

EL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES DESDE UNA ÓPTICA PROCESAL¹⁾

JOSÉ TAM PÉREZ

Abogado por la Universidad de Lima,
Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Procesal,
Profesor de Derecho Procesal Civil en la Universidad de Lima.

"Lo decisivo para la existencia de un derecho estriba en que la protección y la tutela jurídica del interés sean puestas a disposición del sujeto".

Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón²⁾

SUMARIO:

- I. Introducción. - II. La disfunción entre Derecho Material y Proceso. - III. Los retos del Derecho Procesal y el Derecho Civil: 1. Desarrollo de las tutelas diferenciadas; 2. Desarrollo de las medidas de coerción; 3. Desarrollo de técnicas de aceleración y de la tutela asegurativa o custelar; 4. Desarrollo de la tutela declarativa, tutela preventiva y tutela específica; 5. Desarrollo de una concepción procesal de los problemas por parte del Derecho Civil. - IV. El Derecho de las Obligaciones y el Derecho Procesal: 1. La solidaridad de las obligaciones; 2. La "société" oblicua o subrogatoria; 3. Compensación; 4. Crisis de cooperación en obligaciones de hacer o no hacer.

I. INTRODUCCIÓN

No es una novedad afirmar que la "declaración de independencia" del Derecho Procesal, que identificamos simbólicamente con la promulgación de Chiovenda de 1903³⁾, si bien logró su objetivo conceptual (convencer al mundo de la autonomía del Derecho Procesal frente al Derecho Civil) no ha logrado, vistas las cosas a la fecha, su objetivo práctico.⁴⁾ Pero, ¿cuál es este objetivo práctico?

Reconocer la autonomía científica del Derecho Procesal frente al Derecho Civil no significaba en ningún supuesto desconocer su sobreentendido carácter instrumental. Nadie discute que el Derecho Procesal fue concebido para la efectiva realización de los derechos materiales y que el proceso civil es una suerte de contrapartida que el Estado otorga al haberse prohibido la justicia por propia mano⁵⁾ o acción directa.⁶⁾ Sin embargo, la emancipación del Derecho Procesal supuso un movimiento de autoafirmación y convencimiento de su autonomía, a través del estudio y desarrollo de un "todopoderoso" proceso ordinario de conocimiento como única herramienta destinada a servir eficazmente al Derecho material. Nada más alejado de la realidad, como explicaremos más adelante.

De otro lado, el Derecho Civil, que siempre consideró al Derecho Procesal como anexo suyo y disciplina jurídica menor hasta su tardía declaración de autonomía en el siglo XX, fue testigo de este alejamiento sin mayor nostalgia. Así, procesalistas y civilistas se encerraron en el estudio de sus respectivas disciplinas sin pensar el uno en el otro y, en muchos casos, sin respetar

¹⁾ A Cristina, Felipe y José Pablo.

²⁾ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, Madrid, Editorial Tecnos, 1998, p. 414.

³⁾ Usamos el término "simbólicamente", pues es en el siglo XIX que se desarrollan los conceptos que después justificarían la autonomía del derecho procesal.

⁴⁾ MONROY PALACIOS, Juan José, *Paradigma actual de la justicia civil. Una mirada general desde el proceso*. En: *Thémis*, Segunda Época, No. 43, 2001, p. 167.

⁵⁾ PROTO PISANI, Andrea, *Las relaciones entre derecho sustancial y proceso*. Traducción no oficial realizada por Juan José Mourou Palacios. Texto extractado de PROTO PISANI, Andrea, *Appunti sulla giustizia civile*, Bari Cacucci, 1982, Cap. II: *I rapporti fra diritto sostanziale e processo*, pp. 35-65. Publicado con el título: *Appunti preliminari sui rapporti fra diritto sostanziale e processo*. En: *Diritto e giustizia*, 1978, pp. 1 y ss.

⁶⁾ "La acción directa es la preterición de todo medio razonable para solucionar un conflicto de intereses." MONROY GÁLVEZ, Juan, *Introducción al Proceso Civil*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1996, p. 2.

los conceptos y categorías desarrolladas por cada quién.⁶ Un buen ejemplo de esto es el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, que entró en vigencia a más de ochenta años de la célebre proclama de Chuovenda. Esta norma establece:

“Artículo VI.- Interés para obrar

Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral. El interés moral autoriza la acción sólo cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley”.

