continuación del procedimiento, y c) vinculan con sus pretensiones la actividad decisoria del juez.¹²²

Continúa el autor, explicando que el hecho de que los derechos e intereses jurídicos, que se pueden discutir en el proceso, sean de dominio absoluto de los particulares, hace que a nadie se le pueda constreñir a impetrar su tutela jurisdiccional, con excepción de los procesos civiles inquisitorios, en los que es el Ministerio Fiscal el que cuenta con legitimidad. Asimismo, las partes, son dueñas de la pretensión y del proceso mismo, pudiendo disponer de él produciendo una terminación anormal del proceso. En ese sentido, el poder de disposición respecto de la acción y de la pretensión es consecuencia lógica de la titularidad de los derechos subjetivos que constituyen su fundamento. Por último, se refiere a la tercera nota esencial, es decir a la congruencia del juez con respecto a la pretensión del actor y a la resistencia del demandado.¹²³

Puede verse que el principio dispositivo se define a partir de su relación con el derecho o intereses discutidos en el proceso, este hace que la acción, la pretensión y el proceso sean de dominio absoluto de las partes y que, como tal, vinculen al juez a través de la congruencia. Luego, los tipos de legitimidad, ordinaria y extraordinaria, en tanto la legitimidad es una condición de la acción, encuentran justificación en esta explicación.

Ahora, que la legitimidad sea variada atendiendo al grado de intensidad del principio dispositivo, merece un análisis que será desarrollado junto con los supuestos determinantes de legitimidad.

Como anota De la Oliva, respecto de la legitimación activa, existen casos en los que es imposible predicar del actor la titularidad de un derecho subjetivo privado.¹²⁴ A estos supuestos se refiere Ortells Ramos, cuando señala que el sujeto legitimado lo es, en tanto es titular de un poder jurídico, de un interés legítimo o de otras posiciones habilitantes. Este fenómeno, también puede apreciarse, en la legitimación pasiva pues existen casos en los que, no basta con ser sujeto de un deber u obligación.¹²⁵

¹²² *Ibíd.*, 331.

¹²³ *Ibíd.*, 331-332.

¹²⁴ De la Oliva y Díez – Picazo, *Derecho procesal Civil*, 126.

¹²⁵ Se puede pensar en la legitimidad pasiva atribuida a diversos sujetos en los procesos de interdicción. Caso en el que se debe demandar no sólo al incapaz sino a todo aquel que teniendo derecho a demandar no lo hubiere hecho (Artículo 581 del C.P.C.).

2.4.3 El carácter abstracto del derecho de acción

Las afirmaciones vertidas en el apartado anterior podrían tornarse peligrosas si se deja de lado la consideración del carácter abstracto del derecho de acción.

Si se busca el significado de la palabra abstracto, en el diccionario de la Real Academia de la Lengua se lee: Que significa alguna cualidad con exclusión del sujeto. La idea central es la de separación, en concreto de un sujeto y que para el caso del derecho de acción se ha de entender separada del derecho material o para usar los mismos términos, con exclusión del derecho material. En realidad, se trata de entender que son dos derechos distintos, aunque se encuentran vinculados.

Si la acción no tuviera condiciones para poder ser utilizada no habría problema alguno en entender el carácter abstracto, pero las tiene. Establecidas las condiciones de la acción, se hace evidente la confusión entre derecho material y derecho de acción. Ir al origen de la discusión ayudará a entender el tema.

El término acción viene del latín *actio* y este de *agere*, puesto que en el derecho primitivo el actor debía actuar ante el tribunal su reclamo. Como señala Véscovi, de esa noción de actividad, el vocablo evolucionó al concepto de derecho a ejercer esa actividad.¹²⁶

Es imperativo recordar que en la concepción monista acción y el derecho subjetivo eran una misma cosa, la acción era el aspecto con el que se presentaba el derecho subjetivo violado, por lo que, como era evidente, si el derecho no existía la violación del derecho tampoco podría existir y, en consecuencia, tampoco existiría la acción. Es con las teorías dualistas que se reconoce que existe un derecho material distinto del derecho de acción y se distingue que existe diferencia entre el titular del derecho subjetivo y el titular de la acción.

Actualmente es aceptado por toda la doctrina que se trata de un derecho público, autónomo, independiente y abstracto. Se trata de un derecho abstracto porque la acción la poseen todos los sujetos ya sea que les asista o no el derecho o interés discutido al interior del proceso, es decir, ya sea que la sentencia les sea favorable o desfavorable.

Sin embargo, es bien sabido que tal carácter abstracto no implica que se pueda hacer un abuso del derecho de acción. Su ejercicio se encuentra condicionado por el interés para obrar, por la legitimidad para obrar y por la posibilidad jurídica.

En un proceso, es importante diferenciar el análisis del cumplimiento de las condiciones de la acción que conlleva un juicio de procedibilidad de la demanda, del análisis de fondo del asunto. El incumplimiento de alguna de las condiciones de la acción impide que pueda hacerse el referido análisis de fondo.

¹²⁶ Enrique Véscovi, *Teoría General del Proceso*, 2° ed., (Colombia: Editorial TEMIS S.A., 1999), 64.

Estas precisiones permitirán dar un paso más y comprender las modalidades de atribución de la legitimidad, considerando las siguientes premisas:

- El objeto de protección de la tutela jurisdiccional lo constituyen derechos e intereses.
- El derecho de acción, la pretensión y el proceso son de dominio de las partes, dado el carácter dispositivo del proceso.
- El derecho de acción es uno de carácter abstracto.
- El establecimiento de la legitimidad para obrar como una condición de la acción puede dificultar la comprensión del carácter abstracto de la acción dada su vinculación con el derecho o el interés que se discute al interior del proceso.
- La legitimidad, se encuentra estrechamente vinculada a los derechos y los intereses, pero no se identifica con estos.

2.4.4 Atribución de la legitimidad

Puede hablarse válidamente de la legitimidad para accionar la protección de un derecho y de la legitimidad para accionar la protección de un interés sustancial. En ambos casos, tendrá, quien se considere titular del derecho o del interés sustancial.

Entonces, se presenta las siguientes situaciones: (a) El sujeto es titular del derecho material discutido al interior del proceso; (b) el sujeto es titular del interés sustancial discutido en el proceso; (c) el sujeto no es titular del derecho material o; (d) El sujeto no es titular del interés sustancial.

El sujeto puede encontrarse vinculado al derecho o al interés con mayor o menor intensidad, como señalaba Ortells Ramos. A partir de esa afirmación, se habla de legitimidad por titularidad de un derecho, de un poder jurídico, de un interés legítimo y otras posiciones habilitantes. En el apartado referido al interés legítimo, quedó establecido que este, no es otra cosa que un interés sustancial digno de protección como lo son los derechos. Ahora, se ha de detener la mirada en lo que el poder jurídico y otras posiciones habilitantes significan.

2.4.4.1 Poder Jurídico. Se trata de un poder jurídico que habilita para hacer valer, en nombre propio, el derecho de otro. Se trata de la existencia del interés que posee una persona en que determinados derechos de titularidad de otro sujeto sean protegidos. Así lo define Ortells Ramos, se está frente a un sujeto que no es titular del derecho material discutido al interior del proceso, pero que es titular del derecho de acción y de un interés.¹²⁷

La acción subrogatoria es considerada el caso típico de legitimidad extraordinaria, dado que no se cumple con la regla general, esto es, que sea el supuesto titular del derecho material quien haga uso del derecho de acción. Se trata de un sujeto que hace valer, en nombre propio, el derecho de otro. Esta acción se recoge en el artículo 1219 inciso 4 del C.C.: “Es efecto de las obligaciones ejercer los

¹²⁷ Ortells *et al.*, *Derecho Procesal Civil*, 135.

derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o a cuando lo prohíba la ley”.

Osterling Parodi, señala que se trata de aquellos casos en los que, el acreedor se encuentra ante un deudor negligente, que no cautela su patrimonio responsablemente. Se trata de culpa o negligencia cierta, ya que un simple o breve retraso impediría al acreedor inmiscuirse en asuntos ajenos. Además, es imprescindible la insolvencia del deudor, porque en caso contrario el acreedor carecería de legítimo interés para accionar o para asumir su defensa.¹²⁸

Sobre la forma en que opera y los efectos que produce la subrogación, Barcia Lehmann, señala:

La subrogación, para una parte importante de la doctrina, es un tipo de representación legal. Esta posición permite justificar las siguientes formas en que opera la subrogación: a) El que ha sido demandado por el acreedor, que intenta una acción que le compete al deudor, puede oponerle a aquél las mismas excepciones que podría oponer al deudor subrogado. b) El fallo que se dicte en el juicio, seguido entre el acreedor subrogante y el tercero, produce efectos respecto de todos los acreedores. Ello se debe a que la acción se ejerce a nombre del deudor y no a título personal. c) El producto obtenido del ejercicio de la acción subrogatoria entra en el patrimonio del deudor, cae bajo el derecho de garantía general y beneficia a todos los acreedores y no solamente al que entabla la acción.

Esta acción permite que ingresen al patrimonio del deudor bienes que están fuera de él y que no hubiesen ingresado sino en virtud de la sustitución y en razón de la negligencia del deudor. En consecuencia, benefician a todos los acreedores.¹²⁹

No se trata de un caso de representación. La representación legal, es un mecanismo otorgado por la ley para aquellos sujetos de derecho que tienen limitaciones o impedimentos para actuar, como el caso de los incapaces y las personas jurídicas.¹³⁰ Esta representación, se fundamenta en la función tuitiva del ordenamiento jurídico respecto del derecho subjetivo de las personas naturales que carecen de capacidad de ejercicio o que se encuentran en situación de hecho como los desaparecidos, o de derecho como es el caso de los ausentes que requieren la tutela de sus intereses. Como puede apreciarse, la representación legal encuentra su razón de ser en la necesidad de suplir la imposibilidad jurídica de actuación de la persona. Por esta razón, por ejemplo, recae sobre los padres la representación de los hijos menores de edad o en una persona natural, la representación de la persona jurídica. En ambos casos es clara la existencia de una imposibilidad de actuación.

¹²⁸ Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre, *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, (Lima: Palestra Editores, 2008), 439-440.

¹²⁹ Rodrigo Barcia Lehmann, *Lecciones de Derecho Civil Chileno: De la Teoría de las Obligaciones*, Tomo 3, (Santiago de Chile: Editora Jurídica de Chile, 2010), 126.

¹³⁰ Fernando Vidal Ramírez, *El Acto Jurídico*, (Lima: Gaceta Jurídica, 2002), 181.

En el caso de la acción subrogatoria, no se está frente a una imposibilidad de actuación por parte del sujeto deudor, es una actitud negligente del deudor. Se tiene a un acreedor que posee un interés en salvaguardar su derecho de crédito. Es ese interés el que sustenta la legitimidad que se le ha otorgado a través de la norma.

Se ha dicho que la regla general, aquella que describe la legitimidad ordinaria, es que contará con legitimidad aquel sujeto que se considera titular del derecho discutido al interior del proceso (o del interés sustancial) y que como tal plantea su pretensión ante el órgano jurisdiccional; pues bien, por qué si en el caso de la acción subrogatoria el acreedor plantea su pretensión en virtud del artículo 1219, se hablaría de representación legal.

La pretensión que ha de plantearse, al incoar la acción, será una pretensión declarativa de condena a través de la cual se buscará cautelar el patrimonio del deudor. Es efecto de este tipo de proceso, como anota Barcia Lehmann, que ingresen al patrimonio del deudor bienes que están fuera de él y que no hubiesen ingresado sino en virtud de la sustitución y debido a la negligencia del deudor.

El análisis de fondo en este proceso estará relacionado con la existencia y exigibilidad de una obligación, es por ello por lo que el deudor (demandado) del deudor del acreedor accionante podrá oponer a este las defensas y excepciones que hubiera podido oponer a su deudor. En este caso el demandante tendrá legitimidad para obrar si demuestra que es acreedor del acreedor del demandado y, en el análisis de fondo se verificará lo siguiente:

- La existencia de deudor negligente, que no cautela su patrimonio responsablemente. Como se anotó anteriormente, citando a Osterling Parodi, se trata de culpa o negligencia cierta, ya que un simple o breve retraso impediría al acreedor inmiscuirse en asuntos ajenos.
- La existencia y exigibilidad de la obligación del sujeto demandado.

El demandante, acude al proceso para cautelar un interés propio y lo hace a través del ejercicio de los derechos de su deudor. Sobre la legitimidad activa en el caso de la subrogación para ejercer los derechos del deudor, en la sentencia expedida en el Expediente: 003528-2007 se señala:

Décimo tercero.- Que en tal orden de ideas, se aprecia que al interpretar la norma del artículo mil doscientos diecinueve, inciso cuarto, del Código Civil, el Superior Colegiado ha concluido que la parte demandante no ha acreditado tener una deuda reconocida judicialmente a su favor de parte de los supuestos deudores, emplazados...Sin embargo, haciendo una rigurosa interpretación, este Supremo Colegiado estima que ni la letra ni el espíritu de la citada norma exigen que el ejercicio de la acción de rescisión por lesión sea hecho por un acreedor que tenga una deuda judicialmente reconocida a su favor respecto de sus deudores. Por el contrario, de la norma en estudio fluye claramente que el acreedor (genéricamente considerado), puede ejercer los derechos de su deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, salvo en los derechos *intuitu personae* o cuando lo prohíba la ley. La acción de lesión

puede ser promovida por los acreedores del vendedor, porque este no es un derecho inherente.¹³¹

En consecuencia, el poder jurídico al que se ha hecho referencia es el poder instrumental que genera todo interés sustancial. La legitimidad estará determinada por la afirmación de que se es un acreedor al que asiste el interés sustancial de que los bienes de su deudor no salgan de su patrimonio o regresen a él.

2.4.4.2 El Estatus. Para Romero Seguel, se trata de una condición jurídica en la que se encuentra una persona en el ámbito de la colectividad organizada. Es la calidad de un individuo, en cuanto lo habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones.¹³²

La calidad que posee un determinado sujeto es lo que justifica la existencia de legitimidad activa y pasiva. Así, se habla, por ejemplo, de la calidad de hijo, padre, heredero forzoso, cónyuge, socio, etc; como sucede en el artículo 58 del C.C.:

Artículo 58º.- El cónyuge del ausente u otros herederos forzosos económicamente dependientes de él, que no recibieren rentas suficientes para atender a sus necesidades alimentarias, pueden solicitar al juez la asignación de una pensión, cuyo monto será señalado según la condición económica de los solicitantes y la cuantía del patrimonio afectado. Esta pretensión se tramita conforme al proceso sumarísimo de alimentos, en lo que resulte aplicable.

De acuerdo con este artículo, es posible plantear la pretensión de asignación de pensión, a través del proceso sumarísimo y, los sujetos legitimados para hacer uso de la acción son el cónyuge u otros herederos forzosos. Es la referida calidad la que atribuye legitimidad a los sujetos.

En este caso, también se trata de la protección de un derecho, el derecho a gozar de una pensión alimentaria y se trata de un derecho que por definición corresponde a los hijos, al cónyuge y se incluyen otros parientes. Ahora, el ser hijo, es una condición que permitirá, le sea atribuido el derecho a una pensión de alimentos. Desde esta perspectiva, vale la pena recordar el análisis efectuado sobre el título y el fundamento de un derecho, en tanto la condición de hijo hará posible que a través de un proceso judicial se discuta la existencia y atribución de un derecho a percibir una pensión de alimentos. Mal podría pretender, un sujeto, plantear una pretensión de tal naturaleza, alegando ser amigo de un determinado sujeto.

En definitiva, establecer que una determinada calidad habilita a un sujeto para actuar en un proceso no es otra cosa que la invocación de la existencia de un derecho y por qué no, de un interés que requiere protección.

¹³¹ Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Transitoria, Expediente N° 003528-2007, 01 de setiembre de 2008.

¹³² Romero, *Curso de Derecho Procesal*, 89.

2.4.4.3 Otras posiciones habilitantes: Una especial referencia a la legitimidad extraordinaria. No es posible desconocer que siempre existirán cuestiones no previstas por la norma, la pretensión de plenitud es una de las características de todo ordenamiento jurídico. Esta afirmación, justifica la necesidad de referirse a otras posiciones habilitantes; sin embargo, no se ha de perder de vista que cualquier otra posición habilitante de la que se pueda hablar, siempre tendrá su origen en la existencia de un derecho o de un interés que, requiere ser protegido.

En este punto, conviene insistir en la constatación fáctica de la existencia de casos en los que, quien hace uso del derecho de acción es un sujeto distinto de aquel que se considera titular del derecho o del interés, así se habla de legitimidad extraordinaria. Para Montero Aroca:

Se trata, pues, de supuestos en los que la posición habilitante para formular la pretensión, en condiciones de que sea examinada por el tribunal en el fondo y pueda procederse a la actuación del derecho objetivo, no es la afirmación de la titularidad activa y la imputación de la titularidad pasiva de la relación jurídico material... estos casos precisan estar cubiertos por norma expresa de atribución de la legitimación, norma que es siempre procesal.¹³³

Para Prado Bringas la legitimación extraordinaria es utilizada para:

(i) Limitar la legitimación de la persona a la que le corresponde realizar la afirmación de la titularidad del derecho y otorgársela a otra; o, (ii) ampliar la legitimación de las personas que pueden iniciar una demanda, adhiriendo a otras que no afirman la titularidad del derecho invocado.

En los casos en los que el ordenamiento jurídico le asigna la titularidad de un derecho a una persona que, en principio, le pertenecía a otra, no nos encontraríamos ante un supuesto de legitimación extraordinaria, sino ante una suerte de “cesión legal de derechos”. Y es que a la legitimación extraordinaria solamente le conciernen los casos en los que se le permite a una persona interponer una pretensión sin afirmar la titularidad del derecho invocado. La diferencia radica en que en el caso de la “cesión legal de derechos” la persona que interpondría la pretensión lo estaría haciendo en base a la afirmación de un derecho que considera suyo.¹³⁴

Varias cuestiones surgen en relación con esta opinión. Primero, cabe preguntarse cuál es la razón por la que se le otorga la legitimidad a otra persona y, segundo cuál es la razón por la cual se permite la adhesión de otras personas, quienes además lo hacen sin alegar titularidad del derecho discutido. En ambos casos, como se señala más adelante, se trata de la existencia de un interés al que el sistema brinda protección, incluido lo que se ha denominado cesión legal de derechos.

¹³³ Montero, *La Legitimación en el proceso civil*, 49.

¹³⁴ Rafael Prado Bringas y Orestes Francisco Zegarra. “La legitimación en el proceso civil peruano”. *IUS ET VERITAS*, n.º 56 (octubre 2018): 52, <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201801.003>.

La sustitución procesal (en el caso de la acción subrogatoria), se decía, es el caso tipo de legitimidad extraordinaria, así lo reconoce la doctrina, como reconoce también dentro de esta categoría, el caso en que se acude al proceso para la defensa de los intereses colectivos y difusos; y el interés público.

Es característica de la legitimidad extraordinaria, el estar posibilitado para actuar en el proceso aun cuando quien lo hace no alega ser titular del derecho discutido en el proceso. Así, se dice, por ejemplo, que la acción directa del perjudicado contra el asegurador del vehículo que ha producido un daño; es un caso de legitimidad extraordinaria.

En el artículo 110 de la Ley N° 29946 (Ley del Contrato de Seguro), se establece que, el tercero, víctima del daño tiene acción directa contra el asegurador, hasta el límite de las obligaciones previstas en el contrato de seguro y siempre que se incluya al asegurado en su demanda. Y de acuerdo, al artículo 111, el asegurador puede oponer contra el tercero: a) Las excepciones y medios de defensa que asisten al asegurado frente a la víctima. b) Los límites y exclusiones previstas en la póliza. c) Las causales de ineficacia o resolución del contrato de seguro o de caducidad de los beneficios, producidos antes o durante el siniestro.

El contrato de seguro se celebra entre la aseguradora y el asegurado, la víctima en el caso de un accidente, resulta ser un tercero ajeno a la referida relación contractual. Este tercero, producido el hecho dañoso, se vincula con el sujeto responsable de la comisión del daño y surge su derecho a una indemnización por daños y perjuicios. Al acudir al proceso lo hará invocando un interés, el interés de obtener una indemnización por los daños y perjuicios causados y se trata de un interés propio no ajeno. En definitiva, no podría afirmarse que se trata de un sujeto cuya posición habilitante no es la afirmación de la titularidad activa y la imputación de la titularidad pasiva de la relación jurídico material.

Si se mira el lado pasivo de la relación procesal, la aseguradora ¿estaría legitimada de modo extraordinario?

La relación jurídico material, no ha de reducirse a aquellas en las que existe una relación de tipo contractual o la celebración de cualquier acto jurídico. Existe una relación jurídico material entre el sujeto perjudicado y la aseguradora, es una relación que viene establecida por la norma en tanto, como afirma Alessandri:

Las relaciones jurídicas nacen, brotan o surgen de un hecho jurídico. Por ejemplo, la relación de los cónyuges nace del matrimonio; la del acreedor y deudor, de un contrato, o de un hecho ilícito o de cualquiera otro que la ley considere idóneo para producir consecuencias o efectos jurídicos.¹³⁵

¹³⁵ Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga., *Tratado de Derecho Civil*, 293.

En consecuencia, cuando el perjudicado por un hecho dañoso hace uso de la acción directa contra la aseguradora, para demandar el pago de la indemnización por daños y perjuicios, se está frente a un caso de legitimidad ordinaria.

2.4.4.4 Legitimidad para la defensa de derechos fundamentales. La N.L.P.T en su artículo 9, establece los casos en los que se otorga una legitimidad, que el legislador ha denominado especial, probablemente por considerarla extraordinaria. Así se establece en la citada norma que las pretensiones derivadas de la afectación al derecho a la no discriminación en el acceso al empleo o del quebrantamiento de las prohibiciones de trabajo forzoso e infantil pueden ser formuladas por los afectados directos, una organización sindical, una asociación o institución sin fines de lucro dedicada a la protección de derechos fundamentales con solvencia para afrontar la defensa a criterio del juez, la Defensoría del Pueblo o el Ministerio Público.

