

**MANUAL BREVE DE DESAHUCIOS**  
(MONITORIO ARRENDATICIO Y SUMARIO DE DESAHUCIO)



**SERGIO ARTAVIA B.**

Co-redactor del nuevo Código Procesal Civil  
Profesor de Derecho Procesal Civil Universidad de Costa Rica  
Abogado litigante  
Presidente Instituto Costarricense de Derecho Procesal

**MANUAL BREVE DE DESAHUCIOS**  
**(Monitorio arrendaticio y Sumario de desahucio)**

**1ª edición**

343a05Pr Artavia Sergio

Manual breve de desahucios. / Artavia Sergio, 1ª edición, San José, C.R.  
Editorial Jurídica Faro, abril 2018.

254 p. 22 x 16.5

ISBN 978-9977-13-636-

1.- Derecho Procesal. 2. Manual de desahucios. 3. Desalojo. Artavia, Sergio. II. Título

### **Comité Editorial**

Dr. Enrique Ulate Chacón

Dr. Carlos Picado Vargas

Dr. Shirley Víquez Vargas

Dr. Álvaro Burgos Mata

Lic. Jonatán Picado León

### **Consejo Editorial**

Dr. Ricardo Zeledón Zeledón

Msc. Luis Ortíz Zamora

Msc. Herman Duarte

Dr. Herman Mora

Dr. Juan Marcos Rivero Sánchez

Dr. Sergio Artavia Barrantes

Editorial Jurídica Faro S.A. Telf. 2234-0233 ext. 232 y 119.

San José – Costa Rica

Fax. 2253-5667 [sartavia@artaviaybarrantes.com](mailto:sartavia@artaviaybarrantes.com)

## ABREVIATURAS

CCi.....	Código Civil
CCo.....	Código Procesal Civil
CFa.....	Código de Familia
Cfr.....	Confrontar
CIDH.....	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CNot.....	Código Notarial
CPCA.....	Código Procesal Contencioso Administrativo
CPCD.....	Código Procesal Civil derogado de 1989.
CPe.....	Código Penal
CPo.....	Constitución Política
CPP.....	Código Procesal Penal
CT.....	Código de Trabajo -tras la Reforma Laboral-
LCJD.....	Ley de Cobro Judicial derogada del 2008
LEC.....	Ley de Enjuiciamiento Civil española 2000
LGM.....	Ley de Garantías Mobiliarias
Ley Rac.....	Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos
LGUYS.....	Ley General de Arrendamientos Urbanos
LJC.....	Ley de la Jurisdicción Constitucional
LNJ.....	Ley de Notificaciones Judiciales
LOPJ.....	Ley Orgánica del Poder Judicial
NCPC.....	Nuevo Código Procesal Civil
PCGP.....	Proyecto de Código General del Proceso 2001-2005 de Ricardo Zeledón, Sergio Artavia y Rodrigo Montenegro
RPL.....	Reforma Procesal Laboral 2016
SIC./Sala Primera.....	Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia
S.II C./Sala Segunda.....	Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia
Sala Const.....	Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia
TAgr.....	Tribunal Agrario de San José
TIC.....	Tribunal Primero Civil de San José
T. I C. S. Ext.....	Tribunal Primero Civil-Sección Extraordinaria
V.gr.....	Verbigracia; por ejemplo
Vid.....	Ver en igual sentido
P.ejp.....	Por ejemplo.



## ÍNDICE

### CAPÍTULO I LEGITIMACIÓN EN EL DESAHUCIO (APLICABLE AL MONITORIO O EL SUMARIO)

<b>1.- Concepto de legitimación útil para el desahucio .....</b>	<b>15</b>
<b>2.- Supuestos complejos de legitimación.....</b>	<b>17</b>
a.- El propietario simple.....	16
b.- El usufructuario.....	23
c.- El fiduciario .....	27
d.- El condómino .....	30
e.- Los copropietarios.....	33
f.- El copropietario como arrendatario .....	37
g.- El poseedor-arrendador.....	39
h.- Legitimación del poseedor para desahuciar .....	43
i.- El propietario aparente .....	47
j.- El poseedor por “cualquier otro título” .....	48
k.- Depositario convencional y judicial.....	49
l.- El derecho de uso .....	51
m.- El comodato .....	52
n.- El subarrendatario aun con prohibición.....	54
o.- Los apoderados convencionales y el arrendamiento .....	57
p.- Menores e incapaces .....	58
q.- El albacea y el curador en concursales .....	59
<b>3.- Legitimación para ser demandado -pasiva- .....</b>	<b>60</b>
a.- Aspectos generales.....	60
b.- El subarrendatario y cesionario no autorizado .....	63
c.- Subarriendo y cesión permitidos.....	64
d.- Constitucionalidad de la norma que no exige demandar al subarrendatario ni al cesionario no autorizado.....	65
e.- Demanda del subarrendatario contra el arrendatario .....	66
<b>4.- La capacidad para plantear el desahucio.....</b>	<b>66</b>