No cabe ninguna duda que la norma transcrita es una norma de Derecho Procesal contenida en un Código de Derecho material, hecho que no genera problema alguno, pues como señala Bedaque, puede suceder que un ordenamiento material contenga normas de Derecho Procesal.⁷ El problema viene con el incorrecto uso de los conceptos. No siendo el objetivo del presente trabajo tratar ampliamente este tema⁸, y habiéndolo tomado solo a modo de ejemplo, señalaremos que el uso de los términos *acción*, *legitimidad* e *interés* por la mentada norma, no corresponde a una concepción científica del proceso. En el caso del derecho de acción, se toma la concepción del período antiguo del Derecho Romano. Respecto del uso de los conceptos procesales de interés y legitimidad, estos han sido también regulados por el Código Procesal Civil y concebidos por la Teoría General del Proceso en su verdadera dimensión procesal, al establecer cuáles son los requisitos para intervenir en un proceso. El artículo VI del Título Preliminar del Código Civil es, entonces, una norma inútil y prescindible. Sin embargo, una mala lectura del mismo puede llevar a conclusiones erradas.⁹

Otro buen ejemplo –aunque más dramático y grave en sus efectos– de cómo el no entendimiento de los conceptos y categorías termina afectando la efectiva tutela de los derechos materiales, es la confusión entre los conceptos de caducidad (concepto civil) y el de prescripción extintiva (concepto procesal). Así, la antigua Ley 23506 (Ley de Hábeas Corpus y Amparo) reguló el plazo para la interposición de la demanda de amparo como un plazo de caducidad, cuando este es uno de prescripción extintiva. El error tuvo que ser enmendado por el Tribunal Constitucional al resolver el expediente No. 1049-2003, en el que señaló:

“6. Teniendo en cuenta que, por su propia naturaleza, y porque así lo establece la Primera Disposición General y Transitoria de la Ley 26435, el Tribunal Constitucional realiza la interpretación de la Constitución y las Leyes, la cual debe ser seguida por Jueces y Tribunales de la República, es menester que este Tribunal determine –a pesar de la denominación (caducidad) que el texto normativo le otorga– qué calidad jurídica (prescripción o caducidad) tiene el plazo previsto en el artículo 37 de la Ley 23506. Es una idea pacíficamente aceptada por la doctrina que la caducidad es un plazo que extingue un derecho y que su cómputo se inicia con su nacimiento. Tal situación, sin embargo, no se presenta en el supuesto regulado en la ley aludida, pues el plazo para interponer la acción de amparo no empieza a transcurrir desde el momento en que nace el derecho constitucional del demandante, sino desde que se produce su afectación, siempre que el interesado, en aquella fecha, se hubiese hallado en la posibilidad de interponer la acción.

⁶ “(...) un Derecho que no se entiende no es eficaz, y si una ciencia social no es eficaz, estamos anunciando su próxima extinción (...)”. MONROY GÁLVEZ, Juan, *Hacia un lenguaje que justifique la cientificidad del Derecho y del Proceso*. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, No. 2, Lima, 1998, p. 506.

⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *La tutela jurisdiccional*. Traducción no oficial realizada por Juana Moneoy Palacios. Texto extractado de BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Derecho e Proceso. Influencia do direito material sobre o processo*. São Paulo, Malheiros, 1997, Cap. II: *A tutela jurisdiccional*, pp. 24-41.

⁸ Para mayor explicación ver: MONROY GÁLVEZ, Juan, *El artículo VI del Título Preliminar del Código Civil*. En: *La Formación del Proceso Civil Peruano. Escribas reunidos*, Lima, Comunidad, 2003, p. 381.

⁹ La norma puede ser interpretada en el sentido que, para demandar o contestar, hay que tener la acción.

7. Por otro lado, ante la interposición de una demanda de amparo extemporánea, el transcurso del plazo no extingue el derecho constitucional invocado, toda vez que su defensa podrá realizarse en las vías procesales ordinarias –distintas del amparo– que ofrezca el ordenamiento. Por lo tanto, esta Sala interpreta que el plazo indicado en el artículo 37 de la Ley 23506 no es un plazo de caducidad, sino un plazo de prescripción, pues su transcurso no extingue el derecho constitucional sino, simplemente, cancela la posibilidad de utilizar la vía procesal urgente del amparo para su protección. Sostener lo contrario equivaldría a señalar que un sujeto de derecho, por cada vía procedimental en la que puede demandar el reconocimiento de una misma situación jurídica, posee un derecho distinto, con lo cual el proceso se convertiría en un fenómeno ab initio de atribución de derechos, no obstante que, en realidad, constituye fundamentalmente el instrumento necesario para la protección de los derechos preconstituídos a él, ante la realización o amenaza de actos contrarios al ordenamiento jurídico. Por ello, en el caso de la acción de amparo, el proceso a que da lugar no constituye un mecanismo constitutivo o extintivo de derechos, sino un remedio contra las vulneraciones y amenazas frente a derechos de orden constitucional. De esta manera, transcurrido el plazo para interponer la demanda de amparo, el sujeto afectado no se ve desprovisto de su derecho constitucional, ni mucho menos el correlativo derecho de solicitar tutela jurisdiccional efectiva al Estado (derecho constitucional de acción), sino que simplemente pierde la posibilidad de acceder a una vía procedimental excepcional y urgente como es la acción de amparo. Por el contrario, si el transcurso del plazo extinguiere el derecho constitucional cuya protección se solicita, entonces este Tribunal necesariamente se debería expresar en términos de caducidad. Dado que no es así, en función de lo expuesto se puede concluir que, independientemente del defecto del nomen iuris utilizado por el legislador, el artículo 37 de la Ley 23506 regula el plazo de prescripción extintiva para la interposición de la demanda⁹.

