



# Legitimación en la ejecución, título ejecutivo y escisión societaria: una crítica a la “teoría de la afirmación”<sup>(\*)</sup>

## *Standing to Sue, Enforceable Title and Corporate Spin-Off: A Critique to the “Assertion Theory”*

**Gabriella Valenzuela<sup>(\*\*)</sup>**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

**Renzo Cavani<sup>(\*\*\*)</sup>**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

**Resumen:** El presente artículo tiene como objetivo principal dirigir diversas críticas a la así llamada “teoría de la afirmación” de la legitimación procesal, acogida por buena parte de la doctrina nacional y por el Código Procesal Civil peruano. Se buscará mostrar que debe ser desechada dado que tiene diversos problemas conceptuales y que, además, no es capaz de dar cuenta de la práctica judicial al momento de analizar y decidir respecto de la presencia o ausencia de legitimación. Esto se hace más notorio en el ámbito de la ejecución. Para ello, se colocará un ejemplo sobre escisión societaria a fin de mostrar que la probanza de la titularidad respecto del título ejecutivo puede llegar a ser compleja y que es imprescindible que el juez realice este análisis.

**Palabras clave:** Legitimación procesal - Título ejecutivo - Escisión societaria - Código Procesal Civil peruano - Derecho Procesal - Perú

**Abstract:** This article aims to criticize the so-called “assertion theory” of civil procedure standing to sue, accepted by a significant part of the Peruvian jurisprudence, and consecrated by the Peruvian Civil Procedure Code. The paper seeks to show that this theory should be discarded since it has several conceptual problems, furthermore, it is not capable of giving an account of actual judicial practice when analyzing and deciding on the presence or absence of standing to sue. This becomes more noticeable in the field of judicial enforcement, and, to that extent, an example of corporate spin-off will be given to show that proving the existence of standing to sue concerning enforcement title can be complex, but that is essential for the judge to carry out this analysis.

**Keywords:** Standing to Sue - Enforceable Title - Corporate Spin-Off - Peruvian Civil Procedure Code - Procedural Law - Peru

---

(\*) Nota del Equipo Editorial: este artículo fue recibido el 12 de marzo de 2024 y su publicación fue aprobada el 25 de mayo de 2024.

(\*\*) Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú). Master of Laws por la Universidad de California. Profesora contratada en el Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Business Law. Miembro honorario del Círculo Financiero Corporativo de la misma universidad (CFC). CEO de Fondo Talento S.A. ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-7211-4130>. Correo electrónico: [gabriellavalenzuela@berkeley.edu](mailto:gabriellavalenzuela@berkeley.edu) y [gabriella.valenzuela@pucp.edu.pe](mailto:gabriella.valenzuela@pucp.edu.pe)

(\*\*\*) Abogado por la Universidad de Lima (Lima, Perú). Magíster en Derecho por la Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doctorando en la Universidad de Girona (UdG). Profesor ordinario asociado y docente a tiempo completo en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Investigador de la Cátedra de Cultura Jurídica de la UdG. Miembro de PRODEJUS-PUCP. CEO y socio cofundador de Evidence Lab. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8040-8185>. Correo electrónico: [renzo.cavani@pucp.edu.pe](mailto:renzo.cavani@pucp.edu.pe)



## 1. Introducción

El presente artículo tiene como objetivo principal dirigir diversas críticas a la así llamada “teoría de la afirmación” de la legitimación procesal, acogida por buena parte de la doctrina nacional y por el Código Procesal Civil. Se buscará mostrar que tiene diversos problemas conceptuales y que, además, no es capaz de dar cuenta de la práctica judicial al momento de analizar y decidir respecto de la presencia o ausencia de legitimación.

Para ello, partiremos identificando a la legitimación como condición necesaria para el inicio de la ejecución. Por tanto, es importante saber cuándo es que ésta se configura, por lo cual procuramos presentar la así llamada teoría de la afirmación, sus presupuestos teóricos y qué es lo que buscó dar cuenta. Indicaremos que se trató de dar respuesta a la posibilidad de analizar la legitimación en una fase anterior a la decisión de fondo, para lo cual se postuló que, al ser una *afirmación de titularidad*, estaría alejada del mérito del proceso. No obstante, daremos diversas razones para mostrar que hay diversos problemas conceptuales y, sobre todo, que no refleja lo que *realmente* los operadores jurídicos se ven forzados a hacer para *demostrar* la existencia de legitimación, lo cual trasciende completamente a limitarse a “afirmar” que uno es titular de la situación jurídica reclamada. Esto se hace aún más patente en el ámbito de la ejecución, en donde poco importa la afirmación del ejecutante: éste tiene que probar que es el acreedor de la obligación para, sólo después, determinar si es que el título ejecutivo se encuentra arreglado a ley.

A fin de poder ejemplificar cuán complejo podría ser la actividad probatoria dirigida a demostrar la legitimación, colocaremos un ejemplo del derecho societario: la escisión del bloque patrimonial, lo cual hoy en día es una práctica bastante común en el Perú. Este tipo de escisión genera lo que en doctrina se denomina “legitimación derivada”; esto es, una alteración de la legitimación respecto de la persona en cuyo favor se encuentra la obligación plasmada en el título ejecutivo.

Veremos, pues, que la probanza de titularidad trasciende a la simple presentación del título y que entrañaría, de hecho, toda una serie de argumentos y evidencias de que el traslado del bloque patrimonial efectivamente supuso un cambio en la titularidad de la obligación.

Con ello, defendemos que la teoría de legitimación como la afirmación debería ser dejada de lado por los

operadores jurídicos dado que no se sustenta teóricamente ni tampoco es posible aplicarla tal como se plantea en sus fundamentos (esto es, determinar la existencia de legitimación sólo vinculado a la afirmación de titularidad).

## 2. Título ejecutivo y legitimación procesal como condiciones necesarias para la ejecución

Como es ampliamente conocido, las condiciones que debe poseer todo título ejecutivo para que sea hecho valer en un proceso de ejecución es que la obligación (u obligaciones) que aquel contenga sea cierta, expresa y exigible. Tratándose de obligaciones con prestación de dar cuantía, también debe cumplirse con el requisito de la liquidez, todo ello según el art. 689 del Código Procesal Civil peruano (CPC)<sup>(1)</sup>.

Al respecto, sobre la obligación *cierta*, señala Eugenia Ariano:

Una obligación cierta es aquella que no ofrece dudas sobre sus elementos objetivos y subjetivos. En tal sentido, estaremos ante una obligación cierta cuando su objeto (prestación) esté señalado en el título. No lo será cuando el título contenga obligaciones alternativas o cuando estemos en presencia de obligaciones de dar bienes ciertos sólo en su especie y cantidad. En ambos casos, para que estemos ante un título perfecto es necesario integrarlo con el acto de elección. En igual sentido, la certeza comprende también la determinación de los sujetos de la obligación, acreedor y deudor, que deben estar perfectamente señalados en el título” (1998, p. 190)<sup>(2)</sup>.

Por su parte, siguiendo a la autora, una obligación será *expresa* “cuando figura en el título mismo y no sea resultado de una presunción legal o una interpretación de algún precepto normativo” (Ariano, 1998, p. 190). Finalmente, será *exigible* “cuando apareciendo del título que esté sometida a alguna modalidad (plazo o condición) o a

(1) Art. 689 CPC: “Procede la ejecución cuando la obligación contenida en el título es cierta, expresa y exigible. Cuando la obligación es de dar suma de dinero, debe ser, además, líquida o liquidable mediante operación aritmética”.

