

REFLEXIONES SOBRE TUTELA PREVENTIVA.

Enrique Palacios Pareja *

Comúnmente se ve al proceso como una herramienta para acudir al órgano jurisdiccional buscando se reparen derechos vulnerados o lesionados. Esto significa que el Estado, a través de su brazo jurisdiccional, entra en acción luego de producido el incumplimiento y la afectación de los derechos del demandante, a fin de que estos derechos sean reconocidos y efectivamente satisfechos. En otras palabras, la judicatura actúa como el médico frente a la enfermedad ya manifiesta, a fin recuperar la deteriorada salud del paciente. Nos encontramos entonces frente a la tutela ordinaria.

De otro lado, así como ante la presencia de determinados síntomas acudimos al médico para tomar medidas preventivas y evitar que la enfermedad se produzca, podemos dirigirnos al órgano jurisdiccional para que entre en acción evitando que se lesionen los derechos. Estamos entonces frente a la tutela jurisdiccional preventiva.

Como veremos, la tutela preventiva tiene varias manifestaciones, tales como la condena a futuro, las pretensiones meramente declarativas y las pretensiones inhibitorias. En las páginas siguientes nos aproximaremos a este tema para analizar su origen, características, importancia y razón de ser, deteniéndonos en algunas situaciones que nos parecen de interés.

LA TUTELA PREVENTIVA.-

Si revisamos la definición que la doctrina nos proporciona sobre la jurisdicción, desde un punto de vista funcional y general, encontramos que esta es *“la soberanía del Estado, aplicada por conducto del órgano especial a la función de administrar justicia, para la realización o garantía del Derecho, y secundariamente para la composición de los litigios o para dar certeza jurídica a los derechos subjetivos, mediante la aplicación de la Ley a casos concretos, de acuerdo con determinados procedimientos, y en forma obligatoria y definitiva”*¹

El fin principal de la jurisdicción es entonces la satisfacción del interés público, realizando o garantizando el Derecho frente a su incumplimiento o a la posibilidad de su inobservancia. La jurisdicción está dirigida por tanto a obtener

* Profesor de Derecho Procesal Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú

¹ DEVIS ECHANDÍA Hernando. Instituciones Generales de Derecho Procesal Civil. Aguilar. S.A. de Ediciones. Madrid 1966. Pag. 70

paz, armonía y convivencia sociales. Secundariamente, la jurisdicción tiene por finalidad solucionar conflictos de intereses o esclarecer incertidumbres jurídicas.

Concordante con estos postulados, el Código Procesal Peruano establece en el artículo III del Título Preliminar, que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica; y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia. El Código Procesal se refiere al proceso y no a la jurisdicción, lo cual no constituye inconveniente alguno, pues el proceso no es otra cosa que la herramienta para el ejercicio de la jurisdicción. Como sabemos, sólo se puede ejercer función jurisdiccional a través del proceso.

Para el logro de tan elevada función, la jurisdicción no puede limitarse tan sólo a reaccionar ante la violación o lesión de un derecho, colocándose en medio de los justiciables ya enfrentados en una relación de conflicto, para intentar solucionarlo. Se trata entonces, además, de actuar previniendo el conflicto, adelantándose a él a fin de evitarlo.

Ahora bien, como veremos posteriormente, en la tutela preventiva no existe un derecho efectivo material transgredido o lesionado, no existe una relación de conflicto. Existe sólo el interés de conseguir preventivamente una declaración de certeza sobre una situación determinada jurídica incierta (pretensiones meramente declarativas), de evitar la efectiva vulneración de derechos inminentemente amenazados o la consumación de lo ilícito (tutela inhibitoria), o de adelantar la declaración de condena (condena a futuro). No existe ningún derecho subjetivo material dañado o lesionado, pues el presupuesto es simplemente el interés en la declaración judicial. Ello no hace sino ratificar el carácter autónomo del derecho de acción con respecto al derecho sustancial, pues sin la presencia de este el proceso se hecha a andar, y en él se puede producir válidamente una sentencia estimatoria, absolutamente coincidente con la pretensión contenida en la demanda.

Como se aprecia, con la pretensión invocada en busca de tutela preventiva, se reclama del órgano jurisdiccional un pronunciamiento destinado a impedir que se lleve a la práctica aquella acción o aquella omisión del demandado que es considerada una conducta ilícita, de manera tal que se previenen los daños que esa conducta podría generar. Resulta obvio que esta función de la jurisdicción es mucho más eficiente que aquella en virtud de la cual, esperando a que se ejecute la acción o la omisión, se otorga tutela para reparar las lesiones que dicha conducta ocasione.