---

**CAPÍTULO II**  
**LA COMPETENCIA EN MATERIA DE DESAHUCIOS**

<b>1.- Juez competente</b> .....	69
a.- Los juzgados civiles –sin distinción de cuantía- .....	69
b.- Competencia en razón de la materia.....	70
<b>2.- Competencia agraria y el NCPC</b> .....	71
a.- Criterios de competencia del desahucio agrario .....	71
b.- Competencia contencioso-administrativa.....	73
<b>3.- Competencia por territorio</b> .....	74

**CAPÍTULO III**  
**LA DEMANDA DE DESAHUCIO**  
**(MONITORIA O SUMARIA)**

<b>1.- Requisitos de la demanda monitoria</b> .....	77
a.- Identificación de las partes.....	79
b.- Los hechos en general.....	80
c.- Hechos particulares del monitorio de desahucio.....	87
i.- La individualización de la causal de desahucio .....	87
ii.- Monto de la renta vigente .....	88
iii.- Fecha de pago.....	89
iv.- Lugar donde está ubicado el inmueble .....	89
v.- Acreditar la propiedad o el derecho del actor .....	89
vi.- Acreditar el contrato, si lo hubiera .....	90
vii.- Certificación del valor del inmueble.....	90
viii.- Timbres en el contrato base .....	91
d.- El ofrecimiento de prueba.....	92
i.- La testimonial.....	92
ii.- La pericial.....	93
iii.- Prueba documental y que conste en registros .....	94
iv.- El interrogatorio de parte .....	94
v.- Reconocimiento judicial .....	95
e.- La justificación y explicación de la prueba.....	95
f.- El fundamento de derecho .....	96
g.- La pretensión procesal o petitoria .....	98
h.- Estimación.....	100
i.- La indicación de la causal de desahucio .....	103
<b>2.- Otros requisitos de la demanda</b> .....	104
a.- Autenticación por abogado.....	104

b.- Demostración de la capacidad procesal .....	105
c.- Timbres de ley en la demanda.....	105
d.- Pretensiones subsidiarias o alternativas.....	107
e.- Supuestos de litisconsorcio necesario.....	108
f.- Copias de la demanda y documentos .....	108
g.- Medidas cautelares.....	109
h.- El abogado director y facultativamente los suplentes.....	109
i.- Firma de la parte. Solución en caso ausencia.....	109
<b>3.- Admisibilidad de la demanda.....</b>	<b>111</b>
a.- Motivos que pueden dar origen a la inadmisibilidad .....	111
b.- Procedimiento de corrección de demanda .....	113
c.- Recursos contra la demanda defectuosa o de su rechazo.....	114
d.- Admisión parcial de la demanda.....	114
e.- Traslado de demanda monitoria. Contenido y efecto .....	115
f.- Traslado en caso de sumario de desahucio. Diferencias .....	115
<b>4.- Demanda improponible.....</b>	<b>116</b>
a.- Fundamento .....	116
b.- Concepto .....	117
c.- Debe ser evidente y estar prevista taxativamente la causal.....	118
d.- Causales de demanda improponible en el NCPC .....	118
e.- Momentos para declarar y trámite.....	119

**CAPÍTULO IV**  
**MANDATO INICIAL Y OPOSICIÓN**  
**EN EL MONITORIO ARRENDATICIO**

<b>1.- Resolución inicial intimatoria.....</b>	<b>122</b>
a.- Naturaleza jurídica de la resolución intimatoria .....	122
b.- Forma y contenido.....	123
c.- Ejecución inicial.....	125
d.- Irrecorribilidad de la resolución intimatoria inicial.....	126
e.- Retención de bienes –remisión-.....	127
f.- Depósito de rentas sucesivas –remisión-.....	127
g.- Técnica y contenido de la contestación de demanda.....	128
i.- Contenido general de la contestación .....	129
ii.- Oposición a los hechos .....	130
iii.- Posición en cuanto a la pretensión .....	131
iv.- Oposición al fundamento.....	132
<b>2.- Allanamiento .....</b>	<b>132</b>
a.- Concepto y naturaleza jurídica .....	133