(2) No se trata, pues, de “incontestabilidad o certeza absoluta, sino únicamente relativa, en el sentido que el derecho debe resultar en sus límites, sea objetivos o subjetivos, del propio título” (Comoglio, Ferri & Taruffo, 1995, p. 308). Así, según Mandrioli y Carratta, no sería una “certeza” en grado máximo, sino “una certeza que el ordenamiento juzga como *suficiente* para que se funde la ejecución forzada” (2023, pp. 119-120).



una contraprestación, el plazo se haya vencido, se pruebe la verificación de la condición o que se haya cumplido la contraprestación” (1998, p. 191).

En otras palabras, la obligación contenida en un título susceptible de ejecución:

- a) Debe existir jurídicamente, para lo cual debe verificarse la presencia de elementos objetivos y subjetivos de la relación material puesta a discusión (por ejemplo, si son títulos valores, la relación cambiaría);
- b) su objeto debe encontrarse expresamente determinada; y
- c) no debe existir ningún impedimento jurídico para que el deudor cumpla con la prestación correspondiente (por ejemplo, que se haya vencido el plazo para pagar o que se haya cumplido la condición).

La concurrencia de estos requisitos de mérito son *condiciones necesarias, pero no suficientes*, para la viabilidad de la ejecución. Si bien el mandato ejecutivo, a diferencia de una resolución admisorio de una demanda en un proceso de conocimiento, constituye una orden de pago (y, por tanto, se trata de algo mucho más parecido a una sentencia que a una auténtica decisión interlocutoria o *auto intermedio*)<sup>(3)</sup>, también requiere que concurren otros requisitos de orden procesal. Uno de ellos es la legitimación o, como también se le suele denominar, “legitimidad para obrar” y, en el caso particular de la ejecución, el art. 690, primer párrafo, CPC, dice lo siguiente: “Están legitimados para promover ejecución quien en el título ejecutivo tiene reconocido un derecho en su favor; contra aquél que en el mismo tiene la calidad de obligado (...)” [énfasis agregado]. En este trabajo nos interesa la legitimación *activa*, esto es, el acreedor de la obligación reclamada.

En el siguiente apartado expondremos y problematizaremos dos teorías de la legitimación. Por lo pronto, basta con partir que, en la ejecución, además de los requisitos del título ejecutivo, la legitimación responde a la pregunta: ¿Quién

*puede participar en el proceso a partir de su vinculación con el derecho o situación reclamada?* De esta manera, también es una condición necesaria pero no suficiente para el inicio de la ejecución y, con ello, la orden de pago de la obligación contenida en el título. Así, resulta importante determinar cuáles son las propiedades del concepto “legitimación” a fin de que, si estas se presentan, pueda darse por cumplido este requisito.

### 3. Legitimación como afirmación y como situación legitimadora vinculada al mérito

Mucho se ha discutido sobre el instituto procesal de la legitimación<sup>(4)</sup>, y en gran medida se debió al uso del concepto de *acción*<sup>(5)</sup>. Existe una posición doctrinaria clásica que consiste en lo siguiente: si es que la legitimación busca responder la pregunta de quién tiene la condición para participar en un proceso, ésta no podría ser analizada *in limine litis*, esto es, antes de la sentencia. Esta posición parte de la premisa de que el fondo del proceso debe ser resuelto en la sentencia y nunca antes. Si ello es así, entonces no puede haber juicio de fondo al momento de analizar los presupuestos procesales.

Es así como contra esta posición se alza una teoría que busca dar solución al problema anterior. Se trata de la así llamada teoría de la afirmación. Esta teoría comparte con la anterior que la decisión de fondo o mérito

(3) Para mayor información sobre el concepto de “auto intermedio”, véase Ariano (2015, p.76) y Cavani (2018, p. 37).

(4) Para una contextualización histórica, véase “Derecho procesal II. Proceso civil”, de Jordi Nieva Fenoll (2015) y “La legitimación en el proceso civil: (intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)” de Montero Aroca (1994). Como se indica, fue en Roma que surgió el concepto *legitimatio ad processum* (que aludía a la capacidad para estar en juicio, como el caso de menores de edad), el cual se verifica al inicio del proceso. Pero en el derecho común se escindió el concepto de *legitimatio ad causam*, vinculado al fondo de la causa, con el propósito de dar cuenta de titularidad jurídica no originaria o derivada (sucesores procesales); cuestión que se resolvía al final del proceso. La mezcla del contenido de ambos *nomen iuris*, la vinculación de la *legitimatio ad causam* con el mérito y el momento procesal en que se evaluaban es el inicio de los grandes problemas teóricos sobre este tema (pp. 43 - 45).

(5) Al respecto, es conocida la teoría de Liebman (1957), para quien el interés para accionar es la “necesidad de obtener del proceso la protección del interés sustancial” (identificándose este último con el derecho pretendido) y la legitimación para accionar es la titularidad del interés para accionar. La confluencia entre ambos requisitos lleva a constatar que, para el demandante, el proceso es necesario para la protección de su interés sustancial y que dicha protección es reclamada por alguien en interés propio, que le habilita a participar en el proceso. Si alguno falta, hay una *carencia de acción* y, por tanto, el juez no está habilitado a pronunciarse sobre el mérito del proceso. Asimismo, para mayor información sobre una buena exposición crítica de la doctrina clásica, véase “Ação no direito processual civil brasileiro”, de José Calmon de Passos (1959), “Spiegazione di diritto processuale civile”, de Claudio Consolo (2010) y “Las condiciones de la acción: una categoría que debe desaparecer”, de Renzo Cavani (2023).



sólo puede darse en la sentencia y, así, que la *demonstración* de la titularidad afirmada por el demandante en la demanda es un tema de fondo que, por tanto, sólo puede darse en la sentencia. Así, se plantea que la manera de entender esta institución para que pueda ser analizada como un auténtico presupuesto procesal pasa por retirarle toda naturaleza de cuestión de mérito. Y la forma para hacerlo es, precisamente, decir que se trata de una *mera afirmación*.

De esta manera, se define a la legitimación procesal como la “afirmación de titularidad” que realiza el demandante respecto del derecho o situación reclamada (alternativamente se emplean los términos “invocación” o “alegación”). Así, la posición habilitante –esto es, la capacidad para participar en el proceso discutiendo respecto de la situación reclamada– nace y se agota con la propia afirmación de titularidad. Esta afirmación, por supuesto, no excluye que no pueda ser controlada: esto sí que puede hacerse a lo largo del proceso, pero la naturaleza del pronunciamiento es, precisamente, la de ser una resolución procesal<sup>(6)</sup>. A fin de cuentas, la legitimación sería una autorización para poder “debatir en torno a las consecuencias jurídicas derivadas del contrato” (Montero Aroca, 1994) con sus simples afirmaciones. Podría decirse que se trata de una teoría sobre la “naturaleza *procesal* de la legitimación”.

Por cierto, esta es claramente la teoría asumida por el Código Procesal Civil peruano cuando coloca a la legitimación como un requisito de procedencia de la demanda que puede ser declarado *in limine litis* (art. 427, inc. 1) con la consecuencia de rechazar la demanda. Si ello no ocurre, el demandado puede alegar la carencia de legitimación como excepción procesal,

denunciando la existencia de un *vicio* en el proceso. Este vicio podrá ser subsanado si se trata de falta de legitimación pasiva (art. 452, inc. 4); de lo contrario, se producirá la nulidad de todo lo actuado y concluirá el proceso sin declaración de fondo. Lo mismo ocurre si se trata de falta de legitimación activa con la diferencia que en este caso no hay subsanación posible (art. 452, inc. 5). Aquí se tiene la consagración de la teoría de la afirmación: *invocar* legitimación activa sirve para proponer la demanda, pero esta afirmación puede terminar siendo contrastada y, de constatar que es falsa (en el sentido de que, a la luz de cierta información proveída por el propio demandante o información adicional), el proceso puede concluir *sin resolución de mérito*<sup>(7)</sup>.

