

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Aun cuando la jurisprudencia no tiene el carácter de fuente de nuestro derecho positivo, los fallos reiterados y uniformes de los tribunales sobre casos análogos, particularmente los de la Corte Suprema de la República, significan un criterio valedero en la interpretación de la ley, por la reconocida sujeción en las decisiones de los juzgadores a sus dictados y por la actitud que motivan en los abogados y estudiosos del derecho. Hay evidentemente en la jurisprudencia fórmulas vivificantes de las normas, pues éstas encuentran en aquella constante adecuación para regir situaciones mudables o distintas a las originalmente vigentes.

Destacada así la función que cumple la jurisprudencia, queda señalada también la importancia de comentar científica y constructivamente la interpretación de la ley que compromete.

La Facultad de Derecho de la Universidad Católica ha estimado una necesidad ocuparse de este cometido, sensiblemente desatendido por consideraciones diversas. Y para este efecto ha aprovechado el interés de distinguidos alumnos, quienes con la dedicación y honestidad propias, requeridas por este quehacer, vieron los primeros comentarios sobre algunas ejecutorias de singular gravitación forense.

I — DESAHUCIO POR VENCIMIENTO DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

SENTENCIA DE LA CORTE SUPERIOR

Expediente 2919/67

Procede del 12º Juzgado Civil

Lima diecinueve de abril de 1968

VISTOS; y CONSIDERANDO : Que, si bien en la cláusula cuarta del contrato de fojas dos se estipula que el plazo de arrendamiento es por un año, y que en caso de que el inquilino desee prorrogarlo por un período igual se obliga al aumento de cien soles mensuales en la merced conductiva pactada, es evidente que esa prórroga opera siempre que sea con consentimiento del locador, que en la confesión de fojas veintidós, el demandado al absolver la cuarta pregunta del interrogatorio de fojas veintiuno, admite ser cierto que las prórrogas anteriores habidas de dicho contrato se lograron de mutuo acuerdo entre el propietario y el confesante, lo que demuestra que la cláusula anterior ha sido modificada de acuerdo a los términos que aparecen de la aludida confesión, o sea que para la prórroga se necesita el consentimiento del propietario : REVOCARON la sentencia apelada de fojas veintisiete, su fecha veintisiete de diciembre último, que declara infundada la impugnación de fojas trece, e infundada asimismo la demanda de fojas tres; DECLARARON fundada la impugnación y fundada la demanda; y en consecuencia, MANDARON que el demandado desocupe el inmueble locado en el plazo de cinco días; con costas reintegrándose el papel; y lo devolvieron —Santa Gadea, Córdoba, Alvarez Benavides—, Se publicó conforme a ley — Luis Mendoza Valenzuela, Secretario.

DICTAMEN FISCAL

574/68 — Segunda Sala

Lima

Señor :

Don Manuel Cerpa, como administrador del Edificio sito en la calle Seis de Agosto del distrito de Jesús María, cuya calidad y facultades para interponer demandas, constan del testimonio que acompañan otor-

gado a su favor por el doctor Humberto Ugolotti Dan-say, acciona sobre desahucio por vencimiento del término del contrato contra don César Augusto Arbaiza, ocupante del departamento 10 de ese inmueble, fundado en el plazo de duración de acuerdo al contrato que era de un año, prorrogable de año en año, con vigencia de aumento mensual pactado; y que con fecha cinco de mayo de mil novecientos sesentisiete estando próxima su conclusión el treinta de Agosto, le envió anticipadamente comunicación para su devolución, por ser su decisión la de no otorgar otra prórroga, la que no fue aceptado. En la diligencia de comparendo el demandado sostuvo que la facultad de prórroga por años sucesivos era del inquilino, por lo cual comunicó al propietario su intención de prorrogarlo por un año más.

La sentencia de fs. veintisiete acogiendo el punto de vista del demandado, declaró infundada la demanda. Por la de vista de fs. treintiséis, interpretándose que la prórroga funciona con el asentimiento del propietario, la revoca declarando fundada la impugnación y fundada la demanda, con costas.

De acuerdo con el texto del contrato de locación que obra a fs. dos reconocido a fs. veintitrés, por la cláusula cuarta se estipuló que el plazo era de un año (computable del primero de setiembre de mil novecientos sesentidós en que se suscribió) "y en caso de que el inquilino desee prorrogarlo por período igual" se obligaba al aumento de cien soles mensuales "durante cada uno de los años de prórroga", acreditando "el pago del aumento la renovación del contrato por igual plazo completo. En la confesión prestada por el demandado a fs. veintidós, en sus respuestas a las preguntas cuarta y sexta, reconoce que las prórrogas han venido funcionando por haber mediado el mutuo acuerdo, abonándose el aumento previsto en el contrato; y que en esa forma fue cumplido hasta el vencimiento del último año, que lo fue el treintiuno de agosto de mil novecientos sesentisiete según respuesta novena. Este aspecto de la controversia se sustrae al análisis legal, por cuanto incide en otro que es el fundamental.

Se expresa en la demanda que a efecto de poner término al contrato se cursó carta notarial con fecha veintitrés de agosto del último año, solicitando la devolución del inmueble por no existir el deseo de prorrogarlo. Efectivamente, de esa comunicación que obra en fojas cuatro consta ese hecho y en la de fojas quince que se cursara en contestación, aparece la

negativa que se fundamenta en las consideraciones ya anotadas. También el actor sostiene en el interrogatorio para la confesión contraria que aún antes hizo otros requerimientos para ese efecto. Fluye claramente, por consiguiente, que la devolución fue solicitada antes del vencimiento; y por la fecha que lleva la demanda y su admisorio, que ha sido ejercitada el veintitrés de setiembre, esto es vencidos con exceso los quince días a que se refiere el artículo mil quinientos treintidós del Código Civil.

El accionante para abundar en la procedencia de la acción, acompaña copia fotostática de la Resolución Suprema, por la cual se admite el desahucio cuando la solicitud pidiendo la devolución del bien se ha cursado con anterioridad al vencimiento del término contractual. El informante participó de ese criterio; pero como error de apreciación humano, fue rectificado y la jurisprudencia de manera uniforme se ha ceñido al espíritu que informa la disposición acotada, en el sentido de que el aviso debe operar dentro de los quince días de vencido el contrato.

El precepto en referencia dice expresamente "CONCLUIDA la locación por haberse vencido el término, si pasan quince días sin que el locador solicite la cosa, queda sujeto a uno de duración indeterminada". Comentándola el doctor Angel Gustavo Cornejo en esa obra, volumen II página trescientos veinte, anota que son dos las circunstancias que deben ocurrir para que se produzca esa figura de la tácita reconducción; a) que el arrendatario permanezca en posesión de los bienes arrendados después de expirar el plazo; y b) Que el locador tolere al arrendatario en la posesión. Indudablemente no puede hablarse de tácita reconducción si el contrato está aún vigente; el aviso con anticipación a ese término de los quince días, no constituye sino una advertencia, que está acondicionada por la observancia del inquilino en este caso. Es pues la tenencia con posterioridad, la que configura el ánimo de permanecer en el bien locado, obliga a darse ese aviso o el de utilizar mediante requerimiento judicial la devolución, pero siempre dentro del término legal fijado. Consecuentemente la demanda no tiene asidero legal.

La impugnación de fs. trece a la consignación efectuada por el demandado, del alquiler correspondiente al mes de agosto no es debatible, porque no tiene otra finalidad que evitar la mora que puede imputársele.

Por lo expuesto, HAY NULIDAD en la recurrida, por lo que revocándola, debe confirmarse la apelada que declara sin lugar la impugnación y la demanda, sin costas.— Lima, veinticinco de julio de mil novecientos sesentiocho.— PONCE MENDOZA.

RESOLUCION SUPREMA

Expediente 574/68
Lima

Lima, veintitrés de agosto de 1968

VISTOS : de conformidad con el dictamen del señor Fiscal; y CONSIDERANDO : además; que en la locación de plazo determinado, en el caso de que el locador quiera que termine el contrato, debe manifestar su voluntad en el modo y dentro del plazo que señala el numeral mil quinientos treintidós del Código Civil; que los términos se computan dentro del día en que se inician, y el día en que fenecen; que estas dos fechas aparecen señaladas en el precitado artículo mil quinientos treintidós del Código acotado, en el sentido de que los quince días dentro de los cuales el propietario debe solicitar la cosa, empiezan a correr concluida que sea la locación y terminan naturalmente en el decimoquinto día incluso; que de la carta de fojas tres y cuatro, aparece que el locador solicitó el bien, en fecha muy anterior al vencimiento del contrato, sin haber utilizado para el efecto, el plazo de quince días mencionados; que fijando la ley de modo preciso el término dentro del cual se puede ejercitar un derecho, el accionar del mismo antes del plazo, o después del vencimiento de éste no produce efectos legales tanto más que los términos son garantías en las relaciones jurídicas y se refieren al lapso que la ley pone a disposición de las partes que ejercitan determinados derechos, por lo que en el caso sub-judice es fuerza considerar que no se ha solicitado el bien locado, por parte del propietario, habiéndose convertido en consecuencia, el arrendamiento, en uno de plazo indeterminado, por lo que la acción de desahucio interpuesta no se halla expedita; declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas treintiséis su fecha diecinueve de abril del presente año, que revocando la apelada de fojas veintisiete de diciembre último, declara fundada la demanda de desahucio, interpuesta a fojas ocho por don Manuel Cerpa contra don César Arbaiza; refor-

mándola; confirmaron la de primera Instancia que declara infundada la expresada demanda y los devolvieron

Con los S. S. Lengua — Carranza — Palacios — Portocarrero — Núñez Valdivia — se publicó conforme a ley.

Lizandro E. Tudela Valderrama
Secretario General

COMENTARIO

Antes de entrar de lleno a comentar la Ejecutoria materia del presente análisis, creemos conveniente expresar los motivos fundamentales que nos han inducido a escogerla dentro de la riquísima y variada gama de Ejecutorias que existen en los anales judiciales de nuestro país.

Nuestra opción tiene su razón de ser, sobre todo, en dos motivos:

- 1) En primer lugar porque la Ejecutoria en mención se refiere a la acción de desahucio, siendo ésta una de las más utilizadas en el arduo y cotidiano quehacer forense.
- 2) En segundo lugar porque significa una trascendental innovación en nuestra Jurisprudencia, ya que a través de ella nuestra Corte Suprema adopta un nuevo criterio, radicalmente distinto al establecido reiteradamente por otras Ejecutorias anteriores. Es así como esta fuente supletoria de nuestro ordenamiento civil, en lo referente al contrato de arrendamiento, ha sufrido una seria modificación.

Respecto a los hechos que dan lugar a la controversia, así como al desarrollo del proceso, no van a ser objeto de descripción de parte nuestra, creemos que la lectura del dictamen del Señor Fiscal y de la Resolución Suprema, suple con creces lo que nosotros podríamos decir.

Pasemos, pues, a comentar la mencionada Resolución Suprema empezando a centrar el problema. Creemos que lo medular de la controversia sub-judice, el principal problema jurídico que ella encierra estriba en dilucidar sobre la eficacia jurídica de los avisos de despedida cursados por el locador al inquilino cuando el contrato está en plena vigencia.

Es así como los términos en que podemos plantear esquemáticamente el problema jurídico suscitado pueden ser los siguientes: ¿cuándo es válido el aviso de despedida

cursado por el locador al conductor para que éste proceda a la desocupación del bien locado? ¿si tiene validez el aviso de despedida cursado dentro de quince días de vencido el término contractual, por qué no la tendría el aviso cursado aún con anterioridad al vencimiento del término contractual? ¿tiene alguna eficacia este aviso si se cursa después de los quince días de vencido el plazo pactado?

De las respuestas que demos a estas interrogantes podemos llegar a dos conclusiones que implican efectos jurídicos radicalmente diferentes ya que:

- 1) Si es válido el aviso de despedida cursado con anterioridad al vencimiento del término contractual nos encontraríamos que no ha operado reconducción tácita y que, por lo tanto el locador tiene expedito su derecho para interponer fundadamente demanda de desahucio con el objeto de recuperar el bien arrendado.
- 2) Por otro lado, si dicho aviso de despedida no es válido nos encontraríamos que ha operado reconducción tácita, si dentro de los quince días siguientes al vencimiento tampoco se solicita la casa y el conductor se encuentra en ella, sin devolverla. Por lo tanto, el locador carecería de derecho para interponer fundadamente demanda de desahucio, debido a que en virtud de la reconducción tácita el contrato primigenio de duración definida devendría en un contrato de locación-conducción sujeto a plazo indeterminado, es decir se prolongarían indefinidamente las relaciones contractuales entre el locador y el conductor.