LA PRETENSIÓN MERAMENTE DECLARATIVA.-

La pretensión es una petición fundamentada, que exterioriza una conducta humana, un hacer del hombre en cuanto tal. Esa petición se exterioriza por un sujeto activo, ante un órgano judicial y frente a un sujeto pasivo, reclamando la atribución un bien de la vida.

Guillermo Enderle ² propone la siguiente clasificación de las pretensiones, que consideramos clásica, según el cometido de la actividad solicitada al Juzgador:

- a) De conocimiento: Que tienen por finalidad solicitar al juez que dirima un conflicto singular de intereses y establezca el alcance y contenido de una determinada situación jurídica, diciendo a quien le cabe el derecho. Estas pretensiones se someten a un exhaustivo examen, luego del cual el juez se pronuncia sobre la certeza del derecho que se invoca. Estas pretensiones se sub clasifican en:

a.1.) Declarativas: Tendientes a eliminar un estado de incertidumbre mediante un pronunciamiento que resuelva acerca de la existencia, alcance o modalidad de una relación jurídica. En otras palabras, sólo reconoce una situación jurídica preexistente. No genera ni modifica situaciones jurídicas ni impone condenas al demandado, *“proyectándose en dos direcciones según sea que el estado jurídico se discuta realmente (pretensiones declarativas en sentido amplio), o bien que se base en un litigio eventual en virtud de la puesta en duda de esa situación jurídica (pretensiones meramente declarativas)”*.³

a.2.) De condena: Aquellas en las que, además de solicitar la declaración de certeza del derecho, se busca que se imponga al demandado el cumplimiento de una obligación de dar, hacer o no hacer. De esta manera, queda expedito el camino para la ejecución forzosa, que en el caso peruano está trazado en el Capítulo II del Título V de la Sección Quinta del Código Procesal Civil, el cual en su artículo 713 reconoce como título de ejecución a las resoluciones judiciales firmes.

a.3.) Constitutivas: Por las que se pretende el nacimiento de un nuevo estado jurídico como consecuencia de la declaración judicial. Es decir que la sentencia no es simplemente declarativa de un derecho, sino que crea, modifica o extingue un estado jurídico determinado.

² ENDERLE, Guillermo J. La Pretensión Meramente Declarativa. Librería Editora Platense S.R.L. La Plata 1992. Pag. 38.

³ ENDERLE, Guillermo J. Op. Cit. Pag. 43

- b) De ejecución: Presuponen la existencia de un derecho cierto, que por lo tanto no requiere de declaración o pronunciamiento sobre su existencia y exigibilidad. Esta certeza viene dada por las características del documento donde consta el derecho, como consecuencia de lo cual la ley le otorga a este documento la calidad de título ejecutivo o de ejecución.
- c) Cautelares: Tienen por objeto un pronunciamiento que garantice la eficacia de la sentencia estimatoria de las pretensiones de conocimiento o de ejecución, previniendo los daños que la duración del proceso acarree.

Nos interesa detenernos un momento en aquella pretensión de conocimiento, de naturaleza declarativa, que al basarse en un litigio eventual como consecuencia del cuestionamiento de determinada situación jurídica, tiene una función estrictamente preventiva, pues no existe un derecho lesionado o incumplido que la sustente, sino tan sólo un estado de incertidumbre, peligro o inseguridad que genera un interés jurídico, y que constituye el fundamento para solicitar tutela jurisdiccional a través de una declaración acerca del sentido de determinada norma legal o estipulación convencional, o de la existencia del hecho que constituye su presupuesto. Nos referimos a la pretensión meramente declarativa.

Requisito fundamental para la procedencia de esta pretensión será entonces el estado de incertidumbre, generador de futuros conflictos. El actor busca que desaparezca la duda, la inseguridad que desestabiliza su relación jurídica con el demandado. Objeto de estas pretensiones serán por lo general relaciones jurídicas sobre las que se cierne la duda; como por ejemplo la estipulación estatutaria que, regulando la relación entre los socios, resulta ambigua; o la determinación de la naturaleza laboral o de locación de servicios de un contrato.

LA PRETENSIÓN INHIBITORIA.-

Dijimos líneas atrás que la clasificación de las pretensiones que enunciamos era clásica. Efectivamente, responde a una visión del proceso como mecanismo para declarar derechos que están en real y actual discusión (pretensiones declarativas); o para declarar derechos sobre los que existe incertidumbre, anticipándose al conflicto para tratar de evitarlo (pretensiones meramente declarativas); o para crear, modificar o extinguir derechos (pretensiones constitutivas); o para ordenar, a aquel que incumplió, la ejecución de una obligación de dar, hacer o no hacer. Se aprecia entonces que, de esta manera, el proceso no resulta un mecanismo eficiente para evitar la violación de un derecho, sólo es útil para darle certeza si existe duda sobre él, declararlo

si es cuestionado, constituirlo, modificarlo o extinguirlo, y ordenar su ejecución forzada si es incumplido.