No obstante, es precisamente en este punto que, en nuestro criterio, la teoría termina colapsando. Si la legitimación es la afirmación o, mejor dicho, se cumple con la condición (requisito procesal) con la *mera afirmación*, es contradictorio que, posteriormente, se indique que *falta legitimación*, esto es, que nunca existió y que, por tanto, la demanda contiene un defecto. Afirmar “soy legitimado a participar en este proceso” se encuentra en el mundo del pensamiento; es un enunciado

(6) Quien puede representar mejor esta teoría es Montero Aroca (1994). Esta posición es seguida por buena parte de la doctrina peruana: Casassa (2014); Prado & Zegarra (2018); Priori (2019); Monroy Gálvez (2023). También, por supuesto, una gran parte de la doctrina extranjera como Consolo (2010, p. 179).

En el caso de la Corte Suprema peruana, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente señaló que: “8.1 La legitimidad para obrar constituye un elemento de carácter procesal, que habilita formalmente a una persona para que, al hacer valer una pretensión ante el órgano jurisdiccional, éste de inicio a un proceso judicial; para ello se requiere que dicha persona, en calidad de demandante, invoque ser titular del derecho respecto de la pretensión que está haciendo valer; siendo ésta una exigencia procesal, no se requiere que dicha titularidad sea objeto de evaluación en esta etapa procesal, salvo que la ausencia sea manifiesta; se trata, en estricto, de un asunto de economía procesal, a efecto de evitar un proceso inútil; en esto es preciso distinguir de la legitimación en la causa o la *legitimatio ad causam*, o la legitimidad propiamente dicha, que tiene que ver o está relacionada con una exigencia de carácter sustantivo o material, en la que se requiere la acreditación de la titularidad del derecho y no solo la invocación del mismo; éste último supuesto es un asunto que corresponde ser dilucidado en la sentencia y no en el umbral del proceso” (Casación No. 4052-2014 Lima). Esta posición resulta aún más confusa pues se pretende distinguir entre “legitimidad para obrar” y *legitimatio ad causam*, asociado éste al mérito, en una inútil duplicación de conceptos.

(7) Podría controvertirse esta afirmación teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 425 inc. 4 CPC: “Los medios probatorios de la calidad de heredero, cónyuge, curador de bienes, administrador de bienes comunes, albacea o del título con que actúe el demandante, salvo que tal calidad sea materia de un conflicto de interés y en el caso del procurador oficioso”. Así, si es que el demandante debe aportar *pruebas* para demostrar la calidad en la que demanda podría entenderse que, en todo caso, no sería la teoría de la afirmación la acogida por el CPC, sino una teoría híbrida, en donde el análisis de la legitimación sí pasa por analizar pruebas pero que la consecuencia termina siendo una conclusión del proceso sin declaración de fondo. Creemos que esto no revela otra cosa que una dificultad insalvable de que consagrar legislativamente la teoría de la afirmación, puesto que, como decimos más adelante, no es posible que el juez decida liminarmente la falta de legitimación (ni mucho menos decidirla cuando hay una excepción de falta de legitimación) sin acudir, aunque sea mínimamente, a las pruebas, para concluir que no hay razones para pensar que quien demanda es el titular del derecho discutido.



que puede ser verdadero o falso según su correspondencia con algún hecho. Empero, cuando se dice que hay una “*falta de legitimación*”, sea activa o pasiva, no se cuestiona la *proposición* realizada, esto es, el acto lingüístico de invocar legitimación. La ausencia de legitimación –que se decide antes de la sentencia– se constata verificando la realidad al que el demandante se refiere con su afirmación. Si no se llegó a verificar en el mundo, *no hay ni nunca hubo legitimación*. Esto lleva a concluir que los elementos que determinan si existe o no legitimación trascienden a la “mera afirmación”. Por lo tanto, la legitimación *no es una afirmación*<sup>(8)</sup>.

Asimismo, nos parece que hay un aspecto que la teoría de la afirmación asume que es conceptual pero que, en realidad, es contingente. Se trata precisamente de la primera premisa: que la resolución de fondo sólo pueda darse en la sentencia. ¿Por qué decimos que es *contingente*? Porque depende de las normas de un cierto sistema jurídico. Si bien un cierto sistema jurídico puede prever que, efectivamente, el pronunciamiento de mérito (con sus respectivas consecuencias, como la cosa juzgada) se da en la sentencia, hay otros sistemas que pueden prever lo contrario. Piénsese en el caso del Código de Proceso Civil brasileño, que permite, en ciertos supuestos, que se declare la *infundabilidad in limine* de la demanda<sup>(9)</sup>. De esta manera, contrariada la premisa, sí sería posible que el mérito

se analice *antes* de la sentencia, con lo cual no habría ningún obstáculo para que en un cierto procedimiento la legitimación pueda ser decidida en etapas iniciales y, por tanto, que no sea esto un óbice para entenderla como una institución vinculada al mérito (de esto hablaremos en breve)<sup>(10)</sup>.

Finalmente, hay un aspecto que sí es conceptual que la teoría de la afirmación pasa por alto: el tipo de razonamiento que el juez lleva a cabo para constatar la presencia o ausencia de la legitimación. Si se parte que ésta, de manera general, es la *posición habilitante* para participar en un proceso, entonces el juicio sobre ésta tiene que pasar por si *efectivamente existe o no dicha habilitación*<sup>(11)</sup>. Sólo así, por ejemplo, es posible estimar o desestimar la defensa del demandado dirigida a atacar no una afirmación, sino precisamente esta habilitación: sea la coincidencia o no entre las partes de la relación material y aquellos que intervienen en el proceso alegando ser esas partes, sea si es que se interviene en virtud de un mandato de la ley.

- (8) Francesco Paolo Luiso afirma lo siguiente: “La legitimación para accionar, como todos los presupuestos procesales que se refieren al objeto del proceso, se determina a partir de la demanda. El juez debe valorar la legitimación para accionar sólo con base en la demanda y no a través de una investigación orientada a determinar si aquel que actúa es *verdaderamente* titular del derecho hecho valer. Si, con base en las respuestas del demandado y de la instrucción realizada, el juez se convence que el demandante no es el titular del derecho hecho valer, rechaza la demanda *en el mérito*, considerando al demandante precisamente como legitimado para accionar en la medida que se afirmó (aunque no siéndolo en la realidad) titular del derecho hecho valer” (2022, pp. 224-225). Es claro que Luiso defiende la teoría de la afirmación, al punto de que, aunque haya una decisión desestimatoria, aun así el demandante seguiría siendo legitimado. Por supuesto que esto es coherente con la teoría ahora criticada, pero, a nuestro juicio, revela una profunda incoherencia. No es posible que el demandante *no sea titular del derecho* y que, simultáneamente, se mantenga con alguna eficacia jurídica su *afirmación de titularidad de ese mismo derecho*. Con una decisión de mérito en contra, en realidad, lo que ha ocurrido es que su afirmación fue *falsa*, en el sentido de no corresponderse con la realidad y, por tanto, *nunca estuvo legitimado*. El mismo problema parece presentarse en la exposición teórica de Loreto (1970), quien afirma que la cualidad (o legitimación) está *in re ipsa* a fin de que pueda ser analizada liminarmente (p. 28), pero si esa misma cualidad es puesta en duda en la contestación de demanda, entonces esto ya corresponde al fondo (p. 39).
- (9) Art. 332°. En las causas que dispense la fase de instrucción, el juez, independientemente de la citación del demandado, declarará liminarmente infundado el pedido que contraríe:  
I – enunciado de súplica del Supremo Tribunal Federal o del Superior Tribunal de Justicia;  
II – sentencia expedida por el Supremo Tribunal Federal o por el Superior Tribunal de Justicia en el juzgamiento de recursos repetitivos;  
III – entendimiento asentado en un incidente de resolución de demandas repetitivas o de asunción de competencia;  
IV – enunciado de súplica de tribunal de justicia sobre derecho local.  
§ 1°. El juez también podrá declarar liminarmente infundado si verifica, inmediatamente, la ocurrencia de caducidad o prescripción. (...)” (según traducción de Renzo Cavani, en Didier Jr. & Arruda Alvim, 2018).
- (10) En contra, Nieva Fenoll (2015, pp. 45-46), quien admite que el juez podría analizar alguna parte del objeto del proceso, pero que ello le llevaría a incurrir en prejuicio. La posición de este autor es que el concepto de legitimación no debiera interesar al derecho procesal. También es escéptico respecto del uso de este concepto Gómez Orbaneja (2009, 249-ss.), en opinión que data de 1947.
- (11) En contra, Mandrioli y Carratta (2022, pp. 42-43), quienes llevan al extremo la teoría de la afirmación, con fuerte influencia de Liebman. Para los autores, todo pasa por una “estimación hipotética” [*accogliibilità*] de la demanda, para lo cual se requiere que la afirmación hecha por el demandante sea una afirmación de titularidad de un derecho dirigido contra la persona sindicada como demandado. Si hubiese algún defecto en la *afirmación* entonces se daría un juicio en donde *hipotéticamente* el derecho no pertenecería a quien dice tenerlo. Y esto ocurre, sería inútil entrar al examen de mérito, debiendo pronunciar el “defecto de acción por defecto de legitimación”.