¿Cuál ha sido la opinión emitida al respecto por la Corte Suprema en el caso sub litis? Nuestro más elevado órgano jurisdiccional ha considerado que el aviso de despedida cursado por el locador con anterioridad al vencimiento del término contractual carece de toda eficacia y trascendencia, que, en todo caso, viene a ser sino una simple advertencia desnuda de cualquier eficacia jurídica. ¿En qué se ha basado la Corte Suprema para opinar en tal sentido? Ha fundamentado su opinión en la interpretación literal contraria sensu del numeral mil quinientos treintidós de nuestro Código Civil que a la letra dice:

“Concluido la locación por haber vencido el término, si pasan quince días sin que el locador solicite la cosa, ni el conductor la devuelva, se renueva el contrato, pero queda sujeto a las reglas de los de duración indeterminada...”

Es evidente que el mencionado dispositivo establece un presupuesto fáctico, describe el hecho en virtud del cual opera la reconducción tácita, ¿cuál es ese evento? que el locador no pida la cosa locada, ni el conductor la devuelva en el plazo de quince días contados a partir del vencimiento del término contractual. En síntesis, dicho artículo establece cuándo opera la reconducción tácita, pero ¿podemos afirmar rotundamente que según el mencionado artículo el aviso de despedida cursado antes del vencimiento del plazo pactado carece de eficacia jurídica? ¿estipula en forma evidente que el aviso de despedida otorgado con anterioridad al vencimiento del término contractual no es válido para impedir que opere la reconducción tácita? No nos parece. . .

Pasaremos a argumentar nuestra posición: si la ley le concede al locador el derecho para cursar aviso de despedida en el plazo de quince días contados a partir del vencimiento del término contractual, es de pura lógica concluir que, con mayor razón, el locador tiene derecho a otorgar dicho aviso antes del vencimiento del plazo pactado. ¿Qué razón valedera existe para pensar que siendo el aviso de despedida cursado después del vencimiento del término contractual suficiente para impedir que prospere la reconducción tácita, no lo sea también el aviso otorgado antes del vencimiento del contrato, cuando las relaciones jurídicas entre el locador y el conductor están en plena vigencia, cuando el vínculo contractual rige a plenitud?

Es más, sabemos que una de las obligaciones primordiales de todo inquilino, y así lo dispone el inciso 4to. del artículo mil quinientos diecisiete de nuestro Código Civil, es la de devolver o desocupar el bien locado al vencimiento del plazo pactado, ¿cómo puede ampararse al inquilino que no cumple con aquello a lo cual se obligó? Claro está que de haber mediado consentimiento tácito del locador para que continúen sus relaciones jurídicas con el conductor no habría duda de que parte del conductor no ha habido incumplimiento de la palabra empeñada; pero si el conductor conoce a ciencia cierta que es deseo del locador que sus relaciones contractuales se extingan al vencimiento del contrato, es obvio que el conductor ha violado su palabra empeñada al no cumplir con aquello a lo cual se obligó libremente. ¿Podría la ley proteger este incumplimiento? es más ¿podría la ley incluso sancionar al locador con una reconducción que no sea? Creemos que no, que esa no ha sido, ni es, ni ha podido ser la intención de nuestros legisladores, ni la voluntad de la ley.

Consideramos que el problema suscitado es solamente un problema de interpretación del numeral mil quinientos treintidós, si lo interpretamos atendiendo estrictamente a su letra podemos llegar a conclusiones peligrosas, pero si hacemos esa interpretación atendiendo a su espíritu y siguiendo el método sistemático la interpretación a la cual se arribaría sería distinta y en nuestro juicio la correcta.

Vale la pena el que consideremos la validez que tiene el aviso de despedida cursado por el locador, ya no antes, sino después de los quince días de vencido el término contractual. Al respecto nuestra opinión concuerda con el parecer de la Corte Suprema, dichos avisos sean extra judiciales o, incluso, judiciales carecen de eficacia jurídica debido a que el locador no cumplió con otorgarlo cuando el dispositivo legal le franqueó el camino para ejercitar su derecho, se mantuvo en silencio, y sabemos que el silencio constituye manifestación de voluntad cuando el que se mantiene en silencio está en la obligación de expresarse. Es así como opinamos que la interposición de la demanda de desahucio no constituye aviso de ley en el caso sub-judice, debido a que fue interpuesta después de los quince días del vencimiento del término contractual.

Tal como anotáramos al iniciar el presente comentario, la Ejecutoria es interesante debido a que marca un cambio de criterio con respecto a Ejecutorias anteriores, creemos que es necesaria, y los tiempos actuales así lo requieren, cierta flexibilidad en nuestra Jurisprudencia, debido a que ésta debe estar guiada por el acontecer social, que, por definición, es mutante. Pero no estamos de acuerdo con la razón de ser del cambio en este caso concreto, nos parece que las Ejecutorias anteriores se acercaban más, por así decirlo, a una correcta administración de justicia.

Antonio Kuljevan Pagador

II — DESAHUCIO POR OCUPACION PRECARIA

DICTAMEN FISCAL

Exp. 2366/66. - 2da. Sala. - Procede de Lambayeque.

Señor :

Se recurre de la sentencia de vista de fs. 70 que, en discordia, revoca la apelada que había amparado la demanda de desahucio interpuesta por don Guillermo Ro-

jas Quevedo contra don Honorio Quevedo Chepe a fs. 9 y la declara improcedente.

La revocatoria en mención se funda en dos consideraciones :

- a) Que el propio actor afirma en su demanda que el demandado es arrendatario y que se halla en mora en el pago de la renta.
- b) Que siendo condómino con don Raúl Antonio Coiffman en la propiedad del bien sub litis, no procede que él ejercite la presente acción sobre la totalidad materia del mismo.

El Fiscal es de opinión que la demanda es fundada y que no hay contradicción alguna en la posición del actor, porque si bien es cierto, que en su demanda de fs. 9 y en la de los acompañados, señala al demandado como conductor del fundo la "Totora" de su propiedad, no es menos cierto también que dicha circunstancia no es óbice para que se ampare la demanda por la causal de ocupación precaria, ya que el mismo Tribunal Superior en los autos que se tienen a la vista desestimó su demanda por impago de la renta, sustentando su fallo en la circunstancia de no estar acreditado el contrato de arriendo; y como quiera que el demandado alegó en dicha litis un derecho de propiedad sobre el fundo, dejó a salvo el derecho del actor para que lo haga valer en la forma de ley, la cual no podía ser otra, como no lo es, que la presente acción por ocupación precaria. De otro lado, de modo alguno obsta al ejercicio de la presente acción el que el demandado sea copartícipe del fundo litigioso, pues, con sujeción al Art. 896 del Código Civil, puede defender el bien común de terceros, caso del demandado.

En consecuencia, estando probado con el testamento de fs. 1 el derecho del actor sobre el fundo sub litis y no habiendo demostrado don Honorio Quevedo Chepe que existe relación contractual con el actor o que pague alguna renta por la detentación de dicho bien, es aplicable el segundo párrafo del Art. 970 del C. de P. C., en cuya virtud debe declararse fundada la demanda de fs. 9.

HAY NULIDAD en la recurrida, la cual debe reformarse y confirmándose la apelada, corresponde que la Corte Suprema ampare la acción.

Lima, 20 de setiembre de 1967

Ponce Mendoza

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintisiete de setiembre de mil novecientos sesentisiete.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal y **CONSIDERANDO**, además : que de la sentencia consentida que obra a fs. 113 del expediente acompañado, resulta como verdad legal, que don Honorio Quevedo Chepe ocupa el bien objeto de la litis, sin pagar arrendamientos por él y sin el consentimiento de los propietarios, que la impugnación del título de propiedad de éstos no puede surtir efectos mientras dicho título no se haya invalidado por sentencia ejecutoriada; que, en consecuencia don, Honorio Quevedo Chepe tiene la calidad de ocupante precario del inmueble objeto del desahucio; que en tal caso procede la acción de desahucio, conforme a lo dispuesto en la última parte del artículo novecientos setenta del C. de P. C.; que la acción de desahucio puede ser ejercitada por uno o varios condóminos, por cuanto ella tiene cierta naturaleza reivindicatoria, puesto que se dirige por quien es dueño y no posee contra quien posee sin ser dueño, y tiene por objeto alcanzar la devolución del inmueble detentado, por el demandado con título fenecido o con consentimiento del propietario que éste ha revocado; declararon : **HABER NULIDAD** en la sentencia de vista de fs. setenta, su fecha dieciséis de octubre de mil novecientos sesentiséis, en la parte materia del recurso de nulidad, que revocando la apelada de fs. 40, su fecha 25 de julio del mismo año, declara infundada la demanda de desahucio interpuesta a fs. 9 por don Guillermo Rojas Quevedo, reformándola, confirmaron la de primera instancia que declara fundada la expresada demanda, y, en consecuencia, que el demandado, don Honorio Quevedo Chepe, debe desocupar el bien materia de la acción en el término de seis días, declararon **NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene y es materia del recurso de nulidad; y los devolvieron.— **GARCIA RADA. EGUREN.— ALARCON.— PALACIOS.— PORTOCARREIRO.**— Se publicó.— Lizandro Tudela Valderrama.— Secretario.

Comentario

El caso objeto de la Ejecutoria Suprema comprende la consideración de la procedencia o improcedencia de una demanda de desahucio, fundada en las causales de ocupación precaria, y que fue interpuesta por un condómino, luego de habersele desestimado la misma pretensión de desahuciar, aduciendo en juicio anterior el im-

pago de la renta conductiva, sin probar la calidad de arrendatario del poseedor.

Tal ejecutoria, muy significativa porque traduce el temperamento de la Corte Suprema sobre la figura del ocupante precario, la podemos analizar desde 3 puntos de vista:

a) *Procesal*: La Corte Superior, desestimó la demanda por la consideración de que se había demandado anteriormente desahucio por falta de pago de la renta, y que luego el actor, en una segunda demanda, argüía la calidad de precario del demandado, lo que conceptuaron contradictorio.

La Corte Suprema no acogió esta tesis, concluyendo que si no se había acreditado la calidad de arrendatario (razón por la que se desestimó la demanda anterior), bien podía el actor ejercitar una nueva acción valiéndose de la causal de ocupación precaria.

Somos de parecer que no existe contradicción lógica ni mucho menos legal en el planteamiento de las dos acciones; y aún en el caso de que ambas acciones se hubiesen planteado en forma acumulada, es decir, dentro de una misma demanda, tampoco correspondería negársele el derecho a plantear una demanda semejante, teniendo en cuenta que el artículo 247 del Código de Procedimientos Civiles permite que: “En una misma demanda pueden plantearse dos o más acciones con tal que no sean incompatibles. No obstante ser incompatibles las acciones, pueden ejercitarse en una misma demanda si se deducen alternativamente. Puede sostenerse, en consecuencia, que si no prosperaba la primera, bien podía atenderse a la segunda tesis: nunca ambas por ser contradictorias (pero sí una en virtud de la economía procesal).

Concluyendo el punto, diremos que si la propia ley admite el planteamiento de dos acciones contradictorias cuando se proponen disyuntivamente; desestimado el desahucio por impago de la renta, en virtud de no haberse acreditado la relación contractual de arrendamiento y, consecuentemente la obligación del demandado nada impide que pueda prosperar la demanda fundada en otra causal, que no sólo resulte excluida, sino más bien afirmada, tal cual es el caso de la ocupación precaria.

b) *Planteamiento de la demanda por un condómino:*

El Tribunal Superior da como causal de desestimación de la demanda, el hecho de su planteamiento por uno solo de los condóminos, estimando que la ley no lo faculta a ello.

El Dr. Pino Carpio, en su obra de Derecho Procesal Civil, niega al condómino la facultad de demandar desahucio por ocupación precaria, dando como sustento legal el artículo 971 del C.P.C., el que faculta a determinadas personas a demandar desahucio, entre las cuales no se halla el condómino.