b.- Allanamiento parcial o total .....	133
c.- Efectos del allanamiento en monitorios.....	134
d.- Rebeldía: no oposición del demandado.....	134
<b>3.- Oposición extemporánea.....</b>	<b>138</b>
<b>4.- Oposición infundada .....</b>	<b>138</b>
<b>5.- Efectos de la oposición infundada, en rebeldía y allanamiento.....</b>	<b>139</b>
<b>6.- Oposición fundada .....</b>	<b>141</b>
a.- Contenido de la oposición determinada por ley .....	142
b.- Concepto, forma y contenido de la oposición fundada .....	142
c.- Efectos de la oposición fundada y sentencia .....	144
<b>7.- Excepciones materiales en el monitorio.....</b>	<b>144</b>
a.- Denominación.....	145
b.- Taxatividad de las excepciones y el adverbio “solo” .....	145
c.- Excepción de pago.....	146
i.- Concepto de pago.....	146
ii.- El recibo de pago y su valor probatorio .....	147
iii.- Contenido y valor del recibo de pago .....	148
iv.- Recibo de pago y carga probatoria .....	149
v.- La falta de entrega del recibo .....	150
d.- Prescripción.....	152
i.- Concepto .....	153
ii.- Fundamento .....	154
iii.- Presupuestos.....	156
iv.- Componentes de la prescripción arrendaticia .....	157
e.- Inexistencia de la obligación de pagar la renta.....	157
f.- Falta de vencimiento del plazo –sic. del contrato- .....	161
<b>8.- Excepciones procesales .....</b>	<b>162</b>
a.- El deber de fundamentar las excepciones procesales.....	162
b.- Excepción de falta de competencia .....	165
c.- Excepción de cláusula arbitral .....	165
d.- Excepción de litisconsorcio necesario.....	166
e.- Excepción de indebida acumulación de pretensiones .....	168
f.- Excepción de litispendencia .....	168

**CAPÍTULO V**  
**OPOSICIÓN Y TRÁMITE DEL**  
**SUMARIO DE DESAHUCIO**

<b>1.- Admisibilidad de la demanda .....</b>	<b>171</b>
<b>2.- Traslado y contestación .....</b>	<b>171</b>

<b>3.- Allanamiento, rebeldía y la no oposición del demandado .....</b>	<b>173</b>
<b>4.- Señalamiento para audiencia oral única .....</b>	<b>175</b>
a.- La audiencia única y concentrada en procesos sumarios.....	175
b.- Supuestos en los que no es necesario señalar audiencia .....	175

**CAPÍTULO VI**  
**LA AUDIENCIA ORAL ÚNICA**  
**(PARA EL MONITORIO Y EL SUMARIO)**

<b>1.- Actividades de la audiencia. Programa .....</b>	<b>177</b>
<b>2.- Fines de la audiencia .....</b>	<b>178</b>
<b>3.- Informe sobre el objeto del proceso y el orden de las cuestiones .....</b>	<b>178</b>
<b>4.- La tentativa de conciliación .....</b>	<b>183</b>
<b>5.- Aclaración de las proposiciones, cuando sean oscuras, imprecisas u omisas .....</b>	<b>183</b>
<b>6.- Contestación de las excepciones, ofrecimiento y contraprueba .....</b>	<b>185</b>
a.- Réplica de las excepciones materiales .....	185
b.- Argumentación de las excepciones procesales y de fondo.....	186
c.- Contraprueba de las excepciones .....	188
<b>7.- Recepción y práctica de prueba sobre actividad procesal defectuosa .....</b>	<b>189</b>
<b>8.- Resolución de actividad procesal defectuosa y saneamiento .....</b>	<b>190</b>
<b>9.- Definición de la cuantía del proceso .....</b>	<b>192</b>
<b>10.- Fijación de lo que será objeto del debate .....</b>	<b>193</b>
<b>11.- Admisión de pruebas .....</b>	<b>194</b>
a.- Resolución oral sobre admisión de las pruebas .....	194
b.- El thema probandum.....	195
<b>12.- Modificación de medidas cautelares .....</b>	<b>197</b>
<b>13.- Evacuación oral y pública de las pruebas.....</b>	<b>198</b>
<b>14.- Conclusiones de las partes.....</b>	<b>200</b>
a.- Momento para realizarla .....	201
b.- Forma de hacer las conclusiones y definición .....	201
c.- La técnica de las conclusiones orales.....	205
<b>15.- Deliberación del tribunal.....</b>	<b>206</b>

**CAPÍTULO VII**  
**OTRAS CUESTIONES PROCESALES EN EL MONITORIO Y EL SUMARIO**

<b>1.- Retención preventiva de bienes.....</b>	<b>209</b>
a.- Concepto de derecho de retención.....	210
b.- Contenido del derecho de retención .....	211
c.- Ejecución del derecho de retención.....	212

---

d.- Los bienes embargables o “retenibles” .....	214
i.- Bienes legalmente inembargables.....	214
ii.- Los bienes de familiares .....	215
<b>2.- Depósito de los alquileres sucesivos .....</b>	<b>215</b>
a.- Vigencia de la obligación de pago de la renta.....	216
b.- Proceso para la extinción del contrato .....	217
c.- Consecuencias del no depósito de las rentas sucesivas .....	217
<b>3.- Depósito provisional y cautelar del bien .....</b>	<b>219</b>