Los derechos que se protegen son de naturaleza fundamental. Sobre los derechos fundamentales Castillo Córdova señala lo siguiente:

Desde una perspectiva jurídica, la persona humana, depositaria de una dignidad, significa sus derechos fundamentales...El respeto y favorecimiento de estos derechos son considerados la base y el fundamento de muchas realidades necesarias para la existencia misma del género humano...son considerados como el fundamento de la comunidad humana, o el fundamento del orden político y de la paz social, o en definitiva como el fin supremo de la sociedad y del Estado.¹³⁶

Dada la calidad de derechos fundamentales, es que a través del artículo 9 de la N.L.P.T., se legitima no solo al afectado directo sino, también a una organización sindical, una asociación o institución sin fines de lucro, a la Defensoría del Pueblo o al Ministerio Público para plantear las pretensiones derivadas de la afectación al derecho a la no discriminación en el acceso al empleo o del quebrantamiento de las prohibiciones de trabajo forzoso e infantil. Pero, esta legitimidad no es especial o extraordinaria sino ordinaria.

La legitimidad es ordinaria porque estos derechos, en tanto fundamento de la comunidad humana, del orden público y de la paz social, son de titularidad de toda la comunidad.

Se trata de sujetos que acuden al proceso alegando la existencia de un interés sustancial como situación habilitante. La comprensión de esta afirmación tal vez no sea sencilla porque, como señala Cruz Parceró:

Los casos tradicionalmente entendidos en términos de intereses legítimos son situaciones donde existen derechos protegidos a menudo por principios; situaciones que generan controversias porque tales principios no han sido debidamente considerados al momento en

¹³⁶ Luis Castillo Córdova, *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*, (Lima: Grijley E.I.R.L., 2008), 5.

que una autoridad actúa u omite actuar para garantizar a otra (s) persona (s) algún derecho o para perseguir algún objetivo. Esos casos se suelen pensar o teorizar como situaciones donde no hay agravio “personal y directo” al derecho de un individuo. Pero esto puede ser inexacto y el agravio puede ser muy personal y muy directo; lo que ocurre es que el derecho está protegido por un principio y no existe una especificación del contenido de dicho derecho que se ajuste a una descripción de la situación concreta.¹³⁷

Estas consideraciones exigen una adecuada protección que garantice la vigencia de tales derechos y, es la razón por la que la legitimidad corresponde a todos los ciudadanos, por eso es ordinaria, pero, la representación en el ejercicio del derecho de acción corresponde, de acuerdo a ley a una organización sindical, una asociación o institución sin fines de lucro dedicada a la protección de derechos fundamentales con solvencia para afrontar la defensa a criterio del juez, la Defensoría del Pueblo o el Ministerio Público. El mismo razonamiento se utiliza para el caso de intereses difusos y colectivos.

Entonces, la legitimidad es solo una y es la ordinaria. No existe una legitimidad extraordinaria y las razones por las que se ha aceptado su existencia no son tal toda vez que, la legitimidad encuentra sustento no solo en la existencia de un derecho sino en la de un interés. Haber perdido de vista la existencia de intereses como objeto de protección de la tutela jurisdiccional efectiva ha inducido al error de creer que existen sujetos a los que, por no ser titulares de un derecho, se les ha concedido una legitimidad extraordinaria. Asimismo, ha llevado a algunos a hablar de otras posiciones habilitantes sin considerar que esas posiciones tienen en su esencia la posibilidad de protección de un derecho o de un interés.

De esta manera un sujeto puede encontrarse legitimado porque le asiste un derecho o porque le asiste un interés y se debe poner especial cuidado en la identificación del sujeto al que se le ha concedido legitimidad porque no siempre es una tarea fácil como sucede en los supuestos de derechos o intereses pertenecientes a la comunidad, de derechos o intereses protegidos por principios, de derechos o intereses atribuidos a un sujeto con una calidad determinada (legitimario, heredero forzoso, acreedor del acreedor, hijo, cónyuge, etc).

2.5 Probanza de la legitimidad: Momento en que se analiza la existencia de legitimidad

Existen procesos en los que bastará la sola afirmación del derecho o del interés para entender cumplida la condición y, existen procesos en los que no basta la sola afirmación de la existencia del derecho, sino que es imprescindible la prueba de dicha existencia. En estos casos, se trata de una

¹³⁷ Juan Antonio Cruz Parceró, “El concepto de interés legítimo y su relación con los derechos humanos, observaciones críticas a Ulises Schmill y Carlos de Silva”, *Isonomía* n° 39, (octubre 2013): 209-210.

situación peculiar debido a que hay dos derechos en juego, uno acredita la legitimidad y el otro, es el discutido al interior del proceso.

Otra cuestión de especial relevancia es, el momento en que se ha de verificar la existencia de legitimidad.

2.5.1 La sola afirmación de la existencia de un derecho o de un interés

Si se trata de las pretensiones constitutivas, Montero Aroca considera que, la legitimación procede de la afirmación de un derecho a promover el cambio.¹³⁸ En el razonamiento efectuado en este trabajo, se entiende que tal derecho a promover el cambio no es más que un interés.

Sobre el referido derecho a promover el cambio, el autor distingue dos supuestos: aquellos en los que la modificación de una determinada situación jurídica puede realizarse en ejercicio de la autonomía de la voluntad y aquellos, en los que el cambio sólo puede lograrse a través de la intervención del órgano jurisdiccional y así lo establece la ley. En el primer supuesto, la legitimación proviene de la afirmación de un derecho y de que ése no ha sido reconocido extrajudicialmente por el demandado y, en el segundo supuesto, es la ley la que expresamente determina quiénes son los legitimados para pedir la modificación de la situación, con lo que el interés está implícito en la afirmación que debe hacerse en la demanda de que el actor es uno de los legitimados por ley.¹³⁹

Sobre este tipo de pretensiones, se dijo que son aquellas en las que claramente se puede hablar de la existencia de un interés como elemento que sostiene la pretensión y es objeto de protección en tanto existe un interés en la adquisición de una ventaja material (creación de un derecho) o, un interés generado a partir de la existencia de un perjuicio o en la necesidad de evitar la realización de un daño. En este sentido, se hablará de afirmación de la existencia de un interés para cumplir con el requisito de legitimidad para obrar.

En la sentencia del T.C expedida en el Expediente N° 02369-2013-PHD/TC se resuelve el recurso de agravio constitucional interpuesto por Jorge Eduardo Cánepa Wright contra la resolución expedida por la Séptima Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que declaró improcedente la demanda de habeas data interpuesta contra el Fondo de Sepelio de la Fuerza Aérea (Fosepfap) a fin de solicitar se entregue el certificado de necropsia de la abuela del demandante. El TC analiza si se debió otorgar o no la información solicitada al recurrente y lo hace a partir de la determinación de la existencia del vínculo de parentesco de consanguinidad. Una vez verificada la existencia del vínculo, analiza si resulta legítimo o no en términos constitucionales, negar a un nieto el acceso al documento en el que constan las causas del fallecimiento de la abuela.¹⁴⁰

¹³⁸ Esta no es más que la referencia a la existencia de los derechos potestativos de la que hablaba De la Oliva Santos.

¹³⁹ Montero, *La legitimación en el proceso civil*, 47.

¹⁴⁰ Tribunal Constitucional, Expediente N° 02369-2013-PHD/TC, Lima, 08 de junio de 2015.

El análisis del TC es realizado a partir de los alcances de la tutela judicial del proceso de habeas data para el derecho a la protección de datos personales o la autodeterminación informativa y el interés legítimo de los herederos de conocer las causas del fallecimiento del causante, en concreto el interés legítimo del nieto de conocer dichas circunstancias (interés que es equiparado por el TC al derecho a la verdad).

De acuerdo al artículo 61 del C.P.Co, se autoriza a toda persona para acudir al proceso de habeas data en defensa de los derechos constitucionales reconocidos por los incisos 5) y 6) del artículo 2 de la Constitución.¹⁴¹

En este artículo la legitimidad para obrar en el proceso ha sido concedida a través de la expresión "toda persona". Con esta regulación puede resultar válido señalar que la legitimidad se explicita con la declaración de la existencia del derecho a la autodeterminación de la información o con la declaración de la existencia de un interés.

En el caso planteado al tratarse del nieto de la abuela fallecida, es evidente que la legitimidad se determina en función del segundo supuesto, más aún si en el artículo 49 del Reglamento de la Ley de protección de datos personales se establece que el ejercicio de los derechos corresponde solamente al titular de los datos personales.

Sobre la decisión del TC en este caso De la Puente Parodi señala que el TC no ingresa a verificar de modo previo la legitimidad para obrar del demandante, sino que resuelve esta cuestión juntamente con el fondo de la controversia.¹⁴² En opinión diversa, se considera que en casos como este la legitimidad se determina con la sola afirmación de la existencia del interés y que no podría entrar en un análisis de su existencia sin que ello implique abordar el fondo de la controversia.

Es ilustrativa también la Casación Nº 2880-2007, Lima, expedida en un proceso en el que se pretende la nulidad del acto jurídico de donación que realiza la madre respecto del único bien de su propiedad. La excepción de falta de legitimidad para obrar planteada por el sujeto pasivo se sustenta en que el sujeto activo actúa en calidad de futura heredera forzosa de su madre, toda vez que, su madre aún está viva. La Sala, al resolver señala que basta afirmar la calidad de futura heredera para

¹⁴¹ Artículo 61 del C.P.Co.: El habeas data procede en defensa de los derechos constitucionales reconocidos por los incisos 5 y 6 del artículo 2 de la Constitución y se autoriza, en consecuencia a toda persona para acudir a dicho proceso para: 1.- Acceder a información que obre en poder de cualquier entidad pública, ya se trate de la que generen, produzcan, procesen o posean, incluida la que obra en expedientes terminados o en trámite, estudios, dictámenes, opiniones, datos estadísticos, informes técnicos y cualquier otro documento que la administración pública tenga en su poder, cualquiera que sea la forma de expresión, ya sea gráfica, sonora, visual, electromagnética o que obre en cualquier otro tipo de soporte material. 2.- Conocer, actualizar, incluir y suprimir o rectificar la información o datos referidos a su persona que se encuentren almacenados o registrados en forma manual, mecánica o informática, en archivos, bancos de datos o registros de entidades públicas o de instituciones privadas que brinden servicio o acceso a terceros. Asimismo, a hacer suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones de carácter sensible o privado, que afecten los derechos constitucionales.

¹⁴² Jaime de la Puente Parodi, "El interés legítimo para acceder a una base de datos de un familiar fallecido a través del habeas data", *Actualidad Jurídica*, n.º 261, (agosto 2015): 181.

que se le otorgue legitimidad a la hija, basta con señalar que se tiene derechos expectaticios. Para la Sala es la existencia de derechos expectaticios lo que legitima al sujeto activo. Pese a lo cuestionable de la denominación “derechos expectaticios” en tanto la expectativa, es la esperanza de recibir o conseguir algo, pero no constituye derecho, sí podría entenderse que la Sala se ha referido a la existencia de un interés que, en el caso concreto sería de naturaleza patrimonial. El razonamiento de la Sala es el siguiente:

Considerando Cuarto: Que, en primer lugar, debe tenerse en cuenta que la legitimidad para obrar es una de las condiciones del ejercicio válido de la acción y que en la doctrina ha sido conceptuada de distintos modos: i) como la relación lógica de correspondencia que existe o debe existir entre el demandante concretamente considerado y la persona a quien en abstracto la norma jurídica confiere el derecho (legitimidad activa), o entre el demandado concretamente considerado y la persona que en abstracto debe cumplir una obligación (legitimidad pasiva), ii) también como la posición habilitante para formular una pretensión o para contradecirla, y que surge de la afirmación de ser titular de un derecho (legitimidad activa) o de la imputación de una obligación o deber jurídico (legitimidad pasiva).

En el caso concreto la actora ha afirmado que, en su calidad futura de heredera forzosa de su madre, le asiste el derecho de demandar la nulidad del acto jurídico de donación que esta hiciera del único bien de su propiedad, afirmación que resulta suficiente, para otorgarle la legitimidad que reclama...Si la demandante tiene o no la calidad actual de heredera forzosa de su madre, si tal calidad es requisito indispensable para interponer una demanda de nulidad de acto jurídico...constituyen aspectos que de ninguna manera pueden ser analizados a través de una defensa de forma como la planteada, sino que corresponden ser dilucidados el emitir el respectivo juicio de fundabilidad...Basta, entonces, que la actora señale tener derechos expectaticios sobre el inmueble donado para que su legitimidad se configure.¹⁴³

El interés al que se hace referencia es aquel que le permitirá a la futura heredera evitar un perjuicio económico por la disposición de un bien que podría constituir parte de una futura herencia. No obstante, hay algunos errores en el razonamiento de la Sala, primero, no considerar la figura del legitimario (beneficiario de la legítima); segundo, debió considerar la existencia de regulación específica sobre la disponibilidad de los bienes y la legítima en relación con los actos de donación pues, el artículo 1645 del C.C. establece que si las donaciones exceden la porción disponible de la herencia, se suprimen o reducen en cuanto al exceso las de fecha más reciente, o a prorrata, si fueran de la misma fecha. En tanto la porción disponible solo puede ser determinada en el momento de la muerte,

¹⁴³ Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Transitoria, Casación N° 2880-2007, Lima 23 de Julio 2007.

si bien se podría considerar la existencia de legitimidad por ser legitimario, es decir por ser beneficiario de la legítima, le faltaba interés para obrar.

Entonces, hecha la aclaración sobre el interés para obrar, en el caso planteado existía un mecanismo adecuado para la declaración de donación inoficiosa, conforme a lo establecido en el artículo 1645. En estos casos, el legitimado para accionar es el legitimario (que en efecto es un heredero forzoso) y puede accionar porque cuenta con un estatus instituido legalmente que le permitirá proteger un interés de tipo económico.

Para culminar con este primer supuesto de determinación, será útil recordar los denominados derechos potestativos.¹⁴⁴ Sobre este tema Perlingieri, señala que:

La situación subjetiva activa que definimos como derecho potestativo atribuye a su titular el poder de provocar unilateralmente un hecho jurídico que comporta consecuencias desfavorables para otro sujeto. Por esta razón, el derecho potestativo también puede denominarse poder formativo: su titular puede constituir, modificar o extinguir una situación subjetiva, unilateralmente, a pesar de que eso signifique la invasión de la esfera jurídica de otro sujeto que, además, no puede evitar tal acción, es decir, debe someterse al ejercicio del poder.¹⁴⁵ El derecho potestativo se ejercita con una manifestación unilateral de voluntad, aunque, según algunos autores, en ciertos casos, para realizar el resultado favorable al titular, hace falta, además de la manifestación unilateral de voluntad, la sentencia de un juez.¹⁴⁶

Considerando que hablar de la existencia de casos en los que no existe derecho subjetivo a reclamar, resulta ser un tema no muy sencillo, sería ilustrativo pensar, como señala Perlingieri, en lo siguiente:

Un sujeto que puede tener interés en actuar sencillamente para verificar la existencia o la inexistencia de un derecho. Si Ticio cree que tiene un derecho de servidumbre de paso sobre el fundo de su vecino...éste, directamente o indirectamente interesado, puede pedir al juez que declare la inexistencia de aquel derecho. Las sentencias declarativas no presuponen una violación o un incumplimiento.¹⁴⁷

Nuevamente, de lo que aquí se está hablando es de la existencia de un interés por el que se pretende la constitución, modificación o extinción de una situación jurídica. En ese sentido, ratificando la idea de que los intereses, al igual que los derechos, se constituyen en objeto de protección de la

¹⁴⁴ De la Oliva y Díez – Picazo consideran que se trata de un derecho potestativo al cambio, aunque, este no sea un derecho subjetivo privado. *Derecho procesal Civil*, 128.

¹⁴⁵ Se entiende que la sujeción del sujeto pasivo sólo está referida al inicio de un proceso, dado que la modificación, extinción o constitución de una situación jurídica dependerá del resultado final del proceso. Lo declarado en la sentencia.

¹⁴⁶ Pietro Perlingieri, *El derecho civil en la legalidad constitucional, según el sistema ítalo-comunitario de las fuentes*, (Madrid: Dykinson S.L., 2008), 621.

¹⁴⁷ Perlingieri, *El derecho civil en la legalidad constitucional*, 621.

tutela jurisdiccional, es que aquí en lugar de hablar de un supuesto derecho al cambio o de un derecho potestativo al cambio, es que corresponde aceptar que se trata de la tutela de un interés y que bastará con su sola afirmación para cumplir con la exigencia de legitimidad.

2.5.2 Cuando la sola afirmación del derecho o del interés no basta para acreditar la existencia de legitimidad para obrar.

A diferencia de lo que sucede con lo descrito en el apartado anterior, existen casos en los que, se trata de probar la existencia de un derecho. Para entender esta aseveración, es necesario precisar que se trata de aquellos casos en los que la existencia de un derecho es la causa de la legitimidad y que tal derecho difiere del que es objeto de protección al interior del proceso.

Sucede, por ejemplo, en un proceso de reivindicación, en este proceso demanda el propietario no poseedor contra el poseedor no propietario, el derecho en discusión es la posesión y tener el derecho de propiedad es lo que legitima a un sujeto para ser parte en este tipo concreto de proceso.

Algo similar sucedía en el caso citado con anterioridad sobre accesión resuelto a través de la Casación N° 1918-2014- Callao en la que se señaló:

CONSIDERANDO SEXTO: Siendo así, la calidad de propietarios del bien sub litis no es clara ni exclusiva a favor de la parte demandante, ya que su derecho se encuentra en discusión con el derecho inscrito que ostenta la parte demandada; y, estando a que el objeto del presente proceso no es dirimir el mejor derecho a la propiedad que ostenten sobre el terreno sub Litis, sino únicamente declarar si procede o no la accesión petitionada, para lo cual el derecho de propiedad de quien demanda debe encontrarse fuera de toda discusión; por lo que emitir un pronunciamiento dentro de dicho contexto, significa implícitamente otorgar un mejor derecho de propiedad a una de las partes procesales, lo que no es propio del presente proceso; en consecuencia, no habiendo la parte demandante acreditado su derecho de propiedad de manera clara y exclusiva a su favor, al existir dos títulos de propiedad inscritos sobre el mismo bien, no es posible amparar la demanda, pues la accesión tiene como fundamento la construcción en terreno ajeno, lo que por el momento no es posible determinar, correspondiendo previamente dilucidarse la nulidad del título registral de los demandados, lo que evidencia la carencia de interés para obrar de la parte demandante, por lo que la demanda deviene en improcedente conforme a la causal de improcedencia prevista en el inciso 2 del artículo 427 del Código Procesal Civil.¹⁴⁸

En la primera parte de este trabajo de investigación, en referencia a lo resuelto en esta casación se plantearon tres preguntas: ¿por qué la demanda no fue declarada infundada por

¹⁴⁸ Corte Suprema de la República, Sala Civil Transitoria, Casación N° 1918-2014 – Callao, 02 de diciembre de 2015.

improbanza de la pretensión?, ¿cómo se justifica la falta de interés para obrar? O, es que acaso, ¿se trata de un supuesto de falta de legitimidad para obrar? Llegados a este punto, es posible responder a estas interrogantes.

Se trata de un caso de falta de legitimidad para obrar. De modo similar a lo que ocurre con la pretensión de reivindicación, en la accesión es necesario acreditar la propiedad para lograr un pronunciamiento sobre el fondo. Se trata de un derecho que legitima al sujeto y que difiere del derecho discutido al interior del proceso.

Si se piensa en el proceso de desalojo que puede iniciar el propietario de un bien contra un ocupante precario, se tiene un caso más de características similares a las descritas para la reivindicación y la accesión. Si se acude en calidad de propietario a demandar el desalojo de un ocupante precario, nadie pondrá en duda que la legitimidad viene determinada por la existencia del derecho de propiedad que le autoriza a reclamar su derecho de posesión.



Capítulo 3

Legitimidad plural: El Litisconsorcio

El objetivo en este capítulo es el análisis de la legitimidad plural, aquel supuesto en el que la constitución de la calidad de parte presenta una particularidad, se configura con la ineludible participación de más de un sujeto.

La relación procesal se conforma con una parte activa y una pasiva, demandante y demandado, los litigantes. En ocasiones en uno de estos dos polos o en los dos a la vez existe más de un sujeto. Es este fenómeno al que se denomina pluralidad de partes. Esta visión responde a la perspectiva romana que se tiene del proceso, aunque no se puede desconocer una cierta influencia germánica, al haberse recogido en el C.P.C la intervención de terceros, específicamente la intervención excluyente principal a través de la cual es posible la intervención de un sujeto que se ubica en contraposición a demandante y demandado, triangulando la relación procesal.¹⁴⁹

No obstante, interesa en este apartado aquellos procesos en los que, por la existencia de determinados nexos jurídicos, en uno de los polos (o en los dos) se presenta más de un sujeto (incluso, por qué no, en el lado de la intervención excluyente principal).

La pluralidad de partes, como señala Devis Echandía, puede originarse en un litisconsorcio inicial o posteriormente cuando intervienen terceros o se produce la acumulación de procesos.¹⁵⁰ En este punto deberá además hacerse algunas diferenciaciones en atención a las características de dicha pluralidad.

Es importante diferenciar la acumulación de procesos, del proceso único con pluralidad de partes. Para Montero Aroca, la acumulación no es un fenómeno consecuencia de la legitimación plural, sino de la posibilidad de que dos o más pretensiones se debatan juntas y se resuelvan conjuntamente, pero siempre teniendo en cuenta que darán lugar a dos o más procesos que exigen dos o más pronunciamientos. Por su parte, la pluralidad de partes sí es un fenómeno consecuencia de la legitimación plural.¹⁵¹

La Ley de Enjuiciamiento Civil española regula el litisconsorcio en su artículo 12. En su primera parte señala que podrán comparecer en juicio varias personas, como demandantes o como demandados y para que ello les sea permitido, se establece que las acciones que ejerciten provengan de un mismo título

¹⁴⁹ Aun cuando en reiterada doctrina se hace referencia al litisconsorcio con un supuesto de pluralidad de partes, es importante aclarar que la pluralidad de partes es característica de todo proceso haya o no litisconsorcio, pues siempre existirá demandante y demandado y eso es pluralidad. En los supuestos de litisconsorcio lo que existe es pluralidad de sujetos ya sea, en la parte activa, en la parte pasiva o en ambas.

¹⁵⁰ Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, Tomo 2, (Buenos Aires: Editorial Universidad de Buenos Aires, 2000), 373.

¹⁵¹ Juan Montero Aroca et al., *Derecho Jurisdiccional II – Proceso Civil*, (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014), 89.

o causa de pedir, En la segunda parte del artículo, se recoge el otro supuesto de litisconsorcio estableciendo como requisito de constitución el que se trate de un objeto de juicio cuya tutela solo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa.

La primera parte del citado artículo de la LEC no recoge un proceso único con pluralidad de partes, sino la posibilidad, como señalaba Montero Aroca, de que varias pretensiones se debatan y resuelvan de modo conjunto. Solo la segunda parte regula el supuesto de litisconsorcio.