Si bien es cierto que este artículo es taxativo, podríamos decir que la figura del condómino se encuentra incluida en el inciso 1º pues no es más que un propietario.

Considera el Dr. Pino, que “ni siquiera puede pretender ejercer la acción respectiva en la parte proporcional que le corresponde, pues mientras permanezca la cosa indivisa ningún condómino puede titularse dueño absoluto de parte determinada...” (Esto al respecto del desahucio en general).

En general, esta limitación nos parece sin mayor sentido pues el condómino no demandará nunca para sí, sino para todos.

La Jurisprudencia francesa da una solución bastante acertada en nuestro concepto, aplicando a la indivisión las reglas de la gestión de negocios. Los comuneros se obligan al acto realizado con tal que sea útil si es que ninguno de los copartícipes ha manifestado su oposición a esto.

Podríamos decir que en cierta forma, el artículo 908 del Código Civil acoge esta posición: “si el bien indiviso es un fundo, una nave o un negocio industrial, cualquiera de los copartícipes puede emprender los trabajos para la explotación normal, si no está establecida la administración común y mientras ésta no sea solicitada”. El legislador no ha querido que los bienes objeto del condominio queden estáticos sin la explotación que requieren, comprendieron así la delicada situación que se presenta en el condominio, que es la de pedir el consentimiento a todos. Es por ello, que en determinados casos otorga la facultad de autotitulación de administrador a uno de los condóminos, permitiéndole obrar como tal, con los consiguientes efectos que produce la administración (rendir cuentas, etc.).

Pero, ¿cómo aplicar este artículo al presente caso? Si bien es cierto que se trata de un desahucio por ocupación precaria, esta acción podemos asimilarla a lo que el Código llama *trabajos*, pues es obvio que el primer trabajo a realizarse en un fundo es desocupar a quien lo habita sin título alguno, para luego poder iniciar el trabajo materialmente considerado (siembra, etc.)

Podríamos concluir pues, que el condómino que demandó no requería el consentimiento de los demás.

Algunos tratadistas pretenden fundamentar el hecho de la prohibición de demandar del condómino en el artículo que niega la facultad de arrendar al copartícipe, por lo que en contraposición se dice que si no puede arrendar, tampoco podrá demandar desahucio, pues en ambos casos está ejerciendo actos de disposición sobre el bien.

Sin embargo, el artículo 896 del C.C. faculta al condómino a defender el bien de terceros. Este argumento, recogido por la ejecutoria nos parece bastante sólido, pues es evidente que al demandar el desahucio, se está ejerciendo una defensa, no para sí, sino para todos, ya que el desahucio pretende la desocupación del bien por el ocupante precario y no la ocupación del bien por el demandante. Es evidente que esta desocupación redundará en beneficio de todos.

La ley es bastante amplia y a la vez parca al referirse a este punto, y la interpretación debe estar dirigida a considerar como defensa de terceros tanto a los interdictos como a la acción de desahucio, cualquiera fuere su naturaleza. Es evidente que se defiende un bien de terceros demandando desahucio a quien no abona la renta que le corresponde, o a quien se le ha vencido el contrato o al precario. Tampoco podemos considerar que se refiere a la defensa del bien por la fuerza, pues para ello tenemos el artículo 831 del acotado cuerpo legal que concede esta facultad.

Creemos, pues, que el legislador ha querido ser amplio en este punto, comprendiendo en este artículo cualquier causal que importe una defensa frente a la usurpación.

Otro argumento que ampara la demanda de desahucio por un condómino es el que afirma que el desahucio por ocupación precaria tiene cierta naturaleza reivindicatoria pues se dirige por el propietario no poseedor contra el poseedor no propietario y sin derecho a poseer.

c) *Naturaleza de la acción de desahucio por ocupación precaria*: Analicemos previamente el concepto de ocupante precario.

Etimológicamente proviene de pre-care, que significa rogar, suplicar.

En Roma, el precario era un contrato de tolerancia por el cual se concedía el uso de un poseedor a otro con la reserva de revocar esta ventaja en cualquier momento. Tenía pues el carácter de un préstamo revocable.

Este concepto perdura en la época moderna. Nuestro Código Civil, en la parte de contratos no contiene ningún artículo en el que se mencione expresamente la palabra precario.

Sin embargo, como anota J.E. Castañeda, dentro del título de Comodato hay un artículo referido específicamente al precario: “Cuando no se ha determinado el objeto del uso ni su duración, ni aquel resulte determinado por la costumbre, puede el comodante a su arbitrio pedir que se le devuelva la cosa prestada”.

El C.C., en su afán de simplificar la vasta gama de contratos, ha incluido al precario dentro del comodato, cuando en realidad existe una diferencia sustancial: la fijación de un término en el comodato (art. 1587) y la indeterminación temporal del precario (art. 1594).

Como premisa anotemos que el C.C., aun cuando no lo denomina así, determina precisamente la figura de ocupante precario, por lo que no ha derogado tácitamente —tal como algunos afirman— el contrato de precario consignado en el art. 970 del C.P.C.

Aparte de la adecuación lógica del art. 1594 con la definición de precario, la Comisión Codificadora expresamente ha admitido que se refiere al precario.

La Corte Suprema, de otro lado, ha ampliado el concepto de precario considerando dentro de él a cualquier poseedor ilegítimo. Su criterio es mucho más amplio que el de la definición mencionada. Los Tribunales españoles y argentinos han admitido la figura con la misma ampliación.

Sin embargo, consideramos que el precario deriva efectivamente de un título y que no corresponde de ningún modo a la figura del poseedor, ilegítimo contemplado en nuestro C.C.

El dictamen fiscal, acogido totalmente por la Corte Suprema, define al precario en cuanto entre él y el propietario no media ninguna relación contractual; aspecto que conceptuamos no corresponde a la definición primitiva puesto que media entre propietario y poseedor el contrato de precario y sólo procederá la acción de desahucio para que desocupe el bien que fue beneficiado por un acto de liberalidad que luego fue revocado.

Consideramos que en este caso, la ejecutoria al haber ampliado este concepto lo ha desvirtuado, llevándolo a una plena identificación con la posesión ilegítima, cuando nada tiene que ver una con la otra.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 194/68.— 1ra. Sala.— Procede de Lima.

Señor:

La demanda de fs. 11, interpuesta por don Carlos Orbegoso Barúa contra el Supremo Gobierno, ejercita la acción popular que autoriza el art. 133 de la Constitución del Estado, cuyo procedimiento está señalado por el art. 7º de la L. O. del P. J. La demanda persigue que se declare, por el Poder Judicial, que son inaplicables el Decreto Supremo Nº 01 de 6 de enero y el Decreto Supremo Nº 49 inc. 8º y art. 154 de la Constitución del Estado.

El Poder Ejecutivo puede adoptar todas las medidas necesarias para conseguir el abaratamiento de las subsistencias cuando circunstancias de necesidad social así lo aconsejen; pero esa facultad no es absoluta porque a tenor de lo dispuesto en el art. 49 de la Carta Magna, se requiere de la existencia previa de ley autoritativa dictada por el Poder Legislativo. En la fecha en que fueron expedidos los Decretos Supremos Nos. 01 y 49 (6 de enero y 19 de mayo de 1967), el Poder Ejecutivo no contaba con el requisito constitucional referido, por cuanto las leyes 9047 de 13 de enero de 1940, así como la Ley Nº 14953 de 10 de marzo de 1964, ambas de carácter transitorio, dejaron de tener vigencia en virtud del Decreto-Ley Nº 11208, ratificado por la Ley del Congreso Nº 11490, que derogó todas las disposiciones existentes sobre el control de precios con la sola excepción hecha para el pan y los combustibles.

Los Decretos Supremos impugnados, que han reducido el aumento del precio del azúcar en el mercado interno en un 20% y S/. 0.25, respectivamente, han sido pues dictados con infracción del art. 49 de la Constitución del Estado y por ello, las sentencias inferiores que han amparado la acción popular que se ejercita en la demanda de fs. 11, están dictadas con arreglo a ley y a derecho, por lo que mi opinión concluye por la NO NULIDAD de la sentencia confirmatoria de vista de fs. 83.

Lima, 8 de junio de 1968.

L. Ponce Sobrevilla

De existir esta identificación, ¿qué objeto tendría la acción reivindicatoria? Sabemos que es la dirigida por el propietario no poseedor contra el poseedor no propietario y sin derecho a poseer con el objeto de recuperar el bien; pero no tendría ninguna vigencia real desde que cualquier propietario con derecho a poseer, haría uso de una acción sumaria de desahucio, en la que los términos son más breves y la probanza menos extensa, no obstante de controvertirse una situación que escapa a la figura propia del precario.

La Jurisprudencia, reflejada en la ejecutoria comentada, está amparada así, en acciones que no corresponderían ser ejercitadas en la vía sumaria.

Aparte de estas consideraciones, se comete un absurdo: se rechaza el interdicto de recobrar después de transcurrido un año de producido el despojo (pues se pretende favorecer al poseedor despojado con una vía rápida sólo por un término breve); y se admite después de transcurrido el año, una acción que bajo otro nombre, desahucio por ocupación precaria, se dirige en definitiva a la misma recuperación del bien, con la particularidad de seguirse en la misma vía.

Con esta interpretación pues, se está pasando sobre la ley que en los juicios de propiedad exige un probanza más efectiva a quien pide un bien; y estamos ante el caso que este requisito se burla desde que una probanza en juicio sumario no es nunca tan efectiva.

Para que la acción de desahucio por ocupación precaria sea amparada deberá demostrarse fehacientemente la relación contractual revocada, no siendo suficiente argumentar que no existe ninguna clase de relación, pues en virtud de la presunción de propiedad a favor del poseedor, cualquiera que éste sea, el propietario deberá determinar claramente que lo que exige es suyo, y así, desvirtuar esta presunción. Nada mejor para ello que la utilización de términos amplios.

Concluimos pues, que el art. 970 del C.P.C. no ha sido derogado por el C.C.; más bien diríamos que lo ha ratificado por medio del art. 1594 y es por ello que su interpretación debe restringirse a lo que significa legal y doctrinariamente, la figura del precario, no incompatibilizando así, la acción de desahucio que le es propia con la reivindicatoria, que corresponde a otras figuras diferentes.

Shoschana Zusman

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintiocho de agosto de mil novecientos sesenta y ocho.

VISTOS; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ochenta y tres, su fecha veintitrés de abril del presente año, que confirmando la apelada de fojas cincuentinueve, su fecha seis de noviembre de mil novecientos sesentisiete, declara fundada la demanda de nulidad de resoluciones interpuesta a fojas once por don Carlos Orbegoso Barúa contra el Supremo Gobierno; con lo demás que contiene; y los devolvieron.— Maguñía Suero.— Vivanco Mujica.— Alarcón.— Peral.— Carranza.— Se publicó.— Lizandro Tudela Valderrama.

Comentario

Con fecha 28 de agosto de 1968 la Primera Sala de la Corte Suprema ha expedido ejecutoria en la causa 194-68 declarando fundada la demanda de no aplicación de decretos supremos, interpuesta contra el Gobierno en uso de la acción popular que autoriza el artículo 133 de la Constitución del Estado y siguiéndose el procedimiento de juicio ordinario de puro derecho, señalado en el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Mediante los decretos supremos impugnados, el Poder Ejecutivo disponía de dos rebajas en el precio del azúcar en el mercado interno. En efecto los decretos supremos Nos. 1 y 49-A de 6 de enero y 19 de mayo de 1967 ordenaban, respectivamente, las rebajas del 20% del aumento y de S/. 0.25, sobre el precio del azúcar, aumentando en S/. 1.00 por kilogramo a fines de 1966 por el Comité de Productores del Azúcar.

Dichas actos administrativos se fundaban expresamente en lo dispuesto en el inciso 8 del artículo 154 de la Constitución, en la ley 9047, en el artículo 2 del Título Preliminar del Código Civil y en el artículo 358 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Se consideraba especialmente en el último decreto que los estudios realizados por una comisión interministerial encargada del asunto habían establecido una notable diferencia de costos entre los diversos productores, existiendo el caso de algunos productores cuyos costos alcanzaban a más del doble que los de las producciones más eficientes; y que el hecho que el referido producto se expendiera con "oferta unificada" obligaba al Estado a intervenir en la fijación de su precio en defensa del público consumidor.