Todo esto exige que se entienda el concepto de legitimación de otra manera. Según otra teoría (que tampoco es nueva), la legitimación es la aptitud para participar en un proceso en virtud de una *situación legitimadora*, y esta situación legitimadora se configura en dos hipótesis disyuntivas y excluyentes: (i) cuando quien demanda es titular del derecho y (ii) cuando quien interviene lo hace sin ser titular del derecho, pero a pesar de ello la ley expresamente le autoriza. En el primer caso se denomina *legitimación ordinaria*; en el segundo, *legitimación extraordinaria*<sup>(12)</sup>. La legitimación ordinaria exige una *coincidencia* entre los polos de la relación material y la relación procesal, mientras que la legitimación extraordinaria, precisamente por no existir tal coincidencia, presupone una autorización de la ley a fin de que cierto sujeto pueda intervenir en el proceso. Un ejemplo de lo primero sería que el acreedor (esto es, el titular del derecho subjetivo de crédito) sea quien demanda judicialmente el cobro de dicho crédito; un ejemplo de lo segundo sería el Ministerio Público como demandante en casos de derechos difusos puesto que éste evidentemente no es titular del derecho reclamado, sino el grupo o grupos afectados.

La razón por la que, en el caso de la legitimación *ordinaria*, es necesario verificar la coincidencia reside en que si se discute los efectos de una cierta relación material en un proceso (por ejemplo: la titularidad de un derecho, la existencia de prescripción, el pago de un crédito), aquellos que deben participar deben ser precisamente aquellos que conforman dicha relación. Al fin y al cabo, como dice Calmon de Passos, “decidir sobre una relación de derecho material significa decidir, obligatoriamente, sobre la titularidad de ese mismo derecho”<sup>(13)</sup>. La relación jurídica procesal, por tanto, *debe* conformarse en virtud de lo que ocurre en el mundo material.

La única manera de participar en un proceso es alegando y *demonstrando* la existencia de legitimación (cualquiera de las dos). Ello dependerá, pues, del grado de vinculación que el sujeto tenga con el derecho discutido: si es que es titular del derecho o si es titular de un derecho *conexo* a la relación material discutida en el proceso (por ejemplo, la “acción subrogatoria” del art. 1219 inc. 4, CC, o la intervención coadyuvante del art.

97 CPC)<sup>(14)</sup>. En efecto, como dijimos, aquí falla la teoría de la afirmación: es incoherente decir que la legitimación se configura con la mera alegación pero que el juez podría contestarla realizando un juicio con base en las pruebas aportadas por el propio demandante o por el demandado. Piénsese en una demanda de desalojo en que el demandante *afirma* ser titular de un derecho de superficie y, con ello, que es titular del derecho a la restitución, pero de los documentos queda evidenciado que el demandante, en realidad, no tiene la titularidad del derecho de superficie, porque este ya se extinguió. Nuestro punto es que el juez, si declara la *falta de legitimación* no lo hará constatando si se produjo o no la “afirmación de titularidad” del derecho de superficie y del derecho a restitución; lo hará *verificando* si dicha afirmación tiene sustento en las pruebas.

Nótese que cualquiera de las dos legitimaciones (la ordinaria y la extraordinaria) puede verificarse a partir de un *análisis preliminar* o *prima facie*. Esto es lo que el juez hace cuando califica la demanda, analizando *sumariamente* los medios probatorios que puedan dar sustento a la afirmación hecha en la demanda. De otra manera no sería posible determinar, por ejemplo, si es que el que demanda el desalojo es propietario, subarrendador, etc., que, a su vez, es condición para analizar, *posteriormente*, si es que es titular del derecho a la restitución del bien. Nuevamente aquí falla la teoría de la afirmación: por más que la consecuencia de la falta de legitimación sea una resolución de naturaleza procesal (conclusión del proceso *sin* declaración de fondo), eso no quiere decir que la naturaleza del juicio llevado a cabo

(12) Sobre el tema, ampliamente, véase “Curso de direito processual civil. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento”, de Fredie Didier Junior. (2016). Nótese que la teoría de la afirmación también realiza esta diferenciación.

(13) Para mayor información, véase “A ação no direito processual civil brasileiro”, de Calmon de Passos (1959, p. 40) y “Diritto processuale civile”, de Giovanni Satta & Carmine Punzi (1996, pp. 165-166).

(14) Como es sabido, la legitimación no solo se limita a las *partes (procesales) originarias*, esto es, al sujeto que inicia el proceso planteando una pretensión y al sujeto que es llamado al proceso, a quien se dirige la pretensión. Ello porque puede haber *partes sobrevenidas*, es decir, sujetos que, por una u otra razón, se incorporan con posterioridad al inicio del proceso. Por ejemplo, la denuncia civil (que presupone una auténtica pretensión del demandado, dirigido contra un tercero), el interviniente coadyuvante o el tercero que es llamado al proceso por el juez en caso de litisconsorcio necesario (art. 95 CPC) o indicios de fraude procesal (art. 106 CPC). También puede darse el caso de la incorporación de alguien que alega ser titular de una relación jurídica con una de las partes y que, por tanto, el resultado del proceso podría afectarla, como es el caso del interviniente coadyuvante (art. 97 CPC); y, asimismo, el conocido supuesto de un cambio en la legitimación *ordinaria*, lo cual daría pie a la figura de la sucesión procesal (art. 108 CPC). Sobre este supuesto volveré más adelante, pues resulta relevante para comprender mejor el caso concreto.



por el juez tenga que, necesariamente, analizar al menos una porción del mérito. En el caso del desalojo, el juez deberá analizar –aunque sea sumariamente– las pruebas en las cuales el demandante, por fuerza, basa su afirmación de titularidad.

En todo caso, si es que el juez debe analizar –aunque sea sumariamente– las pruebas para decidir sobre la legitimación (sea liminarmente o no) entonces la teoría de la afirmación debe ser completamente abandonada. Empero, sin tener que abandonar la de todo, alguien podría querer adaptarla para poder dar cuenta de lo que el juez debe hacer al realizar el examen liminar. Así, una alternativa sería defender que la legitimación ya no sería *solamente* afirmación, sino afirmación más análisis de pruebas. Esto, por supuesto, sigue echando por tierra la teoría de la afirmación dado que esta reside en una división radical entre legitimación y mérito, aunque se muestra como una solución pragmáticamente viable. Más allá de la consecuencia de tener que declarar la improcedencia de la demanda declarando la conclusión del proceso sin declaración de fondo, ya es un avance a fin de que no se invaliden resoluciones judiciales que, en el juicio sobre la legitimación, terminan analizando pruebas.