## CAPÍTULO VIII

### ACTOS POSTERIORES AL DICTADO DE LA SENTENCIA

<b>1.- Efectos de la sentencia sumaria .....</b>	<b>225</b>
<b>2.- Orden de lanzamiento y puesta en posesión.....</b>	<b>226</b>
a.- Quien la hace .....	226
b.- Puesta en posesión, orden de embargo y otros .....	228
<b>3.- Casos complejos de orden de desalojo.....</b>	<b>230</b>
a.- Casas de interés social.....	230
b.- Ex-empleados.....	232
c.- Terceros poseedores y subarrendatarios.....	233
<b>4.- Cobro de rentas o alquileres adeudados .....</b>	<b>236</b>
a.- Presupuestos .....	237
b.- Extremos que se pueden cobrar en vía incidental.....	238
i.- Las cuotas de arrendamiento no satisfechas.....	239
ii.- Servicios inherentes al vínculo arrendaticio.....	240
iii.- Otros gastos inherentes al arrendamiento .....	240
c.- Intereses y costas en el incidente.....	241
<b>5.- Retención de bienes, mientras no se cancelen las rentas.....</b>	<b>242</b>
<b>6.- Liquidación de costas del proceso .....</b>	<b>243</b>
<b>7.- Proceso ordinario para impugnar sentencia de un sumario.....</b>	<b>245</b>
a.- No produce litispendencia .....	246
b.- Límite de discusión en el ordinario .....	248
c.- Supremacía de la cosa juzgada sobre el sumario y monitorio .....	249
<b>8.- Sentencia sumaria desestimatoria y conversión a ordinario.....</b>	<b>249</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>251</b>

# CAPÍTULO I

## LEGITIMACIÓN EN EL DESAHUCIO

### (APLICABLE AL MONITORIO O EL SUMARIO)

Se estudia aquí quién puede demandar y quién puede ser demandado en un proceso de desahucio. La legitimación es un presupuesto material con efectos procesales. Entendemos por legitimación la titularidad para el ejercicio de una pretensión. Esto es, la pertenencia del derecho reclamado a la persona que lo reclama. Así, el artículo 21.1 NCPC –que corresponden al 104 CPCD- define: "será parte legítima aquella que alegue tener o a quien se le atribuya una determinada relación jurídica con la pretensión".

#### **1.- CONCEPTO DE LEGITIMACIÓN ÚTIL PARA EL DESAHUCIO**

El concepto de legitimación desde la óptica procesal va vinculado con el de capacidad para arrendar. Como norma de principio: quien no tiene facultad para arrendar no tiene legitimación para desahuciar. Entonces, la demanda que presente un nudo propietario, un fideicomitente, un fideicomisario, un depositario, el usuario, el retenedor, el apoderado general –no abogado-; debe ser rechazada de plano por falta de legitimación evidente –supuesto de demanda improponible previsto en el numeral 35.5.5 NCPC “Quien la propone carece de forma evidente de legitimación”-; incluso cuando la demanda se dirija contra su correlativo contratante.

Véase que en estos supuestos no hay autorización para arrendar y el sujeto no es quien tiene derecho a percibir los frutos civiles o industriales, efecto propio del contrato de arrendamiento. En cambio, sí tienen legitimación “natural” para plantear una demanda de

desahucio: el propietario registral, el fiduciario, el usufructuario, el apoderado generalísimo o el apoderado general con tal facultad. La norma se refiere a la legitimación procesal, como presupuesto material con efectos procesales.

Se designa indistintamente a esta figura como legitimación procesal, *legitimatio ad procesum*, legitimación *ad-causam*, falta de legitimación activa o pasiva. Lo cierto del caso es que el término que ahora nos interesa y resulta correcto es el de legitimación para demandar o ser demandado, como presupuesto de admisión de la pretensión material y no como capacidad de actuar procesal. La doctrina procesal da diversas acepciones. Arazi entiende, “la legitimación activa supone la identidad entre la persona a quien la ley le concede el derecho de acción y quien asume en el proceso el carácter de actor”. A nuestro entender el concepto parece ser el de “legitimación activa” a secas, entendida como la facultad legal, titularidad, pertenencia del derecho reclamado y vinculación procesal que surge del derecho sustancial, que deben tener determinadas personas para formular respecto de determinado derecho subjetivo sustancial sobre el cual versa la pretensión, que es el objeto del proceso, exista o no él; facultad que permite el dictado de una sentencia estimatoria. La legitimación es pues la titularidad para el ejercicio de una pretensión. Esto es, la pertenencia del derecho reclamado a la persona que lo reclama.

La *legitimatio* desde el ámbito de formulación de una demanda que se quiere sea estimatoria, es la aptitud de un sujeto para ser considerado parte en un proceso concreto y titular del derecho reclamado en la pretensión. La determinación de esta idoneidad procesal está íntimamente ligada con la pretensión deducida en la demanda; solo quien se encuentre en determinada relación con esta, puede esperar una sentencia satisfactoria a su demanda. No significa

que no puede ser parte en el respectivo proceso, pero si no tiene esa vinculación, su demanda será rechazada.

La legitimación activa, a su vez, se refiere a esa suficiencia en la titularidad del sujeto demandante, la cual representa su capacidad para deducir una pretensión y la titularidad de una relación jurídica o un interés tutelable por el ordenamiento. Por ello, la legitimación o falta de legitimación se refiere a una cuestión material o de fondo, no así a una cuestión de índole procesal. Por ser uno de los requisitos materiales esenciales para la estimación de la pretensión de fondo, indispensables para acoger una demanda, puede ser examinada de oficio por el juez y, como vimos, su falta evidente produce un supuesto de demanda improponible.