Los fundamentos de los decretos no tenían asidero en los dispositivos de nuestro actual ordenamiento legal que expresamente citaban. La ley 9047, de 13 de enero de 1940, autorizaba al Poder Ejecutivo a adoptar todas las medidas necesarias para conseguir el abaratamiento de las subsistencias, cuando lo exigieran circunstancias extraordinarias de necesidad social. Esta ley fue derogada por el artículo 13 del decreto ley 11208, de 11 de noviembre de 1949, (que tiene carácter de ley de Congreso de conformidad con la ley 11490) y que ordena se deroguen todas las disposiciones existentes sobre control de precios, con la sola excepción de las referentes al pan y a los combustibles; y sujetando las medicinas a control técnico.

Existe otra ley posterior de la materia, la 14953, que no fue invocada, por cuanto la autorización que esta ley confiere al Poder Ejecutivo para la adopción de medidas que requiera la necesidad social tendientes al abaratamiento de las subsistencias estaba expresamente limitada a una vigencia de 180 días, a partir del 10 de marzo de 1964, la fecha de su promulgación, o sea que no era aplicable a los decretos de autos.

La facultad general del Poder Ejecutivo, a través del Presidente de la República, contenida en el inciso 8 del art. 154 de la Constitución del Estado, es la de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas y con esta misma restricción dictar decretos y resoluciones. En el presente caso no se estaba reglamentando ninguna ley, sino al dictarse los decretos se estaba creando un orden administrativo, pero, como lo consideró la Corte y constituyó el fundamento principal de la tesis contraria al Gobierno, estos actos administrativos nuevos transgredían y desnaturalizaban la ley, por cuanto el artículo 49 de la Constitución exige que para adoptar esas providencias tendientes a abaratar las subsistencias en circunstancias extraordinarias de necesidad social, exista ley a este respecto o que autorice al Poder Ejecutivo para esta finalidad.

La referencia al artículo 358 de la Ley Orgánica del Poder Judicial es ineficaz porque éste se refiere al señalamiento del fuero común para conocer los delitos de especulación y acaparamiento, sin tener relación directa con la materia normada. La referencia al artículo 2 del Título Preliminar del Código Civil, o sea la disposición y principio general consistente en que la ley no ampara el abuso del derecho, resulta, en el presente caso, de muy lato significado, y por tanto inaplicable en consideración a la libertad de comercio e industria que ordena el artículo 40 de la Constitución, máxime que el Estado

no había probado el hecho del abuso por parte del Comité de Productores de Azúcar al fijar los nuevos precios, en la escala precisa en que lo había hecho.

Al no mencionarlo la ejecutoria ni el dictamen fiscal, tal vez quedó sin ventilarse el posible argumento que el azúcar, como lo consideró el Gobierno, es un producto de “oferta unificada”, y que desde este distinto aspecto podía haberse intentado enfocar también las bases legales de los referidos decretos supremos, al amparo de lo establecido por el artículo 16 de la Constitución.

De tal manera, pues, quedó establecido por la jurisprudencia comentada que conforme al artículo 49 de la Constitución, el control de precios por el Estado requiere de ley de Congreso que lo disponga o que faculte al Ejecutivo para realizarlo; de otra forma carece de eficacia legal y no obliga a su cumplimiento.

José Montoya Mavila

IV — BENEFICIOS SOCIALES : EXONERACION DEL PERIODO DE PRUEBA

Lima, a cuatro de noviembre de mil novecientos sesenta y siete.

VISTOS; resulta de autos que a fojas una, doña María Lupe Vargas interpone demanda contra la firma Braun Asociados Sociedad Anónima, para que le pague la suma de quince mil doscientos cincuenta soles, por los siguientes conceptos: dos mil quinientos soles por compensación de tiempo de servicios; siete mil quinientos soles por despedida intempestiva; cinco mil soles por derechos de mujer y doscientos cincuenta soles por tres doceavos vacacionales, manifestando que ha prestado servicios a la demandada, en calidad de empleada, desde el once de enero al nueve de abril de mil novecientos sesenta y seis, en que se le cursó un Memorándum de cese en el que se indicaba que se procedería a pagarle los doceavos que determina el artículo primero de la ley catorce mil doscientos dieciocho; que ha percibido el haber mensual de dos mil quinientos soles, que cuando estuvo prestando servicios a la oficina del ingeniero Alejandro Mejía Galoso, contratista de obras, fue llamada por el contador administrador de la demandada don Guillermo Pinedo Odicio, para manifestarle que, habiendo rendido sus pruebas de aptitud en concurso con otras señoritas, había sido seleccionada para ocupar el puesto de Secretaria y Auxiliar de Contabilidad, por cuyo motivo le corresponde percibir los bene-

ficios sociales que establece la ley cuatro mil novecientos dieciséis. Citadas las partes a comparendo, esta diligencia se llevó a cabo a fs. siete, en la que el apoderado de la demandada dedujo la excepción de cosa juzgada, expresando que, a la demandante se le ha pagado al rescindirle el contrato de trabajo con arreglo a lo dispuesto por el Decreto Ley catorce mil doscientos dieciocho; que en cuanto al fondo del asunto la niega, desde que no es cierto que la actora haya sido llamada por el denominado Contador Administrador Guillermo Pinedo Odicio, ni que haya entrado por concurso a la firma como temerariamente se afirma en la demanda; que cuando Braun Asociados Sociedad Anónima por razones de iniciar sus labores determinadas por los Estatutos en el mes de enero de este año necesitó personal, en este caso una ayudante Secretaria, cuyas labores eran las de atender las llamadas telefónicas, anotar citas, recibir la correspondencia y labores de simple recepción, llamó a la firma Empleos Peruanos Sociedad Anónima, a fin de averiguar de que dicha sociedad le consiguiera una jovencita y que a los pocos días se presentó la demandante, la que dada la urgencia de contar con una recepcionista fue aceptada sin más trámites; que la actora no cumplió en forma regular con sus obligaciones y, además, en forma continua llegaba tarde, por lo que se le cursó numerosos Memorándums, llamándole la atención; que a la baja calidad de sus servicios obligó a su representada a dar por rescindido el contrato de trabajo y abonarle los doceavos correspondientes, dejando constancia que días antes de su despido, que fue el nueve de abril, ha faltado sin causa justificada y sin dar aviso alguno; que aparte del mencionado pago, en un rasgo de generosidad se le otorgó una suma de dinero por concepto de gratificación especial; que son totalmente improcedentes los reclamos formulados por concepto de sueldo por tiempo de servicios; tres sueldos por despedida intempestiva; dos sueldos por ser mujer y los tres doceavos vacacionales; y que formula reconvencción a fin de que la actora devuelva las sumas de dinero por concepto de préstamo o gratificaciones especiales y cuyo monto se acreditará en forma exacta, o en su defecto se compense en el supuesto de que se le obligue a pagar sumas de dinero alguna. Tramitadas la excepción y reconvencción deducidas, abierta la causa a prueba, actuadas las que aparecen de autos y vencido el probatorio ha llegado la oportunidad de pronunciar sentencia; y CONSIDERANDO : que la demandada en el acto del comparendo ha deducido la excepción de cosa juzgada, con el fundamento de que la demandante en el momento de rescindirse el contrato de trabajo ha si-

do pagada con arreglo a lo dispuesto en el Decreto Ley catorce mil doscientos dieciocho; que la excepción de cosa juzgada para ser amparada requiere de las tres identidades de persona, acción y cosa, además, que el juicio anterior haya terminado por sentencia ejecutoriada; que, en el presente caso la excepción deducida no está encuadrada dentro del concepto contenido en el artículo trescientos diecisiete del Código de Procedimientos Civiles, razón por la cual debe ser desestimada; que la demandada no ha negado el record de servicios de la actora, que abarca el tiempo comprendido entre el once de enero y el nueve de abril de mil novecientos sesenta y seis, o sea durante dos meses y veintiocho días, el monto de su haber mensual, ascendente a dos mil quinientos soles, ni el hecho de que procedió a despedirla del empleo en la fecha señalada en segundo término; que el presente caso ofrece para su decisión una cuestión primordial, a la que se ha contraído la discusión habida en el juicio, que consiste en determinar si, la demandante ingresó al servicio de la demandada por concurso, o examen de conocimiento o aptitud, mientras que aquella sostiene haber rendido pruebas de aptitud en concurso con otras señoritas para ingresar a dicho servicio, con cuyo objeto inclusive dejó su anterior empleo, la última niega tal aseveración; que con la prueba testimonial actuada a fojas veintitrés vuelta, de acuerdo con el interrogatorio de la misma foja y el mérito del certificado de fojas quince, el mismo que no ha sido impugnado, así como las respuestas dadas por la actora a las siete preguntas del interrogatorio de fojas dieciocho y a las veintiséis repreguntas del mismo pliego, se encuentra acreditado que, la nombrada demandante, doña María Lupe Vargas, para ser aceptada como empleada de la demandada tuvo necesidad de rendir exámenes de aptitudes y conocimientos de contabilidad, taquigrafía, mecanografía y redacción, en concurso con otras señoritas que postulaban al mismo cargo; que, en consecuencia, la actora está exonerada del período de prueba, razón por la cual se encuentra comprendida dentro de los beneficios sociales acordados a los empleados por la ley cuatro mil novecientos dieciséis, sus ampliatorias y conexas; que de acuerdo a la conclusión que antecede, y no habiendo sido la demandante despedida del empleo por las razones alegadas en la contestación de la demanda con las formalidades establecidas en el artículo veintiuno del Reglamento de la Ley cuatro mil novecientos dieciséis, le corresponde recibir, de conformidad con lo dispuesto, por los artículos primero y veinte de la ley seis mil ochocientos setenta y uno y en la ley diez mil doscientos treinta y nue-

ve, un sueldo por compensación de tiempo de servicios; que la propia demandada en el acto del comparendo ha reconocido haber despedido a la demandante el día nueve de abril de mil novecientos sesenta y seis, sin el preaviso de ley, razón por la cual, en aplicación de lo dispuesto en el artículo veintiocho del reglamento precitado, debe pagarle tres sueldos por despedida intempestiva; que no habiendo la demandada acreditado suficientemente en autos haber tenido motivo justificado para adoptar esa decisión y siendo por tanto evidente que la relación laboral se ha rescindido por culpa imputable a ella, en armonía con lo prescrito en la ley cuatro mil doscientos treinta y nueve y en el Decreto Supremo de fecha primero de mayo de mil novecientos cuarenta, deben ser igualmente amparados los extremos de la demanda relativos al pago de dos sueldos por despedida injustificada del empleo y doscientos cincuenta soles por vacaciones truncas; que la reconvencción y compensación deducidas por la demandada en el acto del comparendo basándose en el hecho de que a la actora le ha entregado sumas de dinero por concepto de préstamos y gratificaciones especiales resultan infundadas en vista de que no ha sido acreditado dentro de la secuela del juicio el mencionado fundamento en que ellas se sustentan; que estando probado en autos con la liquidación de fojas cuarenta que, la demandada ha entregado a la actora como indemnización la cantidad de seiscientos veinticinco soles, esta suma debe ser deducida de la que se mande pagar en esta sentencia; que la tacha deducida por la demandada en el recurso de fojas veintisiete contra el testigo de la demandante don Guillermo Pinedo Odicio, por estar incurrido dentro de las limitaciones que establece el inciso cuarto del artículo cuatrocientos cincuenta y cuatro del Código de Procedimientos Civiles, resulta infundada, desde que, el hecho de seguir dicho testigo un juicio sobre pago de soles, por ante el Segundo Juzgado de Paz Letrado de esta Capital no puede configurar la causal a que se contrae el citado dispositivo legal como impedimento para declarar, máxime si no se ha acreditado la existencia de algún hecho grave que hubiera puesto en evidencia la enemistad del testigo con la demandada; por estas razones, FALLO: declarando infundadas las excepciones de cosa juzgada, reconvencción y compensación deducidas por la demandada en el acto de comparendo; infundada asimismo la tacha deducida contra el testigo de la demandante en el recurso de fojas veintisiete; y fundada la demanda interpuesta a fojas una por doña María Lupe Vargas contra la firma Braun Asociados, Sociedad Anónima y en consecuencia, esta última debe pa-

gar a la actora dentro del tercero día la suma de quince mil doscientos cincuenta soles, por los siguientes conceptos: dos mil quinientos soles por compensación de tiempo de servicios; siete mil quinientos soles por tres sueldos por despedida intempestiva; soles cinco mil por lo dispuesto en la ley cuatro mil, doscientos tretrainueve y doscientos cincuenta soles por vacaciones truncas; con deducción de la suma de seiscientos veinticinco soles que la demandante ha recibido por concepto de indemnización, conforme aparece de la liquidación de fojas cuarenta.— Con costas.— Lino Roncalla.— Oscar Sotomayor.