Imaginemos por un momento la cantidad de demandas de amparo que fueron declaradas improcedentes aplicando las reglas de caducidad antes de la expedición de la sentencia parcialmente transcrita. El buen uso de los conceptos procesales y su correcto entendimiento por los operadores del Derecho hubiera evitado la consumación de muchas violaciones y amenazas a derechos constitucionales. Sin embargo, igual error se repite en la Ley General de Sociedades al regular como de caducidad los plazos para impugnar actos societarios¹⁰ y la Ley del Proceso Contencioso Administrativo al regular como de caducidad los plazos para interponer demandas de este tipo.¹¹

Si tomamos en consideración que la Teoría General del Derecho Civil establece que solo estaremos frente a un derecho subjetivo, cuando el ordenamiento jurídico otorgue los mecanismos de tutela destinados a protegerlo¹² o, como se señala en el epígrafe, lo decisivo para la existencia de un derecho estriba en que la protección y la tutela jurídica que se le otorgue¹³, entonces no es posible concebir un derecho que no pueda ser materia de tutela procesal¹⁴, pues la tutela material

⁹ Los artículos 142 y 150 de la Ley General de Sociedades regulan como de caducidad los plazos para impugnar o pedir la nulidad de actos societarios.

¹⁰ El artículo 37 de esta Ley establece que los plazos para demandar son de caducidad.

¹¹ ESCOBAR ROZAS, Freddy, *Teoría General del Derecho Civil*, Lima, Ara Editores, 2002, p. 164.

¹² No es objeto del presente trabajo, pero no debe confundirse la tutela de los derechos en el plano material con la forma de actuación procesal de los remedios judiciales. BEDAQUE, José Roberto dos Santos, Op. Cit., p. 15.

¹³ "Todo derecho subjetivo es siempre una situación jurídica especialmente protegida. Por eso se puede decir que forma parte del derecho subjetivo la especial protección que éste recibe. La protección debe entenderse como una posibilidad de reclamar ante los órganos del Estado a fin de que éstos intervengan en defensa del interés. Por regla general, en materia de Derecho privado, esta protección y esta defensa se lleva a cabo ante los órganos de la Administración de Justicia y la especial protección del derecho subjetivo significa el otorgamiento de una "acción", entendida la acción como la potestad de poner a los órganos jurisdiccionales y acudir a ellos." DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, Op. Cit., p. 424.

y procesal son en realidad un solo concepto: la tutela jurídica, entendida como la protección de los intereses jurídicos.¹⁵

Si bien es cierto que los derechos no existen porque se ejerciten ante los Tribunales¹⁶, resulta evidente que la intención de las normas jurídicas de Derecho material es que estas sean cumplidas de manera espontánea por sus destinatarios. Sin embargo, es obvio que esto no es siempre así, generándose crisis de cooperación y crisis de certeza. Frente a ellas, el Derecho material establece ciertas sanciones destinadas a combatir el conflicto, pero estas no pueden hacerse efectivas por sí mismas. Es en este punto en el que se requiere del Derecho Procesal y en el que queda plenamente verificada su instrumentalidad. Por ejemplo, el Código Civil establece en su artículo 1429 la posibilidad de resolución unilateral de pleno derecho de un contrato. Sin embargo, esta norma será eficaz en la medida que haya un cumplimiento espontáneo por las partes del contrato resuelto pues –de existir una crisis de cooperación– será necesario acudir al órgano jurisdiccional para que establezca que se produjeron los presupuestos de la resolución y, por tanto, que es válida.

Las reflexiones anteriores nos sirven para identificar el problema de la ilógica y disfuncional separación del Derecho Procesal y el Derecho Civil, y cómo esta relación debe reconstituirse de ambos lados, unificando conceptos, categorías, relativizando barreras teóricas y reconociendo cada quien el rol exacto que le toca dentro del ordenamiento jurídico.

En este sentido, el estudio del Derecho de las Obligaciones, como vamos a ver más adelante, debe hacerse también desde una óptica procesal que nos permita la adecuada tutela de los derechos materiales sin descuidar dos postulados: (i) El proceso debe proporcionar a quien tiene razón todo aquello y precisamente aquello que él tiene derecho de obtener de acuerdo al Derecho material (Chiovenda); y, (ii) El Derecho material debe informar acerca de sus diferentes institutos previa *traducción procesal* de los mismos para, de esta forma, desarrollar las formas de tutela procesal diferenciadas que protejan de la mejor manera los derechos materiales.