## **2.- SUPUESTOS COMPLEJOS DE LEGITIMACIÓN**

Conforme al art. 9 de la Lgaus “pueden dar en arriendo el propietario, el poseedor del bien por cualquier título legítimo siempre y cuando no sea el de arrendamiento, y quien actúe en el ejercicio de un poder especial o generalísimo o de una facultad legalmente conferida por autoridad competente. El copropietario de una cosa indivisa no puede arrendarla sin el consentimiento de los demás partícipes...”

Si bien el contrato de arrendamiento no implica un acto de disposición ni de transmisión absoluta del bien arrendado, sino un acto de administración en tanto que es una forma de obtener un rendimiento de ellos con el alquiler o renta, lo cierto es que la ley ha calificado la condición que se exige para dar en arriendo. El arrendamiento, que es el arquetipo del acto de administración, se convierte en estos casos en acto de disposición; de aquí que se requiera una capacidad especial para otorgarlo, aunque se extinga al

resolverse el derecho del arrendador, y, en caso de cotitularidad, prevalece la regla de unanimidad.

La capacidad en este caso se vincula a la posibilidad de prestar consentimiento para un acto concreto. No se trata de que el consentimiento puede o no ser prestado, sino de si el contrato generado por ese consentimiento sea válido y eficaz. Diferente es el tema de la legitimación procesal, que, si bien va vinculado al tema de la capacidad para arrendar y se siguen las mismas reglas, hay una ampliación mayor del acceso a la justicia cuando una persona sin capacidad pretende reclamar una pretensión. Así por ejemplo un simple poseedor, un subarrendante –aunque no autorizado por ley- y uno de los copropietarios –art. 270 CCi.- pueden demandar en la vía judicial para la tutela por ejemplo de un desahucio, siempre que demuestre su titularidad o que su derecho deriva de quien tiene la facultad de concederlo: NCPC 104.2. “Legitimación. Podrá establecer el desahucio quien compruebe su condición de propietario, arrendante o subarrendante, o de poseedor sobre el inmueble por título legítimo, o quien acredite que su derecho deriva de quien tuvo facultad para concederlo. El desahucio procederá contra el arrendatario, el subarrendatario, el cesionario, o los poseedores del inmueble”.

El art. 9 de la Lgaus atribuye de manera privilegiada al propietario la facultad de dar en arrendamiento su bien inmueble y con ello el principal legitimado para plantear el desahucio –art. 104.2 NCPC-.

### **a.- El propietario simple**

Podemos definir al propietario como aquel sujeto de derecho, sea persona física o jurídica, titular del derecho real de propiedad sobre un bien inscrito en el Registro Público, entendiéndose este

derecho de propiedad como aquella relación jurídica real entre un sujeto (propietario) y un bien, cuyo contenido se conforma de los atributos de usar, disfrutar y disponer, correlativamente limitados por ley ordinaria aprobada con mayoría calificada para el cumplimiento de una función ya sea meramente económica, social e incluso ecológica, constituyéndose, en esencia, como un derecho subjetivo que faculta a su titular, el propietario, para aprovechar la relación económica que tiene con la cosa o bien de su propiedad en la medida que le permite la ley. Dentro de los derechos reales, el derecho de propiedad es el más extenso que permite el ordenamiento jurídico.

El artículo 9 Lgaus desarrolla una de las facultades atribuidas al propietario registral de un inmueble, conforme al artículo 264 del CCI, al conferirle sobre el bien el derecho de posesión, transformación, enajenación, defensa, restitución y exclusión de su derecho. Inscrito el inmueble a su nombre su derecho de propiedad surte todos los efectos –art. 267 CCI-. Es el caso típico de titularidad legitimadora para ceder en arrendamiento una cosa, en virtud de uno de los atributos primarios del dominio: el derecho de usufructuar. Un arrendamiento concedido por el dueño, y en tanto dure su dominio, atribuirá el arrendatario, que por su parte cumpla sus prestaciones, un uso o disfrute estable de la cosa arrendada durante el tiempo pactado, estabilidad que todavía podrá reforzarse en este y otros casos en que sea posible mediante la inscripción del arrendamiento en el Registro de la Propiedad.

No hay duda de que su propietario puede arrendar y gozar del inmueble, reclamar su restitución y desalojo aun en contra del arrendatario, siempre y cuando concurra alguna causal de desahucio prevista expresamente en la ley, lo que confirma el artículo 104.2 NCPC al exigir al actor del desahucio demostrar su título de

propiedad –titularidad registral-, derecho de posesión u otro derecho derivado que le autorizara a arrendar.

El propietario puede ser una persona física, menor, mayor, incapaz –aunque tienen un régimen especial para arrendar-, personas jurídicas de derecho público o privado, organizaciones o asociaciones civiles, religiosas o filantrópicas que tenga o no ánimo de lucro.