Aparece ante nosotros entonces un proceso que no mira hacia el futuro, sino hacia el pasado, con lo que no puede evitar la violación de los derechos sino sólo actuar luego que esta violación se ha producido. Por ello, como escribe Marinoni ⁴ *“Afirmar ciertos derechos, que por su naturaleza son inviolables y no poner a disposición del justiciable un proceso realmente preventivo, es lo mismo que apenas proclamar estos derechos, con un objetivo meramente demagógico y mistificador.*

En realidad, cuando son afirmados derechos que por su parte son inviolables y no se confiere al justiciable un instrumento procesal capaz de garantizar su no violación, se admite que cualquiera pueda violarlos o expropiarlos, surgiendo, entonces, la figura del violador-pagador”.

A nivel latinoamericano la legislación procesal brasilera está a la vanguardia en lo que a tutela inhibitoria se refiere. A manera de ejemplo, el artículo 461 del Código del Proceso Civil del Brasil establece que en la acción que tenga por objeto el cumplimiento de una obligación de hacer o no hacer, el Juez concederá la tutela específica de la obligación o, si es procedente el pedido, determinará las providencias que aseguren el resultado práctico equivalente al cumplimiento, pudiendo incluso el Juez imponer multa diaria al demandado, independientemente del pedido del actor, si fuera suficiente o compatible con la obligación, fijándole plazo razonable para el cumplimiento del precepto. Así, se aprecia que el legislador brasilero otorga primera prioridad a la satisfacción efectiva de la obligación de hacer o no hacer, antes que a la reparación por el incumplimiento, mediante *“la construcción de un procedimiento autónomo y capaz de garantizar la prestación de una tutela susceptible de inhibir la práctica, la repetición o la continuación del ilícito”.*⁵

De esta manera se actúa en concordancia con el principio de efectividad que inspira al proceso, en busca de una tutela efectiva de los derechos, y no a una simple posibilidad de reemplazar la prestación debida por una pretendida reparación pecuniaria que no otorgará satisfacción alguna al afectado.

En cuanto al porqué de la tutela inhibitoria, Marinoni escribe que *“En la sociedad contemporánea existen una serie de derechos de contenido no patrimonial. Tales derechos son típicos de la sociedad actual, en la que se toma conciencia cada vez más nítida de la necesidad de su efectiva consagración como bienes imprescindibles para la vida digna de las personas.*

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. La Efectividad de los Derechos y la Necesidad de un Nuevo Proceso Civil. Proceso y Justicia. Revista de Derecho Procesal N° 3. Pag. 9

⁵ MARINONI, Luis Guilherme. Tutela Inhibitoria: la Tutela de Prevención del Ilícito. Revista Peruana de Derecho Procesal. Librería Jurídica Alhuay – Jemafi Editores. Lima 2001. Tomo IV. Pag. 145

Tales derechos son evidentemente inviolables. Del mismo modo, otros derechos, como el derecho a la marca comercial, aunque teniendo contenido patrimonial importan cuando no son violados, es decir, dependen para ser adecuadamente disfrutados de su no violación por parte de terceros. Derechos de esta última naturaleza no se concilian con el resarcimiento en pecunia, hasta por la razón de que el uso exclusivo de, por ejemplo, determinada marca comercial, puede ser determinante para el éxito de la actividad⁶.

La tutela inhibitoria, y el proceso como herramienta necesaria para su obtención, responden entonces a una serie de derechos surgidos de las particulares características de las relaciones jurídicas contemporáneas. Jaime Guasp⁷ enseña que *“la existencia de un proceso especial puede deberse a una razón de derecho material. En efecto, el legislador se encuentra, en ocasiones, con que, según su opinión, la existencia de un tipo especial de derecho material reclama, como necesaria o conveniente, la existencia de un tipo especial correspondiente de proceso”*. Es por ello que, como hemos visto, en el caso del legislador brasilero este ha establecido la especial regulación procesal para garantizar la efectiva ejecución de la prestación debida, antes que a su reparación dineraria.

En el Código Procesal Peruano no está regulada la tutela inhibitoria, sin embargo coincidimos en que ello no impide que sea pedida y declarada procedente por la Judicatura⁸, en concordancia con la norma constitucional⁹ según la cual lo que no está prohibido está permitido, y con lo dispuesto en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil¹⁰ según el cual, ante el defectos o vacíos, se recurrirá a la doctrina y jurisprudencia correspondientes.

El Código Procesal Constitucional sí otorga tutela inhibitoria por la vía del amparo, en defensa de la amplia lista de derechos enunciados en su artículo 37 y *“en los demás que la Constitución reconoce”*, reponiendo las cosas al estado anterior no sólo a la violación de un derecho constitucional, sino a su

⁶ MARINONI, Luis Guilherme. Loc. Cit.