Por su parte, el Código de Procedimiento Civil Chileno regula en sus artículos 18 y 19, los casos de participación de varios sujetos en un proceso. El artículo 18 recoge el supuesto de acumulación de procesos, es decir aquellos casos en los que, si bien la participación plural de sujetos se puede dar en un solo proceso, nada obstaría para que se tramiten en procesos separados y, por su parte en el artículo 19, se regula el supuesto de un proceso único con pluralidad de partes desde que el legislador ha establecido en la norma el deber de actuar en conjunto.¹⁵²

En la misma línea el Código General del Proceso de Colombia en sus artículos 60, 61 y 62 recoge las figuras del litisconsorcio facultativo, necesario y el cuasinecesario, respectivamente, regulando lo que se ha definido como acumulación de procesos (artículo 60) y proceso único con pluralidad de partes (artículos 61 y 62).¹⁵³

Por estas razones, es necesario precisar que la pluralidad de partes no siempre da lugar a lo que en estricto debe ser considerado litisconsorcio.

Como Señala Martínez “el concepto procesal de parte tiene relación con el de legitimación, en una suerte de nexo con el derecho material”.¹⁵⁴ Así se dijo en los capítulos anteriores y solo en aquellos casos en los que legitimación es plural, existe proceso único con pluralidad de partes, es decir, litisconsorcio.

La norma procesal peruana regula el litisconsorcio y, de modo expreso, lo clasifica en litisconsorcio necesario y voluntario o facultativo. Importará analizar si en estos dos tipos de litisconsorcio, que a su vez pueden ser activo, pasivo o mixto, es pertinente hablar de legitimidad plural o legitimidad plurisubjetiva, como lo denominan algunos autores y, de ser el caso, cómo se regula o debería estar regulada. En este trabajo la hipótesis apunta a establecer que solo en los casos de

¹⁵² Código de Procedimiento Civil Chileno – Ley 1.552

Artículo 18: En un mismo juicio podrán intervenir como demandantes o demandados varias personas siempre que se deduzca la misma acción, o acciones que emanen directa e inmediatamente de un mismo hecho, o que se proceda conjuntamente por muchos o contra muchos en los casos que autoriza la ley.

Artículo 19: Si son dos o más las partes que entablan una demanda o gestión judicial y deducen las mismas acciones, deberán obrar todas conjuntamente, constituyendo un solo mandatario. La misma regla se aplicará a los demandados cuando sean dos o más y opongan idénticas excepciones o defensas.

¹⁵³ Código General del Proceso, Ley N° 1564, 2002, Colombia.

¹⁵⁴ Hernán J. Martínez, *Proceso con sujetos múltiples*, Tomo 1, (Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1994), 33.

litisconsorcio necesario es posible hablar de legitimación plural y que el llamado litisconsorcio voluntario no es un proceso único con pluralidad de partes, es decir no debería ser considerado litisconsorcio.

3.1 Litisconsorcio

Para Martínez “el litisconsorcio presupone necesariamente un aspecto concurrente: pluralidad de sujetos en la misma posición de parte; ya actores, ya demandados, ya actores y demandados conjuntamente”.¹⁵⁵ Pero la pluralidad de sujetos puede dar lugar a situaciones diversas.

Litis, con y sors, son los vocablos que plantean una idea inicial de lo que es el litisconsorcio. El primero de ellos se refiere a la existencia de un conflicto; el segundo, a la idea de conjunto y, el tercero, a la suerte; de este modo la palabra litisconsorcio se entiende etimológicamente como litigar en conjunto, de tal manera que el resultado afecta del mismo modo al conjunto.¹⁵⁶

La razón por la que los sujetos litigan en conjunto, si se tiene en consideración el último de los vocablos, ha de estar determinada por cuestiones que evidencian una solución común para quienes intervienen en el proceso, ya sea como parte activa o pasiva. Si, por el contrario, la solución no es común, difícilmente se pueda pensar en la existencia de un litisconsorcio.

La existencia de una solución común, como es de suponer, obedece a determinadas causas, las que en última instancia constituirían el fundamento, origen o causa del litisconsorcio.

Romero Seguel señala que, en doctrina, las razones para fundamentar el litisconsorcio se reducen a las siguientes:

1° en el principio de la bilateralidad de la audiencia; 2° en la protección de los derechos de terceros por extensión de los efectos de la cosa juzgada; 3° en una posible inutilidad de la sentencia; y 4° en la legitimación procesal.¹⁵⁷

Por su parte, para Matheus López:

Los fundamentos del litisconsorcio necesario traen su correlato de la naturaleza de la relación jurídica sustancial, así como de los efectos que el pronunciamiento sobre aquélla, alcance en relación con todas las personas interesadas en ésta. De tal modo, atendiendo a estos criterios podemos considerar como fundamentos esenciales de la figura en estudio, los siguientes: a) extensión de los efectos de la sentencia a terceros. b) naturaleza de la relación jurídico-sustancial. c) imposibilidad jurídica del pronunciamiento y física del cumplimiento, ante la

¹⁵⁵ *Ibíd.* 28.

¹⁵⁶ Nelson Godoy Bassil Dower indica que el “Litisconsórcio dá idea de consorcio no pleito (litis = pleito), ou seja, há pluralidade de partes que se reúne em um mesmo processo para obtenção dos mesmos resultados. *Curso Básico de Direito Processual Civil*, (São Paulo: Editora Nelpa, 2008), 222.

¹⁵⁷ Romero, *Curso de Derecho Procesal*, 106.

inconcurrencia de algún litisconsorte. Cumplimos, además, con no considerar como un fundamento del instituto en estudio a la necesidad de evitar sentencias contradictorias.¹⁵⁸

De otro lado, la jurisprudencia desarrolla la figura del litisconsorcio, por lo general sin discutir la calidad de los sujetos a los que se les atribuye el rol de litisconsortes. Así, por ejemplo, se tiene la Casación N° 3655-2016 Lima, en la que se declara nula la sentencia de vista expedida en un proceso de desalojo por ocupación precaria, por no integrar a la relación procesal a quienes considera litisconsortes necesarios. Estos son los argumentos:

CUARTO. - En el presente proceso, se tiene que la demandada Rosa Martha Merino Avendaño, en su contestación solicita a la judicatura se llame como parte del proceso a su hermano Mario Luis Maguiña Avendaño, dado que habita con el actor en el predio materia del proceso, desde hace más de 46 años en forma ininterrumpida, asimismo, señala que tanto su padre como su hermano Mario Luis Maguiña Avendaño pagaron las cuotas exigidas por la empresa vendedora. De igual manera a fojas setenta y uno obra la declaración testimonial de Gregorio Alejandro Maguiña, quien señala que Mario Luis Maguiña Avendaño habita en el predio materia de litis junto con su sobrina Graciela Magallanes Merino. Por otro lado, tenemos que emitida la sentencia que le resultó adversa, apeló la misma, a fojas ciento uno, reiterando y señalando que se le está causando agravio a su hermano y a su sobrina Graciela Magallanes Merino, quien conjuntamente con la demandada viene ocupando y habitando dicho inmueble materia de desalojo, toda vez que el juez civil no lo ha comprendido como parte en el presente proceso; pedido del cual, tampoco obtuvo respuesta de la judicatura. Para finalmente, solicitarlo vía casación.

SEXTO. - ... no es susceptible de escindirse en tantas relaciones aisladas como sujetos activos o pasivos individualmente considerados existan (...)

OCTAVO. - ... es la que resulta de la integración de la litis impuesta por el orden y el interés público con el objeto de dar solución plena y eficaz al conflicto cuando la relación jurídica en torno de la que gira muestra pluralidad de sujetos que no pueden ser excluidos del juicio sin dar lugar a un fallo sin valor jurídico para alcanzar tal solución. (Casación N° 179-98-Lim a, El Peruano, 29/08/1999, p. 3370).

NOVENO.- En el presente caso, de autos se aprecia que Mario Luis Maguiña Avendaño y su sobrina Graciela Magallanes Merino, debieron formar parte de la relación jurídica, ya que la decisión también va recaer en dichos actores, pues los mismos, habitan en el predio materia de Litis, no pudiendo privárseles de su derecho de defensa y acceso a la tutela jurisdiccional

¹⁵⁸ Carlos Alberto Matheus López, "Tratamiento Procesal Del Litisconsorcio Necesario", *IUS ET VERITAS* 12 n° 24, (2002): 66, <http://revistas.66pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16170>.

efectiva conforme el artículo I del Código Procesal Civil, que a la letra expresa: “Toda persona tienen derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso.”¹⁵⁹

En la citada resolución se considera litisconsortes necesarios pasivos del proceso de desalojo por ocupación precaria al hermano y a la sobrina de la demandada, por el hecho de vivir en el inmueble materia de desalojo.

La resolución es cuestionable porque no presenta un análisis completo del caso concreto y, por ende, no explicita las razones por las cuáles considera litisconsortes necesarios al hermano y a la sobrina de la demandada. Sin embargo, sirven los argumentos esbozados por la Sala para conocer cómo es entendido el litisconsorcio en la jurisprudencia.

Un primer punto relevante es el que la Sala considere a la figura del litisconsorcio necesario como aquella que resulta de la integración de la litis impuesta por el orden y el interés público con el objeto de dar solución plena y eficaz al conflicto cuando la relación jurídica en torno de la que gira muestra pluralidad de sujetos que no pueden ser excluidos del juicio sin dar lugar a un fallo sin valor jurídico para alcanzar tal solución. El orden y el interés público constituyen para la Sala la razón de ser del litisconsorcio.

Un segundo punto importante, es la vinculación del litisconsorcio con el derecho de defensa, el acceso a la tutela jurisdiccional efectiva y la validez de la relación jurídica procesal.

De otro lado, se tiene sentencias en las que se reconoce la existencia de legitimación plural como sustento del litisconsorcio. Así se tiene la Casación N° 10309-2016, Lambayeque:

4.3. Por otro lado, la doctrina es de la consideración que la intervención litisconsorcial posee ciertos requisitos para que sea procedente. “(...) implica que un sujeto afirme ser cotitular del derecho discutido en un proceso iniciado y en base a ello solicite su incorporación al proceso. La intervención litisconsorcial le permite al sujeto intervenir como litisconsorcio de una parte, con las mismas facultades de ésta. Después de todo, se trata de un caso en el que existen varios sujetos como parte en la medida que cuentan con legitimación plural en el proceso. La intervención puede admitirse en cualquier momento del proceso “incluso durante el trámite en segunda instancia”, lo que en la práctica quiere decir que podrá admitirse su incorporación hasta antes que se emita la sentencia de segunda instancia. Después de tal acto procesal, la solicitud de incorporación que realicen debe ser rechazada de plano. Su incorporación no constituye un supuesto de modificación o acumulación de pretensiones” (subrayado agregado). Los referidos requisitos son los que se deben tomar en cuenta ante un pedido de

¹⁵⁹ Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente, Casación N° 3655-2016, Lima, 20 de julio de 2017.

intervención como litisconsorte, pues con ello se regula esta institución procesal y se evita el abuso del derecho que se encuentra proscrito por mandato del artículo 103 de la Constitución Política del Estado.¹⁶⁰

Existe una expresa vinculación entre la legitimación plural y el litisconsorcio, aunque en la citada casación el principio de preclusión ha sido puesto por encima de la necesidad de intervención de un litisconsorte en el proceso (tal vez por considerar a la intervención litisconsorcial como supuesto de litisconsorcio cuasinecesario).

De modo preliminar, antes de analizar cada uno de los fundamentos que explican la existencia del litisconsorcio, cabe indicar que el principio de bilateralidad, la protección de derechos de terceros, la posible inutilidad de la sentencia y la imposibilidad jurídica del pronunciamiento y física del cumplimiento; están ligados a la posible existencia de una solución común en un proceso debido a la inescindibilidad de la pretensión procesal. Por su parte, la legitimación procesal, no resulta ser fundamento del litisconsorcio sino, consecuencia: la exigencia de litigación conjunta.

3.1.1 El principio de bilateralidad

El principio de bilateralidad de la audiencia señalaba Devis Echandía, es consecuencia del principio de igualdad de las partes ante la ley. Todas las partes gozan de iguales oportunidades para su defensa, lo que se funda en la máxima *audiatur et altera pars*.¹⁶¹

El proceso se ha estructurado sobre la base de este principio de manera tal que es impensable una regulación que enerve el derecho de defensa. Como señala Zufelato:

El principio de contradicción siempre se ha identificado con la máxima *audiatur et altera pars* —entre nosotros conocido como la bilateralidad de la audiencia—. De acuerdo a esta máxima, las partes deben ser escuchadas para que el órgano facultado para tomar decisiones pueda emitir su decisión. Sin la previa audiencia de las partes, no hay cómo ejercitar el contradictorio, es decir, no hay cómo ofrecer sus razones y oponerse a las razones de la contraparte. En este sentido, el binomio notificación (indispensable) y participación (prescindible) —como núcleo fundamental de la contradicción y amplia defensa, y que proporciona información y reacción— construye la dialéctica estructurante de cualquier relación procesal.¹⁶²

¹⁶⁰ Corte Suprema de Justicia de la República, Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, Casación N° 10309 – 2016, Lambayeque, 12 de setiembre de 2017.

¹⁶¹ Echandía, *Teoría General del Proceso*, 366.

¹⁶² Camilo Zufelato, “La dimensión de la “prohibición de la decisión-sorpresa” a partir del principio de contradicción en la experiencia brasileña y el nuevo Código Procesal Civil De 2015: Reflexiones de cara al derecho peruano. *Derecho PUCP*, n.º 78 (junio 2017): 24, <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201701.002>.

Señala Peña Peña que “con este principio de igualdad de trato legal se socavan las duras raíces de la arbitrariedad y de ahí que para lograr el equilibrio procesal sea menester oír a todas las partes involucradas en la contienda judicial”.¹⁶³

Es innegable que pensar en un litisconsorte necesario obliga, de modo inmediato, a pensar en la necesidad de su participación en el proceso para evitar la posible vulneración de su derecho de defensa, del principio de bilateralidad y del principio de igualdad. Estos principios informan todo el ordenamiento procesal y por esta razón, en cualquier proceso, sea que exista o no litisconsorcio, se exige el cumplimiento de todas las medidas que aseguren el ejercicio del derecho de defensa.

Sobre el principio de contradicción, Monroy Gálvez afirma: “consiste en que todos los actos del proceso deben realizarse con conocimiento de las partes, aun cuando más específicamente queremos decir que todo acto procesal debe ocurrir con la información previa y oportuna al contrario”.¹⁶⁴

Desde esta perspectiva, en tanto exigencia a cumplir incluso en aquellos casos en los que no existe litisconsorcio, no parece acertado concluir que el principio de bilateralidad se constituya en fundamento del litisconsorcio necesario.

3.1.2 Protección de los derechos de terceros por extensión de los efectos de la cosa juzgada

En este punto, es imperiosa la necesidad de analizar quiénes son los terceros a los que se extiende los efectos de la cosa juzgada. Partiendo de la idea de que esta afirmación ha sido catalogada como causa (fundamento, en palabras de algunos autores) de litisconsorcio, el análisis permitirá entender si es posible que un proceso sea válido cuando un litisconsorte necesario es tercero y que, como tal, se le extiendan los efectos de la cosa juzgada. De ser esto así, se estaría frente a una clara vulneración del derecho de defensa.

Se parte de la regulación de la cosa juzgada en la norma procesal y su conceptualización en doctrina.

Conforme a lo establecido en la primera parte del artículo 123 del C.P.C., una resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando: No proceden contra ella otros medios impugnatorios que los ya resueltos; las partes renuncian expresamente a interponer medios impugnatorios o dejan transcurrir los plazos sin formularlos.

La cosa juzgada es entendida como la permanencia en el tiempo de la eficacia procesal de la decisión judicial y esta se produce cuando se resuelve el conflicto de intereses o se elimina la incertidumbre jurídica.

¹⁶³ Rogelio Enrique Peña Peña, *Teoría General del Proceso*, (Bogotá: Ediciones Ecoe, 2008), 11.

¹⁶⁴ Juan Monroy Gálvez, *La formación del proceso civil peruano: Escritos reunidos*, 2° ed. (Lima: Palestra, 2004), 311.

La primera parte de artículo 123 del C.P.C. regula lo que en doctrina se conoce como cosa juzgada formal,¹⁶⁵ es decir el efecto de la sentencia que ha ganado firmeza al no proceder contra ella otros medios impugnatorios que los ya resueltos, al existir renuncia a interponer medios impugnatorios o al dejar transcurrir los plazos sin formularlos o también como señala De la Oliva Santos,¹⁶⁶ cuando la norma no ha concedido recurso alguno. En este sentido, es firme la resolución que ha quedado consentida o ejecutoriada por las razones expuestas y a esto se denomina cosa juzgada formal.

Se debe tener en cuenta, como señala De la Oliva Santos, que:

La cosa juzgada formal, en suma, genera, en el mismo tribunal que dictó una resolución que gana firmeza, el deber de atenerse a lo dispuesto y no ignorarlo ni contradecirlo ni permitir que las partes lo contradigan o vulneren en sus actos ante ese mismo tribunal.¹⁶⁷

De este modo se le atribuye una fuerza limitada a la cosa juzgada formal, en tanto vincula solo a la instancia o juzgado que dictó la resolución, pero no a la segunda instancia o al tribunal encargado del recurso extraordinario.¹⁶⁸

En lo que a la cosa juzgada material respecta, la doctrina ha establecido que se trata de aquel estado jurídico de una cuestión sobre la que existe sentencia firme que tiene la eficacia de vincular al órgano jurisdiccional en otro proceso.¹⁶⁹ En este sentido, la cosa juzgada material tiene como antecedente la cosa juzgada formal, pero, según De la Oliva Santos:

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 (*o il mérito*). Sólo el fondo es, sin discusión, cosa a los efectos de la cosa juzgada cuando de cosa material se trata.¹⁷⁰

La vinculación del órgano jurisdiccional en otro proceso es regulada en el artículo 139, inciso 13 de la Constitución. La norma en mención establece como principio de la función jurisdiccional la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada (firme).

¹⁶⁵ La doctrina ha distinguido entre cosa juzgada formal y material. La distinción no tiene sentido metodológico claro, pues ambas responden a criterios y a conceptos procesales distintos ... La cosa juzgada formal sería mejor llamarla preclusión, pues indica la imposibilidad de recurrir o impugnar una sentencia cuando han transcurrido los plazos establecidos en la ley para ello; el efecto típico de la preclusión, en estos casos es la firmeza, que como tal no solo es posible aplicarlo a las sentencias, sino también a cualquier otra resolución judicial ... La cosa juzgada material, podemos definirla, en una primera aproximación, como el efecto procesal de las sentencias que determina la invariabilidad de la misma y su permanencia en el tiempo. Siendo así y dado lo que es la llamada cosa juzgada formal, no tiene mucho sentido contraponerlas", *Ibíd.*, 487.

¹⁶⁶ Andrés de la Oliva Santos, *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, (Navarra: Thomson Civitas, 2005), 96.

¹⁶⁷ *Ibíd.*, 100-101.

¹⁶⁸ *Ibíd.*, 101.

¹⁶⁹ Gimeno, *Derecho Procesal Civil*, 535.

¹⁷⁰ De la Oliva, *Objeto del proceso*, 103.

Por su parte, en el inciso 2 del citado artículo de la Constitución, al regular la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, se recoge dicha vinculación, aunque en relación con cualquier otra autoridad (no solo a la judicial), al explicitar que no pueden dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada ni tampoco modificar sentencias.

En lo que al C.P.C. se refiere, regula el tema en el artículo 453 al establecer las situaciones en las que el juez ampara la excepción de cosa juzgada. Esta excepción será declarada fundada cuando se inicie un proceso idéntico a otro que ya fue resuelto y cuenta con sentencia o laudo firme.

Es importante anotar que la cosa juzgada material posee una doble eficacia: negativa o excluyente y positiva o prejudicial. Sobre este tema Gimeno Sendra señala:

La eficacia es negativa o excluyente cuando se repite la misma cuestión y en este otro proceso no se entra en el fondo por acogerse la cosa juzgada como excepción. Y la eficacia es positiva o prejudicial, cuando dicha cuestión no es el objeto único de otro proceso, sino que forma parte de este, en cuyo caso la sentencia que recaiga deberá tener como punto de partida y en ningún caso contradecir lo resuelto en la anterior sentencia.¹⁷¹

La eficacia negativa opera cuando se trata de un proceso idéntico a otro. La norma procesal recoge el requisito de triple identidad en el artículo 452 del C.P.C. al definir los procesos idénticos: Hay identidad de procesos cuando las partes o quienes de ellos derivan sus derechos, el petitorio y el interés para obrar, sean los mismos.

El citado artículo, recoge los límites subjetivos y objetivos de la cosa juzgada. Aunque es criticable la regulación que se hace de los límites objetivos por incluir el interés para obrar, corresponde en este trabajo referirse solo a los límites subjetivos. Sobre el fundamento de la exigencia de identidad subjetiva Gimeno Sendra afirma que esta “reside en los derechos fundamentales a la tutela y de defensa, ya que no se puede extender los efectos de una sentencia a quienes ni siquiera han sido oídos en el proceso del que aquella trae causa”.¹⁷² Por esta razón se excluirá de los efectos de la cosa juzgada a quienes no fueron parte en el proceso.

Ese es el espíritu recogido en la segunda parte del artículo 123 del C.P.C.: “La cosa juzgada sólo alcanza a las partes y a quienes de ellas deriven sus derechos”.

Si la cosa juzgada solo alcanza a las partes en el proceso, de acuerdo con lo analizado en los dos primeros capítulos de esta investigación, quien contó con legitimidad para ser demandante o demandado en el proceso será alcanzado por los efectos de la cosa juzgada. En ese sentido, no estarán incluidos indubitablemente, los representantes.

¹⁷¹ Gimeno, *Derecho Procesal Civil I*, 535.

¹⁷² *Ibíd*, 542.

Se trata no de una identidad física sino de una identidad jurídica, es esta la razón por la que existiría identidad jurídica si son los sucesores del demandante o del demandado quienes pretenden iniciar un segundo proceso con el mismo petitorio e interés para obrar (en términos del C.P.C.) A estos supuestos se refiere el artículo 108 del C.P.C., así en cualquiera de los casos de sucesión que menciona, la participación de los sucesores en el proceso es en calidad de parte y de no apersonarse actuará un curador procesal. Razón suficiente para que la eficacia negativa o excluyente se aplique de iniciarse un nuevo proceso.¹⁷³ De otro lado, la tercera parte del artículo 123 señala lo siguiente:

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.