La calidad de propietario en nuestro derecho se adquiere antes de la tradición mediante el concurso de dos voluntades –acuerdo sobre cosa y precio- coincidentes, proyectadas en un acto exteriorizado revestido de materialidad. Es el sistema de adquisición de derechos reales del nudo consenso. En breve, podemos indicar que existen en el mundo tres sistemas de adquisición de los derechos reales: el sistema francés (nudo consenso), el alemán (inscripción registral) y el español (título y modo). El de nudo consenso es el que se aplica en nuestro país, y consiste en que la propiedad de los bienes muebles e inmuebles se transmite con relación a las partes contratantes por solo el hecho del convenio que tenga por objeto transmitirla, independientemente de su inscripción en el Registro y la tradición. Pero para que dicho negocio jurídico tenga efectos a terceros (oponibilidad erga omnes) se requiere la inscripción registral. Esquematicémoslo así:

De allí que, en virtud del sistema francés del nudo consenso que impera en nuestro país, no es necesario que la titularidad del bien derive de la perfecta inscripción de la propiedad en el Registro. Basta con que el acto de adquisición se encuentre anotado e incluso, aunque no esté presentada, que conste en documento público, pues la norma no exige ni inscripción, ni anotación, se rige entonces por las normas generales de propiedad. Lo usual es que la condición de propietario, tratándose de bienes inscritos, se demuestra con su titularidad registral.

Dos disposiciones dan fundamento a esta afirmación. El artículo 455 *ibidem*, dispone: "Los títulos sujetos a inscripción que no estén inscritos no perjudican a tercero, sino desde la fecha de su presentación al Registro". Por su parte, el artículo 456 establece: "La inscripción no convalida los actos o contratos inscritos que sean nulos o anulables conforme a la ley. Sin embargo, los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto a tercero, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud del título no inscrito o de causas implícitas o de causas que, aunque explícitas no consten en el Registro". De las citadas normas se colige la relevancia de las inscripciones registrales y, necesariamente, la ineficacia de todas aquellas circunstancias ajenas a ellas que no demuestren la titularidad de un derecho de propiedad. Es el llamado "Principio de legitimación registral". Regla general de aplicación a cualquier hipótesis de carga o gravamen que afecte a un bien es que, en tanto tal carga o gravamen no afecte al disfrute del bien, el dueño de la cosa puede cederla en arrendamiento por lo que la hipoteca por sí sola no impide, al ser constituida, que el dueño del bien hipotecado siga disfrutándolo y, en consecuencia, que pueda cederlo en arrendamiento. Aunque la propiedad tenga una anotación de demanda judicial, el propietario puede darla también en arrendamiento.

El desahucio es un proceso cuyo objeto es la restitución del inmueble arrendado y la exclusión del arrendatario, tal ejercicio y su correspondiente legitimación, deriva de esa facultad y del derecho genérico poseído por cualquier propietario para reclamar en juicio, la cosa objeto de su propiedad y el libre goce de todos y cada uno de los derechos y atributos que esta comprende –art. 316 CCI-.

Ahora bien, puede ser que la condición de propietario no coincide necesariamente con la de arrendante. Pudo ser que el

inmueble lo arrendara otro propietario registral al momento de firmarse el contrato; pero si al momento de plantear la demanda ha dejado de serlo este resultará improponible. Puede suceder también que quien demande no sea quien inicialmente arrendó; a este, la ley si le atribuye legitimación para demandar –104.2 NCPC-, pues el traspaso de la propiedad plena del bien arrendado transmite al nuevo propietario la titularidad del bien y los derechos que derivan de él – art. 75 Lgaus-, incluyendo el derecho al cobro de las rentas o frutos que se produzca y el desahucio.

Si el arrendador adquiere la condición de propietario en el curso del contrato o después de iniciado un proceso judicial, su capacidad para arrendar y legitimación para demandar, se consolidaría durante el proceso, pues es principio doctrinal que el juez puede acoger la demanda “si el derecho del actor se consolida o se extingue en el curso del proceso, ello por un principio de economía procesal, esto es para evitar un nuevo juicio”.

Puede suceder que el propietario deje de serlo en el curso del proceso. Si no se dijo nada, el proceso continuará con sentencia estimatoria, pues el hecho y derecho invocado existían al inicio del proceso y, con base en ese derecho, su demanda debe ser acogida sin que el cambio de titularidad modifique tal derecho. En este supuesto el actor posee legitimación al inicio y por ello es titular de un derecho con valor suficiente para demandar y reclamar el inmueble objeto de discusión; pero sí dejó de serlo en el curso del proceso, se produce simplemente la enajenación de la cosa que podría originar la sustitución procesal por transmisión del objeto procesal, conforme al art. 21.4.5 NCPC. Así el proceso continúa, no hay extinción por la modificación de la relación procesal y la sentencia será estimatoria si se cumplen los otros presupuestos materiales.