II. LA DISFUNCIÓN ENTRE DERECHO MATERIAL Y PROCESO

Habiendo ya advertido el problema que nos toca enfrentar, expliquemos ahora con un poco más de profundidad las razones por las que el proceso parece haber abandonado las necesidades y requerimientos del Derecho material:

- a) En los inicios del siglo XX, los procesalistas se avocaron al desarrollo del instrumento procesal que se constituiría en el único cauce para la tutela de los derechos: el proceso ordinario de conocimiento. Lejos de idear otras formas de tutela, los estudios iban dirigidos al análisis y desarrollo de las distintas etapas del procedimiento y de los presupuestos y condiciones para la intervención en él. Paradójicamente, esta situación se inició cuando el mítico fundador de los estudios científicos del proceso, Giuseppe Chiovenda, relegó el estudio de los procesos sumarios, especiales y de ejecución, pues consideraba que la civilización moderna exigía un proceso que tendiera teleológicamente al descubrimiento de la verdad y que debía estar provisto de seguridad absoluta.¹⁷

Sin embargo, el paso de los años demostró que hay una diversidad de situaciones jurídicas que merecían un tratamiento diferenciado en términos de contenido y/o de urgencia, que no eran atendidas por el Derecho Procesal. Un ejemplo de esto es la desatención prestada

¹⁵ Así lo enseña MONROY PALACIOS, Juan José, Op. Cit., p. 165.

¹⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, Op. Cit., p. 414.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guillermo, *La necesidad de distribuir la carga de tiempo en el proceso*. En: *Themis*, Revista de Derecho, Segunda Época, 2001, No. 43, pp. 45-46.

por el Derecho Procesal a la defensa de los derechos e intereses supraindividuales en los que las viejas categorías procesales de legitimidad procesal, representación, acumulación y cosa juzgada, en su clásica concepción, no alcanzaban para desarrollar la tutela requerida por los derechos colectivos, los intereses difusos y los intereses individuales homogéneos.¹⁹ Ello, porque este proceso ordinario de conocimiento se concibió como instrumento para la tutela de situaciones jurídicas individuales.

Así, el proceso ordinario de conocimiento se erige como el símbolo de la indiferencia del proceso respecto del Derecho material, tal como señala Proto Pisani.

- b) Del mismo modo, en sede de ejecución, se privilegió el binomio proceso de conocimiento-ejecución forzada, en detrimento de los medios compulsorios o medidas coercitivas tendientes a lograr el pleno cumplimiento de las decisiones judiciales en sus propios términos. Por ejemplo, la ejecución forzada sirve para las prestaciones de dar y hacer fungibles, pero resulta inútil para las obligaciones de hacer infungibles y de no hacer.

Así, el proceso se alejó de su objeto según Chiovenda: lograr proporcionar a quien tiene razón, aquello y precisamente aquello que él tiene derecho a obtener de acuerdo al Derecho material.

- c) El estudio y experiencia del proceso nos lleva a presenciar el viejo e irresuelto conflicto entre justicia y tiempo y a analizar la dimensión temporal del proceso, como la denomina María Angeles Jové²⁰, al momento de apreciar cualquier instituto.

Si bien el Derecho Procesal ha encontrado en la tutela asegurativa o cautelar una forma eficiente de atenuar los efectos de la dimensión temporal del proceso en la eficacia del mismo, es menester también el desarrollo de una tutela procesal adecuada para cada situación del Derecho material, reduciendo el *daño marginal en sentido estricto* o *daño marginal de inducción procesal*, que es el daño causado por la lentitud procesal en sí misma.²¹ Decimos reducir y no anular por completo porque ello es imposible. El proceso más corto que pueda diseñarse tendrá igual una duración que lo aleje del momento en que debió cumplirse espontáneamente con el mandato de las normas materiales.²²

- d) El uso de un modelo clásico en el que prevalece la tutela de condena aparejada de ejecución forzada, la tutela resarcitoria y la tutela represiva, en detrimento de la tutela declarativa (crisis de certeza), específica (se otorga aquello a lo que se tiene derecho en términos del derecho material) y preventiva (antes de la violación del derecho).
- e) La falta de interés del Derecho material en asimilar los conceptos y las categorías procesales desarrolladas desde la declaración de autonomía del Derecho Procesal, legislando muchas veces sin considerar esta realidad o de espaldas a ella, generando disfunciones.

III. LOS RETOS DEL DERECHO PROCESAL Y EL DERECHO CIVIL

De acuerdo con lo dicho hasta el momento, queda claro que es tarea del Derecho Procesal tomar plena conciencia de su instrumentalidad, así como del Derecho Civil no descuidar la

¹⁹ Para mayor información, ver GIDI, Antonio y FERRER, Eduardo (Coordinadores), *La Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, México, Editorial Porrúa, 2003.

²⁰ JOVÉ, María Angeles, *Medidas cautelares inmovilizadas en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 1995, p. 14.

²¹ ANDOLINA, Italo, *Cogitazione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 20.

²² MONROY PALACIOS, Juan José, Op. Cit., p. 192.

dimensión procesal de sus institutos para lograr verdaderos derechos. Esta afirmación de alcance tan general, puede ser resumida en las siguientes tareas:

1. Desarrollo de las tutelas diferenciadas

Seguendo a Bedaque diremos que, para cada situación de Derecho material, debe existir una tutela jurisdiccional diferenciada por el procedimiento.²² Ello impone una especial diligencia de parte de los civilistas quienes deberán identificar los derechos materiales que merecen una tutela diferenciada para, desde el proceso, diseñar esta tutela procesal adecuada. Un buen ejemplo de tutela diferenciada es la Ley 28457 que –a pesar de los cuestionamientos sobre su constitucionalidad– establece un proceso especial y rápido para la pretensión de filiación, teniendo en cuenta la importancia y urgencia en la declaración de los derechos materiales subyacentes a la referida pretensión.

