



## CAS. Nº 2570-2005 LIMA

### Ejecución de Garantías.

Lima, treinta de octubre del dos mil seis.- LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: Vista, la causa número dos mil quinientos setenta del dos mil cinco, en audiencia pública llevada a cabo en la fecha, de conformidad con el dictamen Fiscal Supremo, y luego de verificada la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia: MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandado Jaime Enrique Lázaro Boza Arlotti contra la resolución de vista de fojas cuatrocientos noventicuatro, su fecha nueve de setiembre de dos mil cinco, que confirmando la apelada de fojas trescientos setenticinco, su fecha veintiocho de octubre de dos mil cuatro, declara Infundada la contradicción y fundada la demanda de ejecución de garantías promovida por el Ministerio demandante; CAUSALES DEL RECURSO: Mediante resolución de fecha ocho de noviembre de dos mil cinco, que corre a fojas cuarenticinco del cuadernillo de casación, éste Tribunal Supremo ha declarado procedente el recurso de casación únicamente por la causal prevista en el inciso segundo del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, Inaplicación de una norma de derecho material, artículo mil cuatrocientos treintinueve del Código Civil; específicamente en cuanto se denuncia que conforme al artículo mil doscientos once del Código Civil la cesión de derechos comprende las garantías reales o personales, pero del obligado a cumplir el derecho cedido, es decir las garantías de Aurífera Los Incas Sociedad Anónima, y no aquellas otorgadas por terceros, lo que queda aclarado con lo preceptuado en el artículo mil cuatrocientos treintinueve del Código Civil que prevé que las garantías constituidas por terceras no pasan al cesionario, sin la autorización de aquéllas; norma que corresponde a la cesión de derechos, pero que debe ser aplicada al presente caso ante el vacío sobre la regulación de las garantías otorgadas por terceros en la cesión de derechos; CONSIDERANDO: Primero: Que, según lo previsto en el artículo trescientos ochenticuatro del Código Procesal Civil el recurso extraordinario de casación tiene por fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo, así como la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia; por lo que éste Tribunal Supremo debe cumplir su deber pronunciándose acerca de los fundamentos del recurso, por la causal declarada procedente; Segundo: Que, antes de ingresar al análisis del recurso de casación, conviene precisar que en él presente caso, ha quedado establecido en las instancias de origen, que al ceder COFIDE al Ministerio de Economía y Finanzas sus derechos de cartera de créditos, entre los cuales se encuentra el crédito que es materia de la presente demanda, en esencia se ha producido una cesión de derechos y no así una cesión de posición contractual, así también lo ha reconocido implícitamente el impugnante en el recurso de casación de fecha once de octubre de dos mil cinco; en consecuencia, el pronunciamiento de éste Tribunal Supremo no estará orientado a establecer la naturaleza de la cesión del crédito que motiva la presente demanda, ni la consiguiente viabilidad de la ejecución de garantías, sino corresponde determinar, en concreto, si el artículo mil cuatrocientos treintinueve del Código Civil debió ser aplicado al presente caso, habida cuenta del vacío que existiría en la ley que regula la cesión de derechos, la que a decir de la impugnante, no habría previsto norma alguna que regule la situación de las garantías otorgadas por terceros; Tercero: Que, hecha la precisión anterior, conviene recordar que en derecho de las obligaciones, el artículo mil doscientos once del Código Civil ha previsto que la cesión de derechos comprende la transmisión al cesionario de todos los privilegios, las garantías reales y personales, así como los accesorios del derecho transmitido; en éste contexto, cuando la ley refiere que la cesión comprende también a las garantías, lo hace en forma genérica, esto es, sin distinguir si se trata únicamente de garantías otorgadas por el propio obligado o de garantías otorgadas por terceros, por tanto, es lógico admitir que la ley ha previsto el paso de todas las garantías en general, pues por principio jurídico esencial nadie puede distinguir allí donde la ley no distingue; Cuarto: Que, si bien el Código Civil al regular la Cesión de Posición contractual prevé en su artículo mil cuatrocientos treintinueve que las garantías constituidas por terceras personas no pasan al cesionario sin la autorización expresa de aquéllas, debe admitirse que tal disposición guarda coherencia lógica con la institución que regula, pues en la cesión de posición contractual, una de las partes contratantes es reemplazada por otra persona ajena a la relación jurídica obligatoria; por tanto, en resguardo de los principios de voluntariedad y buena fe contractuales, se torna indispensable que el cedido preste su consentimiento para el cambio o subrogación del otro sujeto, y además si en contrato intervienen terceros que han constituido garantías reales o