En el citado artículo parece recogerse la eficacia positiva o prejudicial. Para Allorio, citado por Carpi:

La posición de los terceros frente a la cosa juzgada es la de sus relaciones frente a la relación decidida. Los terceros, por sí mismos, son todos iguales: un punto de vista fecundo sólo puede ser el que analiza las relaciones jurídicas.¹⁷⁴

De lo dicho, se tiene a terceros cuyos derechos dependen de los derechos de las partes y, se tiene otro tipo de terceros, aquellos de cuyos derechos dependen los de las partes. Cada una de las relaciones jurídicas tendría que ser analizada, como señala Allorio, para determinar su posición frente a la cosa juzgada.

Ergo, estos terceros no son litisconsortes, si tuvieran tal calidad, serían parte alcanzándoles de modo directo los efectos de la cosa juzgada. Desde esta perspectiva, no es posible afirmar que la protección de los derechos de terceros por extensión de los efectos de la cosa juzgada se constituye en causa o fundamento del litisconsorcio necesario.

Si un litisconsorte necesario no está presente en el proceso, evidentemente será un tercero, pero no cualquier tercero sino uno con derecho a ingresar al proceso y de no hacerlo, lo resuelto no puede ser considerado válido como se verá en el apartado siguiente.

¹⁷³ A estos supuestos se refiere el artículo 108 del C.P.C.:

Artículo 108: Por la sucesión procesal un sujeto ocupa el lugar de otro en un proceso, al reemplazarlo como titular activo o pasivo del derecho discutido. Se presenta la sucesión procesal cuando:

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

¹⁷⁴ Carpi, *La eficacia "ultra partes"*, 355.

El supuesto de terceros, legitimados para actuar en el proceso en calidad de demandante o de demandado, a los que alcanzarían los efectos de la sentencia pese a no participar en el proceso, es el de los litisconsortes cuasi necesarios y, en este caso no es posible oponer la excepción de falta de legitimidad para obrar.

3.1.3 Imposibilidad jurídica del pronunciamiento y física del cumplimiento ante la inconcurrencia de algún litisconsorte

La posibilidad jurídica en el derecho es un concepto referido a lo que está dentro del comercio de los hombres. Está referida, específicamente, a los bienes o servicios que son objeto de los contratos. Es en este sentido que se traslada al campo procesal y se recoge como exigencia de procedibilidad de la demanda, que el petitorio sea física y jurídicamente posible. Obando Blanco se refiere a la imposibilidad jurídica del petitorio en los siguientes términos:

En la práctica, diremos que nos encontraremos ante un petitorio jurídicamente imposible... cuando el pedido que se establezca ante el órgano jurisdiccional no se encuentre amparado en el ordenamiento jurídico, por ejemplo, el cumplimiento forzoso de una obligación de hacer, de naturaleza *intuitu personae*, referida a la actuación en vivo de un cantante que se niega a actuar, ya que no se podrá llevarlo compulsivamente al escenario y obligarlo a actuar.¹⁷⁵

El autor identifica la posibilidad jurídica con aquello que está permitido o amparado por el ordenamiento jurídico. Es la opinión más común que se puede encontrar, incluso a nivel jurisprudencial, como se aprecia en la Casación 2644-2016 Cajamarca sobre nulidad de acto jurídico:

NOVENO.- Que, en tal sentido, en el presente proceso se evidencia que el contrato de cesión de inmueble por concepto de beneficios sociales de fecha nueve de febrero de dos mil diez, se encuadra dentro de las causales de nulidad por objeto jurídicamente imposible, pues la cedente María Isidora Carrera de Cacho (madre del demandante) ha transferido el bien inmueble sito en avenida La Paz número 311, cuando no pertenecía a su esfera patrimonial, en tanto había vendido con anterioridad el referido predio a favor de su hijo Wenceslao Alejandro Roncal Carrera mediante contrato de compraventa de fecha veinte de julio de dos mil cuatro, deviniendo en un acto nulo, es decir, se verifica la existencia de la causal invocada por el demandante, contenida en el artículo 219 inciso 3 del Código Civil, pues la “imposibilidad jurídica” a que alude esta norma debe entenderse como un acto ilícito y contrario al ordenamiento jurídico por cuanto viola normas imperativas, más aún si la compradora y ahora demandada ha tenido la posibilidad de conocer que su vendedora había vendido con anterioridad el mismo bien a su hijo, dada la relación cercana y prolongada que tenía con la

¹⁷⁵ Víctor Obando Blanco, *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en la jurisprudencia*, (Lima: Palestra Editores, 2002), 73.

madre del demandante, lo que reviste al acto de nulidad, debiendo estimarse la infracción sustantiva denunciada.¹⁷⁶

La exigencia de posibilidad jurídica del pronunciamiento y física de su cumplimiento, requerida en el proceso, se sustenta en que es el conjunto de prestaciones nacidas en el derecho material las que se traducen en el objeto del proceso, el petitorio. De la Puente y Lavalle señala lo siguiente sobre la imposibilidad física y jurídica:

Existe imposibilidad física cuando la prestación no es abstractamente susceptible de actuación, cuando no es factible realizarla. Se ponen como ejemplos de imposibilidad material el tocar el cielo con las manos, dar una cosa ya destruida, entregar una mercadería que no se fabrica.

Es jurídicamente imposible la prestación que implica la disconformidad de ella con un precepto de Derecho, o sea cuando existe un obstáculo legal. Tal es el caso de la entrega de un producto que está prohibido fabricar, de dar un bien mueble para la constitución de una hipoteca.¹⁷⁷

De otro lado, es importante considerar la diferencia que en doctrina se hace entre imposibilidad jurídica e ilicitud.

BIANCA, citado por De la Puente y Lavalle, considera que “la ilicitud se distingue respecto a la imposibilidad jurídica en cuanto aquella expresa un juicio de reprobación por parte del ordenamiento jurídico, mientras que la imposibilidad jurídica indica la simple inidoneidad del acto para alcanzar un efecto jurídico proyectado”.¹⁷⁸

Quizá, señala De la Puente y Lavalle “puede decirse que la imposibilidad jurídica proviene de la falta de los requisitos legales y la ilicitud de la contradicción con los mandatos legales”.¹⁷⁹

Con respecto a la imposibilidad jurídica del pronunciamiento y física del cumplimiento, entendidos como fundamento del litisconsorcio; lo señalado en los párrafos anteriores no los describe, no obstante, es posible transpolar, válidamente, el análisis e intentar entenderlos.

Si por imposibilidad jurídica se entiende, falta de requisitos legales, en el proceso el pronunciamiento es imposible cuando no se cumple con los requisitos de la acción (condiciones de la acción), es decir, cuando no existe interés para obrar, legitimidad para obrar o posibilidad jurídica del petitorio. Desde esta perspectiva, se entiende que, en aquellos casos en los que es exigible la legitimidad plural, de no constituirse debidamente, el resultado será la imposibilidad de

¹⁷⁶ Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Transitoria, Casación 2644-2016 Cajamarca, 10 de enero de 2018

¹⁷⁷ Manuel de la Puente y Lavalle, *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, (Lima: Palestra Editores, 2001), 41.

¹⁷⁸ *Ibíd.*, 42.

¹⁷⁹ *Ibíd.*, 42 – 43.

pronunciamiento. Ergo se está nuevamente frente a una consecuencia de la existencia de litisconsorcio.

Sobre la imposibilidad física de cumplimiento, se debe decir que, si bien al órgano jurisdiccional le asiste la *executio* como uno de los poderes jurisdiccionales, a través del cual tiene la potestad de hacer cumplir lo ordenado en sus resoluciones, el cumplimiento de lo ordenado se puede tornar imposible dado que, no se puede exigir el cumplimiento de una resolución expedida en un proceso inválido, en el que se socava el derecho de defensa.

Entonces, al igual que al hablar de la imposibilidad jurídica de pronunciamiento, la imposibilidad física de cumplimiento de lo decidido es una consecuencia de la existencia de litisconsorcio.

3.1.4 Inutilidad de la sentencia

De acuerdo con el artículo 121 del C.P.C., mediante la sentencia el juez pone fin a la instancia o al proceso, en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal.

Muchos encuentran el fundamento del litisconsorcio necesario en la utilidad de la sentencia a emitirse en el proceso. Esta afirmación bien podría traducirse en la posibilidad de que la sentencia se ejecute sin existir impedimentos de ninguna clase. Como señala Diez - Picazo Jiménez:

La formulación más clásica del fundamento del litisconsorcio necesario es la que se condensa en la idea de evitar sentencias inútiles ... esta idea se remonta al pensamiento de Chiovenda ... El carácter necesario del litisconsorcio derivaría de que el pronunciamiento jurisdiccional es inescindible respecto de todos los titulares de la relación jurídica, en el sentido de que no podría hacerse si no es respecto de todos los sujetos a la vez, porque en otro caso la sentencia sería rigurosamente ineficaz, esto es inútil, porque no podría desplegar sus efectos propios.¹⁸⁰

Se trata de una teoría que es recogida en doctrina y asumida jurisprudencialmente. Así, se tiene la Casación Nro. 594-2016, Tumbes, sobre nulidad de acto jurídico:

SEXTO. - Que el fundamento central del litisconsorte necesario radica en que hay relaciones jurídicas sustanciales sobre las cuales no es posible pronunciarse por parte fraccionándolas o calificándose sólo respecto de algunos de sus sujetos, porque indispensablemente la decisión comprende y obliga a todos. En estos casos la presencia en el proceso de todos los sujetos vinculados a esa relación se hace indispensable a fin de que la relación jurídica procesal quede completa y sea posible decidir sobre el fondo de ella. Al respecto, Hurtado Reyes nos dice: “El

¹⁸⁰ Andrés de la Oliva Santos, Ignacio Diez - Picazo Jiménez y Jaime Vegas Torres, *Curso de Derecho Procesal Civil I: Parte General*, 4° ed. (Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2019), 509.

litisconsorcio necesario obliga a integrar el proceso con todos aquellos a quienes la sentencia pudiera afectar. La peculiaridad de esta figura procesal consiste en que la acción pertenece a todos los interesados y contra todos los interesados considerados como un solo sujeto. Si la litis no ha quedado integrada con todos los participantes obligados la sentencia que en definitiva se pronuncie sería inutiliter data.¹⁸¹

La idea de evitar una sentencia inutiliter desarrollada en la casación citada es la idea que plantea Díez - Picazo Jiménez:

Evitar una sentencia inutiliter data sigue siendo la idea más útil para empezar a trazar el ámbito del litisconsorcio pasivo necesario. La idea de inutilidad del pronunciamiento basada en su “inescindibilidad” respecto de varios sujetos ha de erigirse, a nuestro juicio, en eje (o en el primer y principal eje) de determinación de los casos de litisconsorcio pasivo necesario.¹⁸²

Sin embargo, a esta teoría se le ha objetado el ser aplicable solo en aquellos casos en los que la sentencia es de condena, como lo indica Dávila Millán:

La “tesis de la sentencia “inutiliter data” de fácil e inmediata aplicación en las sentencias de condena – la sentencia no puede ejecutarse contra el no demandado – está llena de dificultades en los casos de sentencias constitutivas y declarativas en que la sentencia produce su efecto por sí misma por el mero hecho de alcanzar firmeza. En estos dos supuestos hablar de sentencia “inutiliter data” so pena de caer en ingenuidad y platonismo procesal, requiere el aducir qué medios tienen los litisconsortes no presentes para invocar la inutilidad de la sentencia. Porque no nos engañemos, hasta que estos medios de denuncia procesal no triunfen, la sentencia, aun sujeta a nulidad, despliega su eficacia precisamente por la naturaleza de la relación jurídico - material frente a todos, presentes y ausentes.¹⁸³

Es esta una crítica importante a la tesis de la inutilidad de la sentencia como fundamento del litisconsorcio. Efectivamente, sobre todo en un sistema procesal como el peruano, es posible que una sentencia nula sea eficaz mientras no se utilicen los mecanismos procesales para declarar su nulidad, más aún, en nuestro sistema es posible convalidar incluso las nulidades insubsanables. Sin embargo, la crítica a esta teoría como fundamento del litisconsorcio, debe ir más allá, en tanto se debe considerar que, si bien es cierto, frente a circunstancias como las descritas la sentencia podría ser inútil (una vez puestos en marcha los mecanismos para invalidarla), esta teoría no es fundamento o causa del litisconsorcio, sino una de las consecuencias de la ausencia de un litisconsorte en el proceso.

¹⁸¹ Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente, Casación N° 594 – 2016, 08 de noviembre de 2016.

¹⁸² De la Oliva, Díez – Picazo y Vegas, *Curso de Derecho Procesal Civil I: Parte General*, 510.

¹⁸³ M. Encarnación Dávila Millán, *Litisconsorcio Necesario. Concepto y tratamiento Procesal*, 3° ed., (Barcelona: BOSCH, Casa Editorial S.A., 1997), 64.

3.1.5 Evitar sentencias contradictorias

Para Dávila Millán el evitar fallos contradictorios es un fundamento secundario o derivado del litisconsorcio necesario, y no es totalmente correcto porque implica aceptar la posibilidad de que existan dos procesos separados.¹⁸⁴

En todo caso, hablar de la posibilidad de que existan sentencias contradictorias, también tiene el carácter de consecuencia y no explica en sí misma la razón de ser del litisconsorcio.

3.1.6 Orden público e interés público

En la Casación N° 3655 - 2016, Lima, citada en las líneas anteriores, se hacía referencia al orden e interés público, como causa del litisconsorcio, en tanto a partir de su consideración se impone la integración de la litis con el objeto de dar solución plena y eficaz a un conflicto cuando la relación jurídica en torno de la que gira muestra pluralidad de sujetos que no pueden ser excluidos del juicio sin dar lugar a un fallo sin valor jurídico para alcanzar tal solución.

Lo que el orden público y el interés público imponen es la necesidad de integrar la relación procesal a fin de expedir una sentencia válida o útil, como se ha señalado en el apartado anterior. No hacerlo, atenta, en general, contra el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y, en particular, como se ha dicho en repetidas ocasiones, contra el derecho de defensa.

Consecuentemente, tampoco se puede afirmar, como se hace en el considerando octavo de la referida casación, que la figura del litisconsorcio necesario es la que resulta de la integración de la litis impuesta por el orden y el interés público.

En definitiva, el fundamento del litisconsorcio, no se encuentra tampoco en el orden y en el interés público.

De modo preliminar, ya se había indicado, que el principio de bilateralidad, la protección de derechos de terceros, la posible inutilidad de la sentencia y la imposibilidad jurídica del pronunciamiento y física del cumplimiento; eran situaciones ligadas a la existencia de una solución común debido a la inescindibilidad de la pretensión procesal y que la legitimación procesal, no resulta ser fundamento del litisconsorcio sino, consecuencia, en tanto surge como una necesidad la exigencia de litigación conjunta.

Llegados a este punto, se concluye que ninguna de los fundamentos citados en estricto tiene tal calidad, aunque todos se derivan de lo que se considera sí es fundamento del litisconsorcio como se verá en el apartado siguiente.

3.2 Regulación legal del litisconsorcio. Análisis de la inescindibilidad de la pretensión

Para el legislador peruano existe litisconsorcio cuando dos o más personas litigan en forma conjunta como demandantes o demandados, porque tienen una misma pretensión, sus pretensiones

¹⁸⁴ *Ibíd.*

son conexas o porque la sentencia a expedirse respecto de una pudiera afectar a la otra. Estas causas que hacen posible la litigación conjunta no necesariamente permiten pensar en que el resultado del proceso será el mismo para los litisconsortes si se atiende a su esencia misma.

De allí que se tenga dos tipos de litisconsorcio: (a) el litisconsorcio necesario es aquel que opera cuando la decisión a recaer en el proceso afecta de manera uniforme a todos los litisconsortes, sólo será expedida válidamente si todos comparecen o son emplazados, según se trate de litisconsorcio activo o pasivo, respectivamente, salvo disposición legal en contrario y; (b) el litisconsorcio facultativo es aquel en el que los sujetos serán considerados como litigantes independientes. Los actos de cada uno de ellos no favorecen ni perjudican a los demás, sin que por ello se afecte la unidad del proceso.

En doctrina, se reconoce dos criterios de clasificación del litisconsorcio: la posición en la que se produce la pluralidad de sujetos y la exigibilidad o no por la ley.¹⁸⁵ Así se tiene un litisconsorcio activo, pasivo y mixto, en atención al primer criterio y; necesario, voluntario o cuasinecesario, según el segundo criterio.

De acuerdo con la norma procesal, se tienen tres causas que autorizan o exigen la litigación conjunta por lo que, convendrá aclarar cuál de estas da lugar a cada uno de los tipos de litisconsorcio.

3.2.1 Existencia de una misma pretensión

La pretensión, como señala Apolín Meza, consiste en una petición dirigida al órgano jurisdiccional, con el objeto de obtener de este la tutela jurisdiccional, ya sea declarativa, constitutiva, de condena o ejecutiva, frente a otro u otros sujetos, que deberá ser coincidente con la consecuencia jurídica solicitada y fundamentada en supuestos de hecho previstos en la norma jurídica de la cual es derivada dicha consecuencia jurídica.¹⁸⁶

Para Montero Aroca, es una declaración de voluntad fundada en acontecimientos de la vida que sirven para delimitarla.¹⁸⁷ Respecto a los elementos de la pretensión en tanto objeto del proceso, considera unos objetivos y otros subjetivos.¹⁸⁸

Apolín Meza, considera que los elementos objetivos, *petitum* y *causa petendi*, son los que componen el interior de la pretensión, conformándola, diferenciándola e identificándola. Por su parte los elementos subjetivos, no componen su interior, se trata de elementos externos o presupuestos, por lo tanto, no la identifican ni la diferencian, pero son necesarios para su existencia, siendo, en

¹⁸⁵ M. Fernanda Vidal Pérez, *El litisconsorcio en el proceso civil*, (Madrid: La Ley, 2007), 77.

¹⁸⁶ Dante Ludwi Apolín Meza, "La Cosa Juzgada Implícita y el Derecho de Defensa", *IUS ET VERITAS*, 24, n°51, (2015): 276, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15663>.

¹⁸⁷ Juan Montero Aroca, Juan Luis Gómez Colomer y Silvia Barona Vilar, *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, 22° ed., (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014), 117.

¹⁸⁸ Juan Montero Aroca y José Flors Matías, *Tratado de Juicio Verbal, Parte Primera*, (Navarra: Thomson y Aranzadi, 2004), 642.

palabras del autor, indispensable su “preexistencia”.¹⁸⁹ En este sentido, estrictamente son elementos de la pretensión, solo los elementos objetivos.

Partiendo de la consideración de los elementos objetivos, el *petitum* y la *causa petendi*, que se trate de la misma pretensión implica que esta declaración de voluntad se funda en los mismos hechos y en los mismos fundamentos jurídicos. En el caso de los fundamentos jurídicos habrá que atender a la teoría que se haya adoptado sobre el contenido de la causa petendi (teoría de la sustanciación o teoría de la individualización). Esta sería la razón de que la pretensión sea compartida.

No es ocioso aclarar, que quedan excluidos los casos en los que dos sujetos, por ejemplo, demandan a su empleador por despido. En este caso no se trata de la misma pretensión.

Si se tiene el caso de dos trabajadores de una empresa financiera a quienes se les despiden por quebrantamiento de la buena fe laboral al haber otorgado créditos a usuarios calificados como riesgo en el sistema financiero; aun cuando pudiera decirse que el fundamento jurídico es el mismo, debe tenerse en cuenta que bajo el supuesto de quebrantamiento de la buena fe laboral encajan muchos supuestos de hecho (razón por la que algunos autores no consideran la fundamentación jurídica como elemento de la pretensión) y, respecto a los fundamentos de hecho, estos sí difieren por tratarse de carteras de clientes distintas, porque la situación del cliente puede diferir, porque cada uno de los sujetos despedidos podría tener razones para autorizar el crédito, etc; es decir, la defensa de cada uno de los sujetos diferirá porque se trata, sin lugar a dudas, de hechos distintos. De este modo, el resultado será distinto para cada uno de ellos.

En este sentido, la pretensión será la misma, cuando los elementos de esta sean los mismos, es decir, cuando el *petitum* y la *causa petendi* sean los mismos. Esta situación puede apreciarse en casos como los descritos a continuación:

El demandante plantea como pretensión la nulidad de acto jurídico de donación y reivindicación contra su sobrina y la madre de su sobrina (hermana del actor). La pretensión que se dirige contra las demandadas es la misma, porque el petitório consistente en la declaración de nulidad del acto jurídico de donación celebrado entre las demandadas coincide, y porque sucede lo mismo con la causa de pedir, es decir, los hechos y la fundamentación jurídica con los que se pretenderá sustentar la validez del acto de donación.

Lo mismo sucede si se trata de los propietarios de un predio que, con independencia del título por el que adquirieron la propiedad, pretenden la reivindicación, tal pretensión es única en tanto los fundamentos de hecho y los fundamentos jurídicos que sustentan el pedido serán los mismos.

Así, hablar de la existencia de una misma pretensión, es lo que permite hablar del litisconsorcio necesario. Es un hecho que, de acuerdo con lo analizado en líneas anteriores, el fundamento del

¹⁸⁹ Apolín, “La cosa juzgada implícita”, 277.

litisconsorcio necesario, como señala Montero Aroca, no se halla en la extensión de la cosa juzgada a quien no fue parte en el proceso, ni en el principio de contradicción, ni en el evitar sentencias contradictorias, ni en la imposibilidad de ejecución de la sentencia, ni en la teoría de la sentencia *inutiliter data*, su fundamento está en la inescindibilidad de ciertas relaciones jurídicas.¹⁹⁰

3.2.2 Inescindibilidad del objeto de la pretensión

En la doctrina española se plantea una importante diferencia entre el litisconsorcio necesario propio y el impropio, según este se encuentre previsto o no previsto en la ley, respectivamente. Para Díez - Picazo Jiménez los supuestos casos de legitimación conjunta derivados de la naturaleza de la relación jurídica material (porque no hay norma expresa que lo establezca) vacían de contenido la figura del litisconsorcio, porque el único caso del que se podría hablar es el de las obligaciones indivisibles y esto sí se encuentra regulado en la norma civil por lo que, el llamado litisconsorcio impropio no existe, es decir no hay supuestos de litisconsorcio no regulados por la norma y que como tal exijan analizar la naturaleza de la relación jurídica material.¹⁹¹

No se comparte tal afirmación, como se verá en las líneas siguientes, es posible encontrar supuestos en los que es la relación material la que determina la necesidad de litigación en forma conjunta.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia ha reconocido la existencia de situaciones en las que existe una relación causal inescindible, lo cual produce imposibilidad de resolver el litigio, sin la concurrencia de todos los sujetos involucrados.