No obstante, a nivel conceptual, incorporar el análisis de las pruebas sobre la titularidad es, precisamente, parte del examen de fondo. Es por ello que, en nuestra opinión, esta alternativa por salvar la teoría de la afirmación no resuelve los problemas teóricos generados por ella pues, en efecto, el análisis de la legitimación termina, siempre, colapsando en un examen de mérito.

Nuestro interés, ahora, es mostrar cómo en el ámbito de la ejecución se hace mucho más palpable que la teoría de la afirmación no es capaz de dar cuenta de lo que se hace para determinar el cumplimiento del requisito de la legitimación. Posteriormente, buscaremos dar un ejemplo (tomado de un caso real) que demuestra hasta dónde podría llegar el análisis probatorio a fin de que el juez pueda concluir que, efectivamente, el ejecutante está habilitado para demandar.

#### **4. Legitimación primaria y sobrevenida en la ejecución: la insuficiencia de la teoría de la legitimación como afirmación**

En el marco del proceso de ejecución, el análisis preliminar de quién es el legitimado se realiza, en primer lugar, a *partir del propio título ejecutivo*, que es la condición necesaria para dar inicio a la actividad ejecutiva. Piénsese en un título valor como

un cheque o un pagaré: preliminarmente, el legitimado a ejecutar es aquel en cuyo favor haya sido expresamente girado o endosado. Por supuesto, habrá otros títulos en donde este análisis será un tanto más complejo, como sería en los casos en que no haya coincidencia entre el ejecutante y el nombre que aparece en el título ejecutivo como el beneficiario de la obligación.

El grado de cognición de la legitimación se profundiza en el saneamiento procesal a propósito de las excepciones que pueda plantear el demandado, pero también a partir de los medios probatorios que ofrezca en su escrito de defensa. En un proceso de conocimiento, esto ocurre durante la contestación de la demanda, mientras que en un proceso de ejecución, ocurre durante la contradicción, que en realidad es un ataque u oposición a la ejecución (Ariano, 1998, p. 466). Con ello, el análisis de la legitimación ya no es más *preliminar*, sino que se trata de un examen más completo. Según nuestro CPC, las consecuencias de determinar –sea liminarmente, sea en este último examen– que el demandante no cuenta con legitimación es la improcedencia de la demanda (arts. 427 y 451 inc. 5) y, en el caso de la ejecución, la denegación de ésta (art. 690-F).

Dicho esto, corresponde dar una respuesta a la siguiente pregunta: *¿Quién es el legitimado ordinario para promover la ejecución de la obligación?* Para llegar a ella tenemos la propia literalidad del art. 690, primer párrafo, CPC: el legitimado activo será quien *en el título ejecutivo* tenga reconocido un derecho en su favor. Por tanto, podemos concluir que el primer criterio para determinar la legitimación activa es determinar si el ejecutante que presenta el título es parte del título ejecutivo o, también, de la relación cambiaria; es decir, el análisis se da a partir de una confrontación entre la parte activa de la relación procesal ejecutiva y el título ejecutivo a partir del cual se reclama la ejecución. A esto la doctrina ha denominado *legitimación activa primaria* (Assis, 2002, p. 268)<sup>(15)</sup>. Poco

(15) La identidad entre ejecutante y parte del título ejecutivo es el entendimiento común en la doctrina peruana a partir de la dicción del art. 690 CPC. Por todos, véase Ariano (1998, p. 229): “Es el título ejecutivo el que señala las partes legítimas del proceso de ejecución: acreedor y deudor. La realidad puede ser distinta, pero ello no importa, o determinante es lo que dice el título, que es el que ofrece la ‘cierta certeza’, una certeza no absoluta, sino relativa, pero en sí suficiente para legitimar a quien en él aparece como acreedor para promover la pretensión ejecutiva contra quien aparece en él como deudor”.



importa aquí si el ejecutante *afirma* que es aquel en cuyo favor se ha constituido el título: su nombre debe aparecer en éste y, una vez verificado, se puede dar por cumplido el requisito de la legitimación. Aquí vemos, pues, que la teoría de la afirmación pura y simple no puede ser aplicable a la ejecución.

No obstante, el 690 CPC no debe entenderse en el sentido de que el único legitimado para promover la ejecución *sería quien se encuentra, de manera expresa, mencionado en el título ejecutivo como titular de un crédito*. Este entendimiento terminaría por desconocer el mérito ejecutivo de muchos títulos que también están consagrados en el art. 688 CPC en caso haya existido alguna alteración en la titularidad del derecho allí reconocido. Además, se desconsideraría la dinámica propia de la transmisibilidad de titularidad de los derechos conferidos en un título ejecutivo. Piénsese el clásico ejemplo de una persona es beneficiaria de una letra de cambio, pero que posteriormente muere. Aquí, los herederos del causante son los legitimados para iniciar la ejecución a pesar de que, evidentemente, su nombre no aparezca en la literalidad del título. Además de acompañar el propio título, debe ofrecerse los documentos relativos a la sucesión intestada o al testamento, de ser el caso (Assis, 2002, pp. 270-271 y, en doctrina nacional, Ariano, 1998, pp. 229-230)<sup>(16)</sup>.

Vemos aquí que la teoría de la afirmación no permite dar cuenta de este fenómeno. No basta, de ninguna manera, que los herederos *afirmen* que son titulares. De hecho, si es que comparecen realizando esta afirmación acompañando únicamente el título, el juez debería denegar la ejecución por *falta* de legitimidad. De lo que se trata, pues, es que la habilitación para participar debe *probarse* con el testamento o con la sucesión intestada.

En nuestra opinión, la mejor interpretación del art. 690 CPC respecto de la legitimación activa parte por el hecho de que, *en caso no haya coincidencia entre el ejecutante y quien aparece mencionado en el título*, es necesario realizar un análisis a fin de buscar la coincidencia entre el polo activo de la relación material y el polo activo de la relación procesal (esto es, la parte ejecutante). Esto es lo que se conoce precisamente como *legitimación activa sobrevenida*; esto es, supuestos de situaciones legitimadoras producto de la existencia de *hechos supervinientes* a la creación del título ejecutivo que autorizan

al ejecutante a iniciar la ejecución<sup>(17)</sup>.

Así pues, teniendo todo esto presente, ¿dónde encontrar la legitimación del ejecutante para efectos de dar viabilidad a la ejecución? La respuesta es que ésta debe tener sustento en el mismo título ejecutivo *según su naturaleza* o, si no lo estuviese, que se pueda determinar que el ejecutante habría *adquirido la titularidad del derecho reclamado, derecho que precisamente está vinculado a la obligación objeto de ejecución*. Nótese que la adquisición del derecho reclamado es un análisis de mérito o, más rigurosamente, una porción de éste; se trata de una cuestión prejudicial para que, luego, se entre al *mérito ejecutivo* (determinación del cumplimiento de la obligación es susceptible de ser llevada adelante en sede ejecutiva).

Entonces, para recapitular, si el ejecutante ofrece como título ejecutivo una letra de cambio y su nombre *no aparece* en el documento en calidad de beneficiario (por la razón que fuera), a priori *no existe legitimación*, con absoluta prescindencia si es que lo afirma o no. No obstante, si el ejecutante es una empresa que alega que en dicha letra de cambio intervino la empresa que, con posterioridad a la suscripción de la letra—pero antes del inicio del proceso de ejecución—fue absorbida, entonces la situación cambia radicalmente. Aquí el juez debe atender no sólo a la obligación contenida en el título, sino también a otros documentos (pruebas) que demuestren que *existe coincidencia entre los polos activo y pasivo de la relación jurídica material*, para lo cual deberá comprobar si es que hubo una alteración de titularidad en el mundo material (esto es, la fusión).