Lima, doce de diciembre de mil novecientos sesenta y siete:

VISTOS; por sus fundamentos: CONFIRMARON la sentencia apelada de fojas cuarenta y dos, su fecha cuatro de noviembre último, que **declara** fundada la demanda de fojas una y, en consecuencia, **ordena**: que la firma Braun Asociados Sociedad Anónima abone a doña María Lupe Vargas la suma total de catorce mil seiscientos veinticinco soles, por los conceptos que se indica, con lo demás que contiene; y los devolvieron.— Rodríguez Cartland.— Izaguirre Alzamora.— Amat y León.

DICTAMEN FISCAL

Nº 1693-67 — 2da. Sala.

Lima

Señor:

Doña María Lupe Vargas demanda a la firma Braun Asociados S. A. para que le paguen la suma de S/. 15,250.00 por concepto de compensación por tiempo de servicios, despedida intempestiva, dos sueldos de la ley 4239 y los dozavos vacacionales que le corresponden, indicando que entró a prestar servicios a la firma demandada el 11 de enero de 1966 habiendo rendido pruebas de aptitud en concurso con otras postulantes, habiendo sido seleccionada para ocupar el cargo de secretaria y auxiliar de contadora con el haber de S/. 2,500.00 mensuales. Con fecha 9 de abril, la demandada mediante un memorándum puso término a sus servicios procediendo a pagarle únicamente dozavos conforme a la ley 14218; no estando de acuerdo la accionante con dicho proceder incoó la presente demanda por considerar que habiendo ingresado a un concurso se encuentra dentro de los límites del Art. 3º de la ley 14218. En el comparendo de ley, realizado a fs. 7, el apoderado

de la demandada dedujo la excepción de cosa juzgada, por haber sido cancelados en forma total los derechos de la demandante; igualmente negó y contradujo la demanda por no ser cierto que haya ingresado por concurso, dado que las labores que desempeñó no requerían conocimientos especiales y que fue aceptada sin tomarle prueba alguna ni exigirle requisito especial, por lo que se encuentra incurso dentro del Art. 1º del Decreto Ley 14218. En esta misma estación interpuso reconvención a fin de que la demandante le devuelva las sumas de dinero entregadas por concepto de préstamos o que en su defecto se compense en el supuesto caso de ser declarada fundada la demanda, protestando merituar la cantidad exacta a que alude.

La sentencia declara infundada la excepción de cosa juzgada, la reconvención y compensación deducida por la demandada; infundada la tacha de testigos; y fundada la demanda ordenando a Braun Asociados S. A. a pagar la suma de S/. 2,500.00 por compensación por tiempo de servicios; S/. 7,500.00 por despedida intempestiva; S/. 5,000.00 por la ley 4239 y S/. 250.00 por concepto de indemnización. Apelada por la demandada la de vista de fs. 61, vuelta, la confirmó; y contra ella Braun Asociados viene en nulidad.

El punto central del caso sub-júdice se concreta a establecer si es de aplicación el Art. 3º de la Ley 14218.

El concurso a que se refiere dicha ley, no se debe interpretar como aquel en el cual se presentan varios postulantes en forma sucesiva a un puesto y que previo el examen verbal y superficial a que haya lugar, se determine su aceptación o rechazo.

Por el contrario, por concurso debemos entender una competencia con varias personas, ya sea al mismo tiempo o separadamente, en la cual se evalúan requisitos técnicos de acuerdo a un cuestionario o interrogatorio pre-establecido y en la cual se califican la calidad de los servicios a prestarse. Todo esto requiere además que previamente se realice una convocatoria, requisitos todos los cuales no se han acreditado en autos, por cuanto que la testimonial presentada por la actora a fs. 23 vta., y sobre la cual pesa casi toda la prueba debe ser tomada y calculada de acuerdo a las reglas de la sana crítica, que impera en toda prueba de testigos, dado que el testigo, además de ser ex-servidor de la demandada, tiene pendiente un juicio con ella, según consta de las preguntas de fs. 49, y si bien esto no lo pone dentro de los alcances que contiene el inc. 4º del Art. 454 del C. de P. C. hace que su declaración sea valua-

da prudencialmente, y a lo cual se añade, el que la confesión no presta prueba a favor de quien la rinde, sino en su contra, por lo que se debe deducir que en el caso sub-júdice no ha habido tal concurso, por cuanto no se ha podido probar tal, y a tenor de lo dispuesto por el Art. 338 del C. de P. C. que establece la absolución del demandado cuando no se ha probado la imputación que se le hace, soy de opinión que debe declararse infundada la demanda, por no estar la demandante comprendida dentro de los alcances del Art. 3 de la ley 4218.

Respecto de la excepción de cosa juzgada, no reuniendo ésta los tres requisitos que establecen la ley, de persona, acción y cosa, además de que el juicio anterior tenga sentencia, debe ser ésta desestimada.

Por lo expuesto, soy de opinión que HAY NULIDAD en la recurrida en cuanto declara fundada la demanda ordenando que Braun Asociados S. A. abone a la actora S/. 15,250.00 por los conceptos que en ella se indican; por lo que reformando la primera y revocando la segunda debe declararse infundada la demanda; y NO HAY NULIDAD en lo demás que contiene.

Lima, 1º de octubre de 1969.

Ponce Mendoza

RESOLUCION SUPREMA

Lima, catorce de octubre de 1968.

VISTOS; con lo expuesto por el señor Fiscal; por los fundamentos de las sentencias inferiores: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 61, vta. su fecha doce de diciembre del año próximo pasado que confirmando la apelada de fs. 42, su fecha cuatro de noviembre del mismo año; declara fundada la demanda de beneficios sociales interpuesta a fs. 1 por doña María Lupe Vargas y dispone en consecuencia que la firma demandada Braun Asociados S. A. abone a la actora la suma de S/. 14,625.00 por los conceptos que se precisan en la sentencia de Primera Instancia; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso y en la multa de seiscientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.— Lengua.— Eguren.— Palacios.— Portocarrero.— Núñez Valdivia.— Luis Meneses Marroquín, Secretario ad-interim de la Corte Suprema.

Comentario

La Segunda Sala de la Corte Suprema de la República en el fallo que antecede, en desacuerdo con lo opinado por el Fiscal Supremo Dr. Luis Ponce Mendoza, ha establecido que el ingreso por concurso a un centro de trabajo, exime del período de prueba, y en consecuencia se encuentra el trabajador amparado por los beneficios que las leyes de las materias establecen para los servidores.

El art. 3º del Decreto Ley 14218 establece que “están exonerados del período de prueba los empleados u obreros que ingresen al servicio de un empleador por concurso, examen de conocimiento o de aptitud, así como los que reingresen al servicio”. La presente disposición que ha originado la ejecutoria en comentario ha dejado a la interpretación judicial los términos “concurso, examen de conocimiento o de aptitud”, que son los esenciales para poder gozar de los beneficios que trae consigo el art.3 del dispositivo legal enunciado anteriormente.

Para acreditar la existencia del “concurso, examen de conocimiento o de aptitud” que la ley ampara como causal especial extintiva del término de prueba, la probanza debe ser lo más exhaustiva posible, ya que exonerando la ley en virtud de una consideración sui géneris, de este plazo, su prueba debe ser lo más estricta posible, ya que la inobservancia de ella acarrearía el rompimiento del orden que ha establecido el artículo 6º del Reglamento de la ley 4916, el mismo que establece el goce de los beneficios sociales inherentes a ella, sólo una vez que se han pasado los tres meses que aquella establece.

Con el caso materia de este comentario, la Corte Suprema ha roto con las reglas precitadas para el estudio y aplicación del caso especialísimo del art. 3º del Decreto Ley 14218, ya que siendo un caso particular el del ingreso por concurso o examen de conocimiento o aptitudes, la probanza debió ser más exigente, más aún, si no se podía oponer el principio de la inversión de la carga de la prueba, por ser un caso especial, debiendo en consecuencia quien lo invoca probar su existencia indubitadamente, ya que la presunción legal presente en todos los casos de trabajo desaparecía en el presente caso.

La sentencia sobre la que se apoya el fallo Supremo descansa en tres consideraciones esenciales que debemos analizar por separado:

- a) La existencia de un certificado de trabajo;
- b) La confesión de la actora;
- c) El testimonio del contador don Guillermo Pinedo Odicio.

Con respecto del primer considerando, la prueba en que se apoya carece de eficacia, en orden al problema que es el determinante del caso en comentario, es decir la existencia o no del concurso alegado por la demandante; ya que es un certificado de trabajo expedido de acuerdo con el artículo 25 del Reglamento de la ley 4916, y teniendo en cuenta que la empresa demandada Braum Asociados Sociedad Anónima, no ha negado el record laboral de la actora, hecho que se destaca en la sentencia, su eficacia es valedero únicamente para un hecho secundario como es acreditar el tiempo de servicios, pues en él no consta la forma del ingreso al trabajo. Luego, pues, esta prueba no abona en favor de la tesis sostenida por la demandante.

La segunda prueba, es totalmente inconsecuente para el sustento de la sentencia. Efectivamente, la confesión no es una prueba que funcione en favor de quien la presta sino en contra de quien la rinde, y así lo establece el artículo 378 del Código de Procedimientos Civiles aplicable al presente caso; por lo que respaldar el fallo en lo que afirma la accionante carece de valor, ya que en ella se repite lo que manifiesta en la fundamentación de su demanda, por lo que mal puede servirle de sustento a lo que precisamente discute, es decir la afirmación de que su ingreso se debió a un concurso o examen de capacitación o aptitud.

La prueba capital y sobre la que descansa todo el peso de la sentencia es el testimonio rendido por el ex-contador y que según la demandante fue quien le tomó el correspondiente examen verbal para determinar su ingreso. Debe destacarse que este testigo fue tachado por el apoderado de la demandada, basándose en que era ex-empleado y que la compañía Braum Asociados Sociedad Anónima le seguía un juicio por pago de soles, el mismo que en autos se acreditó, en el incidente de tacha respectivo, y si bien la desestimatoria de ella estuvo bien hecha por el Juez de la causa por no estar comprendida en ninguna de las causales que contempla el artículo 454 del Código de Procedimientos Civiles, su testimonio se debió de tamizar y apreciarse de acuerdo con las reglas de la sana crítica imperante en este tipo de pruebas; y no existiendo otros elementos de prueba, más que el dicho de la actora y el de su testigo, por insuficiencia de pruebas debió desestimarse la demanda.

Creemos que en casos como el presente la Corte Suprema debe de crear una regla genérica a semejanza de la que existe para la probanza de las horas extras, a fin de evitar el aprovechamiento indiscriminado en el futuro de este dispositivo legal.

Consideramos, que en el caso de autos la probanza fue precaria e insuficiente, por lo que el dispositivo legal invocado por la accionante no debió haber sido acogido. El hecho de que la Suprema Corte haya recogido la tesis de la demandante sustentada de una manera tan débil conlleva el hecho de que en el futuro el empleador que niegue la existencia del concurso deba realizar una prueba diabólica, lo cual es casi imposible.

Al haberse interpretado por el fallo Supremo que hemos comentado, que para acreditar la existencia del caso especial contemplado en el artículo 3º del Decreto Ley 14218, no es menester una prueba rigurosa, el peligro de su generalización es latente, con el consiguiente rompimiento del ordenamiento acertado que estableció el Reglamento de la Ley 4916.

Victor Humberto Lazo Ll.