Cuando se afirma que las relaciones jurídicas son inescindibles se está hablando de que se trata de una misma pretensión en los términos indicados anteriormente sin perder de vista la existencia de una pluralidad de sujetos vinculados a tal pretensión. De no ser así, pierde sentido toda referencia a la inescindibilidad. Es inescindible, por ejemplo, la pretensión de ejecución de garantía hipotecaria constituida por más de una persona o, la pretensión de petición de herencia cuando existe más de un heredero. Dávila Millán considera lo siguiente:

El litisconsorcio necesario, más que una situación exclusivamente procesal, va ligado a la naturaleza de la relación jurídico material controvertida, es decir a una cuestión de derecho sustancial, y por eso, precisamente los códigos procesales, aunque se hacen cargo de él, no formulan *a priori*, cuáles son los casos en que el litisconsorcio necesario se produce.¹⁹²

¹⁹⁰ Montero, *La legitimación en el proceso civil*, 40.

¹⁹¹ De la Oliva, Díez - Picazo y Vegas Torres, *Curso de Derecho Procesal*, 508.

¹⁹² Dávila, *Litisconsorcio Necesario*, 50 -51.

Por esta razón concluye que el litisconsorcio necesario “es aquella figura de pluralidad de partes activas o pasivas, imprescindibles en un proceso impuesto por el carácter único e indivisible que la relación jurídico-sustantiva, tiene para todas las partes”.¹⁹³

Por su parte, para Almagro Nosete “el litisconsorcio viene impuesto por vinculaciones subjetivas de carácter inescindible, que resultan del Derecho material, deducido en juicio”.¹⁹⁴ El autor explicita la vinculación que existe entre el litisconsorcio y la legitimación y afirma que “la legitimación no es una cuestión procesal, sino una cuestión jurídica de derecho material que puede considerarse como presupuesto de fondo (con lo que significa su naturaleza no procesal), preliminar a la cuestión”.¹⁹⁵

Como quedó dicho en el II capítulo, tanto el derecho como el interés sostienen la legitimidad o legitimación, pero no se identifican con ella aun en los supuestos en los que baste la sola afirmación de la existencia de un derecho.

Se acepta que el carácter de inescindible deriva del derecho material deducido en juicio, pero no que esto convierta a la legitimidad en una cuestión jurídica de derecho material.

3.2.3 Cuando lo impone la característica de la inescindibilidad de la relación jurídica que constituye la causa de la pretensión

La relación jurídica que constituye causa de la pretensión está referida a la relación que subyace al proceso, aquella a partir de la cual se genera el conflicto de intereses.

Como se dijo en el punto anterior, para Almagro Nosete, las vinculaciones subjetivas que imponen el litisconsorcio necesario derivan del derecho material y son determinadas por la divisibilidad o indivisibilidad de las obligaciones o de las cosas que deban ser objeto de prestación.¹⁹⁶ Será importante detenerse y analizar esta afirmación.

Cuando se estudia el tema de las obligaciones, la doctrina las clasifica atendiendo a diversos criterios: a su fuente, a la naturaleza de la prestación, a la pluralidad de objetos, a la pluralidad de sujetos, por su independencia, por estar determinada o ser determinable la prestación, por ser puras o modales, por agotarse instantáneamente con el cumplimiento de una prestación o ser duraderas, por el contenido de la prestación, por ser de medios o de resultados, por ser ambulatorias (propter rem) y por su exigibilidad.¹⁹⁷

Es en función del criterio de pluralidad de sujetos que se ingresa al campo de las obligaciones divisibles e indivisibles y, mancomunadas y solidarias.

¹⁹³ *Ibíd.*

¹⁹⁴ Almagro *et al.*, *Derecho Procesal*, 297.

¹⁹⁵ *Ibíd.*

¹⁹⁶ *Ibíd.*

¹⁹⁷ Castillo, *Sobre las obligaciones y su clasificación*, 209-220.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 1172, si son varios los acreedores o los deudores de una prestación divisible y la obligación es solidaria, cada uno de los acreedores solo puede pedir la satisfacción de la parte del crédito que le corresponde, en tanto que cada uno de los deudores únicamente se encuentra obligado a pagar su parte de la deuda. Esta regulación, sin duda alguna no daría lugar a un litisconsorcio necesario.

Por su parte en el artículo 1175 se establece que la obligación es indivisible cuando no resulta susceptible de división o de cumplimiento parcial por mandato de la ley, por la naturaleza de la prestación o por el modo en que fue considerada al constituirse. Asimismo, en el artículo siguiente, se regula la posibilidad de que cualquiera de los acreedores exija a cualquiera de los deudores la ejecución total de la obligación indivisible. En este caso, el deudor queda liberado pagando conjuntamente a todos los acreedores o a alguno de ellos, si este garantiza a los demás el reembolso de la parte que les corresponda en la obligación.

Entonces, se tiene obligaciones indivisibles que por ser tales no pueden ser cumplidas por partes, sino que, aun cuando exista pluralidad de sujetos, ya sea en la parte activa o en la parte pasiva, ha de ser cumplida por completo por todos o por uno de los sujetos deudores y a favor de todos o de uno de los acreedores. En ambos casos, si un acreedor se dirige contra todos los sujetos o si todos los acreedores se dirigen contra un sujeto, el cumplimiento de la obligación genera derechos para el deudor que pagó o para los acreedores que no cobraron.

La indivisibilidad de la prestación, lejos de hacer necesaria la exigencia frente a todos los deudores o por todos los acreedores, hace posible que tal exigencia sea planteada por uno de los acreedores o contra uno de los deudores. Esta regulación pone en evidencia que el litisconsorcio no se sustenta en la existencia de obligaciones indivisibles.

Esto es así, porque la inescindibilidad de la que se ha venido hablando, no radica en la forma de ser del objeto de la prestación, tampoco en la inescindibilidad de la relación material, sino en la vinculación de los sujetos con un derecho o un interés específico surgido a partir de la relación material o con motivo del surgimiento de la relación material, por lo que, urge mirar la relación en su conjunto, con especial énfasis en aquel elemento que precisamente los autores no consideran como elemento estructural de la relación, los sujetos involucrados, así como, el conjunto de hechos que dan lugar a la formación de la pretensión procesal, objeto del proceso.

Al citar algunos casos en los que, en la jurisprudencia, no cabe duda alguna sobre la existencia de litisconsorcio como, por ejemplo, aquel en el que una hija demanda a su madre y a su tía, hermana de la madre, solicitando la nulidad del acto jurídico de donación celebrado entre estas dos últimas; fue posible apreciar que se trata de relaciones inescindibles. Analicemos el ejemplo.

No se debe perder de vista que un análisis sobre el litisconsorcio es siempre un análisis de la legitimidad para obrar, la misma que en este caso tiene una característica, es conjunta en el lado

pasivo. Entonces, afirmar que existe esta condición de la acción exige hallar la vinculación entre los sujetos y un derecho o interés. ¿Cuál es el derecho o interés que asiste a la madre y a la tía para litigar en conjunto?, pues podrían existir derechos o intereses individuales y además un interés conjunto. La madre de la demandante ha donado un inmueble a la tía de la demandante. La madre defenderá la validez del acto jurídico en el que ha manifestado su voluntad de donar, la tía defenderá lo mismo porque le interesa salvaguardar el derecho de propiedad adquirido a través de la celebración del acto jurídico. Sin duda alguna son sujetos legitimados para actuar en el proceso. La siguiente cuestión es determinar si esta legitimidad es conjunta.

La relación procesal que se acaba de formar tiene en el lado activo a un sujeto (la hija - sobrina) que no es parte de la relación material. Por esta razón no es posible dirigir la mirada solo al interior de la relación jurídica de donación y fijar la atención en el objeto de la prestación. Lo importante y decisivo no es el objeto de la prestación sino el objeto de la pretensión, en este caso, la nulidad del acto de donación. Se hace necesario mirar los hechos que sustentan la pretensión y en tanto se trata de hechos únicos, no es posible pensar en dos procesos sobre lo mismo.

Ergo, no se trata del cumplimiento o incumplimiento de una obligación de determinada clase (indivisible), sino de la existencia de una relación material y un contexto con relevancia jurídica que da lugar a una pretensión procesal sustentada en hechos únicos para más de un sujeto y que como tal hace exigible su presencia conjunta en el proceso.

Como se indicó en el primer capítulo, siguiendo a Zegarra Mulánovich, son elementos de la toda relación jurídica los siguientes: (a) el titular; (b) el objeto o cosa atribuida que se diferencia del contenido (serie de facultades, libertades, cargas, etc., que tiene el titular a su disposición respecto de la cosa), c) el vínculo (atribución de la cosa entendida como derecho); (d) un círculo de destinatarios, más o menos indeterminados, a quienes incumbe el deber genérico de respeto del derecho atribuido, que por eso son llamados sujetos pasivos y (e) un interés legítimo.¹⁹⁸

El titular en la relación jurídica puede ser un sujeto o más de un sujeto y, este, junto con el círculo más o menos indeterminado de sujetos a quienes incumbe el deber genérico de respeto del derecho atribuido, son los que estarán llamados a participar en un proceso o, como señalaba Zegarra, aquel sujeto pasivo de la relación, entendiendo por este, el que en determinadas situaciones se identifica con la cosa atribuida, con el derecho. La inescindibilidad se verifica en la vinculación de los sujetos con un derecho o interés determinado como se ha dicho y en el conjunto de hechos, únicos para los sujetos, constitutivos de la pretensión procesal.

De este modo, la naturaleza indivisible de la obligación no constituye la razón de ser de los casos de litisconsorcio. Como se ha visto, el cumplimiento de la obligación indivisible por uno de los

¹⁹⁸ Zegarra, *Descubrir el derecho*, 79 – 80.

deudores genera en él el derecho al reembolso, pero, no se puede perder de vista que el cumplimiento de la obligación no es la única pretensión que puede plantearse como objeto del proceso.

Planteada una reclamación a nivel judicial, la pregunta es, si corresponde demandar a todos los sujetos obligados o a uno solo. Si la pretensión fuese el cumplimiento de la obligación, la redacción del artículo 1175 contiene la respuesta, bastaría con demandar a uno de los deudores, pero, qué sucede si un deudor plantea la nulidad del acto jurídico celebrado contra uno de los acreedores. La pretensión de nulidad, constituida por hechos únicos, es inescindible.

Ergo, se debe analizar las relaciones jurídicas en su conjunto, con una mirada centrada en su elemento subjetivo y en el conjunto de hechos constitutivos de la pretensión procesal (que podrían ser externos a la relación), para determinar la existencia de litisconsorcio.

Si se piensa en un proceso de amparo contra una resolución judicial, expedida en proceso irregular, ¿Quiénes son los sujetos legitimados para actuar en calidad de parte en el referido proceso? sin duda alguna, se demandará a los miembros de la sala que expidió la resolución, pero también a quien fue parte en el proceso irregular (demandante o demandado según sea el caso).

Aquí, no existe una relación material previa a partir de la cual se ha generado un conflicto. Se trata de un conflicto generado en el desarrollo de un proceso judicial que una de las partes, considera irregular. Esto permite comprender que no es el objeto de una prestación al interior de una relación material la que hace surgir la posibilidad de iniciar un proceso judicial. Es la protección de unos derechos o intereses a los que se encuentran vinculados los sujetos, como ya se ha señalado, lo que legitima el uso del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

En el referido proceso de amparo, existe litisconsorcio necesario porque se cuestiona la validez de un proceso, los hechos que sustentan la pretensión del demandante serían los mismos si se planteara un proceso contra los miembros de la Sala y otro contra la parte contraria del proceso primigenio. Los intereses de quienes ahora serían parte pasiva en el proceso de amparo no son los mismos, pero eso no es óbice para considerar la existencia de litisconsorcio, pues, los hechos son los mismos y el resultado único.

Ahora, en el siguiente caso: Se interpone una demanda de indemnización por responsabilidad extracontractual contra las siguientes empresas: a) Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A.; b) United Disco S.A.; c) Aqua Tours S.A.C.; Corporación Ballota S.A.C., reclamando la suma de un millón de dólares americanos, más intereses legales, costas y costos del proceso, por daños y perjuicios derivados del fallecimiento de Zarella Lezama Durand, ocurrido como consecuencia de haber participado en la gran fiesta (“fiesta barena”) auspiciada y co – organizada por la cerveza Barena de la

empresa Unión de Cervecerías Backus y Johnston S.A.A. tras el hundimiento de la nave “Nebeska Voda”, el siete de setiembre de dos mil siete en el mar frente a la Punta – Callao.¹⁹⁹

En este caso existirán hechos comunes y hechos distintos y la responsabilidad que se determine no será la misma, el resultado puede ser distinto. No hay litisconsorcio, podrían iniciarse procesos por separado y si se acumulan, será por razones de celeridad y economía procesal, pero no, por la existencia de litisconsorcio.

3.2.4 Cuando lo impone la característica de la inescindibilidad de la situación jurídica que constituye la causa de la pretensión

Como quedó dicho en el primer capítulo, una situación jurídica es la manera de ser o estar de una persona que lleva consigo el adquirir unas ventajas, cargas y obligaciones.

En doctrina se ha identificado situaciones jurídicas activas y pasivas. Así, se tiene entre las situaciones jurídicas activas, el derecho subjetivo, las expectativas, la potestad, la cualidad jurídica, la facultad y; entre las pasivas, la deuda o situación de obligado, la carga, la garantía, el deber genérico de abstención, la responsabilidad.

Analizar la inescindibilidad de la situación jurídica, por su vinculación con la relación jurídica, remite al análisis efectuado en el apartado anterior.

3.2.5 Cuando lo impone la ley

Si la ley impone que se ha de litigar de manera conjunta, no hay otra opción, debe hacerse. Esto sucede, por ejemplo, en casos como los siguientes:

El artículo 369 del C.C. establece que la acción contestatoria de paternidad se interpone conjuntamente contra el hijo y la madre; en el artículo 372, se señala que la impugnación de maternidad se dirige contra el hijo y contra quien apareciera como padre; asimismo, en el artículo 373, la reclamación de filiación se intentará conjuntamente contra el padre y la madre.

Por su parte en el artículo 581 del C.P.C., se indica que la demanda de interdicción se dirige contra la persona cuya interdicción se pide, así como con aquellas que, teniendo derecho a solicitarla, no lo hubieran hecho. Así mismo, en el artículo 533,²⁰⁰ se establece que la tercería se entiende con el demandante y el demandado.

Se trata de una lista abierta, no taxativa, de casos en los que se exige litigar de modo conjunto, precisamente por existir una vinculación de los sujetos con un derecho o un interés específico surgido

¹⁹⁹ Datos extraídos de la Casación N° 1545 – 2010 – Lima expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, con fecha 09 de junio de 2011.

²⁰⁰ Artículo 533 C.P.C.: La tercería se entiende con el demandante y el demandado, y solo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados judicialmente por medida cautelar o para la ejecución; o en el derecho preferente a ser pagado con el precio de tales bienes. Sin perjuicio de lo señalado, puede fundarse en la propiedad de bienes afectados con garantías reales, cuando el derecho del tercerista se encuentra inscrito con anterioridad a dicha afectación.

a partir de una relación material o con motivo del surgimiento de la relación material, pero, por alguna razón el legislador optó por exigirlo de modo expreso.

3.2.5.1 La acción contestatoria de paternidad, la impugnación de maternidad y la reclamación de filiación. Por la acción contestatoria²⁰¹ el marido que no se cree padre del hijo de su mujer puede negarlo, según los supuestos establecidos en la norma. La acción, señala el artículo 369, se dirige contra el hijo y la madre.

Podría tratarse de un caso de representación, dado el plazo establecido para interponer la acción (noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente), sin embargo, no habría sido necesario hacer esta precisión debido a que ya se cuenta con una norma que establece la representación legal de los hijos menores de edad. Ergo, es un supuesto de litisconsorcio necesario impuesto por la ley, existe legitimación conjunta.

El hijo se encuentra legitimado porque en el proceso a iniciar se pretenderá la negación de tal calidad en relación con el sujeto activo, el padre. La madre, se encuentra legitimada, por ostentar la calidad de esposa del sujeto activo, dado que, existiendo matrimonio se aplica la presunción *pater is est*.

Se trata de la relación paterna filial que involucra a los esposos y al hijo y que, como señala Valera Cáceres, se ha de mirar desde dos perspectivas:

Si se le mira desde los progenitores, se hablará de paternidad o maternidad y, tal carácter viene acompañado de una variedad de facultades, prerrogativas, deberes y cargas que bajo dicho panorama tienden a proteger a los progenitores y con ello obviamente a la prole. Por otra parte, si se toma como punto de partida al hijo, se le denomina filiación y basa su foco en la tutela del último. En síntesis, es un mismo nexo jurídico que engendra lo que la doctrina ha denominado “estado de familia” y de él se deriva una cualidad de padre o de hijo que trae aparejado importantes efectos para el patrocinio de la familia.²⁰²

²⁰¹ Artículo 363 del C.C.: El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo: 1) Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio 2) Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo, 3) Cuando está judicialmente separado durante el mismo periodo indicado en el inciso 2; salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese periodo, 4) Cuando adolezca de impotencia absoluta, 5) Cuando se demuestra a través de la prueba de ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. El juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

²⁰² Edison Valera Cáceres, “El principio de unidad de filiación”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 2, (junio 2013): 177.

De este modo, es ese estado de familia y las situaciones jurídicas que involucra lo que caracteriza la inescindibilidad de la relación o de la situación jurídica que hace necesaria la litigación conjunta.

La acción contestatoria tiene lugar a partir de unos hechos únicos que serán los constitutivos de la pretensión procesal y la madre como el hijo tienen derechos e intereses individualizados en el proceso, pero, con un resultado único que no permitiría instaurar procesos separados. Respecto del hijo, se salvaguarda el derecho a la identidad y, respecto de la madre, le interesa que quien considera es el padre de su hijo asuma el conjunto de deberes y cargas que le corresponden, es decir, asuma la paternidad.

El mismo razonamiento aplica para lo establecido en el artículo 372 sobre impugnación de maternidad.

Respecto de lo regulado en el artículo 373, en el citado artículo se prescribe la litigación conjunta de padre y madre frente a la pretensión de reclamación de filiación, es la filiación la relación protagonista y en tanto su centro es la tutela del hijo, la relación sí es escindible, de modo que no habría problema en reclamar la filiación solo respecto de uno de los progenitores. Probablemente el artículo 373, no recoge un supuesto de litisconsorcio necesario impuesto por ley y se trata de una redacción poco acertada.

3.2.5.2 La demanda de interdicción. Según lo establecido en el artículo 581 del C.P.C., la demanda de interdicción se dirige contra la persona cuya interdicción se pide, así como aquellas que, teniendo derecho a solicitarla, no lo hubieran hecho.

La legitimidad activa para pedir la interdicción de la persona con capacidad de ejercicio restringida, de acuerdo con el artículo 583 del C.C., recae sobre el cónyuge, sus parientes²⁰³ y el Ministerio Público. Si uno de estos sujetos no inicia la acción de interdicción, será emplazado en calidad de sujeto pasivo de la relación procesal.

Se regula la legitimidad en atención a la existencia de un interés del cónyuge, los parientes y el Ministerio Público. La declaración de capacidad de ejercicio restringida permite el nombramiento de un curador procesal.

²⁰³ Artículo 236 C.C.: El parentesco consanguíneo es la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común. El grado de parentesco se determina por el número de generaciones. En la línea colateral, el grado se establece subiendo de uno de los parientes al tronco común y bajando después hasta el otro. Este parentesco produce efectos civiles solo hasta el cuarto grado.

Artículo 237C.C.: El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad. La afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce. Subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex cónyuge.

Artículo 238 C.C: La adopción es fuente de parentesco dentro de los alcances de esta institución.

La figura de la curatela al igual que la de la tutela, aunque es criticable, fue regulada, como señala Aguilar Llanos, con un criterio patrimonialista, restándole importancia a la atención personal requerida por el denominado incapaz y, si bien partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1384, se ha asumido el modelo social de discapacidad el artículo 581 sobre la legitimidad pasiva se mantiene vigente.²⁰⁴ De este modo, se exige la presencia en el proceso de todos aquellos que tengan un interés en la declaración de interdicción y que la ley ya ha determinado en su artículo 583.

Se trata de hechos únicos y de un resultado único, que imposibilita la existencia de más de un proceso con dicha pretensión. Hay inescindibilidad aun cuando los intereses de cada uno de los parientes o del Ministerio Público, difieran entre sí.

3.2.5.3 La tercería. De acuerdo con lo establecido en el artículo 533 la tercería se entiende con el demandante y el demandado.²⁰⁵

La LEC española, solo incluye u otorga legitimidad pasiva al ejecutado en el supuesto de que sea él quien haya designado el bien respecto del que se pretenda el alzamiento del embargo esto porque, como señala Vásquez Barros:

En primer lugar al designar el bien a embargar como de su pertenencia implica la negación o el desconocimiento del derecho que afirma tener el tercerista sobre el mismo, de modo que será entre ellos entre quienes se suscitará la controversia sobre tal extremo; en segundo lugar, a que, atendida aquella designación, el ejecutado ha de tener un indudable interés en que se mantenga el embargo, así como en evitar la mejora; y, finalmente, en que, en todo caso, le ha de afectar directa y necesariamente la resolución que se dicte, cualquiera que sea su sentido.²⁰⁶

En el caso peruano no existe tal diferencia, en todos los supuestos, el legislador exige que la demanda sea dirigida contra demandante y demandado. El demandante que será un acreedor pretendiendo que su deudor (demandado) cumpla con una determinada obligación; en un eventual proceso de tercería verá en riesgo su posibilidad de cobrar lo que se le adeuda, existe para él interés que lo legitima como, sujeto pasivo, en el proceso de tercería. Por su parte, el deudor demandado, probablemente considere ser titular del bien embargado, y en ese sentido, estará legitimado para ser también sujeto pasivo en el proceso de tercería.

²⁰⁴ Benjamín Aguilar Llanos, "Las Nuevas Tendencias Del Derecho De Familia", *Foro Jurídico*, n.º 13 (marzo 2014): 234, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13789>.

²⁰⁵ Artículo 533 C.P.C.: La tercería se entiende con el demandante y el demandado, y solo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados judicialmente por medida cautelar o para la ejecución; o en el derecho preferente a ser pagado con el precio de tales bienes. Sin perjuicio de lo señalado, puede fundarse en la propiedad de bienes afectados con garantías reales, cuando el derecho del tercerista se encuentra inscrito con anterioridad a dicha afectación.