En este sentido se encuentra Eugenia Ariano, quien señala que la regla general, esto es, la correspondencia entre ejecutante

(16) De otro lado, como es sabido, los derechos reconocidos en una transacción judicial, en un contrato de arrendamiento o en una escritura pública pueden ser objeto de libre disponibilidad, vía compraventa, cesión de derechos, donación, etc. Esto, inclusive, forma parte del derecho fundamental de libertad de contratación, reconocido en nuestra Constitución. Así, si se adopta la interpretación del art. 690 bajo análisis se llegaría a una solución que claramente no es reconocida por nuestro sistema jurídico: que una condición para iniciar la ejecución respecto de obligaciones contenidas en dichos instrumentos sea que no pueda haberse dado ningún tipo de transferencia ni disposición del derecho a fin de que haya una coincidencia plena entre la persona que figura en el título y el demandante en la ejecución. Esto, a nuestro juicio, no puede ser admisible.

(17) Para mayor información, véase “Manual do processo de execução”, de Araken Assis (2002, p. 270) y, en doctrina nacional, “Proceso de ejecución. La tutela ejecutiva en el Código Procesal Civil”, de Eugenia Ariano (1998, p. 230).





y parte en título ejecutivo sí admite excepciones. Se trata de lo que ella denomina “*legitimidad sobreviniente a la formación del título ejecutivo*”, la cual:

(...) implica una transferencia del derecho documentado en el título a favor de determinados terceros, transferencia que puede ser a título universal o particular, por acto *inter vivos* o *mortis causa*.

En todos estos casos, la legitimación no aparecerá ya en el título ejecutivo mismo, sino que debe ser probada mediante documentos que revistan la misma certeza que el título mismo. Por ello, el derecho o la obligación del causahabiente debe ser probada en el momento en que se presenta la demanda ejecutiva (...)

En tal sentido los sucesores, o mejor dicho, los causahabientes de los sujetos indicados en el título, subentran en la posición de las partes originarias, constituyendo también ellas, partes potenciales del proceso de ejecución, y como consecuencia, con legitimación, activa o pasiva, idéntica a sus causantes.

(...)

Hubiera sido muy oportuno que el art. 690 CPC regulara este supuesto, consagrando con precisión que también tienen legitimación ejecutiva los causahabientes, ya sea a título universal o particular por acto *inter vivos* o *mortis causa*, con la única carga de probar *in limine* la causa de la traslación del derecho o de la obligación en forma fehaciente (por ejemplo, con el testimonio del testamento, o con la sentencia de sucesión intestada, o con el testimonio de la escritura pública de fusión de sociedades, o copia certificada del reconocimiento de un documento privado que contiene una cesión de derechos; en este caso sí se justificaría la prueba anticipada [sic], etc. (Ariano, 1998, pp. 229-231).

Por su parte, Sergio Casassa explica el mismo fenómeno con un ejemplo bastante claro:

(...) Imaginemos que el Banco X es acreedor de la empresa Y, el título ejecutivo es un pagaré emitido por Y, sin embargo – sea antes o después del proceso, para efectos del ejemplo es lo mismo – el Banco X es absorbido por el Banco Z (quien no interviene para nada en el título ejecutivo). En este caso, existirá legitimación derivada y por ende sucederá en la posición de acreedor Z a X. Con el mismo caso, podría ser que la empresa Y sea absorbida por fusión por la empresa W. En este caso, la responsabilidad se trasladará (pese a no ser parte inicial de la relación obligatoria y no aparecer en el título ejecutivo a W) (Casassa, 2023, p. 256)<sup>(18)</sup>.

La lección de la doctrina nacional especializada en la materia parece ser inobjetable: la legitimación *no solamente se debe buscar en la literalidad del título ejecutivo* y, si así fuera el caso, el ejecutante cuyo nombre no aparece en éste deberá *aportar prueba* que, de manera liminar, permita determinar que hubo una traslación de la titularidad del derecho expresado en el título. Y, con ello, aunque Ariano y Casassa no lo dicen, debería quedar claro que la legitimación en la ejecución no puede ser

entendida como una “mera afirmación”.

## 5. Probar la legitimación: el caso de la escisión societaria

A efectos de reforzar nuestra tesis de que la teoría de la afirmación de la legitimación procesal debe ser desechada, quisiéramos trabajar con un caso tomado de la vida real (aunque omitiendo algunos datos). Podría parecer que se trata de un caso de gabinete, pero en realidad es todo lo contrario: la reorganización societaria que involucra la escisión de bloques patrimoniales es algo bastante común en la realidad empresarial. Este caso demostrará, a nuestro juicio, que el análisis de la legitimación, sobre todo cuando es sobrevenida, puede llegar a presuponer un ejercicio *probatorio más exigente que refleja cuán vinculado* se encuentra esta institución con el mérito del proceso (o, al menos, una porción de éste).

### 5.1. Consideraciones sobre la escisión del bloque patrimonial

La escisión es una institución jurídica regulada por la actual Ley General de Sociedades (en adelante, “LGS”). La LGS ha dedicado todo el título III (arts. del 367 al 390) a regular de forma detallada acerca de la figura de la escisión. En el art. 367 se define que mediante la escisión una sociedad fracciona su patrimonio en dos o más *bloques* para transferirlos a otras sociedades. Se trata de una *escisión total* si se realiza la transferencia de todos los bloques patrimoniales en los que se ha dividido la sociedad, extinguiéndose esta como consecuencia de ello, o *escisión parcial*, si se transfiere uno o más bloques, pero la sociedad conserva su existencia y realiza un ajuste en el monto de su capital. Como producto de dicha operación, en ambos casos los titulares de la sociedad escindida reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de la nueva sociedad creada en dicho acto, o bien de la sociedad

(18) En el mismo sentido, véase “La tutela ejecutiva en el proceso civil”, de Martel Chang (2021, p.39). En el caso brasileño, por ejemplo, el art. 778 *caput* del Código de Proceso Civil de 2015 señala lo siguiente: “Puede promover la ejecución forzada el acreedor a quien la ley otorga título ejecutivo”. Al respecto, Didier Jr. et al (2019, p.328) indican que, a pesar de la dicción del artículo, “también es posible que la demanda ejecutiva sea propuesta por la sucesora de la persona jurídica, a pesar del silencio legal” [énfasis agregado].



absorbente que ya existía.

Mediante la escisión, por tanto, se busca que *en un solo acto societario complejo* se puedan transferir un conjunto de activos y/o pasivos y/o fondo empresarial, que en conjunto constituyen el denominado “*bloque patrimonial*”. El art. 369 LGS señala que un bloque patrimonial puede ser entendido como *i)* un activo o conjunto de activos; *ii)* el conjunto de uno más activos y uno o más pasivos; y como *iii)* un fondo empresarial. Respecto al primer supuesto, el valor del patrimonio siempre será positivo; respecto al segundo se entiende que el bloque patrimonial puede tener tres tipos de valores, uno positivo, uno negativo y uno neutro o cero, dependiendo del valor de la suma de activos y pasivos que lo componen; finalmente, en el tercer supuesto, tenemos que un fondo empresarial puede estar compuesto por un conjunto de bienes, derechos y relaciones jurídicas, necesarios para poder realizar una determinada actividad empresarial (Hernández Gazzo, 2011, p. 1268).