## **b.- El usufructuario**

Podemos definirlo como aquel “derecho real en cosa ajena por medio del cual, ya sea en forma vitalicia o por un plazo determinado, un propietario confiere a un tercero (usufructuario) las facultades de usar y disfrutar su bien en forma exclusiva, ya sea en forma vitalicia o por un plazo de tiempo determinado. Derecho real de cosa ajena, de goce, según el cual una persona física o jurídica, denominado usufructuario, tiene la facultad de usar un bien perteneciente a otro (nudo propietario) y disfrutar de los frutos que del bien se produzcan o de los productos que con anterioridad al derecho se extraían. Es el derecho de goce que tiene una persona, llamada usufructuario, sobre una cosa propiedad de otra persona, llamada nudo propietario. Se trata de un derecho real en cosa ajena, resultante del desglose o desmembración del derecho de propiedad: el valor intrínseco de la cosa queda atribuido al nudo o desnudo propietario; el valor en uso o aprovechamiento de la cosa usufructuada se atribuye al usufructuario.”

Se le atribuyen al usufructo los siguientes caracteres:

**a)** Es un derecho real de cosa ajena: su constitución convierte al dominio en imperfecto y al dueño en nudo propietario y, como tal, en integrante del sujeto pasivo universal frente al usufructuario: el derecho de usufructo implica un desdoble de las facultades del propietario: se otorga el uso y disfrute al usufructuario y el nudo propietario se reserva la facultad de disponer el bien, ya sea materialmente (transformación) o jurídicamente (enajenación). A este fenómeno se le denomina “desplazamiento del atributo primario de usufructuar”.

b) De uso y goce: el contenido del usufructo es amplio, pues confiere dos de los tres clásicos *ius: ius utendi* y *ius fruendi*, al nudo propietario solo le queda el *ius abutendi*, y,

c) No se puede alterar la sustancia: si bien el usufructuario puede usar y gozar de la cosa, el ejercicio de tales facultades no es tan amplio como el del dueño, ya que aparece limitado para el salva *rerum substantia*".

Con el usufructo se da una escisión o separación del dominio en dos derechos reales independientes entre sí y con titulares distintos: el derecho real del nudo propietario y el derecho real del usufructuario, cada uno de los cuales tiene sus propias condiciones de existencia y de ejercicio.

El CCI, en su artículo 264, inciso 2), confiere al titular del derecho de propiedad, entre otros atributos, la facultad de usufructuar el bien, consistente en hacer suyos los frutos que produce. El propietario puede, asimismo, al tenor de lo dispuesto en los artículos 335 y 484 *ibidem*, transmitir esa facultad, utilizando, para tal efecto, los mismos medios con los que se transfiere la propiedad de los bienes, con lo cual el usufructo se concibe y ejerce como un derecho autónomo, separado del derecho de propiedad, rigiéndose, conforme lo dispone el artículo 289 del mismo cuerpo normativo, "por el título en que se haya constituido, y en falta o deficiencia del título, por las reglas legales establecidas al efecto.". Se trata entonces de la transferencia del derecho de goce, puesto que, en el ejercicio de su derecho de propiedad, su titular, al conceder el usufructo, transfiere la facultad de aprovecharse de los frutos que la cosa produce. Doctrinalmente el derecho de usufructo, separado del derecho de propiedad, es un derecho real que consiste en el uso y disfrute de un bien ajeno. Comprende la facultad de utilizar la cosa, aprovechando los frutos

que produzca, pero siempre y cuando el usufructo esté formalmente constituido e inscrito como tal en el Registro.

El usufructo se puede arrendar, ya hemos visto que no ofrece duda a la vista de lo que establece el artículo 9 “el poseedor del bien por cualquier título legítimo” y el art. 289 C. Ci. De acuerdo con los artículos 23 de la Lgaus y 341 CCI, el usufructuario podrá dar el bien en arrendamiento en todo o en parte, de acuerdo con las condiciones y el plazo de su propio derecho, principio que deriva del conocido de que “nadie puede dar ni constituir un derecho ni mejor derecho ni más amplio que el que tiene”.

Por su parte el 341 CCI señala “El usufructuario puede gozar por sí o por otros de la cosa en que tenga constituido su derecho, y disponer de él libremente, por todos los medios que permite el derecho, pero con limitación precisa al tiempo que dure el usufructo”, criterio que reitera el art. 338 “los frutos civiles pertenecen al usufructuario” y confirma el 23 Lgaus “El usufructuario puede arrendar el bien, en todo o en parte, de acuerdo con las condiciones y el plazo de su propio derecho”. El tema de si el usufructuario puede dar en arrendamiento no presenta problemas; en este caso, es claro que puede arrendar todo el que tenga sobre el bien un derecho de utilización y como el usufructuario tiene la facultad de gozar de todos los frutos naturales, industriales y civiles que produzca la cosa sobre la que recae su derecho -artículo 336 del CCI.-; es claro que los alquileres son frutos civiles, entonces, el usufructuario sí puede dar en arrendamiento, siempre y cuando el arrendamiento no supere el plazo por el que fue constituido su derecho.