personales, será imprescindible que tales personas también presten su consentimiento, pues de lo contrario las garantías constituidas por aquellas no pasarán al cesionario; Quinto: Que, en suma en la cesión de posición contractual el cesionario sustituye al cedente en la totalidad de derechos y obligaciones derivados del contrato, o dicho de otro modo, es como que el tercero sub entra en la posición jurídica del cesionario en la relación jurídica contractual; en cambio, en la cesión de derechos no se verifica la aludida sustitución, sino lo que se transfiere al tercero es tan solo una o varias prestaciones susceptibles de ser exigidas por el acreedor; pero el contrato básicamente permanece inalterable y simplemente ocurre que una de las partes (el acreedor) cede a un tercero su derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor; por tanto, no resulta necesaria la aceptación del deudor ni el consentimiento de tercero garante, pues la relación jurídica permanece incólume; razón por la que no resulta de aplicación al presente caso el artículo mil cuatrocientos treintinueve del Código Civil; Sexto: Que, en éste mismo sentido la doctrina nacional ha precisado las diferencias existentes entre la cesión de derechos y la cesión de posición contractual (que algunos aún consideran como cesión de contrato). Basta con citar a De la Puente y Lavalle para quién la cesión de posición contractual requiere que el contrato básico sea sinalagmático, y que las prestaciones no hayan sido ejecutadas total o parcialmente; en tal sentido sostiene "El artículo mil doscientos once del Código Civil establece que la cesión de derechos comprende la transmisión al cesionario de los privilegios, las garantías reales y personales, así como los accesorios del derecho transmitido, salvo pacto en contrario. Esto encuentra su justificación en lo que está en juego sólo son los derechos del acreedor, quedando intangibles los deberes del deudor, cuyo asentimiento a la cesión no se requiere, por lo cual las garantías otorgadas para el cumplimiento de éstos deberes tampoco deben ser modificadas. La regla del artículo mil cuatrocientos treintinueve del Código Civil tratándose de cesión de posición contractual, es diversa por cuanto en la relación jurídica obligacional creada por el contrato básico existen no sólo créditos y derechos, sino también obligaciones y deberes, todos los cuales se ven afectados por la cesión. Es lógico que si el cesionario se ve convertido en titular no solo de los derechos, sino también de las obligaciones del cedente, las garantías constituidas por terceros para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del cedente no pasen al cesionario, con quien los terceros no tenían vinculación alguna"; Séptimo: Que, además no se debe perder de vista que según el artículo cuarto del Título Preliminar del Código Civil la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía; por tanto, tratándose el presente caso, de una restricción del paso de las garantías al cesionario, no es posible aplicar a la litis lo previsto en el artículo mil cuatrocientos treintinueve del Código Civil; razón de más, por la que debe declararse Infundado el recurso en todos sus extremos; Octavo: Que, de otro lado, de autos obra que con fechas veintidós de mayo, veintiséis y veintisiete de octubre de dos mil seis Enrique Boza Barrios, Laura María del Rosario Boza Arlotti de Pagano y Pedro Martín Boza Capurro, respectivamente (el último representado por curador), se han apersonado a la instancia y han formulado la nulidad de todo lo actuado, sustentando esencialmente que se .ha incumplido lo previsto en el artículo ciento sesenticinco del Código Procesal Civil, pues los nulidicentes fueron emplazados por edictos no obstante que no son personas inciertas, y que el banco conocía sus direcciones domiciliarias, por tanto al haberse efectuado la notificación por publicaciones hechas en el diario; se les habría privado el ejercicio de su derecho de defensa; Noveno: Que; sin embargo, obra de autos que en él presente caso la defensa judicial de los nulidicentes ha estado garantizada con la designación de un curador procesal, quién en representación de los herederos de Pedro Perata Carhuas, Adela Barrios de Boza y Jaime Boza Barrios ha formulado contradicción a la ejecución alegando la inexigibilidad de la obligación; esto quiere decir que la forma utilizada en el emplazamiento, además de ser válida, porque se trata de personas indeterminadas e inciertas (no obra en autos comunicación cierta que haga conocer a la entidad financiera el fallecimiento de los deudores y los nombres de los herederos universales de los fallecidos); ha permitido que los emplazados formulen contradicción al mandato de ejecución a través del curador procesal habiéndose garantizado su defensa, con la actuación de aquél sujeto procesal, por tanto es de aplicación en el presente caso lo previsto en el artículo cuatrocientos treintisiete del Código Procesal Civil que expresamente prevé que no será nulo el emplazamiento si la forma empleada ofreció al demandado las mismas o mayores garantías de las que el mismo Código regula; Décimo: Que, además debe tenerse en cuenta que el Código Procesal Civil vigente, ha previsto en su artículo ciento setenticuatro el principio de trascendencia de las nulidades, principio que se ha recogido del Derecho Francés, en el que se informa: upas de nullité sans grier (no hay nulidad sin perjuicio); esto quiere decir que la nulidad de los actos procesales no puede ser declarada, por la nulidad misma; sino por el contrario,