Vemos pues, que la escisión –en sus distintas formas– busca desconcentrar a la empresa mediante la segregación de uno o más bloques patrimoniales, permitiendo que sus titulares de cierta forma mantengan control o participen de los derechos y obligaciones inherentes a los activos y/o pasivos que componen el o los bloques patrimoniales escindidos. Elías Laroza señala que esta norma respondió a la necesidad de frenar las consecuencias negativas de las concentraciones empresariales, las cuales traen consigo la deficiencia en la administración de la empresa, así como la falta de dinamismo en la conducción de ésta y en la demora en la toma de decisiones. Todo ello redundaría, señala el autor, en un obstáculo para el desarrollo empresarial (1997, p. 275).

Por lo tanto, si no existiese una regulación sobre la escisión tal como la que se encuentra en la LGS, un empresario tendría que realizar una serie de actos y contratos sobre sus activos y/o pasivos para lograr el mismo objetivo que con la escisión, pero con los altos costos y entrapamientos contractuales que ello puede generar<sup>(19)</sup>. Por ejemplo, tendría que celebrar múltiples cesiones de derechos o de posiciones contractuales con otra empresa para efectos de transferir la titularidad de las diversas situaciones jurídicas de las que es parte. La escisión de un bloque patrimonial se creó precisamente para evitar todo esto.

Es preciso notar que, para lograr materializar una escisión en el Perú, la LGS impone una serie de requisitos formales, incluidos

requisitos de convocatoria, publicidad, auditoría de estados financieros e incluso la obligatoriedad de pasar por un periodo de oposición a favor de sus acreedores, pero en ningún caso exige que para lograr su eficacia se deban suscribir acuerdos paralelos respecto de cada uno de los componentes del bloque patrimonial. Es más, se establece expresamente en el artículo 378 que “la escisión entra en vigencia en la fecha fijada en el acuerdo en que se aprueba el proyecto de escisión conforme a lo dispuesto en el artículo 376. *A partir de esa fecha las sociedades beneficiarias asumen automáticamente las operaciones, derechos y obligaciones de los bloques patrimoniales escindidos y cesan con respecto a ellos las operaciones, derechos y obligaciones de la o las sociedades escindidas, ya sea que se extingan o no*” (énfasis nuestro). Cuando se habla que se “*asume automáticamente*” debe entenderse que la titularidad de derechos, obligaciones y otras situaciones jurídicas que podrían integrar el bloque patrimonial escindido, por el sólo mérito del acuerdo de escisión, pasan de una sociedad a otra (esto lo veremos con mayor detenimiento en el siguiente ítem).

En ese sentido, Elías Laroza puntualiza que la escisión merecía un tratamiento legislativo propio pues de esa forma se otorgó “seguridad, orden y simplicidad al procedimiento de reorganización empresarial que, de otra forma, tendría que ser enfrentado a través de una serie de operaciones sucesivas”, más aun teniendo en cuenta que la escisión “no es la suma de distintas operaciones sino un procedimiento de reorganización con caracteres propios, cuya utilidad e importancia justifican una regulación como la propuesta en la LGS” (1997, p. 275)<sup>(20)</sup>.

## **5.2. Escisión de bloque patrimonial y legitimación derivada**

Hemos dicho que, en virtud de la escisión, una empresa pasa a ocupar, *de pleno*

(19) Hay quienes señalan que el mismo objetivo se podría lograr con un aumento de capital; pero esto no es correcto porque únicamente mediante una escisión o una reorganización simple es que la empresa se puede desprender de un patrimonio negativo, y esto porque el bloque patrimonial escindido puede contener activos cuya sumatoria es inferior a la totalidad de los pasivos que la componen. Al respecto, véase “El valor neto negativo del bloque patrimonial que se transfiere en los procesos de reorganización societaria”, de Salas (2002, p. 161).

(20) Finalmente, tal como indica Hernández Gazzo en su momento, la regulación sobre escisión constituyó un avance sustancial para una regulación moderna y acorde con la relevancia que un mercado emergente como el peruano requería, por lo que, cualquier interpretación que desconozca dicho avance en la regulación societaria pone en riesgo la seguridad jurídica que tienen las empresas para reorganizarse (1997, p. 36).



*derecho*, la posición de otra en todas las situaciones jurídicas objeto de transferencia del bloque patrimonial. Asimismo, simultáneamente, la empresa que se desprende del bloque deja de ostentar dicha calidad, y todo ello sin que se requiera obligatoriamente de algún acto, negocio o contrato adicional para el cambio de la titularidad de tales situaciones jurídicas.

Tomemos el siguiente ejemplo. El directorio de la sociedad Alfa ha acordado que, por convenir a los intereses de la sociedad, se debe segregar un bloque patrimonial constituido por el activo “cuentas por cobrar”. Este activo se compone de créditos a personas jurídicas que probablemente tendrán problemas de pagos, de tal forma que este bloque será absorbido por la sociedad Beta, la cual tiene capacidad operativa y financiera para gestionar dicha cartera. Como consecuencia de esto, Beta incrementará su capital social, emitiendo nuevas acciones a favor de los accionistas de la sociedad Alfa. La junta de accionistas de las sociedades Alfa y Beta aprueban el proyecto de escisión presentado por sus respectivos directorios, el cual contiene todos los detalles exigidos por la LGS, incluida la relación de los elementos del activo que constituye el bloque patrimonial, y fijan como fecha de entrada en vigencia de la escisión la fecha de la emisión de la escritura pública que formaliza la operación (arts. 372, 376 y 378 LGS).

Una vez tomados los acuerdos, las sociedades involucradas en la operación realizan las publicaciones en los periódicos que la LGS exige y esperan el plazo de 30 días de oposición de acreedores que se requiere para solicitar el levantamiento de la escritura pública de escisión, a partir de la cual entra en vigencia la operación (arts. 380 y 381 LGS). Por lo tanto, Beta ya es la titular de todos los derechos que involucran al bloque patrimonial que le fue transferido sin perjuicio de la posterior inscripción de la escisión (lo cual en efecto ocurre).

Meses después, Beta identifica que uno de los créditos que formaba parte de las “cuentas por cobrar” del bloque patrimonial recibido está presentando problemas de pago por más de dos meses. Por ello, decide ejecutar el pagaré que había suscrito el deudor como respaldo del crédito que le fue otorgado originalmente por Alfa. Es así como el ejecutante beneficiado por la escisión del bloque patrimonial (en este caso, Beta) comparece al proceso con el título ejecutivo y, además, adjunta un testimonio de la escritura pública que formaliza el acuerdo de escisión. Lo que busca Beta es *demostrar* que es el nuevo legitimado, por más que ello no se indique en el título ejecutivo que está presentando.

En el contenido del proyecto de escisión, que forma parte de la escritura pública, se incluye el listado de las “cuentas por

cobrar” que conformaban el bloque patrimonial escindido, indicando expresamente que forman parte de las cuentas por cobrar “todos los créditos otorgados por la sociedad durante el periodo 2021 al 2023”, pero no se especifica los nombres y apellidos de los deudores ni otros detalles de la relación contractual; adicionalmente, se indica que forman parte del bloque patrimonial, tanto las “cuentas por cobrar” como “todas sus garantías, personales y reales, y todos los títulos valores que la respalden”.

Así, Beta, con la finalidad de *acreditar* su legitimidad para ejecutar el título, decide presentar además del pagaré y del testimonio de escritura pública, los informes de auditoría externa de los estados financieros cerrados el año anterior a la celebración de los acuerdos (que las sociedades tenían que poner a disposición de sus accionistas para que tomen la decisión de escisión) (art. 375 de la LGS) y, además, el informe de auditoría legal o *due diligence* que realizara una prestigiosa firma respecto de la situación legal de Alfa de forma previa a la operación de escisión, lo cual es una práctica usual en ciertas operaciones de reorganización societaria. En el informe de auditoría se describe de forma general cómo se componen las “cuenta por cobrar” de Alfa y, en el segundo, se encuentra un análisis de los activos y contratos que componen el bloque patrimonial que ulteriormente fuera absorbido en la operación. Esto buscaría probar que el pagaré en cuestión forma parte de las obligaciones vinculadas a las cuentas por cobrar que componían el bloque patrimonial que, finalmente, fue escindido.