Al haber señalado anteriormente que el símbolo de la indiferencia del proceso frente al Derecho material es el proceso ordinario de conocimiento, al hablar de tutelas diferenciadas normalmente las asociamos a tutelas especiales sumarias que por definición otorgan menor grado de certeza. Sin embargo, es posible su adopción para la tutela procesal de ciertos derechos en atención a su especial naturaleza y función dentro del sistema jurídico. Como señala Proto Pisani, el legislador deberá llegar a un punto de equilibrio entre certeza y justicia.²³

2. Desarrollo de las medidas de coerción

Es deber del Derecho Procesal desarrollar una tutela satisfactiva de ejecución que –como decía Chiovenda– permita el logro de todo aquello a que se tiene derecho de acuerdo con el Derecho material. Es por ello imperativo desarrollar los medios de coerción necesarios para que las resoluciones y sentencias se cumplan en sus propios términos, evitando así la sustitución por su equivalente monetario. Este desarrollo de las medidas coercitivas y el reconocimiento de su importancia en la efectiva tutela de los derechos se recoge en el Código Procesal Constitucional.²⁴

Como señalamos en otro trabajo²⁵, siendo el proceso un instrumento para la realización de los derechos materiales no cumplidos espontáneamente, no es posible que el mismo produzca un daño a la parte que fue favorecida con una decisión judicial. Este daño se traduce en una ejecución larga, difícil y a veces desprovista de mecanismos procesales adecuados para llevar oportunamente a la realidad inmediata aquello que fue decidido en una dimensión estrictamente jurisdiccional.

En este sentido, las medidas coercitivas o medios compulsorios procesales son el conjunto de mecanismos procesales que el Juez puede activar para poder forzar al obligado con un mandato judicial, al cumplimiento de su prestación judicialmente determinada. Estos medios compulsorios se pueden dividir en: (i) medios compulsorios extraprocesales patrimoniales (*astreintes*); (ii) medios compulsorios extrapatrimoniales (*contempt of court* y medidas conminatorias); y, (iii) medios compulsorios intraprocesales (multa por mala conducta procesal). El análisis del artículo 53 del Código Procesal Civil, que regula nuestros medios conminatorios y su experiencia práctica, nos llevan a concluir que, tanto la multa como la esquiva prisión civil (los jueces civiles son renuentes a imponerla), no resultan lo suficientemente disuasivos como para lograr el cumplimiento

²² BEDAQUE, José Roberto dos Santos, Op. Cit., p. 12.

²³ PROTO PISANI, Andrea, Op. Cit., p. 11.

²⁴ La exposición de motivos lo señala expresamente.

²⁵ TAM PÉREZ, José, *Apuntes sobre la ejecución de sentencias en el proceso civil*. En *Libro de Ponencias del Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil*, celebrado en la Universidad de Lima en Octubre de 2003, Lima, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, pp. 139-140.

de una sentencia en sus propios términos. Piénsese en una sentencia condenatoria respecto de una obligación de no hacer, por ejemplo.

3. Desarrollo de técnicas de aceleración y de la tutela asegurativa o cautelar

El margen diferencial es la diferencia entre lo que se hubiera podido conseguir de no mediar crisis de cooperación y lo conseguido en el proceso. Si bien es muy difícil desaparecer este margen diferencial (solo sería posible con la tutela preventiva), sí es posible limitarlo. Como resulta evidente, el binomio proceso de conocimiento-ejecución forzada no contribuye a ello. Entonces, ¿qué hacer?

El desarrollo de una tutela asegurativa o cautelar sólida que no pierda de vista que es uno de los principales instrumentos para la eficacia del proceso, es de vital importancia para procurar una solución al problema entre tiempo y proceso. Del mismo modo, el desarrollo de otras técnicas de aceleración²⁶ juega un rol decisivo en la concepción de un proceso eficaz. El procedimiento monitorio para la obtención de un título de ejecución, el juzgamiento anticipado (regulado en el artículo 473 del Código Procesal Civil), la condena a futuro (artículo 594 del Código Procesal Civil para casos de desalojo), la actuación inmediata de la sentencia definitiva (en nuestro ordenamiento procesal civil el efecto suspensivo del recurso de apelación la impide²⁷), etc., son algunas de estas técnicas de aceleración que pretenden la sumarización cognitiva o procedimental.²⁸

4. Desarrollo de la tutela declarativa, tutela preventiva y tutela específica

La tutela específica se presenta cuando hay plena coincidencia entre lo resuelto en la sentencia y aquello a lo que el demandante tenía derecho, citando nuevamente a Chiovenda. Hay que apuntar a ella para el logro de una verdadera tutela jurisdiccional efectiva.