⁷ GUASP, Jaime. Derecho Procesal Civil. Civitas, Madrid 1998. Tomo II. Pag. 24

⁸ Sobre el tema y en general sobre tutela diferenciada, ver MONROY GALVEZ Juan y MONROY PALACIOS, Juan José. Del Mito del Proceso Ordinario a la Tutela Ordinaria. Apuntes Iniciales. Revista Peruana de Derecho Procesal. Librería Jurídica Alhuay – Jemafi Editores. Lima 2001. Tomo IV. Pag. 167.

⁹ Constitución: Artículo 2.- inciso 24, a). *“Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella prohíbe”*

¹⁰ *“Artículo III.- Fines 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, haciendo efectivos los derechos sustanciales y, que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.*

En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso”.

amenaza, que debe ser cierta y de inminente realización. Es más, como lo establece el artículo 1º del Código, si luego de presentada la demanda de amparo cesa la amenaza por decisión voluntaria del agresor, el Juez atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en la conducta que motivó la interposición de la demanda, bajo apercibimiento de aplicarle las medidas coercitivas de multas fijas y acumulativas, destitución o incluso prisión civil efectiva por un plazo de seis meses renovables, previstas en el artículo 22 del mismo Código. Tenemos entonces que, para la protección efectiva de los derechos que se encuentran en la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico, el Código Procesal Constitucional otorga tutela inhibitoria impidiendo la realización o la repetición de lo ilícito.

LA CONDENA A FUTURO.-

Para lograr que efectivamente el bien dado en arrendamiento sea devuelto al arrendador en el plazo fijado en el contrato, en muchas legislaciones se admite la condena a futuro, en la cual, no siendo aún exigible la obligación del arrendatario de restituir el bien al no haber vencido el plazo del arrendamiento, el arrendador puede interponer la demanda de desalojo. Obviamente que de esta manera el demandante no conseguirá que se adelante la devolución del bien, de manera de apresurar la oportunidad contractualmente establecida, pues en caso la sentencia declare fundada la demanda y ordene la desocupación del bien, esta deberá realizarse cuando efectivamente haya vencido el plazo. Lo que se anticipa es el proceso, no la ejecución forzada.

Se trata, como decíamos, de obtener certeza de que la prestación del arrendatario va a ser cumplida en la oportunidad señalada en el contrato. Como es obvio, no existe violación actual del derecho; sólo la eventualidad de que al vencimiento del plazo contractual el arrendatario no cumpla con la restitución del bien, afectándose allí sí el derecho del arrendador a recuperarlo.

Tenemos entonces que, nuevamente, el proceso aparece como un mecanismo de tutela preventiva, no para resarcir el daño o para restituir aquel derecho lesionado, sino para evitar que el daño se produzca, o que el derecho se vea efectivamente vulnerado o transgredido. El Código Procesal Civil regula esta forma especial de tutela en el artículo 594 ¹¹, evitando las consecuencias negativas del eventual incumplimiento del contrato.

¹¹ “Artículo 594.- Sentencia con condena a futuro.- El desalojo puede demandarse antes del vencimiento del plazo para restituir el bien. Sin embargo, de ampararse la demanda, el lanzamiento sólo puede ejecutarse luego de seis días de vencido el plazo.

Si el emplazado se allanara a la demanda y al vencimiento del plazo pusiera el bien a disposición del demandante, este deberá pagar las costas y costos del proceso.”

En esta forma especial de tutela no necesariamente existe duda o incertidumbre sobre cuál es el plazo de duración del contrato, lo cual constituiría un supuesto para el planteamiento de una pretensión meramente declarativa - como consecuencia de la cual el Juez resolvería dando certeza a la relación jurídica – a la cual se le acumularía de manera accesorio una pretensión de condena a fin de que el demandado cumpla con la prestación en la oportunidad determinada por el Juez. En la figura que nos ocupa, las partes saben perfectamente cuál es la fecha de vencimiento del plazo contractual, tan es así que se regula especialmente el supuesto del allanamiento por parte del demandado. No existe por tanto incertidumbre jurídica. Tampoco existe un conflicto de intereses como consecuencia de una pretensión material del arrendador que sea resistida o insatisfecha por el arrendatario pues el primero no reclama, ni puede reclamar, la inmediata devolución del bien. Entonces, ¿qué justifica que en los contratos de arrendamiento se le permita al arrendador anticiparse de esta manera al vencimiento del contrato? ¿Por qué no se concede esta forma especial de tutela al acreedor en otros contratos? Veamos.