únicamente se invalidarán los actuados cuando en el proceso se haya causado perjuicio real al impugnante, tal por ejemplo se le haya impedido el ejercicio de un medio de defensa o de un recurso impugnatorio, lo que no ha sucedido en el presente caso; por lo que no cabe declararse la nulidad de actuados, ya que antes que la mera formalidad existen otras prioridades procesales que resguardar, tales como la celeridad, la economía, la equidad y justicia misma; Undécimo: Que, tampoco pasa desapercibido para éste Colegiado que en el caso del nulidicente Enrique Boza Barrios, sostiene además que no ha sido emplazado con la demanda conforme fue solicitado en el tercer otrosí del escrito de la demanda; sin embargo, una vez más es de aplicación lo previsto en el artículo cuatrocientos treintisiete del Código Procesal Civil que prevé que no será nulo el emplazamiento si la forma empleada en la notificación ofreció al demandado las mismas o mayores garantías de las que el Código regula; por tanto habiéndose efectuado la notificación a los herederos de Jaime Boza Barrios y Adela Barrios de Boza, por edictos publicados conforme a ley, queda claro, que por ser el nulidicente hijo y heredero de Adela Barrios de Boza, como expresamente lo reconoce en el escrito de nulidad, éste ha sido válidamente notificado con la demanda; sin que pueda alegar desconocimiento o privación de su derecho de defensa como se tiene explicado en el considerando noveno. Estando a las conclusiones que preceden y de conformidad con el artículo trescientos noventa y siete del Código Procesal Civil: Declararon IMPROCEDENTES las nulidades de actuados deducida por Enrique Boza Barrios, Laura María del Rosario Boza Arlotti de Pagano y Pedro Martín Boza Capurro; INFUNDADO el recurso de casación interpuesto a fojas quinientos veintiséis, por don Jaime Enrique Lázaro Boza Arlotti; en consecuencia NO CASARON la sentencia de vista de fojas cuatrocientos noventa y cuatro, su fecha nueve de setiembre de dos mil cinco; CONDENARON al recurrente al pago de una multa de dos Unidades de Referencia Procesal así como al pago de las costas y costos originados en la tramitación del recurso; DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad; en los seguidos por el Ministerio de Economía y Finanzas contra Aurífera Los Incas Sociedad Anónima, sobre Ejecución de Garantías; y los devolvieron.- SS. TICONA POSTIGO, CARRIÓN LUGO, FERREIRA VILDÓZOLA, PALOMINO GARCÍA, HERNÁNDEZ PÉREZ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en general, comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil. Lima: Palestra Editores. T II. Segunda edición 2001. Pág. 503 y ss.C-61931-7