La tutela preventiva –como su nombre lo advierte– pretende que la violación del derecho no se produzca, eliminando así el margen diferencial (este no se presentaría). Así, pueden evitarse afectaciones irreparables en términos de tutela específica, que obliguen a recurrir a la tutela resarcitoria.

La tutela declarativa se presenta cuando el Juez declara una situación jurídica o fáctica preexistente que ha sido afectada por una crisis de certeza (incertidumbre jurídica). Se recoge expresamente en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil.²⁹ Si una de las partes de una relación jurídica material es afectada con esta crisis de certeza, no tiene que esperar el posible conflicto con su contraparte para pedir que se declare una situación jurídica o fáctica.

El desarrollo de estos tres tipos de tutela permitirá una tutela procesal más efectiva, apuntando siempre a limitar el margen diferencial.

5. Desarrollo de una concepción procesal de los problemas por parte del Derecho Civil

Como ya hemos advertido, también es tarea de los civilistas comprender la dimensión

²⁶ Decimos otras técnicas de aceleración pues la tutela cautelar se construye sobre la base de una técnica de aceleración (es *inamittit altera parte*).

²⁷ El artículo 22 del Código Procesal Constitucional regula la posibilidad de actuar inmediatamente las sentencias que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer, poniendo énfasis en las medidas coercitivas para lograr el cumplimiento.

²⁸ Sobre el particular ver MONROY PALACIOS, Juan José, *Criterios para la identificación de las distintas formas de tutela procesal civil*. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, No. V, Lima, 2002, p. 223.

²⁹ Artículo III - *Finis del proceso e integración de la norma procesal*: "El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica".

procesal de sus institutos a fin de recurrir al proceso con ideas claras acerca de lo que se busca o se pretende de cada derecho. Solo así el proceso podrá proveer las respuestas adecuadas a cada situación jurídica, tarea que le corresponde como instrumento por excelencia del Derecho material.

IV. EL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES Y EL DERECHO PROCESAL

Habiendo repasado brevemente las relaciones entre Derecho material y proceso, resulta evidente que estas tienen una especial relevancia tratándose del Derecho de las Obligaciones²⁰ que, por su naturaleza, requiere de respuestas procesales efectivas ante las crisis de cooperación que se presentan permanentemente en su seno. Consideramos que el muy mentado artículo 1219, inciso 1 del Código Civil²¹ –insuficiente y apático– es un claro ejemplo de cómo el Derecho material, en este caso el Derecho de las Obligaciones, no puede por sí mismo resolver sus crisis de cooperación y requiere urgentemente de tutelas procesales diferenciadas, medidas coercitivas y uniformización de conceptos con el Derecho Procesal para lograr el viejo objetivo de Chiovenda: el proceso debe proporcionar a quien tiene razón todo aquello y precisamente aquello que él tiene derecho de obtener de acuerdo al Derecho material.

Excede el propósito del presente trabajo realizar un estudio completo y exhaustivo del Derecho de las Obligaciones²² desde el punto de vista procesal. Sin embargo, hemos elegido de manera arbitraria algunos institutos que, a modo de ejemplo, nos lleven a reflexión sobre el tema:

1. La solidaridad de las obligaciones

La solidaridad de las obligaciones desde una óptica procesal plantea históricamente problemas como: (i) la eficacia de la sentencia y los alcances de la cosa juzgada frente a quienes no litigaron y (ii) si se trata de un litisconsorcio necesario, facultativo o cuasi necesario.

En España, la doctrina ha prestado mucha atención a las situaciones litisconsorciales que la solidaridad puede originar.²³ Para resumir las posiciones sobre el tema, diremos que un vasto sector de la doctrina se inclina por asimilar la solidaridad de las obligaciones al litisconsorcio facultativo. Otro importante grupo de autores se inclina por la exigencia de un litisconsorcio necesario (aunque resulta incompatible con el concepto de solidaridad) y otro, encabezado por el profesor Falrén Guillén, señala que solo se puede entender procesalmente la solidaridad de las obligaciones desde un nuevo concepto: el litisconsorcio cuasi necesario. Como señala él mismo, este se presenta “cuando varias personas se hallan, ante un determinado evento jurídico, en situación de igualdad de calidad, de tal modo que teniendo legitimación con referencia al asunto de cada una de ellas, sin embargo, la resolución que los Tribunales pueden adoptar les afectará a todas, por ser única la relación que existe entre ellas y el evento, y modificado éste, se modifica esta relación unitaria de la citada identidad de calidad.”²⁴ Algunos, como Serra, han criticado duramente la construcción teórica de esta figura.²⁵

²⁰ “La aproximación formal, si bien por un lado crea el riesgo de hacer perder (o de poner en segundo plano) el contenido de las necesidades de tutela propias de las singulares situaciones sustanciales (como puede emerger sólo de un análisis profundo), por otro lado permite, sin embargo, utilizar –en el planteamiento arriba indicado– estudios clásicos que la doctrina civilista y procesalista han transmitido en la teoría general de las obligaciones y de las relaciones entre derecho sustancial y proceso”, PROTO PISANI, Andrea, Op. Cit., p. 5.