El desalojo está previsto en el Código Procesal como herramienta para lograr, exclusivamente, la restitución de predios¹². Para demandar la restitución de bienes muebles o de inmuebles distintos a los predios, se deberá acudir al proceso de conocimiento¹³ o abreviado¹⁴, salvo que la obligación de entrega conste en título ejecutivo, en cuyo caso se podrá acudir al proceso de ejecución reclamando la obligación de dar¹⁵. En consecuencia, la condena a futuro prevista en el artículo 594 del Código Procesal Civil procede tan sólo respecto de inmuebles, y por la causal de vencimiento de contrato, en cuyo caso el

¹² “Artículo 583.- La restitución de un predio se tramita con arreglo a lo dispuesto para el proceso sumarísimo y las precisiones en este Sub-Capítulo.”

¹³ “Artículo 475.- Se tramitan en proceso de conocimiento ante los Juzgado Civiles los asuntos contenciosos que:

1. No tenga una vía procedimental, no estén atribuidos por ley a otros órganos jurisdiccionales y, además, cuando por su naturaleza o complejidad de la pretensión el Juez considere atendible su empleo”.

¹⁴ “Artículo 486.- Procedencia.- Se tramitan en proceso abreviado los siguientes asuntos contenciosos:

(...)

8. Los que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, por la naturaleza de la pretensión, el Juez considere atendible su empleo;”

¹⁵ Debe tenerse presente que con la modificación del artículo 694 del Código Procesal Civil, realizada por Ley N° 27027, las obligaciones de dar que se pueden demandar en la vía ejecutiva ya no son sólo las de dar suma de dinero y de dar bien mueble determinado, previstas en los incisos 1 y 2 del texto original del artículo, sino que se incluyen también las obligaciones de dar bien inmueble. Ello porque el nuevo texto del artículo mencionado hace referencia a las obligaciones de dar en general. El Dictámen por Unanimidad emitido por la Comisión de Reforma de Códigos del Congreso, respecto del Proyecto de Ley N° 3569/97-CR, al proponer el texto sustitutorio que hoy tiene el artículo 694, expresa en el punto 9 de sus conclusiones que la razón de colocar el inciso 1 que se refiere a la obligación de dar, es por que en dicho inciso “*encajarían todo tipo de obligaciones, incluso las que recaigan sobre bienes inmuebles*”. En tal sentido, el procedimiento previsto en los artículos 704 y 705 del Código Procesal Civil, a pesar de referirse a la ejecución de dar bien mueble determinado, es aplicable a las obligaciones de dar bien inmueble. Definitivamente se incurrió en una omisión al no modificar estos artículos, en concordancia con la modificación del artículo 694 que estamos comentando.

interés en el demandante consiste en *“la necesidad de prevenir el daño que se derivaría de la falta de un título ejecutivo en el momento en que la prestación sea debida (juicios preventivos)”*¹⁶.

Es aquí donde surge la pregunta de porqué se privilegia a los acreedores en estos particulares tipos de contrato, permitiéndoles anticiparse al vencimiento para demandar la entrega, mientras que los demás acreedores deben esperar a llegar efectivamente al vencimiento del plazo para la ejecución de la prestación; deben esperar que se produzca el incumplimiento para recién poder demandar planteando su pretensión en sede procesal. Se puede invocar en favor de la demanda anticipada de desalojo, la necesidad de brindar seguridades a los propietarios debido a la importancia económica de las unidades inmobiliarias. De esa manera se incentiva la inversión en inmuebles para arrendamiento, disminuyendo el problema social que genera la escasez de vivienda y se imprime mayor movilidad al mercado de arrendamiento inmobiliario en general. Tengamos presente que en el Perú el déficit de viviendas asciende aproximadamente a 1.2. millones.¹⁷

Existen quienes critican duramente este trato especial para los arrendadores de inmuebles, afirmando que constituye un trato discriminatorio. Por ejemplo en la República Argentina *“el diputado Carlos L. Tomasela tiene en preparación una iniciativa legislativa elaborada con el asesoramiento de Ival Rocca, Enrique Abatti e Ival Rocca (h), declarando aplicable la demanda anticipada y la condena de futuro a todas las relaciones jurídicas que por su plazo y naturaleza lo admitan, y que se condensará en un proyecto de ley modificadorio de la legislación procesal Argentina”*.¹⁸ Por nuestra parte creemos que una medida como la sugerida, antes que ayudar a acelerar las situaciones de conflicto, lo que generará es un exponencial incremento de las causas judiciales, haciendo aún mas lento el servicio de justicia porque, como es previsible, todo acreedor ante la simple creencia de que su deudor incumplirá con la prestación a su cargo en la oportunidad pactada, demandará anticipadamente para evitar la demora en el proceso. En una realidad como la nuestra, donde un juez hoy en día maneja en promedio entre 1,200 y 1,500 expedientes al mes, aunque de ellos solo 300 o 400 llegan a ser atendidos¹⁹, la propuesta mencionada es inaceptable.