²⁰⁶ Sergio Vásquez Barros, "Liticonsorcio voluntario. Legitimación pasiva en las tercerías de dominio", *Revista de Derecho vLex*, n.º 70, (julio 2009): 23 – 24, <https://2019.vlex.com/#vid/liticonsorcio-voluntario-pasiva-iacute-57455144>.

Igual que en los casos anteriores, hay inescindibilidad, hechos y resultado únicos. Existe litisconsorcio necesario.

3.2.6 Existencia de pretensiones conexas

En este supuesto ya no se trata de una misma pretensión planteada por o frente a más de un sujeto, se trata de más de una pretensión y por ello se habla de conexidad entre las pretensiones.

Más de un autor ha considerado la conexidad como el nexo que se puede establecer entre los diversos elementos identificadores de las pretensiones (personas, *petitum* y *causa petendi*). Esa es la razón para hablar de conexidad subjetiva y objetiva.

3.2.6.1 Conexión subjetiva. La conexión será subjetiva cuando el nexo entre las pretensiones se da en el elemento subjetivo, en el sentido que todas las pretensiones se plantean y se dirigen por y contra los mismos sujetos.²⁰⁷

Esto es así porque, como señala Montero Aroca, los elementos identificadores de la pretensión son tanto objetivos como subjetivos. Los subjetivos, se refieren a las personas y si bien no determinan el objeto del proceso sí quedan comprendidos en la congruencia y en la cosa juzgada.²⁰⁸

Al respecto, es necesario decir que los sujetos no constituyen un elemento de la pretensión, los sujetos son titulares activos o pasivos de distintas pretensiones, pero al haber coincidencia en los sujetos, opera la acumulación.

Se trata de supuestos en los que válidamente podría realizarse el trámite a través de procesos separados. En este sentido, esta conexidad permitirá que aquello que podría ser actuado en procesos separados se actúe en un solo proceso por razones de economía procesal y no porque se trate de supuestos de prejudicialidad o de la posible expedición de sentencias contradictorias.

Ergo, en los casos de conexidad subjetiva, en el proceso habrá objetos distintos y la solución para cada uno de ellos no será la misma.

De hecho, la pluralidad se da en las pretensiones y no necesariamente en los sujetos, por lo que el supuesto de conexidad subjetiva no siempre dará lugar a la existencia de litisconsorcio. De haber litisconsorcio, este sería solo voluntario.

3.2.6.2 Conexión objetiva. La conexión es objetiva cuando el nexo se establece entre los elementos objetivos de la pretensión (*petitum* y/o *causa petendi*).

Esta conexión puede ser propia o impropia (por afinidad). Será propia cuando el vínculo entre las pretensiones se da entre los concretos elementos objetivos de la pretensión y será impropia,

²⁰⁷ Eugenia Ariano Deho, "La acumulación de pretensiones y los dolores de cabeza de los justiciables, *IUS ET VERITAS* 23 n° 47, (2013): 196, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11942.196>.

²⁰⁸ Montero y Flors, *Tratado de Juicio Verbal, Parte Primera*, 642.

cuando el vínculo no está propiamente entre los elementos objetivos concretos de las pretensiones, sino cuando todas las pretensiones plantean la misma cuestión jurídica.²⁰⁹

El litisconsorcio facultativo²¹⁰ es una acumulación subjetiva de pretensiones, es decir aquel supuesto en el que los sujetos no son los mismos, pero hay conexión objetiva (propia o impropia).²¹¹

Esta conexidad objetiva implica entonces, al igual que en el caso anterior, más de una pretensión, pero no necesariamente una pluralidad de sujetos y, por lo tanto, de haber litisconsorcio, este sería solo voluntario.

3.2.7 La sentencia por expedirse respecto de una pretensión puede afectar a la otra

En este supuesto, el legislador parte de la posibilidad de que lo resuelto respecto de una pretensión tenga incidencia en otra y, esto puede ocurrir con independencia de que exista o no pluralidad de sujetos.

Se debe recordar lo señalado sobre eficacia positiva de la cosa juzgada. Para Gimeno Sendra: La eficacia es positiva o prejudicial, cuando dicha cuestión no es el objeto único de otro proceso, sino que forma parte de este, en cuyo caso la sentencia que recaiga deberá tener como punto de partida y en ningún caso contradecir lo resuelto en la anterior sentencia.²¹²

²⁰⁹ Ariano, "La acumulación de pretensiones", 197.

²¹⁰ Juan Pablo Aparicio Vaquero, al comentar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, núm. 130/2011, de 15 de abril de 2011. LA LEY DIGITAL 88405/2011, señala lo siguiente: "Estamos, por tanto, en presencia de una legitimación que algunas sentencias denominan «presuntiva» y otras «directa» o «propia», pero con claro fundamento legal, en todo caso. Así pues, basta con acreditar en el proceso los extremos a los que se refiere el artículo 150 TRLPI para entender válidamente constituida la litis en el lado activo: certificación administrativa de la autorización del Ministerio de Cultura y copia de los Estatutos que demuestre que estamos en presencia de derechos cuya «clase» es gestionada por la demandante. De hecho, pudieran entablarse sucesivos pleitos frente a un mismo sujeto por parte de varias entidades, pero cada una habría de reclamar exclusivamente por aquella categoría de titulares cuya gestión de derechos tiene encomendada (así, en las SSTs citadas de julio de 2007 y enero de 2008 y 2009). No obstante, la jurisprudencia citada no aclara si sería necesario un litisconsorcio activo si las entidades tienen idénticos ámbitos de gestión (como puede suceder entre AIE y AISGE, con los artistas intérpretes); aun así, probablemente, el litisconsorcio no sería necesario, dada la concepción de esta legitimación, como se ha apuntado, sin perjuicio de otros mecanismos de reembolso entre los interesados, como el cobro de lo indebido o el enriquecimiento injusto", *Legitimación y prueba en el ejercicio por las entidades de gestión de acciones de cesación e indemnización por comunicaciones públicas no autorizadas y el uso de licencia creative commons, Actas de Derecho Industrial y Derechos de Autor*, Tomo 32, (Madrid: Marcial Pons, 2011-2012), 692.

²¹¹ Sobre la conexidad objetiva impropia, resulta ilustrativo el tema de la legitimidad por categoría. Sobre esto, Carpi señala que "ya Calamandrei, en un escrito muy conocido, al examinar las distintas posibles relaciones entre el derecho subjetivo y la acción, ha puesto a la luz la tendencia de esta última a separarse del primero, cuando el poder de provocar el proveimiento jurisdiccional esté atribuido a personas diversas de los sujetos de la relación controvertida. Son las hipótesis de las acciones concedidas "a quien tenga interés", cuando el interés no es valorado caso por caso, pero está predeterminado a priori por la ley por fuerza de la simple pertenencia a una organización más o menos compleja, que va desde la inclusión en una determinada compañía familiar, a la calidad de miembro de una asociación o sociedad; aquí se tiene casos de legitimidad por categoría, es decir, algo similares a las hipótesis que en los ordenamientos del *common law* son clasificadas como *class actions*. Carpi, *La eficacia "ultra partes"*, 98-99.

²¹² Gimeno, *Derecho Procesal Civil I*, 535.

Frente a la posibilidad de que el pronunciamiento sobre una determinada pretensión puede afectar a otra, aun en el caso de que sean tramitadas en procesos distintos, lo que se podría generar es esta necesidad de tener en cuenta la eficacia vinculante de la cosa juzgada.

Es decir, nuevamente el supuesto regulado en la norma sobre litisconsorcio se refiere a la pluralidad de pretensiones y no de sujetos. De existir tal pluralidad, será necesario analizar si existe inescindibilidad de la o las pretensiones procesales, como lo exige el primer supuesto.

En consecuencia, solo en el caso de que la o las pretensiones sean las mismas para más de un sujeto, es decir, en los supuestos de inescindibilidad tratados, es posible hablar de la existencia de litisconsorcio necesario. En este sentido, para Montero Aroca el litisconsorcio es necesario cuando las normas jurídicas conceden legitimación para pretender, activa o pasiva, a varias personas conjunta, no separadamente. Se trata del ejercicio de una única pretensión que alcanzará satisfacción con un único pronunciamiento.²¹³

Por estas razones, es conveniente definir el litisconsorcio desde la causa (inescindibilidad de la o las pretensiones) y no desde las consecuencias que genera (necesidad de que los sujetos estén juntos).

3.3 El supuesto del patrimonio autónomo

De acuerdo con lo que prevé el artículo 57 del C.P.C. toda persona natural o jurídica, los órganos constitucionales autónomos y la sociedad conyugal, la sucesión indivisa y otras formas de patrimonio autónomo²¹⁴ pueden ser parte material en el proceso.

Por su parte en el artículo 65, al regular la actuación de los patrimonios autónomos se les define de la siguiente manera:

Existe patrimonio autónomo cuando dos o más personas tienen un derecho o interés común respecto de un bien, sin constituir una persona jurídica. La sociedad conyugal y otros patrimonios autónomos son representados por cualquiera de sus partícipes, si son demandantes. Si son demandados, la representación recae en la totalidad de los que la conforman, siendo de aplicación, en este caso, el artículo 93.

El artículo 93 del C.P.C. regula el litisconsorcio necesario y sus efectos, por lo que es evidente que para el legislador el patrimonio autónomo es un caso de litisconsorcio necesario.

²¹³ Montero *et al.*, *Derecho Jurisdiccional II: Proceso Civil*, 90.

²¹⁴ Entre otras formas de patrimonio autónomo se podrían citar las siguientes: los fideicomisos bancarios, los fondos de garantía, los fideicomisos de titulización, la constitución de fondos mutuos y la constitución de fondos de inversión. Sin embargo, como se verá posteriormente, la norma no se refiere a los citados patrimonios autónomos.

3.3.1 Características del patrimonio autónomo

El legislador define el patrimonio autónomo en el C.P.C a partir de tres características: la pluralidad de sujetos, la existencia de un derecho o interés común respecto a un bien y la no constitución de una persona jurídica.

Conjugar estas tres características en la definición llevaría indefectiblemente a pensar que en todo patrimonio autónomo existe litisconsorcio. La vinculación de los sujetos con un derecho o un interés específico surgido a partir de la relación material o con motivo del surgimiento de la relación material, sustenta la inescindibilidad de la que se ha hablado en los apartados anteriores y justificaría la existencia de litisconsorcio necesario; sobre todo si no se constituye una persona jurídica. Sin embargo, será importante considerar en el análisis si la calidad de sujeto de derecho que le ha sido atribuida desvirtúa esta conclusión.

Pinzón Fonseca, citando a la Asociación de Fiduciarias de Colombia, señala que el patrimonio autónomo es “una individualidad jurídica propia, de creación expresa, afecto a una finalidad determinada, cuyos bienes o activos responden por las obligaciones de carácter patrimonial que se adquieran en el cumplimiento de la finalidad”.²¹⁵

Se trata de una individualidad jurídica propia, es decir; un sujeto de derecho, destinado a una finalidad, la misma que sirve de límite a la responsabilidad por las obligaciones de carácter patrimonial que se hayan adquirido.

Rivera, citado por Pizarro Aranguren, considera que el patrimonio autónomo posee las siguientes características:

- (i) necesitan previsión legal desde que son una excepción al principio general de que el patrimonio es la prenda común de los acreedores; (ii) tienen independencia del patrimonio general, aunque más preciso será hablar de separación de bienes para efectos del fideicomiso; y, (iii) responden sólo por las deudas contraídas en virtud del patrimonio especial.²¹⁶

Para los autores citados la pluralidad de sujetos no forma parte de las características constitutivas del patrimonio autónomo. Las características mencionadas por Pinzón Fonseca y por Rivera, están referidas de modo exclusivo al patrimonio en sí mismo, considerado como una individualidad jurídica con independencia de si corresponde a uno o a más sujetos: (a) El patrimonio está destinado a una finalidad concreta; (b) Es un patrimonio separado del patrimonio general de un sujeto y (c) El patrimonio solo responde por las deudas adquiridas en virtud de este patrimonio especial. Como consecuencia de ser una excepción a principio general de que el patrimonio es la

²¹⁵ David Felipe Pinzón Fonseca, “La fiducia mercantil como vehículo de propósito especial en Project finance”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas - UPB*, n.º 123, (julio diciembre 2015): 560, <http://dx.doi.org/10.18566/rfdcp.v45n123.a09>.

²¹⁶ Carlos Alberto Soto Coaguila, José Luis de los Mozos y de los Mozos y Atilio Anibal Alterini, *Contratación contemporánea: Contratos modernos. Derecho del Consumidor*, (Lima: Palestra Editores, 200), 236.

prenda común de los acreedores (principio de responsabilidad patrimonial ilimitada), se requiere previsión legal.

En la regulación procesal sobre patrimonio autónomo, como se ha dicho, es relevante la pluralidad de sujetos unidos por un derecho o interés común, sin constituir una persona jurídica, por lo que, parece no existir coincidencia entre esta figura y la descrita por Pinzón y Rivera.

Las características del patrimonio autónomo tienen como eje central el constituirse en excepción al principio de responsabilidad patrimonial ilimitada. En la legislación no se recoge de modo expreso dicho principio, pero, sí se regula la acción revocatoria. La referida acción, regulada en el artículo 195 del C.C.²¹⁷ como afirma Moisset de Espanés, tiene su fundamento jurídico en el principio de que el patrimonio del deudor constituye la garantía común de los acreedores, porque desde el momento en que alguien se constituye en deudor queda en estado de sujeción patrimonial. Señala el citado autor que este fundamento aparece en el artículo 2093 del Código de Napoleón en el que expresamente se establece: “El patrimonio del deudor constituye la prenda común de los acreedores”.²¹⁸

Junto a esta regulación implícita del principio de responsabilidad patrimonial ilimitada, se incluye algunas excepciones entre las que se podría mencionar la inembargabilidad de las remuneraciones y de las pensiones cuando no excedan de 5 URP, la inembargabilidad de los alimentos o del patrimonio familiar, entre otras. Asimismo, también es considerada una excepción al referido principio, la constitución de patrimonios sociales y de patrimonios autónomos como los fideicomisos bancarios, los fondos de garantía, los fideicomisos de titulización, la constitución de fondos mutuos y la constitución de fondos de inversión.

Esta regulación excepcional es a la que se refiere Garnalli al señalar que existen dos técnicas legislativas a través de las cuales se logra evitar que los bienes sean gravados:

Primera técnica: la ley misma establece directamente la ingravabilidad de determinados bienes o ingresos, o bien de determinadas categorías de bienes o ingresos; ingravabilidad que según la ratio que la justifica en los casos particulares a veces es absoluta o relativa, total o parcial, definitiva o temporal. Segunda técnica: la ley se limita a indicar tipificando los instrumentos jurídicos (por regla, negociales) a través de los cuales el deudor puede conseguir el resultado de la ingravabilidad (por regla, relativa) de bienes o ingresos determinados.²¹⁹

²¹⁷ Artículo 195 C.C.: El acreedor, aunque el crédito esté sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos gratuitos del deudor por los que renuncie a derechos o con los que disminuya su patrimonio conocido y perjudiquen el cobro del crédito (...).

²¹⁸ Lex y Iuris, Instituto Peruano de Derecho Civil, Estudio Mario Castillo Freyre, ed., *Libro de ponencias del XI Congreso de Derecho Civil*, (Lima: Lex & Iuris, 2016), 21 - 22.

²¹⁹ Carlo Granelli, “La responsabilidad patrimonial del deudor entre la disciplina del Código Civil y la Reforma in itinere del Derecho Societario”, *Derecho & Sociedad*, n° 19, (2002): 165 <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17250>

De este modo, los patrimonios autónomos, constituyen una excepción al principio de responsabilidad patrimonial ilimitada. Son patrimonios separados del patrimonio general por lo tanto con individualidad jurídica propia, se requiere que sea autorizado por ley, destinado a una finalidad y responde solo por las obligaciones adquiridas en cumplimiento de dicha finalidad.

Por ejemplo, si se habla de fideicomiso bancario, como señala Chappuis Cardich, este, cuenta con características particulares, entre las que se pueden mencionar:

- Se trata de un patrimonio autónomo, distinto del patrimonio del fiduciario, del fideicomitente, del fideicomisario y del destinatario de los bienes remanentes.
- La transferencia de bienes no es propiamente una transferencia en propiedad, ni una carga o gravamen sobre los bienes.
- El referido patrimonio está sujeto al dominio del fiduciario.
- Los activos del patrimonio autónomo están separados de los bienes del patrimonio del fiduciario.
- El fiduciario ejerce sobre el patrimonio fideicometido dominio fiduciario. Este le confiere facultades incluidas las de administración, uso, disposición, reivindicación, con sujeción a la finalidad para el que fue constituido el fideicomiso.²²⁰

En el caso de la sociedad de gananciales, autores como Aguilar Llanos consideran que:

Al haber calificado la sociedad de gananciales más que como una sociedad, como una comunidad de bienes a la que no debe aplicársele las normas de la copropiedad en función de la diferencia que existe entre ellas, consideramos... que no cabe que por deudas personales se pueda afectar el patrimonio social ni la expectativa de derecho ganancial del cónyuge deudor con medidas cautelares u otras, lo que no significa desconocer el derecho del acreedor a verificar su crédito. Sin embargo, no ha de hacerlo por esa vía; el mismo legislador contempla la posibilidad de la declaración de insolvencia del cónyuge deudor, y ante esa declaración, finalizar el régimen de la sociedad de gananciales, y por ende, liquidarla, momento en el cual —al ya estar debidamente identificadas las cuotas de los cónyuges— se podrá proceder al embargo y remate de los bienes que le pudieran corresponder al cónyuge, o si no ha habido aún partición, al embargo de la alícuota y su posterior ejecución.²²¹

La sociedad de gananciales implica una pluralidad de sujetos (dos), separación del patrimonio común de aquel que corresponde a cada uno de los cónyuges de modo privativo. Esta separación de patrimonios tiene por finalidad fortalecer la institución de la familia, priorizando los intereses

²²⁰ Jacqueline Chappuis Cardich, "El fideicomiso, Themis y las frías mañanas de invierno". *THĒMIS-Revista De Derecho*, n.º 50, (2005): 51, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8746>.

²²¹ Benjamín Aguilar Llanos, "Régimen patrimonial del matrimonio". *Derecho PUCP*, n.º 59 (2006): 334 <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3072>.

familiares sobre los personales. De este modo el patrimonio de la sociedad de gananciales solo responderá por las obligaciones asumidas en interés de la dicha sociedad.

La sucesión indivisa, se encuentra regulada en el artículo 844 del C.C. la misma que es tratada como un caso de copropiedad, pero, como señala Osterlin:

Ocurre -según refiere Lohman- que el Código nacional comete un error al mencionar que se configura una situación de copropiedad sobre los bienes de la herencia, cuando lo que ocurre es que se plantea una comunidad sobre el íntegro de la masa hereditaria, entendida como unidad total (comprendiendo bienes, créditos y deudas).²²²

Tanto en la sociedad de gananciales como en la sucesión indivisa es importante su diferenciación con el instituto de la copropiedad dadas las características particulares del patrimonio del que se trata.

Las características que definen el patrimonio autónomo en general, así como la figura del fideicomiso están relacionadas, de modo directo, con el patrimonio y no con la cantidad de sujetos a los que les corresponde. Sin embargo, al hacer referencia a la sociedad conyugal y a la sucesión indivisa dicha pluralidad parece ser indispensable.

Manuel de la Puente y Lavalle sobre los patrimonios autónomos afirma que:

La autonomía del patrimonio debe ser entendida, no como autonomía respecto de una persona... sino como autonomía de los patrimonios entre sí, desde que modernamente se acepta que el patrimonio de una persona esté dividido en varios sectores, los que están sometidos a estatutos diferentes.²²³

Se entiende entonces que la idea central de los patrimonios autónomos es esa característica de separación de otro patrimonio que sería denominado el patrimonio general de un sujeto. El hecho de que además exista una pluralidad de sujetos es una característica que se torna en accidental respecto al concepto mismo de patrimonio autónomo.

La Cruz Berdejo, clasifica los patrimonios autónomos en patrimonios separados y patrimonios colectivos. En el primer caso, se trata de aquel patrimonio que sobreviene y se mantiene separado del patrimonio originario de un sujeto y, en el segundo caso, se trata de un conjunto de bienes perteneciente a una pluralidad de personas y responde de determinada clase de deudas sin constituir una persona jurídica.²²⁴

²²² Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre, "El derecho sucesorio y las obligaciones de sujeto plural", *Revista De Iure*, Año 2, n° 2, (Noviembre 2000): 167, http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/el_derecho_sucesorio_y_las_obligaciones.pdf.

²²³ Manuel de la Puente y Lavalle, "La sociedad de gananciales", *IUS ET VERITAS*, 9 n°18, (1999): 55 <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15820>.

²²⁴ La Cruz et al., *Elementos de Derecho Civil*, 62.

En ambos casos se trataría de patrimonios separados, es decir, aun cuando La Cruz Berdejo diferencia a los patrimonios colectivos, no se puede perder de vista que en este último caso también se trata de un patrimonio separado, pero cuenta con el plus de la pluralidad de sujetos.

Es evidente que el legislador peruano, a través de la norma procesal, al definir los patrimonios autónomos ha considerado solo los denominados patrimonios colectivos, entre los que destaca la sociedad conyugal y la sucesión indivisa (que en estricto no dejan de ser patrimonios separados, pero, están caracterizados por la pluralidad de sujetos). Se ha dejado de lado, aquellos en los que no existe pluralidad de sujetos y que La Cruz Berdejo denomina patrimonios separados.

A partir de esta afirmación ¿se podría decir que el legislador yerra al atribuir como característica conceptual del patrimonio autónomo, la pluralidad de sujetos? Si la respuesta es afirmativa, habría que aclarar que no todos los patrimonios autónomos dan lugar a la existencia de un litisconsorcio necesario.

El análisis anterior exige indefectiblemente plantearse la cuestión sobre la inclusión de la pluralidad de sujetos como característica esencial del patrimonio autónomo en el artículo 65 del C.P.C.

3.3.2 La regulación de los patrimonios autónomos en el C.P.C

La redacción del artículo 65 sufrió una modificación con la publicación del Decreto Legislativo 861, Ley del Mercado de Valores (22 de octubre de 1996). La décima disposición final de esta ley decía lo siguiente:

Décima. - Modifíquese el texto del artículo 65° del Código Procesal Civil, que quedará redactado como sigue:

Artículo 65.- Representación procesal del patrimonio autónomo. - Un patrimonio es autónomo cuando una o más personas ejercen sobre él una titularidad limitada por encontrarse afecto a un fin específico señalado por el acto constitutivo o la ley.