V — BENEFICIOS SOCIALES : NULIDAD DE SENTENCIA

DICTAMEN FISCAL

Expediente 1672/67
La Libertad

1a.—“Señor : Doña Ofelia y doña Julia Martín Ayllón, recurren de nulidad de la vista de fs. 284, que confirmando la apelada de fs. 223, declara infundada la excepción de inoficiosidad de la demanda deducida en el acto del comparendo, así como la tacha de testigos; y fundada en parte, la demanda, en los extremos referentes a compensación por tiempo de servicios, haber insoluto, póliza de seguro de vida y certificado de trabajo, por cuyos conceptos deben abonar la suma de S/. 63,000.00 así como pagar la suma que resulte en ejecución de sentencia y prueba pericial con respecto a la compensación vacacional demandada, en los que le sigue don Manuel J. Núñez Gonzales, sobre pago de beneficios sociales.

Ventilándose en el caso de autos un juicio sumario sobre pago de beneficios sociales, cuyos goces, al participar de los caracteres de alimentos son impositergables, por lo que debe asegurarse su pronta per-

cepción, y estando, además a los principios de celeridad y concentración que informan esta clase de procedimientos, la parte resolutive de las sentencias deben contener cuantos pronunciamientos y razonamientos pormenorizados sean necesarios para resolver en forma definitiva, clara y precisa todos y cada uno de los puntos controvertidos, según hayan sido planteados. Tales formas no han sido observados por las instancias inferiores en cuanto al extremo referente a la compensación vacacional que la remite para ser resuelta en la etapa de ejecución de sentencia, incurriéndose de este modo en el vicio de nulidad previsto por el art. 1085º incisos 10 y 13 del C. de P. C. Por las anteriores consideraciones, este Ministerio opina porque se declare nula la de vista, e insubsistente la apelada, a efecto de que el Juez de la causa expida nuevo fallo con arreglo a ley. — Lima, octubre 16 de 1968.— (Fdo) Ponce Mendoza”.

EJECUTORIA SUPREMA

2a.—“Lima, nueve de enero de mil novecientos sesentinueve.— Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon NULA la sentencia de vista de fojas doscientos ochenticuatro, su fecha cinco de diciembre de mil novecientos sesentisiete, INSUBSISTENTE la apelada de fojas doscientos veintitrés su fecha veintiocho de agosto del mismo año; mandaron que el Juez de la causa expida nueva sentencia con arreglo a ley; en los seguidos por don Manuel Muñiz Gonzales, con doña Julia Martín Ayllón y otra, sobre beneficios sociales; y los devolvieron: LENGUA — EGUREN — PALACIOS — PORTOCARRERO — NUÑEZ VALDIVIA.— Se publicó conforme a ley.— Ricardo La Hoz Lora, Secretario General.

Comentario

Esta Ejecutoria Suprema nos trae un problema cuyos verdaderos alcances no han sido definidos adecuadamente ni por la ley de modo expreso, ni por la jurisprudencia. Nos referimos a la aplicación supletoria de las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles en las controversias individuales de trabajo en casos de ausencia de normas específicas que contemplen situaciones propias surgidas en este procedimiento.

La Ley 6871 y las demás leyes expedidas a fin de reglamentar dicho procedimiento, relativamente nuevo en nuestra estructura procesal, se han limitado únicamente

a señalar términos perentorios de actuaciones, que en la práctica no se cumplen, así como cuestiones accesorias en la marcha del proceso. El Juzgador frente a los vacíos legales que se ve precisado a recurrir, frecuentemente, por no decir siempre, al ordenamiento procesal civil para tramitar y resolver las incidencias y nulidades que se presentan en la secuela de este procedimiento, el que debe estar regido fundamentalmente por los principios de la simplicidad y claridad.

Nuestro Código de Procedimientos Civiles, contiene además de oportunidades múltiples para crear incidentes, escrituralidad y alejamiento del Juez en la función viva de conocer los hechos y el derecho en debate. En síntesis, un excesivo formulismo que redundando en perjuicio de la aplicación práctica de los principios generales del Derecho Procesal del Trabajo, cuya autonomía científica y didáctica no se puede discutir. Esto no quiere decir, pese a las importantes diferencias que existen en ambos ordenamientos procesales, que no existan analogías; sí que las hay, y la más importante es, sin duda alguna, la de que ambos constituyen ordenamientos que persiguen el cumplimiento y efectividad de las normas sustantivas. Mas debe tenerse presente que el Derecho Procesal del Trabajo va en pos de otras finalidades, fundamentalmente, la de establecer el equilibrio que nace de la desigualdad económica del actor frente a la parte demandada.

Creemos, pues, que debe llegarse a la conclusión de que sólo en los casos en que el procedimiento común no contraría o desnaturalice los principios que deben regir una reclamación laboral, podrá recurrirse a su aplicación supletoria. Particularmente en el caso de la teoría de las nulidades, debe considerarse como imperativo su aplicación restrictiva, pues es menester propender a definir los juicios con la mayor celeridad, excluyendo toda declaración de invalidés en situaciones que pueden ser salvadas o cumplidas con posterioridad.

Se tendría asimismo amparo legal para proceder de esta manera, el que estaría contemplado en el art. XXIII del Título Preliminar del Código Civil, que establece que “Los Jueces no pueden dejar de administrar justicia por deficiencia de la ley. En tal caso deben aplicar los principios del derecho”. Estos principios son en primer lugar, los propios que se configuran e infieren de la especial naturaleza del Derecho del Trabajo y subsecuentemente, o en defecto de ellos, los resultantes de la ley procesal civil.

La Segunda Sala de la Corte Suprema de la República, en la ejecutoria materia de comentario, al repro-

ducir el dictamen Fiscal, tuvo en cuenta algunos principios que inspiran este nuevo procedimiento, cuales son el de considerar que los beneficios sociales participan del carácter de impostergables y que por lo tanto debe existir la celeridad y concentración en los actos procesales. Pese a tal verdad, incuestionable, nada hacía suponer una declaración de nulidad de lo actuado hasta Primera Instancia, en una reclamación que ya tenía una duración aproximada de más de 3 años, máxime si la omisión que la motivaba se iba a salvar en ejecución de sentencia.

Nos permitimos discrepar pues, de los términos del fallo del Tribunal Supremo por las razones siguientes:

1. Porque la rigidez de formalidades procesales resultan opuestas a los principios de la celeridad y concentración. Los aspectos formales del procedimiento deben ser reducidos a su mínima expresión, siempre y cuando no se atente contra la seriedad e integridad del proceso, ni contra la cierta y justa definición de la litis, lo que en el presente caso, con la manera de proceder de los magistrados inferiores no se había dado.
2. Porque el derecho vacacional estaba ya declarado y fehacientemente acreditado, faltando únicamente su liquidación, lo cual se había dispuesto se cumpliera en ejecución de sentencia. La Corte Suprema de la República por Ejecutoria Suprema de 19 de agosto de 1966, que estableció definitivamente la improcedencia del pago de la triple remuneración vacacional, resolvió que al actor se le debía abonar un sueldo promedio por cada uno de los años que no tuvo goce vacacional "los que debían ser liquidados en ejecución de sentencia". Por lo que en consecuencia, en el caso planteado el aforismo jurídico "donde existe el mismo derecho", ha debido tener plena aplicación.
3. Por el criterio de equidad que debe inspirar las resoluciones en este tipo de procedimiento, en que se tiene en cuenta la desigualdad económica de la parte actora, que hace justamente que los derechos reclamados participen de la naturaleza de impostergables al igual que los de alimentos.

No es tarea fácil la que debe iniciarse y será controvertida por muchos, pero creemos que es necesario proceder en forma diferente de como se ha venido actuando hasta hoy en día. Será necesario luchar con hábitos y costumbres arraigados en los ambientes judiciales, nacidos del predominio de las formas.

Luis Arbulú Alva

VI — DELITO DE HOMICIDIO

DICTAMEN FISCAL

Exp. 346/64.— 2da. Sala.— Procede de Junín.

Señor:

El Primer Tribunal Correccional de Junín, por sentencia de fs. 690, ha condenado a Marcelino Limaylla Carhuancho, por los homicidios de Juan Camarena Lino, Teódulo Fidel Núñez Galarza y de Jorge Enrique Hervas o Camarena y de tentativa de homicidio en agravio de Agustina Galarza Vda. de Camarena, perpetrados para robar, a la pena de internamiento con un mínimo de veinticinco años, que con descuento de la carcelería sufrida, computados desde el 4 de diciembre de 1959, vencerá el mínimo el 3 de diciembre de 1948; a las accesorias de inhabilitación absoluta e interdicción civil durante la condena y al pago de S/. 10,000.00 a los herederos de Juan Camarena Lino; S/. 5,000.00 a los herederos de Teódulo Fidel Núñez Galarza y Jorge Enrique Hervas o Camarena, por cada uno de ellos y S/. 1,000.00 a la viuda de Camarena como reparación civil.

Contra esta sentencia ha interpuesto recurso de nulidad el condenado.

Aparece de lo actuado que los cónyuges Juan Camarena Lino y Agustina Galarza, desde que contrajeron matrimonio el 1º de noviembre de 1934, establecieron su residencia en el pueblo de Acaya, comprensión del distrito de Marco de la provincia de Jauja, dedicados a la agricultura en terrenos propios y a la administración de una posada o hotel para alojamiento de las personas que acudían a las termas del indicado poblado, con lo que tenían una situación económica buena en relación con el medio en que vivían, resolviendo que sus dos únicas hijas María y Zevina que habían concluido sus estudios primarios en Marco, vinieran a esta capital para continuarlos en el Instituto Industrial. Asimismo en Marco vivía Marcelino Limaylla Carhuancho con su madre Bacilia Carhuancho viuda de Barzola, que también hizo estudios en su pueblo y vino a Lima para trabajar y continuar sus estudios secundarios en la sección nocturna del Colegio de Nuestra Señora de Guadalupe, aprobando hasta el cuarto año, y por esta situación de paisanaje, Limaylla era amigo de las hermanas Camarena. Zevina Camarena tuvo amores y relaciones sexuales con Leoncio Hervas, de las que quedó grávida, dando a luz en la maternidad de Lima el 11 de mayo de 1951 al que pusieron por nombre Jorge Enrique Hervas.

El padre del niño no amparó a la seducida y se desconoce su paradero, por lo que en un encuentro ocasional que tuvieron Zevina con Limaylla, éste la requirió de amores, siendo aceptado y mantuvieron posteriormente relaciones sexuales, cuando la mujer aún estaba grávida. Zevina se vio precisada por su trabajo a llevar a su hijo a Acaya para que sus padres lo criaran, regresando a esta capital para continuar su vida concubinaría con Limaylla, lo que sabido por Juan Camarena viajó y apartando a su hija de su conviviente la llevó a su pueblo, pero ésta se fugó para volver con su amante, lo que disgustó al padre que pretendió denunciar a Limaylla por raptó, lo que fue disuadido por la intervención amistosa del doctor Virgilio Reyes el que hizo gestiones para que se casaran sin conseguirlo, por la tenaz oposición del padre; después de otras incidencias, éstos que ya habían procreado hijos consiguieron casarse, ceremonia a la que no concurrieron los padres de Zevina lo que ponía de manifiesto su desagrado y oposición. Pero tiempo después, en vista de la aflictiva situación de la pareja, Juan Camarena resolvió proteger al yerno, dándole facilidades para que consiguiera estudiar el cuarto año de media en Jauja, y pretendiendo después conseguirle un puesto de preceptor, sin conseguirlo por lo que fue a trabajar como carpintero en Marcapomacocha, Casapalca, en vista de que la protección del suegro en las faenas agrícolas y en las pres-tadas a su madre no le proporcionaban medios para el mantenimiento de su mujer e hijos.