²¹ Artículo 1219.- “Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:
1. Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado (...).”

²² Se trata de una empresa mucho más ambiciosa y extensa en tiempo de estudio y contenido.

²³ CARRERAS DEL RINCÓN, Juan, *La solidaridad de las obligaciones desde una óptica procesal*, Barcelona, Bosch, 1990, p. 15.

²⁴ FAIREN GUILLÉN, Víctor, *Sobre el litisconsorcio en el proceso civil*. En: *Derecho Privado*, 1954, p. 143.

²⁵ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Concepto y regulación positiva del litisconsorcio*, Estudios de Derecho Procesal, 1969, p. 600.

En cuanto a los alcances de la cosa juzgada respecto de la solidaridad de las obligaciones, el artículo 1252 inciso 3 del Código Civil español ha generado ardorosos debates y polémicas, referidos a la posible extensión de los efectos de la cosa juzgada a los deudores solidarios no litigantes.³⁶ Sobre el tema, Caffarena ha señalado que "(...) nuestros más prestigiosos procesalistas no acaban de encontrar una interpretación precisa del artículo (...)".³⁷ No es propósito del presente trabajo abundar en las tesis esbozadas sobre el particular, sino llamar la atención sobre el análisis procesal de la solidaridad de las obligaciones.

En nuestro país, el Código Civil señala en su artículo 1193 que la sentencia pronunciada en juicio seguido entre el acreedor y uno de los deudores solidarios, no surte efecto contra los demás codeudores. Sin embargo, se establece que los otros deudores puedan oponerla al acreedor, salvo que se fundamente en las relaciones personales del deudor que litigó.³⁸

Por su lado, el artículo 123 del Código Procesal Civil establece que los efectos de la cosa juzgada alcanzan a las partes y a quienes de ellas deriven sus derechos. Sin embargo, la norma señala que estos efectos se pueden 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.

En cuanto a la intervención que puede solicitar el deudor no litigante, consideramos que se encuadra dentro de la intervención litisconsorcial regulada en el artículo 98 del Código Procesal Civil que establece que:

"Artículo 98.- Intervención litisconsorcial: 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".

Como se puede apreciar, no es posible entender adecuadamente el instituto de la solidaridad de las obligaciones sin una lectura procesal.

2. La "acción" oblicua o subrogatoria

Esta "acción"³⁹, regulada en el artículo 1219 del Código Civil, fue concebida para la reconstitución del patrimonio del deudor a través del proceso.⁴⁰ Sin embargo, no queda claro del texto de la norma si se trata de un supuesto de representación procesal legalmente atribuida o de una legitimidad para obrar extraordinaria. Como vamos a explicar, tomar una u otra opción va a determinar resultados distintos.

La representación procesal puede ser obligada o voluntaria, dependiendo de si la parte material de un proceso carece de capacidad procesal o de si, teniéndola, decide voluntariamente que sea otra persona la que actúe por ella. Del mismo modo, la representación procesal puede ser legal o judicial, dependiendo de si esta viene impuesta por la norma o por un juez. Además,

³⁶ Norma inspirada en la doctrina de MERLÍN y POTHIER.

³⁷ CAFFARENA, Jorge, *La solidaridad de los deudores*, Madrid, 1980, p. 18.

³⁸ Igual disposición establece en caso de acreedores solidarios.

³⁹ El derecho de acción es un derecho abstracto y por tanto carece de contenido específico. Por ello, se debe decir pretensión oblicua o subrogatoria.

⁴⁰ Artículo 1219 del Código Civil. - "Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:

(...)
4. Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa".

el otorgamiento de facultades procesales generales y especiales debe respetar el principio de literalidad, tal como lo dispone el artículo 75 del Código Procesal Civil.⁴⁵ Si a todo esto le agregamos el hecho de que, por definición, los actos del representante no surten efectos sobre él, sino sobre el representado (que es la única persona para quien se generan derechos y obligaciones⁴⁶), llegamos a la siguiente conclusión, de adoptar la tesis de la representación legal: la norma que otorga la representación no establece las facultades procesales del representante, en respeto del principio de literalidad. La Ley General de Sociedades, por ejemplo, otorga facultades procesales al Gerente de una sociedad, estableciendo en su artículo 188 que tiene la atribución de representar a la sociedad con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil. Así, se remite a los artículos 74 y 75 de este cuerpo normativo. Esto no sucede en la pretensión oblicua, siendo posible cuestionar las facultades del representante legal (acreedor).

Por su lado, la legitimidad para obrar es un concepto lógico de relación que se verifica con la plena coincidencia entre la relación jurídica material subyacente al conflicto o incertidumbre, y la relación jurídica procesal instaurada. Sin embargo, hay casos en los que legalmente se otorga una legitimidad para obrar extraordinaria para que una persona que no es titular de las situaciones jurídicas discutidas en el proceso, pueda iniciarlo y proseguirlo. Al decir de muchos, como Priori, el artículo 1219 inciso 4 regula un supuesto de legitimidad para obrar extraordinaria.⁴⁷ Sin embargo, la referida norma pide la presencia como citado del deudor a fin de que le alcancen los efectos de la cosa juzgada, haciéndonos pensar que se trata de un caso de representación.