Cuando la titularidad o el dominio fiduciario del patrimonio autónomo sea ejercida por una sola persona, corresponde a esta su representación.

Cuando la titularidad del patrimonio autónomo sea ejercida por dos o más personas la representación corresponde a cualquiera de ellas si son demandantes. Si son demandados, la representación recae sobre la totalidad de sus titulares, siendo de aplicación en su caso, el Artículo 93.

Esta modificación elimina la pluralidad de sujetos como característica del patrimonio autónomo, expresamente señala la posibilidad de que sea una sola persona la que ejerza la titularidad del patrimonio autónomo. Sin embargo, el 29 de julio de 1997 se publica la Ley 26827 a través de la cual se deroga la décima disposición final del Decreto Legislativo 861 y en su artículo 2 restituyó el texto anterior del artículo 65, vigente hasta la actualidad.

Las razones por las cuales se restituye la vigencia del texto original del referido artículo se encuentran plasmadas en la exposición de motivos del proyecto de ley N° 2356-96/CR:

El patrimonio autónomo es el sujeto procesal que se sustenta en el interés o derecho sobre un bien compartido por un conjunto de personas que no conforman una persona jurídica.

Por tanto resulta necesario derogar la Décima Disposición Final del Decreto Legislativo N° 861, en tanto que la modificación propuesta desnaturaliza el significado de Patrimonio Autónomo, al constreñir su ejercicio o titularidad procesal, al fin específico señalado en el acto constitutivo o la ley; cuando la característica del patrimonio autónomo “es que no constituye persona jurídica”, en tal sentido mal podría encontrarse supeditada al acto constitutivo o a la ley, cuando su origen no es formal sino convencional.

Asimismo, el Patrimonio Autónomo opera en relación a dos o más personas, por tanto, carece de objeto hablar de Patrimonio Autónomo cuando nos referimos únicamente a una persona natural, pues como se expuso con anterioridad la persona natural se encuentra facultada para ejercer directamente sus derechos ante el órgano jurisdiccional.²²⁵

La exposición de motivos claramente sustenta, entre otras razones, la pluralidad de sujetos como característica ineludible para definir al patrimonio autónomo. Una pluralidad de sujetos que no es una persona jurídica, por lo que no se puede hablar de un fin señalado en el acto constitutivo o la ley. De no haber pluralidad de sujetos, señala el autor del proyecto,²²⁶ carece de objeto hablar de patrimonio autónomo.

En el debate del Proyecto de Ley se argumentó lo siguiente :

El patrimonio autónomo era definido entonces, en el Código Procesal Civil, como el sujeto procesal constituido por el interés o derecho común sobre un mismo bien sin constituir persona jurídica. Lo que se busca ahora es restituir la definición de patrimonio autónomo, pues lo que se hizo al modificar el referido artículo 65º, a través de la décima disposición final del Decreto Legislativo 861, fue incorporar la figura del patrimonio de afectación, sobre lo cual existen razones fundamentales de diferencia. En primer término, el patrimonio de afectación es cuando en éste se afecta a un fin específico señalado en el acto constitutivo o a la ley; mientras que lo que busca el patrimonio autónomo es establecer el caso de cuando dos o más

²²⁵ Congreso de la República del Perú, Proyecto de ley n° 2351/96/CR, [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/tradoc_condoc_1995.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/dae43405d9dc445e052580cd00498c87/\\$FILE/PL0235119971206.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/tradoc_condoc_1995.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/dae43405d9dc445e052580cd00498c87/$FILE/PL0235119971206.pdf).

²²⁶ Oscar Medelius Rodríguez, Congresista de la República.

personas tienen derecho o interés común respecto a un bien. Por tanto, existe diferencia entre la afectación a un fin específico y el tener derecho o interés común sobre un bien.²²⁷

De los documentos citados se tiene que la definición de patrimonio autónomo difiere de aquella que es recogida por la doctrina. Se trata de una institución de naturaleza netamente procesal utilizada para establecer la forma de actuación, al interior del proceso judicial, de aquellos sujetos que no cuentan con personalidad jurídica pero que poseen un derecho o interés común respecto a un bien.

En la exposición de motivos se indica cuáles son los casos en los que opera la representación procesal mediante patrimonio autónomo: la sociedad de gananciales, la sucesión intestada, la copropiedad,²²⁸ los bienes de asociaciones, comités y fundaciones irregulares o no inscritas.

Estos patrimonios autónomos se diferenciarían de los fondos de garantía, los fondos mutuos de inversión en valores, el fideicomiso de titulización, regulados por el TUO de la Ley del Mercado de Valores y, del fideicomiso bancario y los patrimonios autónomos de seguro de crédito regulados por el TUO de la Ley General del Sistema Financiero de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Estos patrimonios califican como patrimonios de afectación de acuerdo con lo plasmado en la exposición de motivos del proyecto de ley y en el debate de aprobación de la Ley. Sobre los patrimonios de afectación o de destino, Villanueva Gutiérrez señala:

Es el conjunto de bienes sujetos a una o varias finalidades predeterminadas en la ley. Con ese propósito, la ley autoriza la generación de un patrimonio autónomo que solo puede ser utilizado en lograr las finalidades previstas en la ley.²²⁹

Si se mira la sociedad de gananciales, por qué no podría decirse que existe un patrimonio de afectación. La comunidad de bienes en este tipo de sociedad, como se ha dicho anteriormente, responde a una finalidad económica jurídica. La regulación del C.P.C. se aleja de la naturaleza jurídica de los patrimonios separados y crea una nueva figura.

Las características de los patrimonios de afectación no están presentes en lo que el C.P.C. regula como patrimonio autónomo, principalmente porque esta norma no reconoce la posibilidad de que un sujeto pueda ser titular de un patrimonio autónomo. Además, porque en los patrimonios de afectación el titular o quien los administra es una persona jurídica, como tal posee personería jurídica y no se presenta ningún problema para su actuación en un proceso judicial.

Esta es la razón por la que Ley 26827 en sus artículos 3 y 4 establece lo siguiente:

²²⁷ “Diario de debates del Congreso de la República del Perú”, 21° sesión (05 de junio de 1997), [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/14237976C677A72D05257816005973C6/\\$FILE/SLO-1996-21.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/14237976C677A72D05257816005973C6/$FILE/SLO-1996-21.pdf).

²²⁸ En un patrimonio autónomo no existen derechos de disposición y administración para cada una de las personas involucradas, en proporción a una cuota, por lo que no sería correcto incluir en esta categoría a los copropietarios.

²²⁹ Walker Villanueva Gutiérrez, “El fideicomiso y sus implicancias tributarias”, *Revista Advocatus*, n.º 28, (2013 – I): 276, <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4206/4156>.

Artículo 3o.- Precisase que toda referencia al Patrimonio Autónomo contenida en el Decreto Legislativo No. 861, Ley del Mercado de Valores; Decreto Legislativo No. 862, Ley de Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras y Ley No. 26702 - Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros se entenderá efectuada al Patrimonio de Afectación.

Artículo 4o.- La representación procesal de un Patrimonio de Afectación corresponde a quien se encuentre facultado para ejercer su titularidad o su administración de conformidad con lo establecido en la ley o en el acto constitutivo de dicho patrimonio.

En ese sentido, para el legislador los únicos patrimonios autónomos son aquellos en los que, existiendo pluralidad de sujetos, estos son titulares de un derecho o interés común sobre un bien sin constituir una persona jurídica y por lo tanto define su forma de actuación a través de lo establecido en el artículo 65.

3.3.3 La actuación en defensa de los derechos o intereses comunes del patrimonio autónomo

La discusión planteada sobre la actuación de los patrimonios autónomos obedece, como señala Bianca a que:

En las distintas elaboraciones doctrinales sobre el concepto de patrimonio separado, entendido como patrimonio perteneciente al mismo sujeto, pero sujeto a una regla diferente de responsabilidad patrimonial, testimonian una peculiar tendencia a ubicar el tema de la separación patrimonial en el ámbito de las problemáticas de la subjetividad y de la personalidad jurídica.²³⁰

A los patrimonios autónomos se les considera sujetos de derecho (subjetividad), es decir, son centro de imputación de deberes y derechos o de situaciones jurídicas, pero, no se les atribuye personalidad jurídica, de ahí la necesidad de regular su actuación en el C.P.C.

Dada la peculiar naturaleza que el legislador atribuye a la institución jurídica del patrimonio autónomo, cuando se trata de su actuación en el proceso, ha establecido en el artículo 65 del C.P.C., como ya se ha indicado, que, la sociedad conyugal y otros patrimonios autónomos son representados por cualquiera de sus partícipes, si son demandantes. Si son demandados, la representación recae en la totalidad de los que la conforman, aplicándose en este caso el artículo 93, es decir, la decisión a dictar en el proceso sólo será expedida válidamente si todos son emplazados.

En la referida regulación se aprecia que, cuando el patrimonio autónomo se ubica en la parte activa del proceso, se recurre a la figura de la representación legal.

²³⁰ Mirzia Bianca, "El principio de la responsabilidad patrimonial y sus limitaciones". *Derecho PUCP*, n° 58, (2005): 194, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3087>.

Un patrimonio autónomo cuenta con la capacidad para ser parte en el proceso de acuerdo con lo establecido en el artículo 57 del C.P.C., es un sujeto de derecho, pero al no contar con personalidad jurídica no puede actuar por sí mismo en el proceso. En ese sentido, es importante la representación.

La representación permite la defensa de los derechos e intereses de aquellos sujetos de derecho que no gozan de aquella aptitud para ejercerlos válidamente por sí mismos, es decir que no cuentan con capacidad procesal. A través de la representación una persona realiza un acto jurídico en nombre y por cuenta de otra persona, recayendo sobre esta los efectos de la realización del acto. Para Priori Posada la capacidad procesal es:

La aptitud para poder ejercer por sí mismo, válidamente, las situaciones jurídicas procesales de las cuales se es titular. Como es claro, la capacidad procesal presupone la capacidad para ser parte. De este modo, no todo aquel que tiene capacidad para ser parte, tiene capacidad procesal, pero solo puede hablarse de capacidad procesal respecto de quienes tienen capacidad para ser parte.²³¹

La representación legal, es un mecanismo otorgado por la ley para aquellos sujetos de derecho que tienen limitaciones o impedimentos para actuar, como el caso de los incapaces y las personas jurídicas.²³² Esta representación, se fundamenta en la función tuitiva del ordenamiento jurídico respecto del derecho subjetivo de las personas naturales que carecen de capacidad de ejercicio o que se encuentran en una situación de hecho como los desaparecidos, o de derecho como es el caso de los ausentes que requieren la tutela de sus intereses.

Como puede apreciarse, la representación legal encuentra su razón de ser en la necesidad de suplir la imposibilidad de actuación de la persona. Por esta razón, por ejemplo, recae sobre los padres la representación de los hijos menores de edad o en una persona natural, la representación de la persona jurídica.²³³ En ambos casos es clara la existencia de una imposibilidad de actuación como se señaló en el capítulo anterior.

Visto esto, corresponde analizar el uso de esta clase de representación en el caso del patrimonio autónomo. Sobre este se ha dicho que es sujeto de derecho, goza de capacidad para ser parte, pero no cuenta con capacidad procesal. Para Priori Posada:

Si la ley ha optado incorporar al patrimonio autónomo, es porque se ha querido dar un paso más reconociendo cierta subjetividad jurídica, a antes que no gozan de ese reconocimiento en el resto del ordenamiento jurídico. El patrimonio autónomo es por ello un sujeto de derecho

²³¹ Priori, "La Capacidad", 49.

²³² Vidal, *El Acto Jurídico*, 181; Pedro Sagástegui Urteaga, *Instituciones de Derecho Procesal*, (Lima: San Marcos, 1993), 129.

²³³ En este punto, será importante considerar la teoría que acoge el ordenamiento jurídico sobre la personalidad jurídica de las personas jurídicas, esto es, se ha de tener en cuenta la teoría de la representación o la teoría orgánica.

procesal, no un conjunto de individualidades que reunidas forman un litisconsorcio. El litisconsorcio denota pluralidad, el patrimonio autónomo unidad.²³⁴

En el mismo sentido se pronuncia Arrarte Arrinasbarreta al señalar que:

En un patrimonio autónomo, no estamos frente a más de una persona titular de una relación material o del derecho discutido, sino que la titularidad y calidad de parte material recae en un ente jurídico distinto a quienes lo conforman y eventualmente lo representan.²³⁵

En el sentido expuesto por los autores citados, es decir, que se trata de un ente jurídico distinto de los sujetos que lo conforman, que hay unidad y no pluralidad como sugiere la figura del litisconsorcio, entonces, es consecuente la regulación que se ha hecho en el C.P.C. sobre la actuación de los patrimonios autónomos cuando se encuentran en el lado activo de la relación procesal. No obstante, por qué la regulación de la participación de los patrimonios autónomos en el lado pasivo de la relación procesal ha sido regulada de modo distinto. Ledesma Narvaez sobre esta forma de regulación señala:

Una cosa es señalar quiénes representan el patrimonio autónomo, como lo hace el artículo 65 del CPC, y otra cosa es considerar como parte al patrimonio citado. Por ello técnicamente no es procedente hablar de litisconsorcio en el patrimonio autónomo.²³⁶

Si el patrimonio autónomo cuenta con subjetividad pese a no ser una persona jurídica, su actuación ha de ser entendida como lo ha hecho el legislador en el lado activo, a través de la representación. Cuál es la razón para no conceder representación a cualquiera de los sujetos que poseen un derecho o interés común y que por no ser una persona jurídica conforman un patrimonio autónomo.

La regulación de la actuación en el lado pasivo de la relación permite pensar en una pluralidad de sujetos que están posibilitados para manifestar individualmente su voluntad.

Si el patrimonio autónomo actúa en el lado pasivo de la relación procesal, se ha establecido que la representación recae en la totalidad de los que lo conforman. Esto exige emplazar a todos los sujetos, bajo apercibimiento de declarar la improcedencia de la demanda por invalidez de la relación procesal por lo que, el recurso a la figura de la representación no es necesario. Todos los sujetos han de ser emplazados y estos luego de ser emplazados decidirán cómo actuar.

En este caso, sin importar que el patrimonio autónomo es un sujeto de derecho, en tanto sujeto sin personería jurídica se obliga a actuar en el proceso, de modo directo, a cada uno de los sujetos que los conforman. Ergo, sí existe pluralidad de sujetos que se vinculan por un derecho o

²³⁴ Priori, "La Capacidad", 49.

²³⁵ Ana María Arrarte Arrinasbarreta, "Sobre el litisconsorcio y la intervención de terceros y su tratamiento en el Código procesal Civil Peruano", *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Tomo 1, (2011): 135 – 136.

²³⁶ Marianella Ledesma Narvaez, *Estudios críticos de Derecho procesal Civil y Arbitraje*, Tomo I, (Lima: Gaceta Jurídica, 2014), 71.

interés común indivisible, respecto del cual no existen derechos de disposición o administración en proporción a cuotas y, en consecuencia, para actuar en un proceso se tiene la opción de actuar por sí mismos o siendo representado por uno de los integrantes del patrimonio autónomo. Esta es una decisión que ha de adoptar cada integrante del patrimonio autónomo.

Al ubicarse el patrimonio autónomo en lado pasivo de la relación procesal no opera la representación y no podría ser así porque sería un despropósito definir quién representa los intereses de los demás sujetos a través de una norma procesal o dejar al demandante tomar dicha decisión.

Ser sujeto de derecho implica ser centro de imputación de derechos y obligaciones, pero esto funciona porque el patrimonio ha sido separado del patrimonio de cada uno de los sujetos que lo conforman o incluso del único sujeto que lo conforma.

Se trata de un patrimonio que tiene un régimen de responsabilidad patrimonial regido por reglas distintas y por eso es centro de imputación. Para que su actuación esté definida tendría que contar con personería jurídica y no la tiene, ahí surge el problema de actuación. El legislador, a través de una norma procesal, ha establecido su forma de actuación la que cambia dependiendo del lugar en el que se ubique el sujeto de derecho activo o pasivo).

El patrimonio autónomo no tendría que haber sido considerada como una figura procesal. Nace en el derecho material como separación de patrimonios de ahí la calificación de autónomo porque es el patrimonio al que se le aplica esa calidad y por estar separado tiene un régimen distinto, Ahora si corresponde a más de un sujeto surge el problema de la defensa de ese derecho o interés común y como no es persona jurídica se ha pensado que se tiene un problema y no es así.

No se desnaturaliza la figura del patrimonio autónomo por considerar que hay pluralidad de sujetos. No era necesaria la regulación de su actuación a través del artículo 65 pues la solución era considerar que ya existía la figura del litisconsorcio.

3.4 Precisiones sobre la legitimación plural activa

Ha quedado dicho que la existencia de pretensiones procesales inescindibles genera el carácter necesario del litisconsorcio, la necesidad de que las partes actúen de modo conjunto. Sin embargo, se debe hacer una precisión no poco importante, a lo que hasta aquí se ha analizado, relacionada con la legitimación plural activa.

La regulación sobre la participación en calidad de demandante que puede tener un patrimonio autónomo vulnera la naturaleza voluntaria del derecho de acción. Atendiendo a la vertiente negativa del derecho a la tutela jurisdiccional, no es posible obligar a un sujeto a demandar si este no considera conveniente u oportuno demandar.

El legislador es consciente de esta situación y yerra al buscar la solución en la figura de la representación legal, sustituyendo con ello la autonomía de la voluntad del sujeto. Esta solución salva al sujeto que siendo parte de un litisconsorcio necesario activo está decidido a demandar, frente a

aquel que no desea hacerlo. Así aquel, que considera oportuno demandar no está sujeto a la voluntad del sujeto o sujetos que también tendrían que actuar en el proceso.

Esta solución, desnaturaliza la figura de la representación y también el derecho de acción, en este sentido, la figura del litisconsorcio necesario activo difícilmente se configura en la realidad.

3.5 Legitimidad en el litisconsorcio cuasi necesario y efectos de la cosa juzgada

Para el legislador peruano, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 92 del C.P.C. habrá litisconsorcio necesario cuando dos o más personas litigan en forma conjunta porque tienen una misma pretensión y habrá litisconsorcio voluntario cuando dos o más personas litigan en forma conjunta porque sus pretensiones son conexas o porque la sentencia a expedirse respecto de una pretensión pudiera afectar a la otra.

Del texto citado, no se desprende la existencia de un tercer tipo de litisconsorcio, aquel que la doctrina denomina litisconsorcio cuasi necesario. Sin embargo, como señala Prado Bringas, este litisconsorcio aparece regulado en el artículo 93 del CPC junto con el litisconsorcio necesario, al establecerse la posibilidad de que exista disposición legal en contrario, es decir, en este tercer tipo de litisconsorcio, el proceso es válido, señala el autor, aun cuando se emplace solo a uno de los sujetos legitimados pasivos, y la sentencia los vinculará, aunque no estuvieran presentes.²³⁷

Entonces, nos encontramos frente a supuestos en los que más de un sujeto se encuentra legitimado para actuar en el proceso y la decisión a recaer en el proceso le afecta de manera uniforme, sin embargo, su no comparecencia o emplazamiento, según corresponda, no invalida la decisión.

Como se puede apreciar, los supuestos de litisconsorcio cuasinecesario tienen su origen en la inescindibilidad de la pretensión, pero existe una razón por la que el ordenamiento reconoce, en estos supuestos, la existencia de legitimidad individual y no plural. Es más, los efectos de la cosa juzgada alcanzan a quien no fue parte en el proceso, precisamente porque la pretensión es inescindible.

En la doctrina, también se ha equiparado al litisconsorcio cuasinecesario la actuación invocando intereses difusos, Ferrer Mac Gregor, se refiere a la legitimación otorgada a las asociaciones o personas que alegan intereses difusos y la denomina:

Legitimación directa a asociaciones o personas en representación de los intereses difusos y colectivos. Representan a las denominadas *class actions* estadounidenses. Aquí la legitimación resulta colectiva o de grupo. Se trata de una legitimación intermedia entre la legitimación tradicional y la legitimación abierta de la acción popular. Siguiendo la terminología de Fairén Guillén, se trata del caso de litisconsorcio cuasinecesario, en tanto supone que un grupo de personas identificables o no, se hallan ante un determinado evento jurídico en situación igual

²³⁷ Rafael Prado Bringas y Orestes Francisco Zegarra Valencia. "Litisconsorcio e intervención de terceros en el proceso civil: Buscando una nueva aproximación". *IUS ET VERITAS* 24, n.º 52, (2016): 303 – 304. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16389>.

de calidad, de modo tal que teniendo todas ellas legitimación para accionar, algunas lo hacen y otras no, pero la resolución les va a afectar a todas esas personas por ser única la relación que existe entre el evento y ellas.²³⁸

Lo especial de este derecho, no difiere de lo que se ha tratado sobre la inescindibilidad de la pretensión reclamada que da lugar al litisconsorcio necesario. No se trata de un derecho de naturaleza especial en sí mismo, sino que, al igual que en el litisconsorcio necesario, podría dar lugar a una pretensión de naturaleza inescindible en relación con más de un sujeto.

Si se analiza el caso de la impugnación regulada en el artículo 139 de la Ley General de Sociedades, de acuerdo con esta norma, pueden ser impugnados judicialmente los acuerdos de la junta general cuyo contenido sea contrario a dicha ley, se oponga al estatuto o al pacto social o lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad.

En los citados casos de impugnación, la legitimidad activa corresponde a los accionistas que en la junta general hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, por los accionistas ausentes y por los que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto. En los casos de acciones sin derecho a voto, la impugnación sólo puede ser interpuesta respecto de acuerdos que afecten los derechos especiales de los titulares de dichas acciones.

Respecto de la legitimidad pasiva, esta corresponde, sin duda alguna, a la sociedad, a la persona jurídica.

La ley le ha concedido legitimidad activa para impugnar los acuerdos, a cada uno de los socios por separado. Como indica Joaquín Garrigues, citado por González Benjumea, “la evolución histórica muestra una tendencia inequívoca a separar la sociedad mercantil de las personas de los socios. La sociedad no es la suma de los socios, sino algo que está por encima de ellos, rebasando su personalidad física”.²³⁹ De ahí la inexistencia de una obligación de litigar de manera conjunta, aun cuando los efectos de lo decidido, alcanza a quien, teniendo legitimidad para actuar en el proceso con su pretensión de impugnación, no lo hubiere hecho.