En todo caso, para otorgar esta forma especial de tutela, deberán acreditarse fehacientemente las circunstancias que generan el fundado temor de que el deudor incumpla con su prestación en la oportunidad debida. En ese sentido

¹⁶ CHIOVENDA, José. Principios de Derecho Procesal Civil. Traducción Española de la Tercera Edición Italiana. Editorial Reus S.A. Madrid 1922. Tomo I. Pag. 192

¹⁷ El Comercio. Edición del 29 de setiembre de 2005. Pag. A3.

¹⁸ ABATTI Enrique Luis y Rocca Ival (h). La Demanda Anticipada. En www.garciaalonso.com.ar

¹⁹ Declaraciones del Presidente de la Corte Suprema, Dr. Walter Vásquez Bejarano ante la Comisión de Presupuesto del Congreso de la República. El Comercio, 5 de octubre de 2005, Pag. A2.

Rosemberg ²⁰ afirma que *“la demanda de futuro procederá cuando la conducta del deudor justifique el temor de que tratará de sustraerse a la prestación en el tiempo debido; es decir que no querrá realizar la prestación en el tiempo de su exigibilidad. No importa la causa de esa intención. No es necesario que exista malevolencia”*. En otras palabras, el acreedor sólo tendrá interés para obrar cuando se presenten determinadas circunstancias o el deudor desarrolle determinada conducta, que permitan prever que incumplirá con la restitución en la oportunidad convenida.

Por cierto que esta condición no es exigible en el caso de condena a futuro para el desalojo por vencimiento de contrato previsto en el artículo 594 de nuestro Código Procesal, pues esta se justifica simplemente en razones de economía procesal, de manera tal que, cuando llegue el vencimiento del contrato, el arrendador cuente con un título de ejecución que le permita recuperar el bien rápidamente.

Existen algunas interrogantes con relación a la condena a futuro en el proceso de desalojo. Por ejemplo cuando el arrendatario tenga derecho a reembolso por las reparaciones urgentes, o a exigir el importe entregado en garantía al no haber el bien sufrido deterioros, ¿podrá hacer uso del derecho de retención a pesar de contar con una sentencia que lo condena a entregar el bien al vencimiento del plazo contractual?. Recordemos que la sentencia dictada constituye un título de ejecución que, de acuerdo al texto del artículo 718 del Código Procesal Civil, sólo puede ser objeto de contradicción sustentada en el cumplimiento o la extinción de la obligación, siendo inadmisibles la contradicción sustentada en razón distinta.²¹ Creemos que, a pesar de la norma procesal mencionada, el demandado podrá oponer el derecho de retención, pues se trata de una situación jurídica posterior a la sentencia, que obviamente no pudo ser considerada al momento de su emisión. La sentencia sólo ha evaluado y determinado el momento en que debe ser restituido el bien, más no si el demandado tiene derecho a retener dicha posesión en garantía del cumplimiento de prestaciones no ejecutadas a cargo del demandante. Sostener lo contrario significaría restringir injustificadamente derechos al arrendatario.

¿Es exigible la conciliación extrajudicial como requisito de admisibilidad para la condena a futuro?

La conciliación es una conducta autocompositiva bilateral. Mediante ella las partes de la relación jurídica solucionan y ponen fin al conflicto de intereses con

²⁰ COLOMBO, Carlos J. Curso de Derecho Procesal Civil. Abeledo – Perrot. Buenos Aires 1992. Tomo II. Pag. 495.

²¹ “Artículo 718.- Contradicción.- Puede formularse contradicción al mandato de ejecución dentro de tres días de notificado, sólo si se alega el cumplimiento de lo ordenado o la extinción de la obligación. Al escrito de contradicción se anexará el documento que acredite el cumplimiento o extinción alegados. De lo contrario ésta se declarará inadmisibles.

la colaboración de un tercero. La Ley N° 26872 establece a la conciliación como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos que se desarrolla ante un Centro de Conciliación o un Juez de Paz Letrado, de manera obligatoria, constituyendo así un requisito de admisibilidad de la demanda para los procesos con pretensiones que versen sobre derechos disponibles de las partes, con las especificaciones señaladas en el artículo 9° de la misma Ley. Si la conciliación extrajudicial obligatoria fracasa o se trata de pretensiones no conciliables, y el conflicto de intereses ha sido llevado a proceso planteándose la pretensión en sede judicial, la conciliación se llevará a cabo en presencia del Juez en la audiencia prevista en el artículo 468 y siguientes del Código Procesal Civil y actuándose conforme a lo dispuesto en los artículos 323 y siguientes del mismo Código.