Pero Limaylla no obstante ganar jornal hizo olvido de su familia no acudiendo con suma alguna y por el contrario fue creando resentimiento y odio para con sus suegros, y en una visita que hizo fue amonestado por su mujer y suegra por su indolencia para con su familia, agregándose que, indica, encontró una carta amorosa de fs. 92 firmada con las iniciales A. B. C., que supone era de un anterior enamorado llamado Abdías Barzola, y que el niño Jorge Enrique, hijo de Leoncio Her-vas, había sido inscrito como hijo de sus abuelos, lo que le hizo suponer que era hijo incestuoso de su mujer y su padre fs. 353, hechos éstos no comprobados, pero que lo determinaron a planear un siniestro plan homicida, y así pone término a su trabajo de carpintero para recibir sus beneficios sociales, acude al Juzgado para dejar constancia de que su mujer se negaba a vivir con él en Marcapomacocha, compra un cuchillo en La Oroya, sustrae un cartucho de dinamita con su fulminante y mecha, escribe la carta de fs. 35 para hacer aparecer que sus crímenes habían sido cometidos por los ladrones y que por ello su mujer se suicidaba, se

provee de coñac para darse ánimos y de un chullo para disfrazarse, y es así que, en la noche del 28 de noviembre de 1959 irrumpe escalando la casa de sus suegros silenciosamente y penetrando en el dormitorio aseta una puñalada a Juan Camarena, que choca en hueso, lo despierta y trata de defenderse dando gritos recibiendo otra cuchillada; doña Agustina Galarza que dormía junto con su marido encendió una vela y reconoce al acusado que continuaba agrediendo el que en su defensa le mordió la nariz, pero dada la agresividad del atacante lo ultima, resultando también cortada doña Agustina al tratar de defenderlo. A los gritos acudieron Zevina Camarena y el joven Teódulo Fidel Núñez Galarza que se hallaba en otro inmueble, pero éste es atacado por Limaylla que le infiere dos puñaladas en el vientre dándole muerte; enseguida extrayendo un papel fs. 35 obliga a su mujer para que lo firme, la que se niega al notar que se trata de una carta en la que afirma se suicida a consecuencia de la muerte y robo realizados por desconocidos preparando así una coartada; amenaza a su suegra victimarla para que no hubiera testigo de sus crímenes pretendiendo amarrarla, pero como el niño Jorge Enrique llorara y de miedo había defecado, con el pretexto de arrojar el bacín, doña Agustina fugó para ocultarse en las habitaciones que ocupaban los huéspedes del hotel siendo seguida por el reo, de lo que también aprovechó Zevina para hacer lo propio, continuando Limaylla en su propósito homicida fue en pos de las mujeres pretendiendo que los huéspedes las entregaran, pero ante la actitud enérgica de uno de ellos, don Ernesto Castillo, no lo consiguió por lo que con una comba trató de romper las puertas exigiendo a los huéspedes que se marcharan, lo que hicieron y lo que valió para que las mujeres fugaran y se ocultaran protegidas por aquéllos; a poco se dio cuenta de la presencia del menor y llevándolo para que llamara a su madre y abuela, pudiera dar con el paradero de éstas y como no lo consiguiera lo ha arrojado en las aguas del río Mantaro; enseguida ha arrastrado el cadáver de Juan Camarena y abriéndole el vientre ha explotado el cartucho de dinamita arrastrando los restos en las aguas del río, hecho lo referido ha buscado en baúles y roperos, los lechos, etc. y ha sustraído las especies de insignificante valor que se detallan en la lista de fs. 46 más cuatrocientos soles, todo lo que entregó a su madre y de cuyo poder fueron incautados por la policía, cometidos los delitos arrojó sus ropas ensangrentadas al río y se marchó, para darse preso días después al saber que se habían descubierto sus crímenes.

Las autoridades comprobaron en el escenario del crimen cómo quedó la vivienda y el hotel por los actos del reo, se levantó el cadáver de Núñez Galarza, el que presentaba las dos heridas determinantes de su muerte y que se describen en la pericia de fs. 11 ratificada a fs. 298, lo que unido a la partida de fs. 116 comprueban el evento de este homicidio.

El 30 de enero siguiente se encontraron aguas abajo del Mantaro los restos del cadáver de un niño, ya osamentas y que por falta de dos dientes, su abuela lo identificó como que pertenecía al menor Jorge Enrique, según la diligencia de fs. 170, pericia de fs. 189 ratificada a fs. 198 y que con la partida de fs. 192 se comprueba la muerte, y como no se encontró ningún hueso que demostrara fractura, se infiere, que no fue el niño desbarrancado, sino arrojado a las aguas. Asimismo según el oficio de fs. 172 a orillas del Mantaro se encontraron restos de un cadáver en estado de putrefacción y que por la diligencia de fs. 178, protocolo de fs. 201 ratificado a fs. 298 se identificaron que correspondían a Juan Camarena y que posteriormente en el examen de Laboratorio de técnica policial fs. 191 también se acredita el evento de este homicidio. Las lesiones que sufrió Agustina Galarza se describen en el certificado de fs. 41.

Marcelino Limaylla niega haber dado muerte al niño que era su entenado y que la muerte se debió a un accidente en la noche de autos; asimismo se exculpa en su estado de embriaguez, en la actitud preponderante de su suegro a quien tenía miedo, pues lo consideraba un pishtaco o sea de los que matan para utilizar la grasa de los cadáveres; a que éste había tenido relación sexual con su mujer, procreando al niño que lo inscribió como suyo; a la negativa de su mujer para ir a convivir y a los amores que tenía con otro hombre; a que en la noche de autos Núñez Galarza dormía en el mismo cuarto con su mujer y éste fue el motivo para victimarlo, exculpaciones que si bien no han sido confirmadas, fueron lo que determinó para realizar su siniestro propósito. No se ha establecido que hubiese robado la suma de veinte mil soles, cuya preexistencia no se ha acreditado, se sustrajo sólo los efectos de mínimo valor y que no da la certeza de que el robo haya sido el único móvil para la comisión del delito.

Conforme al examen psiquiátrico, fs. 549, ratificado a fs. 573, es un sujeto de capacidad delictiva.

Por lo expuesto, el Fiscal opina porque NO HAY NULIDAD en la recurrida, debiendo aplicársele la pena de internamiento indeterminado, más allá de un mí-

nimum de veinticinco años y que la accesoria de inhabilitación posterior será la que se establezca al concederse la libertad.

Lima, 6 de enero de 1965.

Esparza

RESOLUCION SUPREMA

Lima, once de enero de mil novecientos sesenticinco

VISTOS; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fojas seiscientos noventa, su fecha dieciocho de diciembre de mil novecientos sesentitrés, que condena a Marcelino Limaylla Carhuacho, como autor de los delitos de homicidio, en las personas de Juan Camarena Lino, Teódulo Fidel Núñez Galarza, y Jorge Enrique Hervas o Camarena; y de tentativa de homicidio, en agravio de Agustina Galarza viuda de Camarena a la pena de internamiento por tiempo absolutamente indeterminado más allá de un mínimo de veinticinco años que empezará a computarse desde el cuatro de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve, con las accesorias de inhabilitación que se establezca al concedérsele la libertad; y a pagar las siguientes sumas por conceptos de reparación civil: diez mil soles a los herederos de Juan Camarena Lino, cinco mil soles en favor de los herederos legales de cada uno de los victimados Teódulo Fidel Núñez Galarza y Jorge Enrique Hervas o Camarena; y un mil soles en favor de la agraviada Agustina Galarza viuda de Camarena; con lo demás que contiene; y los devolvieron. Lengua.— Valdez Tudela.— Eguren Bresani.— Gazats.— Del Castillo.— Se publicó.— Lizandro Tudela Valderrama.— Secretario.

Comentario

La ejecutoria que comentamos se refiere al delito de homicidio, y en particular a la comisión de un delito de homicidio agravado, previsto y sancionado por nuestro Código Penal en su Art. 152, modificado por Decreto-Ley N° 10976, de 25 de marzo de 1949.

Antes de iniciar el comentario, es útil precisar el concepto del homicidio. Al respecto no podemos obviar la definición que de este delito nos dejara el ilustre Maestro Carrara, como “muerte de un hombre injustamente cometida por otro hombre”, poniendo fin a una conflictiva situación derivada del antiguo concepto que sobre este delito tenían los libros de Anton Mattheo y Claro,

que intentan precisar los caracteres del delito mencionado diciendo que homicidio es la “muerte de un hombre ocasionada por otro hombre”. Esta definición, como advertimos, tiene el defecto muy notorio de rebosar los límites del hecho definido.

Considerado así el homicidio habría que tenerse por homicidas a quienes suprimen vidas ajenas en actos de legítima defensa, o a soldados que en cumplimiento de su deber hacen lo mismo con el enemigo.

Siguiendo la definición de Carrara, tenemos que los caracteres estructurales del homicidio son tres: primero, destrucción de una vida humana; segundo, que exista una relación de causa a efecto entre la muerte y el acto verificado por el homicida; tercero, la intención de matar, o sea lo que los latinos llamaban “animus necandi”.

El homicidio se agrava por distintas razones, según anota acertadamente el profesor argentino Ricardo C. Núñez. Lo agravan ciertos vínculos que median entre el autor y la víctima, ciertos modos de realizarlo, ciertas causas o motivos que impulsan al autor y ciertos medios utilizados por éste.

Por no ser nuestro propósito hacer doctrina sobre los homicidios agravados, nos limitaremos al estudio del homicidio agravado por razón del modo de realizarlo y por la causa, que son las agravantes mencionadas en la ejecutoria motivo del presente comentario.

La figura descrita por el artículo 152 es conocida como esinato. Este artículo textualmente dice:

“Se impondrá pena de muerte al que matare por ferocidad o por lucro, o para facilitar u ocultar otro delito, o con gran crueldad, o con perfidia, o por veneno, o por fuego, explosión u otro medio capaz de poner en peligro la vida o la salud de un gran número de personas.”

Así el profesor español Juan del Rosal considera que el asesinato es una figura autónoma que consiste en “la acción de matar a otra persona utilizando determinadas formas de comisión, o por especiales móviles o con un dolo de determinadas características”, entonces el delito de asesinato no es delito de homicidio simple agravado por una circunstancia genérica, sino un delito específico, distinto y más grave, caracterizado por circunstancias modificativas que define el tipo legal.

Nuestra ejecutoria se refiere a la ferocidad y por tal entendemos, como agravante, el dar muerte sin causa

aparente o presunta, no se aprecia circunstancia externa que haya llevado al agente a la comisión de su delito.

Ricardo Levenne, recordando a Carrara, dice que este tipo de delito de homicidio obedece a una lujuria de sangre, y nosotros creemos que se puede fundar en un odio a la humanidad y en la demostración del absoluto desprecio por la vida humana que hace el delincuente.

Altavilla lo considera como homicidio agravado sin motivo. El sujeto activo revela una fuerte personalidad criminal.

En la legislación argentina, esta agravante es llamada “impulso de perversidad brutal”, que en el acertado juicio de Ricardo Núñez, se relaciona con la razón preponderante que mueve a matar, la cual no reside en un motivo externo consciente referible directa o indirectamente a la víctima, sino en un estímulo inhumano de la propia mente del autor.

Esta agravante debe ser tratada con mucho cuidado y debe apreciarse con especial atención las condiciones psíquicas del sujeto activo.

La otra agravante a que hace alusión la ejecutoria que comentamos es el ensañamiento, que nuestro código llama “gran crueldad”, a diferencia de las legislaciones española y argentina, que prefieren la primera denominación.

Esta agravante se distingue porque se hace uso de un modo cruel de matar.

Mario A. Oderigo, en su Código Penal Anotado de Argentina, dice que el ensañamiento es el “acrecentar deliberadamente, con males innecesarios al delito, el sufrimiento de la persona ofendida”. Pero condición de esta agravante es que los actos de ensañamiento deben haberse producido antes de la muerte. Consiste pues la gran crueldad, en aumentar deliberadamente el sufrimiento de la víctima por cualquier medio.

Sebastián Soler, estima por su parte, que esta gran crueldad debe estar representada subjetivamente como fin específico y autónomo. Hay el designio criminal de matar, pero matar de cierto modo.

La doctrina es casi uniforme al considerar la oportunidad del ejercicio de la crueldad, asunto que criticamos por erróneo en la ejecutoria que analizamos. Indica la doctrina que los actos de crueldad o ensañamiento deben verificarse antes de producirse la muerte de la víctima, ya que su objeto es prolongar la agonía complaciéndose con alargarla, como considera Croizard.

De otro lado, el móvil del lucro a que también se refiere la ejecutoria, es lo que constituye el delito de homicidio "crimínis causa" o por conexión con otro delito, que nuestro código llama "para facilitar u ocultar otro delito". Ocioso sería entrar en detalles acerca de esta agravante.