En el caso de la tutela procesal de los intereses difusos regulada en el artículo 82 del Código Procesal Civil, también hay un encendido debate en el que el propio legislador ha optado por la tesis de la representación.⁴⁸

Sin ser objetivo del presente trabajo resolver la referida controversia, ponemos de manifiesto un instituto civil que consideramos no ha sido suficientemente pensado desde una óptica procesal.

3. Compensación

El artículo 1288 del Código Civil regula la compensación por la que se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una a la otra. Es decir, basta la manifestación de voluntad de quien compensa para que esta se produzca en el plano extrajudicial. Pero, ¿qué pasa si esta compensación es resistida? De acuerdo a Proto Pisani, se produce una "crisis de cooperación causada por la mera discusión extraprocesal de un derecho".

Debe tenerse en consideración que el ordenamiento material regula ciertos institutos que prescinden de la cooperación de los otros sujetos de la relación jurídica, para la producción de sus efectos en la esfera de los referidos sujetos. Un buen ejemplo de ello es el derecho a la resolución por cláusula resolutoria expresa en la que se "(...) agotan el poder de ejercitarlos a través de una tempestiva declaración de voluntad y producen el efecto de re-transferimiento del derecho de propiedad o resolución del contrato independientemente de cualquier cooperación debida por la otra parte del contrato en cuya esfera jurídica los efectos del ejercicio del poder se producen (...) en hipótesis de este género no es

⁴⁵ Artículo 75 del Código Procesal Civil: "El otorgamiento de facultades especiales se rige por el principio de literalidad. No se presume la existencia de facultades especiales no conferidas explícitamente".

⁴⁶ WACH, Adolfo, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Editorial Ejuca, 1977, Volumen II, p. 339.

⁴⁷ PRIORI POSADA, Giovanni, *Reflexiones en torno al artículo 71 del Título Preliminar del Código Civil*. En: *Abogados* No. 7, Lima, 2003, p. 177.

⁴⁸ MONROY GÁLVEZ, Juan, *Preludio a Apuntes de derecho procesal*, de Giovanni Priori Posada y Reynaldo Bustamante Alarcón, Lima, Ara Editores, 1997, p. 15.

*posible una violación en sentido estricto de parte del titular de la posición pasiva (...) el cual no puede hacer nada para impedir que los efectos del perjuicio producido por el ejercicio del derecho potestativo se verifiquen en su esfera jurídica (...) sin embargo puede discutir la existencia misma del derecho potestativo, lo que es lo mismo, la subsistencia de los presupuestos de hecho o de derecho a los cuales el legislador subordina el legítimo ejercicio del derecho mismo (...)*⁴⁵

Volviendo al tema de la compensación, puede suceder exactamente lo mismo. El artículo 1288 del Código Civil regula el supuesto de hecho en el que se puede verificar la compensación. Sin embargo, deja a la tempestiva declaración de quien quiere compensar, la producción de sus efectos. Volvemos también a la pregunta, ¿qué pasa si esta compensación es resistida por el sujeto pasivo?, ¿será necesario que quien compensó, supuesto beneficiario de la norma, deba iniciar un proceso de conocimiento declarativo para que se declare la producción de la compensación?, ¿sería lógico que el solo cuestionamiento extraprocesal del sujeto pasivo lleve a esta necesidad?, ¿no será acaso necesaria la regulación de una tutela diferenciada en la que esta certeza pueda ser otorgada en un procedimiento más corto y de sumaria cognición, liberando así al sujeto que compensó?, ¿es posible oponer la compensación vía contradicción en un proceso de ejecución de sentencia? o ¿es siempre necesario acudir al proceso de conocimiento para dilucidar la incertidumbre jurídica sobre la producción de los efectos de la compensación?

Nuevamente, solo planteamos preguntas para la reflexión futura y no perder de vista que toda norma material debe ser contrastada con su tutela procesal para determinar su verdadera vigencia social y eficacia.

4. Crisis de cooperación en obligaciones de hacer o no hacer

El modelo clásico de ejecución basado en la ejecución forzada no es eficaz respecto de la ejecución de sentencias que contienen una obligación de hacer o no hacer infungibles. Como hemos anotado, es necesario el desarrollo de las medidas coercitivas o medios compulsorios procesales para el cumplimiento de las sentencias en sus propios términos.

En el caso de obligaciones de hacer fungibles, no hay mayor problema porque la ejecución forzada cumple con su finalidad.

Como hemos señalado, un análisis completo del Derecho de las Obligaciones desde la perspectiva procesal corresponde a un trabajo de pretensiones y extensión superiores. Si el presente trabajo ha llamado mínimamente la atención sobre la importancia del enfoque procesal de los derechos materiales para su efectiva tutela, habremos cumplido con el propósito trazado.

⁴⁵ PRÓTO-PISANI, *Andres*, Op. Cit., p. 23.