Nos interesa detenernos en la conciliación extrajudicial y analizar si esta es exigible en el proceso de desalojo con sentencia de condena a futuro previsto en el artículo 594° del Código Procesal Civil. En primer lugar, aparece claro que estamos ante pretensiones determinadas o determinables que versan sobre derechos disponibles de las partes, con lo cual se cumple con la exigencia contenida en el artículo 9° de la Ley N° 26872.

Sin embargo, como se desprende de los artículos 1° y 5° de la misma Ley, la conciliación presupone la existencia de un conflicto, para cuya solución ella es un mecanismo alternativo mediante el acercamiento o concordancia de los de intereses contrapuestos. Etimológicamente conciliación proviene del latín *conciliare*, que significa *“componer y ajustar los ánimos de los que están opuestos entre sí, avenir sus voluntades, ponerlos en paz”*²² Para ello el conciliador tiene una participación activa para llevar a las partes a un acuerdo, interviniendo en el proceso de toma de decisiones mediante la proposición de fórmulas conciliatorias para lograr paz y armonía allí donde hay discordia y conflicto. *“La conciliación incluso ha venido a ser entendida como reconciliación la cual implica recomponer relaciones resquebrajadas debido a un conflicto”*.²³

Como hemos manifestado líneas arriba, la sentencia de condena a futuro regulada en el artículo 594 del Código Procesal Civil no supone que el arrendatario se niegue anticipadamente a desocupar el bien cuando venza el plazo contractual, ni que se den determinadas circunstancias o conductas del arrendatario que generen en el arrendador el fundado temor de que aquel incumplirá, ni siquiera que exista incertidumbre entre las partes acerca de cuál es la fecha del vencimiento del plazo. Simplemente se otorga al arrendador la posibilidad de adelantar el proceso, de manera tal que cuando se produzca

²² ORMACHEA CHOQUE, Iván. Análisis de la Ley de Conciliación Extrajudicial. Cultural Cuzco. Lima 1998. Pag. 24.

²³ ORMACHEA. Ob. Cit. Pag. 25

efectivamente el vencimiento, cuente en ese momento con un título que le permita ejecutivamente lograr la restitución en la oportunidad convenida.

No existe por lo tanto, en el supuesto que comentamos, una relación de conflicto ni de incertidumbre jurídica (potencialmente generadora de conflicto) que puedan solucionarse mediante un acuerdo conciliatorio entre las partes. Por lo tanto no tiene sentido provocar un acuerdo de tal naturaleza. Por lo demás, si se exigiera la conciliación extrajudicial previa a este tipo de proceso es previsible que, si concurre el arrendatario a la invitación a conciliar, ratifique su voluntad expresada en el contrato en el sentido de desocupar el inmueble al vencimiento del plazo contractual. De este modo, mediante un mecanismo alternativo de solución de conflictos, sin la existencia de un conflicto o incertidumbre jurídica, la conciliación no colocará a las partes en situación distinta a la que se encontraban; sólo se logrará que se ratifique aquello que ya estaba expresado en el contrato, con la única finalidad de intentar limitar las oportunidades de defensa del arrendatario.

EL ASEGURAMIENTO DE PRETENSIÓN FUTURA.-

Al estudiar la intervención de terceros en el proceso, se encuentra que una de las formas de intervención forzada se produce como consecuencia de la denuncia del pleito que alguna de las partes formula, a fin que un tercero le indemnice por el daño o perjuicio que le cause el resultado de un proceso o para que le restituya aquello que la parte sea condenada a pagar en ejecución de sentencia. De este modo, la sentencia se pronunciará sobre la pretensión originaria que dio origen al proceso, y sobre la pretensión sobrevenida planteada por la parte. Nuestro Código Procesal Civil regula esta figura en el artículo 104.²⁴

Se aprecia con claridad que esta figura jurídica genera una acumulación subjetiva de pretensiones sucesiva, en razón de que a la pretensión originaria del demandante contra el demandado se le agrega la pretensión sobrevenida contra el tercero para que indemnice a la parte originaria o para que le reembolse aquello que dicha parte deba pagar a la contraria en ejecución de la sentencia. Así por ejemplo, la sentencia que condene al demandado a pagar, podrá condenar al tercero a que le reembolse a dicho demandado el importe por él pagado. Esto podrá suceder v. gr. en un proceso donde la parte demandada sea una entidad contratante con el Estado, quien le reclama una indemnización por el incumplimiento del contrato; y en este proceso la

²⁴ “Artículo 104.- Aseguramiento de Pretensión Futura.- La parte que considere tener derecho para exigir de un tercero una indemnización por el daño o perjuicio que pudiera causarle el resultado de un proceso, o derecho a repetir contra dicho tercero lo que debiera pagar en ejecución de sentencia, puede solicitar el emplazamiento del tercero con el objeto de que en el mismo proceso se resuelva además la pretensión que tuviera contra él”.

demandada, además de contestar la demanda plantea su pretensión contra la empresa "x", a quien subcontrató, para que le reembolse aquello que sea condenada a pagar.