De esta forma es que Beta busca *probar*, en el proceso ejecutivo, no otra cosa que es el nuevo legitimado para ejecutar el título valor, aun cuando no se hubiese realizado un endoso en el documento en sí mismo<sup>(21)</sup>. De ninguna manera bastaría que Beta realice una “afirmación” como reclamaría la teoría de la afirmación; se trata de una auténtica *probanza* que, inclusive, requeriría una amplia exposición argumental en la demanda

(21) De conformidad con lo establecido por el artículo 27 de la Ley de Títulos Valores, en caso el título valor sea transmitido por cesión u otro medio distinto al endoso, se transfiere al cesionario o adquirente todos los derechos que represente; pero lo sujeta a todas las excepciones personales y medios de defensa que el obligado habría podido oponer al cedente o transferente antes de la transmisión.



ejecutiva<sup>(22)</sup>. En casos como este se espera que la demanda contenga todos los argumentos y acompañe todas las pruebas relevantes para acreditar que el demandante es el legitimado a ejecutar el título, sobre todo ante el riesgo de que la otra parte lo desconozca; además, el juez esperaría que así lo haga a fin de comprender por qué es que el ejecutante no es la misma persona que aparece en el título sin que haya existido endoso de por medio.

## 6. Conclusiones

Con el presente ensayo hemos querido demostrar que la “teoría de la afirmación” de la legitimación –que propone que la legitimación procesal sea entendida como *afirmación de titularidad*– debe ser desechada. Además de las diversas críticas de corte conceptual, hemos buscado colocar un ejemplo de la práctica societaria peruana con el objetivo de demostrar, con claridad, que aquella teoría no es capaz de dar cuenta del tipo de análisis que el juez debe realizar en casos de legitimación derivada en el proceso de ejecución (esto es, cuando el nombre del ejecutante no aparece en el título ejecutivo).

En el caso de la escisión societaria que genera una alteración de la titularidad de la obligación puesta a cobro en el proceso de ejecución, no basta con “afirmar” ser el nuevo titular, sino que debe realizarse un esfuerzo argumentativo y probatorio particularmente complejo para *demostrar* que hubo un cambio en la *situación legitimadora* que permite participar en un proceso como ejecutante a la empresa que recibe el bloque patrimonial, a fin de reclamar la satisfacción de un derecho. Esto se hace aún más complejo cuando el acuerdo de escisión no es particularmente detallado o cuando se busca englobar diversas obligaciones en la denominación genérica de “activo” o de “cuentas por cobrar”. Así, además del título, el ejecutante debería desplegar una actividad probatoria intensa para que el juez pueda dar por satisfecho el requisito de la legitimación.

Abandonar la teoría de la afirmación no llevaría a que se altere el tipo de decisión que el juez emite cuando se pronuncia sobre la legitimación. No habría, pues, cosa juzgada ni tampoco algún pronunciamiento sobre el mérito. Las consecuencias jurídicas ya están previstas en la norma procesal. Lo que cambiaría, esto sí, además de comprender mejor la naturaleza de la institución, es que la práctica acepte con naturalidad que, para analizar la legitimación, el juez deba ingresar a contrastar las alegaciones con las pruebas. Según nos parece, esto puede realizarse independientemente del momento procesal en que se deba examinar dicho requisito.

## Referencias bibliográficas

- Assis, A. (2002). *Manual do processo de execução* (8ª ed). Thomson Reuters.
- Ariano, E. (1998). *Proceso de ejecución. La tutela ejecutiva en el Código Procesal Civil*. Rhodas.
- Casassa, S. (2014). *Las excepciones en el proceso civil*. Gaceta Jurídica.
- Casassa, S. (2023). Comentario al artículo 690. En M. Muro & M. Torres (Coord.), *Código Procesal Civil Comentado* (2ª ed) (pp. 254-259). Gaceta Jurídica.
- Cavani, R. (2023). Las condiciones de la acción: una categoría que debe desaparecer. En S. Espejo (Ed.), *El proceso civil en su laberinto. Ensayos para una reforma* (pp. 195-209). Zela.
- Calmon de Passos, J. J. (1959). *A ação no direito processual civil brasileiro*. Progresso.
- Comoglio, L.; Ferri, C. & Taruffo, M. (1995). *Lezioni sul processo civile. II: Procedimenti speciali, cautelari e esecutivi*. Mulino.
- Consolo, C. (2010). *Spiegazione di diritto processuale civile* (Vol. 2). Giappichelli.
- Didier Jr., F. (2016). *Curso de direito processual civil. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento* (18ª ed, Vol. 1). JusPodivm.
- Didier Jr., F. & Arruda Alvim, T. (Coord.). (2018). *CPC brasileiro traduzido para a língua espanhola. Código de Processo Civil brasileiro de 2015*. Jus Podivm.
- Didier Jr., F. et al. (2019). *Curso de direito processual civil, 5: Execução* (9ª ed). JusPodivm. <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/6010>
- Elías, E. (1997). La escisión de sociedades. *Themis*, 36, 273-282. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11744>
- Gómez, E. (2009). *Derecho y proceso (estudios compilados y revisados por M. Gómez Mendoza)*. Civitas.
- Hernández, J. (1997). Reorganización de sociedades: fusión y escisión. *Revista IUS ET VERITAS*, 8(14), 27-36. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15703>
- Hernández, J. (2003). Apuntes sobre la reorganización simple en la legislación peruana. En *Tratado de derecho mercantil* (1ª ed., Tomo 1) (pp.1207-1225). Gaceta Jurídica.

(22) Vale la pena insistir que no cabe que el juez pida algún “acuerdo” o “documento” en que se pacte alguna cesión de derechos o cesión de posición contractual de los derechos contenidos en la donación ya que, como se ha dicho, la transferencia del bloque patrimonial implica precisamente el cambio de titularidad que es lo que produce la cesión.



Liebman, E. (1957). *Manuale di diritto processuale civile* (2ª ed., Vol. II). Giuffrè.

Loreto, L. (1970). Contribución al estudio de la excepción de inadmisibilidad por falta de cualidad. En *Ensayos jurídicos* (pp. 15-76). Fabretón.

Luiso, F. (2022). *Diritto processuale civile, I. Principi generali* (13ª ed.). Giuffrè.

Mandrioli, C. & Carratta, A. (2022). *Diritto processuale civile. I. Nozione introduttive e disposizioni generali* (28ª ed.). Giappichelli.

Mandrioli, C. & Carratta, A. (2023). *Corso di diritto processuale civile. III. I processi speciali, l'esecuzione forzata e le procedure alternative (editio minor)* (19ª ed.). Giappichelli.

Martel, R. (2021). *La tutela ejecutiva en el proceso civil*. Universidad de Lima.

Monroy Gálvez, J. (2023). *Las pretensiones en el contencioso administrativo*. Palestra.

Montero Aroca, J. (1994). *La legitimación en el proceso civil (intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*. Civitas.

Nieva, J. (2015). *Derecho procesal II. Proceso civil*. Marcial Pons.

Prado, R. & Zegarra, O. (2018). La legitimación en el proceso civil peruano. *Revista IUS ET VERITAS*, 56, 44-60. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201801.003>

Priori, G. (2019). *El proceso y la tutela de los derechos*. Fondo Editorial PUCP.

Salas, J. (2002). El valor neto negativo del bloque patrimonial que se transfiere en los procesos de reorganización societaria. *Revista IUS ET VERITAS*, 13(25), 161-167. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16204>

Satta, G. & Punzi, C. (1996). *Diritto processuale civile* (12ª ed.). Cedam. 