En casos como el descrito no se podría pretender considerar nulo el acuerdo para quienes participaron en el proceso y válido para quienes no participaron. Tampoco es posible pretender que todos los socios legitimados para impugnar estén de acuerdo en la nulidad del acuerdo. Nada obsta para que tengan un interés distinto de quien recurre.

²³⁸ Eduardo Ferrer Mac - Gregor, “Panorámica actual de la doctrina procesal”, *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Católica Andrés Bello*, Tomo 97, n.º 56, (2000): 462.

²³⁹ Oscar González Benjumea, “Personalidad Jurídica de las Sociedades Mercantiles”, *Revista Ratio Juris*, 11 n.º 23, (2016): 104.

Esta regulación es la que más de un autor ha entendido como una disposición legal en contrario, como lo estatuye el artículo 93 del C.P.C.; es decir como un caso de litisconsorcio cuasinecesario.

El Código General del Proceso de Colombia se refiere al litisconsorcio cuasi necesario señalando lo siguiente:

Artículo 62: Litisconsortes cuasi-necesarios. Podrán intervenir en un proceso como litisconsortes de una parte y con las mismas facultades de ésta, quienes sean titulares de una determinada relación sustancial a la cual se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, y que por ello estaban legitimados para demandar o ser demandados en el proceso. Podrán solicitar pruebas si intervienen antes de ser decretadas las pedidas por las partes; si concurren después, tomarán el proceso en el estado en que se encuentre en el momento de su intervención.

En el C.P.C. se encuentra una disposición similar. El artículo 98 establece:

Quien se considere titular de una relación jurídica sustancial a la que presumiblemente deban extenderse los efectos de una sentencia, y que por tal razón estuviera legitimado para demandar o haber sido demandado en el proceso, puede intervenir como litisconsorte de una parte, con las mismas facultades de ésta.

Es, esta, la segunda referencia normativa al litisconsorcio cuasinecesario. De este modo, en el ejemplo anterior sobre la impugnación de acuerdos, si un socio estaba legitimado para actuar en el proceso de impugnación de acuerdos podrá incorporarse al proceso a través de la intervención litisconsorcial.

Lo mismo sucederá, si se trata de un acreedor solidario que no demandó o de un deudor solidario que no fue demandado pues, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1186 del C.C. el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Asimismo, en el artículo 1193 se establece que la sentencia pronunciada en el juicio seguido entre el acreedor y uno de los deudores solidarios, o entre el deudor y uno de los acreedores solidarios, no surte efecto contra los demás codeudores o coacreedores respectivamente; sin embargo los otros deudores pueden oponerla al acreedor salvo que se fundamente en relaciones personales del deudor que litigó y a su turno, los demás acreedores pueden hacerla valer contra el deudor, salvo las excepciones personales que este pueda oponer a cada uno de ellos.

De este modo, por ejemplo, en un proceso en el que se exige el cumplimiento de una prestación debida por varios deudores, aquellos que no participan del proceso, posteriormente pueden oponer la sentencia al acreedor, con las excepciones planteadas en la norma.

Para terminar, es importante diferenciar la figura del litisconsorcio cuasi necesario de los supuestos en los que existe una situación jurídica individualizada que permite a determinados sujetos

que no participaron en el proceso, beneficiarse de los efectos de la sentencia expedida por encontrarse en idéntica situación jurídica que los sujetos favorecidos con la sentencia. Este es un supuesto no recogido en la legislación peruana ni en la jurisprudencia, pero, de surgir será necesario tener en cuenta sus diferencias.



Conclusiones

1. La legitimidad para obrar se determina a través de la constatación de su estrecha vinculación con el objeto de protección de la tutela jurisdiccional (los derechos y los intereses sustanciales). No es posible atender a la determinación de la constitución de la legitimidad si no se parte de dicho dato, sin embargo, esto no significa que exista una identificación entre legitimidad y derecho o legitimidad e interés sustancial. La legitimidad encuentra su sustento en el objeto de protección de la tutela jurisdiccional pero no se identifica con este.

La legitimidad extraordinaria, no existe. Desconocer, en la práctica, que los intereses sustanciales son objeto de protección de la tutela jurisdiccional efectiva ha inducido al error de creer que existen sujetos a los que, por no ser titulares de un derecho, se les ha concedido una legitimidad extraordinaria. Se trata de sujetos que actúan con legitimidad ordinaria porque lo hacen en defensa de un interés sustancial propio. Hablar de "otras posiciones habilitantes" es producto de no reconocer la entidad jurídica de los intereses.

Para probar que se cuenta con legitimidad se ha de diferenciar aquellos casos en los que basta la sola afirmación del derecho o interés de aquellos en los que la afirmación de la existencia de un derecho no es suficiente. En el segundo supuesto será necesaria la prueba de la existencia del derecho y esto es así porque se trata de procesos en los que la legitimidad sí se identifica con un derecho, pero, no con el derecho que es objeto de protección a través de la tutela jurisdiccional.

2. La legitimidad en los supuestos de litisconsorcio es plural debido a una inescindibilidad que radica en la vinculación de los sujetos con un derecho o un interés específico surgido a partir de la relación material o con motivo del surgimiento de la relación material, por lo que se ha de mirar la relación en su conjunto con especial énfasis en los sujetos involucrados y los hechos que dan lugar a la formación de la pretensión procesal. En consecuencia, no se trata de una inescindibilidad cuya raíz se encuentre en la forma de ser del objeto de la prestación o de la relación material. En el supuesto particular del patrimonio autónomo se presenta la característica de inescindibilidad en la vinculación de los sujetos que conforman el patrimonio autónomo y en tanto existe litisconsorcio no era necesaria una regulación como la descrita en el artículo 65 del C.P.C.

A través de lo regulado en el artículo 65 del C.P.C., se da a la figura del patrimonio autónomo una connotación netamente procesal, es considerado como un concepto de creación procesal que difiere del concepto de patrimonio autónomo regulado en otras normas del ordenamiento jurídico y desarrollado por la doctrina. Esto con la intención de regular de modo particular la forma de

actuar de determinados patrimonios autónomos en el proceso. Esta creación procesal, en todo caso, resulta innecesaria pues bastaba la aplicación de las normas del litisconsorcio necesario.



Abreviaturas

T.P.	Título Preliminar
C.C.	Código Civil
C.P.C.	Código Procesal Civil
C. P. Co.	Código Procesal Constitucional
C.D.P.C.	Código de Defensa y Protección del Consumidor
L. G. S.	Ley General de Sociedades
C. N. y A.	Código de los Niños y Adolescentes
TC	Tribunal Constitucional
N.L.P.T	Nueva Ley Procesal del Trabajo





Lista de referencias

- Aguilar Llanos, Benjamín. "Las Nuevas Tendencias Del Derecho De Familia". *Foro Jurídico*, n.º 13 (marzo 2014): 228 – 235. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13789>.
- Aguilar Llanos, Benjamín. "Régimen patrimonial del matrimonio". *Derecho PUCP*. N.º 59 (2006): 313 – 355. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3072>.
- Alessandri Rodriguez Arturo y Manuel Somarriva Undurraga. *Tratado de Derecho Civil: Parte preliminar y general*. Tomo I. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2011.
- Almagro Nosete José, Vicente Gimeno Sendra, Valentín Cortés Domínguez y Victor Moreno Catena. *Derecho procesal: Parte General, Proceso Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1991.
- Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Tomo I. 2º ed. Buenos Aires: Ediar S.A. Editores, 1963.
- Aparicio Vaquero, Juan Pablo. *Legitimación y prueba en el ejercicio por las entidades de gestión de acciones de cesación e indemnización por comunicaciones públicas no autorizadas y el uso de licencia creative commons, Actas de Derecho Industrial y Derechos de Autor*. Tomo 32. Madrid: Marcial Pons, 2011-2012.
- Apolín Meza, Dante Ludwi. "La Cosa Juzgada Implícita y el Derecho de Defensa". *IUS ET VERITAS*, 24, nº51, (2015): 274 - 285, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15663>.
- Ariano Deho, Eugenia. "La acumulación de pretensiones y los dolores de cabeza de los justiciables, *IUS ET VERITAS* 23 nº 47, (2013): 192 – 218. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11942.196>.
- Arrarte Arrisnabarreta, Ana María. "Sobre el litisconsorcio y la intervención de terceros y su tratamiento en el Código procesal Civil Peruano". *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Tomo 1. (2011): 129 - 152.
- Avendaño Valdez, Juan. "El Interés Para Obrar", *THĒMIS-Revista De Derecho*, n.º 58 (noviembre 2010): 63 – 69. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9118>.
- Barcia Lehmann, Rodrigo. *Lecciones de Derecho Civil Chileno: De la Teoría de las Obligaciones*. Tomo 3. Santiago de Chile: Editora Jurídica de Chile, 2010.
- Bassil Dower, Nelson Godoy. *Curso Básico de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Nelpa, 2008.
- Bello Janeiro, Domingo *Cuadernos prácticos Bolonia: Parte General Cuaderno IV. La relación jurídica y los derechos subjetivos, su ejercicio*. Madrid: Dikynson S.L., 2009.
- Bianca, Mirzia. "El principio de la responsabilidad patrimonial y sus limitaciones". *Derecho PUCP*. nº 58, (2005): 187 – 201. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3087>.
- Cairo Roldán, Omar. *Justicia Constitucional y proceso de Amparo*. Perú: Palestra Editores, 2004.
- Carpi, Federico. *La eficacia ultra partes de la sentencia civil*. Lima: Palestra Editores, 2007.

- Carreta Muñoz, Francesco. “Deberes procesales de las partes en el proceso civil chileno: Referencia a la buena fe procesal y al deber de coherencia”. *Revista de Derecho*, 21, n° 1, (julio 2008): 101 - 127. <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v21n1/art05.pdf>.
- Castillo Córdova, Luis. *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*. Lima: Grijley E.I.R.L., 2008.
- Castillo Freyre, Mario. “Sobre las Obligaciones y su clasificación”. *THĒMIS-Revista De Derecho*, n° 66 (mayo 2014): 209 – 220. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/12697>.
- Chappuis Cardich, Jacqueline. “El fideicomiso, Themis y las frías mañanas de invierno”. *THĒMIS-Revista De Derecho*, n.°50. (2005): 47 – 58. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8746>.
- Cordón Moreno, Faustino. *La legitimación en el proceso contencioso – administrativo*. Pamplona: EUNSA, 1979.
- Cruz Parceros, Juan Antonio. “El concepto de interés legítimo y su relación con los derechos humanos, observaciones críticas a Ulises Schmill y Carlos de Silva”. *Isonomía* n° 39. (Octubre 2013): 185 – 213.
- Dávila Millán, M. Encarnación. *Litisconsorcio Necesario. Concepto y tratamiento Procesal*, 3° ed. Barcelona: BOSCH, Casa Editorial S.A., 1997.
- De la Oliva Santos, Andrés. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Navarra: Thomson Civitas, 2005.
- De la Oliva Santos, Andrés e Ignacio Díez - Picazo Jiménez. *El proceso de declaración*. 2° ed. España: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2001.
- De la Oliva Santos, Andrés, Ignacio Díez - Picazo Jiménez y Jaime Vegas Torres. *Curso de Derecho Procesal Civil I: Parte General*, 4° ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2019.
- De la Puente Parodi, Jaime. “El interés legítimo para acceder a una base de datos de un familiar fallecido a través del habeas data”. *Actualidad Jurídica*, n.° 261, (agosto 2015): 177 – 182.
- De la Puente y Lavalle, Manuel. “Derecho de Retracto”, *THĒMIS-Revista De Derecho*, n.° 38, (1998): 125 – 140. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10315>.
- De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Lima: Palestra Editores, 2001.
- De la Puente y Lavalle, Manuel. “La sociedad de gananciales”, *IUS ET VERITAS*, 9 n°18, (1999): 52 – 55. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15820>.
- Devis Echandía, Hernando. *Teoría General del Proceso*. Tomo 2. Buenos Aires: Editorial Universidad de Buenos Aires, 2000.
- Didier Jr. Fredie y Hermes Zaneti Jr. *Proceso colectivo: Tutela procesal de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*. Lima: Palestra Editores 2019.
- Emiliano Suárez, Eloy. *Introducción al Derecho*. Argentina: Editorial UNL, 2004).
- Fernández López, Mercedes. *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*. España: La Ley, 2006.

- Ferrer Mac – Gregor, Eduardo. “Panorámica actual de la doctrina procesal”. *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Católica Andrés Bello*. Tomo 97. n.º 56. (2000): 446- 482.
- Figueroa Yañez, Gonzalo. *Curso de Derecho Civil*, Tomo I. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010.
- Gimeno Sendra, Vicente. *Derecho Procesal Civil: I. El proceso de declaración, parte general*; 2º ed. Madrid: Editorial COLEX, 2007.
- Gimeno Sendra, Vicente. “¿Puede un Juez Inadmitir de Oficio una Demanda por Falta de Legitimación de las Partes?”. *Derecho & Sociedad*, n.º 38, (2012): 117 – 125. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13109>.
- Goldschmidt, James. *Serie Clásicos de la Teoría General del Proceso: Principios Generales del proceso*. vol. 1. México: Editorial Jurídica Universitaria, 2001.
- González Benjumea, Oscar. “Personalidad Jurídica de las Sociedades Mercantiles”. *Revista Ratio Juris*. 11 n.º 23. (2016): 97 - 124.
- Granelli, Carlo. “La responsabilidad patrimonial del deudor entre la disciplina del Código Civil y la Reforma in itinere del Derecho Societario”, *Derecho & Sociedad*, n.º 19. (2002): 165 – 169. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17250>.
- Hervada, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*, 11º ed. Madrid: EUNSA, 2011.
- Hinostroza Minguez, Alberto. *Sujetos del proceso civil*. Perú: Gaceta Jurídica, 2004.
- Hoyo Sierra, Aracely y Angel Sánchez de la Torre. *Modalidades de responsabilidad jurídica: deber y obligación*. Madrid: Editorial Dykinson S.L., 2008.
- “Interés jurídico para obrar como presupuesto de la pretensión procesal”, *Faceta Jurídica* n.º 76, (julio 2016): 64.
- La Cruz Berdejo, José Luis, Francisco de Asís Sánchez Rebullida, Agustín Luna Serrano, Jesús Delgado Echevarría, Francisco Rivero Hernández, Joaquín Ramos Albesa,. *Elementos de Derecho Civil I Parte General*. vol. 3. 2º ed. Madrid: Dykinson, 2000.
- Ledesma Narvaez, Marianella. *Estudios críticos de Derecho procesal Civil y Arbitraje*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2014.
- Lex y Iuris, Instituto Peruano de Derecho Civil, Estudio Mario Castillo Freyre, ed. *Libro de ponencias del XI Congreso de Derecho Civil*. Lima: Lex & Iuris, 2016. 15 - 33.
- Lohmann Luca de Tena, Guillermo. “¿Es la legítima herencia forzosa? (y otras reflexiones a propósito de los artículos 723 y 1629 del Código Civil)”, *IUS ET VERITAS*, 5 n.º 10, (1995): 31 – 49. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15474>.
- Martínez, Hernán J. *Proceso con sujetos múltiples*. Tomo 1. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1994.
- Matheus López, Carlos Alberto. “Tratamiento Procesal Del Litisconsorcio Necesario”. *IUS ET VERITAS* 12 n.º 24, (2002):64 – 82. <http://revistas.66pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16170>.

- Meza Barrios, Ramón. *Manual de Derecho Civil. De las Obligaciones*. Santiago de Chile: Editora Jurídica de Chile, 2009.
- Monroy Gálvez, Juan. *La formación del proceso civil peruano: Escritos reunidos*, 2° ed. Lima: Palestra, 2004.
- Monroy Palacios, Juan José. *La Tutela Procesal de los Derechos*. Lima: Palestra Editores, 2007.
- Montero Aroca, Juan. *Legitimación en el proceso civil: Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1994.
- Montero Aroca, Juan, Juan Luis Gómez Colomer, Alberto Montón Redondo, Silvia Barona Vilar. *El nuevo proceso Civil*. 2° ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000.
- Montero Aroca, Juan, Juan Luis Gómez Colomer, Silvia Barona Vilar y María Pia Calderón Cuadrado. *Derecho Jurisdiccional II – Proceso Civil*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014.
- Montero Aroca, Juan, Juan Luis Gómez Colomer y Silvia Barona Vilar. *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, 22° ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014.
- Montero Aroca, Juan y José Flors Maties. *Tratado de Juicio Verbal: Parte Primera*. Navarra: Thomson y Aranzadi, 2004.
- Morales Godo, Juan. *Instituciones de Derecho Procesal*. Lima: Palestra Editores, 2005.
- Morales Godo, Juan. *Instituciones del Derecho Civil*. Perú: Palestra Editores, 2009.
- Obando Blanco, Víctor. *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en la jurisprudencia*. Lima: Palestra Editores, 2002), 73.
- Ortells Ramos, Manuel, José Bonet Navarro, María José Mascarell Navarro, Juan Camara Ruiz, Ricardo Juan Sánchez, Rafael Bellido Penadés, Luis A. Cucarella Galiana, José Martín Pastor, Alicia Armengot Vilaplana. *Derecho Procesal Civil*. 14º ed., Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2015.
- Osterling Parodi Felipe. *Las obligaciones*. 8° ed. Lima: Editora Jurídica GRIJLEY E.I.R.L., 2007.
- Osterling Parodi Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las Obligaciones Cuarta Parte*. Tomo 10. Perú: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.
- Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra Editores, 2008.
- Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyr., “El derecho sucesorio y las obligaciones de sujeto plural”, *Revista De Iure*, Año 2, n° 2, (Noviembre 2000): 163 – 186. http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/el_derecho_sucesorio_y_las_obligaciones.pdf.
- Peña Peña, Rogelio Enrique. *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Ediciones Ecoe, 2008.
- Perlinger, Pietro. *El derecho civil en la legalidad constitucional, según el sistema ítalo-comunitario de las fuentes*. Madrid: Dykinson S.L., 2008.
- Pico Junoy Joan. *El principio de buena fe procesal*. España: J.M. Bosch Editor, 2013.

- Pinzón Fonseca, David Felipe. “La fiducia mercantil como vehículo de propósito especial en Project finance”. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas - UPB*, n.º 123, (julio diciembre 2015): 547 – 575. <http://dx.doi.org/10.18566/rfdcp.v45n123.a09>.
- Prado Bringas, Rafael y Orestes Francisco Zegarra. “La legitimación en el proceso civil peruano”. *IUS ET VERITAS*, n.º 56 (octubre 2018): 44 – 60. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201801.003>.
- Prado Bringas, Rafael y Orestes Francisco Zegarra Valencia. “Litisconsorcio e intervención de terceros en el proceso civil: Buscando una nueva aproximación”. *IUS ET VERITAS* 24, n.º 52, (2016): 3298 - 315. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16389>.
- Priori Posada, Giovanni F. “La Capacidad En El Proceso Civil”, *Derecho & Sociedad*, n.º 38, (julio 2012): 43 – 51. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/13102>.
- Quiroga León Anibal, *Estudios de Derecho procesal*, Lima: IDEMSA, 2008.
- Rico Puerta, Luis Alonso. *Teoría General del Proceso*, 2º ed. Bogotá: Editorial Leyer, s/f.
- Riofrío Martínez – Villalba, Juan Carlos. “El interés procesal”. *Ius Humani, Revista de Derecho*, n.º 1 (enero 2008): 109 - 175.
- Rivas, Adolfo Armando. *Tratado de las tercerías: El proceso complejo*. Tomo 1. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1993.
- Robles Garzón, Juan Antonio. *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*. 5º ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2013.
- Romero Seguel, Alejandro. *Curso de Derecho procesal Civil*. Tomo I. Santiago de Chile: Editora Jurídica de Chile, 2012.
- Rubio Correa, Marcial. *Para leer el Código Civil III*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial, 1986.
- Sagástegui Urteaga, Pedro. *Instituciones de Derecho Procesal*. Lima: San Marcos, 1993.
- Said, Alberto e Isidro M. Gonzáles Gutiérrez. *Teoría General del proceso*. México: Iure Editores, 2007).
- Salas Carceller, Antonio “Legitimación”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 19, (2005): 61 – 86.
- Soto Álvarez, Clemente. *Prontuario de Introducción a estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil*. 3º ed. México: Noriega Editores, 2005.
- Soto Coaguila, Carlos Alberto, José Luis de los Mozos y de los Mozos y Atilio Anibal Alterini. *Contratación contemporánea: Contratos modernos. Derecho del Consumidor*. Lima: Palestra Editores, 200.
- Taruffo, Michele, *Páginas sobre justicia civil*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.
- Valera Cáceres, Edison. “El principio de unidad de filiación”. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 2, (junio 2013): 173 – 269.
- Vásquez Barros, Sergio. “Litisconsorcio voluntario: Legitimación pasiva en las tercerías de dominio”. *Revista de Derecho vLex*, n.º 70, (julio 2009): 1 - 23. <https://2019.vlex.com/#vid/litisconsorcio-voluntario-pasiva-iacute-57455144>.

- Véscovi, Enrique. *Teoría General del Proceso*. 2° ed. Colombia: Editorial TEMIS S.A., 1999.
- Vidal Pérez, M. Fernanda. *El litisconsorcio en el proceso civil*. Madrid: La Ley, 2007.
- Vidal Ramírez, Fernando. *El Acto Jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica, 2002.
- Vilela Chinchay, Sheila María. «La intervención De Terceros En El Proceso Civil: El interés Como Criterio Delimitador De La Calidad De Tercero. ». *IUS: Revista De investigación De La Facultad De Derecho* 1 (2) (julio 2011), 131-45. <https://doi.org/10.35383/ius-usat.v1i2.498>.
- Villanueva Gutiérrez, Walker. “El fideicomiso y sus implicancias tributarias”. *Revista Advocatus*. n.º 28, (2013 – I): 271 – 285. <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4206/4156>.
- Zegarra Mulánovich, Álvaro *Descubrir el derecho: Las nociones elementales del Derecho Privado y del Derecho público explicadas en forma sistemática*. Lima: Palestra Editores, 2009.
- Zela Villegas, Aldo. *La tutela preventiva de los derechos (como manifestación de la tutela diferenciada)*. Lima: Palestra Editores, 2008.
- Zufelato, Camilo. La Dimensión de la “prohibición de la decisión-sorpresa” a partir del principio de contradicción en la experiencia brasileña y el nuevo Código Procesal Civil de 2015: Reflexiones De Cara Al Derecho Peruano. *Derecho PUCP*, n.º 78 (junio 2017): 21 - 42, <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201701.002>.