Se aprecia también que la pretensión sobrevenida propuesta por la empresa demandada, en el ejemplo propuesto, no es exigible al momento en que es planteada. Sólo será exigible luego de que la sentencia condene a la parte originaria al cumplimiento de la pretensión contenida en la demanda. Estamos entonces frente una nueva forma de tutela preventiva, donde por razones de economía procesal se otorga al justiciable la posibilidad de anticipar el proceso a la oportunidad en que la prestación que reclama sea exigible. En efecto, la pretensión sobrevenida sólo será exigible luego de que en la sentencia o en ejecución de la misma se determine el daño o perjuicio que pueda sufrir la parte como resultado del proceso, o luego de que en la sentencia se condene al demandado al pago de aquello que se le reclamó en la demanda. Sin embargo, se habilita a las partes en el proceso a plantear esa pretensión sobrevenida incluso antes de que surja siquiera titularidad alguna que la sustente jurídicamente pues *"para el demandante, la oportunidad para realizar la llamada en garantía se encontrará al momento de plantear su demanda o antes que sea notificada ésta, y para el demandado la oportunidad será al momento de contestar la demanda"*.²⁵

LOS INTERDICTOS, ¿SON UNA FORMA DE TUTELA PREVENTIVA?.-

Reymundin afirma que el interdicto es una forma de tutela preventiva. Si entendemos que quien posee un bien es despojado o perturbado en su posesión, y se le otorga tutela judicial para recuperarla, independientemente si tiene o no derecho a poseer, pareciera que efectivamente se protege al poseedor de manera preventiva, con cargo a que posteriormente, en un proceso plenario, se determine si era o no titular de un derecho que legitime su posesión. Esto implicaría que quien detenta posesión y es despojado o perturbado en ella, no invoca derecho alguno, sino una simple situación de hecho. Por ello, el artículo 598 del Código Procesal Civil legitima para interponer interdictos a quienes se consideren perturbados o despojados en su posesión, incluso contra quienes ostenten otros derechos reales de distinta naturaleza sobre el mismo bien.

Sin embargo la posesión, que se protege con los interdictos, no constituye tan sólo hecho; si bien *"es un hecho en cuanto se refiere al señorío efectivo sobre la cosa, con independencia de la causa o fundamento jurídico de este poder o*

²⁵ APOLÍN MEZA, Dante. Sobre el llamado aseguramiento de pretensión futura en el proceso civil.. Proceso & Justicia. Revista de Derecho Procesal. Lima 2001. Pag52

*dominación, (...) es un derecho en la medida que la ley regula consecuencias jurídicas del hecho de la posesión”.*²⁶

*“Se trata de un derecho real autónomo, el primero del Libro de Reales, que nace por la sola conducta que despliega una persona respecto de una cosa, sin importar si tiene derecho o no sobre el bien. La posesión es el derecho que surge de la propia conducta y del impacto de esta sobre los terceros ajenos a la situación posesoria. El comportamiento del poseedor genera la apariencia de que estamos ante una persona con derecho a poseer”.*²⁷

Se distingue entonces entre el derecho de posesión, que se protege con lo interdictos, y el derecho a la posesión, *“que es emanado de fuente diversa al ejercicio de hecho, como por ejemplo la contractual, por el cual una persona adquiere el derecho a poseer pero aún no tiene la posesión fáctica”.*²⁸

Por lo tanto, el poseedor en el interdicto invoca su derecho de posesión, que ha sido violado ante el despojo o ante la perturbación. Es así, que constituye un supuesto de tutela ordinaria, absolutamente restitutoria, por la que se busca que se le reponga en aquel derecho efectivamente lesionado.

PALABRAS FINALES.-

Aspiramos a que estas breves reflexiones sobre tutela preventiva, propuestas desordenadamente, inviten al lector a profundizar en el estudio de esta forma especial de tutela, y puedan coadyuvar a percibir el imprescindible rol del proceso como efectiva herramienta para una real protección de los derechos.

²⁶ PUIG BRUTAU, José. Fundamentos de Derecho Civil. Bosch. Barcelona 1978. Tomo III. Pag 46

²⁷ MEJORADA Martín. Fundamento de la posesión. Homenaje a Jorge Avendaño. Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial. Lima 2004. Tomo II. Pag. 710.

²⁸ JIMENEZ VARGAS MACHUCA, Roxana. La Posesión Alcances y Defensa. Homenaje a Jorge Avendaño. Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial. Lima 2004. Tomo II. Pag. 732.