Creemos que la ejecutoria que examinamos no es acertada y uno de sus errores está en el no haber sabido encuadrar bien el tipo de agravante, ya que según podemos apreciar del dictamen fiscal, en ningún momento concurre el ensañamiento o gran crueldad de parte del agente, debido a que el hecho de explotar un cartucho de dinamita en el cuerpo de Juan Camarena, cuando éste se encontraba sin vida, no constituye un acto de ensañamiento; porque como anotamos antes, con la finalidad de hacer esta aclaración, los actos de ensañamiento o de gran crueldad deben practicarse antes de producida la muerte de la víctima, porque su razón está en prolongar la agonía, haciendo sufrir a la víctima males innecesarios.

Este error equivale a considerar como sujeto pasivo de este delito a un muerto, cosa que consideramos inadmisibles, ya que no puede tenerse a un muerto como víctima o sujeto pasivo de un homicidio.

Pero tampoco podemos dejar de considerar estos actos del agente activo del delito, que si bien no constituyen la agravante específica de gran crueldad, por razones ya expuestas, importan mucho para los efectos de la penalidad y tendrán que ser considerados a la luz de lo prescrito en el artículo 51, incisos 1º y 2º del Código Penal que contiene las agravantes genéricas; debido a que actos de esa naturaleza son reveladores de una mayor peligrosidad del agente, a la vez que denotan una fuerte personalidad criminal.

Otro error, y más grave aún, lo apreciamos al haber supeditado la aplicación de la pena prevista en el Art. 152, a que haya concurrido el móvil del lucro.

La claridad meridiana del artículo no permite que la pena prevista, que es la de muerte, quede supeditada a la concurrencia en conjunto de todas las agravantes descritas en su texto.

Al haber incluido en este trabajo los conceptos sobre estas agravantes, en particular las mencionadas en la ejecutoria, hemos pretendido precisar el concepto que de ellas tenemos y demostrar que cada una puede presentarse en forma autónoma calificando un homicidio, ha-

ciéndose merecedor, por tanto, a la pena que el artículo acotado contiene para todas las agravantes.

En la ejecutoria que comentamos se da un valor preponderante al móvil de lucro en relación con la ferocidad y el ensañamiento, ya que la pena prevista en el artículo 152 no ha sido aplicada por no concurrir dicho móvil.

Estimamos que cada una de estas agravantes gozan de autonomía y la sola presencia de alguna de ellas, merece la pena que el artículo 152 prescribe, debido a que no exige su texto la concurrencia de dos o más agravantes en el mismo evento en relación de dependencia una de otra, para aplicar la penalidad que señala.

Jorge Paredes Lengua

VII — DELITO DE ABANDONO DE FAMILIA

DICTAMEN FISCAL

Exp. 573/66.— 2da. Sala. —Procede de Lima.

Señor:

El Tercer Tribunal Correccional de Lima, por sentencia de fs. 113, ha absuelto a Raúl Madrid Ravandoni, de la acusación formulada en su contra, por el delito de abandono de familia, en agravio de Esther Trucíos Guerrero. El Fiscal ha interpuesto recurso de nulidad.

De lo actuado en la instrucción y en el juicio oral, aparece que la denunciante y presunta agraviada, Esther Trucíos Guerrero, imputa a Raúl Madrid Ravandoni, haber cometido el delito de abandono de familia, al haberla dejado en situación crítica, pues, por su estado de embarazo, no puede atender a su propio sustento.

El acusado, al rendir su inestructiva de fs. 9, y al declarar en la audiencia, ha negado rotundamente, haber mantenido relaciones con la denunciante, aduciendo, incluso, que esta mujer ha observado conducta desagradable.

La agraviada, en el curso del proceso no ha logrado probar que haya mantenido una situación de convivencia marital con el acusado, ni que haya vivido a expensas, exclusivamente, de los medios económicos que le suministraba el imputado, así como tampoco ha probado que haya sido abandonada, en peligro de perder la vida. De consiguiente, no habiéndose reunido, elementos suficientes que permitan establecer la responsabi-

lidad penal del acusado, por tal delito, no es de aplicación la Ley N° 13906.

Por tales razones, estando a lo que aparece de la prueba actuada, este Ministerio es de parecer que, se declare NO HABER NULIDAD en la recurrida, que, absuelve al acusado Raúl Madrid Ravandoni, de la acusación formulada en su contra, por el delito de abandono de familia, en agravio de Esther Trucíos Guerrero.

Lima, 30 de noviembre de 1966.

Medina Pinón

RESOLUCION SUPREMA

Lima, dieciséis de diciembre de mil novecientos sesenta y seis.

VISTOS; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fojas ciento trece, su fecha seis de setiembre del presente año, que absuelve a Raúl Madrid Ravandoni, de la acusación fiscal formulada en su contra, por delito de abandono de familia, en agravio de Esther Trucíos Guerrero, y manda archivar definitivamente la instrucción; con lo demás que contiene; y los devolvieron.— Eguren.— Carranza.— Vásquez de Velazco.— Palacios.— Se publicó.— Lizandro Tudela Valderrama, Secretario.

Comentario

Si bien la jurisprudencia no es fuente del Derecho Penal, no podemos descartar la importancia que tiene como medio de ayuda a una cabal interpretación de la ley.

Debemos preocuparnos entonces, porque ésta sea en lo posible acertada y pueda constituirse en instrumento útil a la aplicación de la ley.

Estimamos que la ejecutoria en examen, no se ajusta a la previsión de la ley. La interpretación que contiene asida en los defectos que nuestra ley de abandono de familia tiene, permite la impunidad de una conducta delictuosa.

La ley que tipifica el delito de abandono de familia, es la N° 13906, promulgada el 24 de enero de 1962.

Es necesario anotar que en torno a este delito se conoce la existencia de dos modelos que los ofrece la le-

gislación comparada y que influyeron en el alcance de la figura delictiva, en el momento de su incorporación a la legislación penal patria.

Existe así, el modelo francés que se funda en la Ley de 7 de febrero de 1924, que limita su protección a los casos de abandono económico o material, incriminando la omisión del deber de alimentar judicialmente reconocido y fijado en su quantum. Este es el llamado “abandono pecuniario”, que la doctrina conceptúa como restringido.

De otro lado, el modelo italiano, fundado en su Código Penal de 1930, con un criterio de mayor extensión, pues ampara el organismo familiar en sus aspectos económico y moral. Este es el modelo amplio.

La Ley 13906 contiene las siguientes figuras delictivas, según observa el Dr. Roy Freyre (1).

- a) Incumplimiento del deber de asistencia económica, previsto y sancionado en su art. 1º
- b) Abandono de mujer embarazada fuera de matrimonio, considerado en el art. 2º
- c) Abandono de un menor, en el art. 3º

La ejecutoria que motiva el presente trabajo, versa sobre la aplicación del art. 2º que como ya sabemos pena el abandono de mujer embarazada fuera de matrimonio.

El artículo en mención a la letra reza: “Al que abandonare en situación crítica a una mujer que ha embarazado fuera de matrimonio, se le aplicará las sanciones establecidas en el artículo precedente. La pena se aumentará en un tercio si a consecuencia del hecho la mujer cometiera un delito de aborto, infanticidio, exposición o abandono del recién nacido, o se suicidare.

La acción es privada, salvo en los casos expresados en el segundo párrafo de este artículo”.

Esta regla reproduce en su primera parte el art. 218 del Código Penal suizo y el art. 240 del Código noruego, y en su segunda parte textualmente el artículo 211 del Proyecto argentino de José Peco.

La Corte Suprema, previo dictamen fiscal, declaró no haber nulidad en la sentencia recurrida, que absuelve al encausado de la acusación fiscal formulada por delito de abandono de familia, en agravio de Esther Trucíos Guerrero, en atención a que la agraviada no probó que

1 Roy Freyre, Luis... **El Delito de Abandono de Familia**, en Revista Advocatus, Enero-Abril de 1964, Año 3, N° 3, pág. 73, Lima.

mantuvo con el encausado una situación de convivencia marital, ni que haya vivido a expensas en forma exclusiva, de los medios económicos que le suministraba el imputado, ni que fue abandonada en peligro.

Consideramos, siguiendo al profesor Bramont Arias (2), que la ley se asienta en los principios de la asistencia familiar, especialmente en los deberes concernientes a la paternidad. Las relaciones sexuales irregulares imponen deberes a los protagonistas, mayores aún cuando se produce el nacimiento de un hijo.

El bien jurídico tutelado, es el derecho a nacer y a la viabilidad del concebido. El profesor argentino José Peco (3), fallecido hace pocos años, considera que “el egoísmo masculino debe tener sus fronteras, que no pueden franquearse sin atraer una sanción penal. Lo que la norma protege es la esperanza de vida que encierra el embrión, tanto la ingratitud para con la mujer.”

En discrepancia con el profesor Peco, el Dr. Roy Freyre (4), considera que “tan ingrato es el hombre que abandona a una mujer embarazada fuera de matrimonio dejándola en situación económica crítica como dejándola en condiciones de poder subsistir. Sin embargo, la ley sólo castiga en la primera hipótesis, más no en la segunda.”

En casos como en el que nos ocupa, no tiene por qué exigirse prueba de un estado de convivencia marital, ya que ello supone una cierta estabilidad anterior en las relaciones entre el encausado y la agraviada, haciendo pensar que se trata de proteger la estabilidad del hogar y de la familia con una ley que no tiene ese propósito, ya que la razón fundamental de su promulgación no es precisamente el proteger la estabilidad aunque débil de un estado de convivencia, sino más bien la ley protege a la mujer que queda desamparada y en estado grávido.

No por esto queda bajo protección legal toda mujer embarazada y que ha sido abandonada, sino sólo la que además se encuentra en situación crítica. Diferenciándose así del Código noruego en el cual basta con sustraerse maliciosamente a la obligación de suministrar a la mujer los cuidados necesarios para el embarazo y el parto.

2 Bramont Arias, Luis... **Delitos contra la asistencia familiar**, en Revista de Jurisprudencia Peruana, Año XXI, N° 233, Junio de 1963, pág. 689, Lima.

3 Peco, José... **Proyecto de Código Penal**, La Plata, 1942, pág. 371, Argentina.

4 Roy Freyre, Luis... Op. cit.

Considerando además que el sujeto pasivo es el embrión o feto en cuanto constituye una esperanza de vida extrauterina y siempre que la madre se encuentre en evidente situación crítica, no tiene por qué supeditarse su protección legal a que la madre tenga que probar un estado de convivencia marital, en el que nada de intervención tuvo el feto.

En obsequio a la verdad tenemos que decir, aunque es penoso reconocerlo, que en esta exigencia de los jueces de probar la convivencia anterior al embarazo, por parte de la futura madre, se amparan hombres irresponsables que en encuentros ocasionales con mujeres a las que muchas veces conocen y han requerido de amores desde tiempo atrás, tienen ayuntamiento carnal con ellas y luego las abandonan embarazadas, desinteresándose por la suerte, tanto de ellas como por la de sus hijos.

Esta situación ha llevado a que muchas madres y sus hijos hayan quedado en el más completo abandono, quizás como en el del caso que analizamos, por una inútil exigencia de los jueces o por deficiencias o vacío de la ley, facilitando así que muchos hombres que deberían ser considerados penalmente responsables, alcance una impunidad inmerecida.

Lo que merece protección es el feto como esperanza de vida futura y que ignora las relaciones de la madre.

Según advierte el Dr. Roy Freyre (5), tampoco puede admitirse que el producto de la concepción de una mujer casada y que ha sido puesta encinta por otro hombre distinto a su marido, pueda ser sujeto pasivo de este delito. Lo impiden —afirma— los artículos 300, 303, 306 y 307 inc. 4° del Código Civil.

Concluimos, por tanto, pronunciándonos en contra de la exigencia de probar, a cargo de la mujer, el estado de convivencia marital anterior al embarazo, en atención al más fundamental derecho que ampara el feto, que es el derecho a la vida, recogido en todas las legislaciones del mundo, que en situaciones como la presente se vería afectado gravemente, exigencia ésta, de la cual se han servido verdaderos delincuentes para eludir la sanción penal, como ya antes advertimos. Esta sería una forma de poner fin a una lamentable especie de corrupción moderna, que es la paternidad irresponsable.

Jorge Paredes Lengua

5 Roy Freyre, Luis... Op. cit.