Sin embargo, al título del usufructuario no puede equipararse su posición a la del dueño, a los efectos de cesión de la cosa usufructuada en arrendamiento. El dueño tiene una mayor libertad en cuanto a los

límites de tiempo y amplitud del uso o disfrute que ceda al arrendatario, salvo los derechos de terceros como vimos antes al estudiar el supuesto de finca hipotecada. Pero el usufructuario se halla contenido por los propios límites y amplitud de su derecho.

Dentro de estas coordenadas puede atribuirse al arrendatario las facultades que estime, pero sin que, en ningún caso, pueda sobrepasar las del dueño. Es decir, que el uso o goce del arrendatario puede ser de entidad igual o inferior, pero no superior a la que corresponda al usufructuario. En otro caso se excedería, y tanto da que el exceso en el goce de la cosa procede de actos propios del usufructuario como si emanan de la conducta del arrendatario que de él trae causa en el disfrute. Además de las peculiaridades expuestas, el arrendamiento otorgado por el usufructuario tiene el límite derivado de su carácter temporal, de suerte que extinguido su derecho se extingue también el arrendamiento conforme a la regla *resoluto iure dantis, resolvitur ius consessum*.

Como el plazo mínimo del arrendamiento según la Lgaus, es de tres años, el usufructuario no podría realizar el contrato si al tiempo de celebrarlo solo le resta menos de ese tiempo para que se extinga su derecho. Podría ser, también, que el plazo del derecho del usufructuario no permitiera que se realizara la prórroga del contrato, circunstancia que debe ser advertida al futuro arrendatario. Se trata de una limitación impuesta a su derecho en virtud de la condición, generalmente gratuita, en que recibió el bien; por eso y por tratarse de un derecho transitorio –limitado por el plazo o condiciones concedidas- a favor del usufructuario, se extingue por la muerte del usufructuario o el vencimiento de plazo a él concedido. Si en el contrato de arrendamiento se ha hecho la advertencia de las limitaciones del usufructuario o del plazo del que goza y, además tales limitaciones, constan en el Registro –art. 23-; el contrato de

arrendamiento se extingue por ambas condiciones. De no hacerse tales advertencias de la limitación de su derecho, no rige el principio de publicidad registral, sino el de deber de información, derivado de los artículos 1023 CCi y 32 inc. b y 34 inc. b) Ley Promoción de la Competencia; si se incumple con ese deber y no se advierten tales limitaciones o imposibilidad, no serán oponibles al arrendatario y no se podrán invocar como causal de desahucio.

A la luz del art. 22 Lgaus y 104.2 NCPC, al tener el usufructuario la titularidad para arrendar es quien tiene la legitimación para plantear un desahucio cuando concurre en él dicha titularidad al momento de plantear la demanda. En consecuencia, el nudo propietario no solo no tiene legitimación para dar en arriendo, sino que carece de legitimación para plantear la demanda de desahucio (TIC N °162-4U de las 16:00 hrs del 20-02-2015), salvo que haya sido expresamente autorizado para ello y su título derive del usufructuario.

### **c.- El fiduciario**

Se refiere a la institución del fideicomiso, no al de la fianza. Se ha definido como “aquel en virtud del cual una persona transmite plenamente a otra ciertos bienes o derechos, obligándose ésta (sic.) a afectarlos a la realización de una finalidad lícita y determinada y, como consecuencia de dicha finalidad, obligándose a retransmitir dichos bienes o derecho a favor de un tercero o a revertirlos en favor del transmitente”

En el contrato de fideicomiso inmobiliario, que es el aquí interesa, se origina la participación de tres sujetos: el fiduciante también denominado fideicomitente o constituyente del fideicomiso que es el titular y quien transmite el bien; el fiduciario quien se convierte en titular del derecho que le es transmitido hasta que deba

restituirlo al fiduciante o transmitirlo a un tercero beneficiario; este a su vez se puede denominar fideicomisario o beneficiario.

Por medio del fideicomiso, el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de bienes o derechos; el fiduciario queda obligado a emplearlos para la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constitutivo –Art. 633 CCo.-. Así, el fideicomiso surge como un acto complejo, como una combinación entre un negocio real de transmisión plena y uno obligacional, que tiende a moderar los efectos de aquella transmisión. En este sistema, cada uno de los negocios produce sus efectos propios independientemente del otro. Se trata en esa parte de un contrato real positivo –la transferencia de la propiedad- de un modo perfecto e irrevocable. El fiduciario no podrá ser fideicomisario. De llegar a coincidir tales calidades, el fiduciario no podrá recibir los beneficios del fideicomiso en tanto la coincidencia subsista –Art. 656 CCo.-. Puede ser fiduciario cualquier persona física o jurídica, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones –638 CCo.-.

De acuerdo con el artículo 636 del CCo “El fideicomiso de bienes sujetos a inscripción deberá ser inscrito en el Registro respectivo. En virtud de la inscripción el bien quedará inscrito en nombre del fiduciario en su calidad de tal”. En virtud de esa condición de dueño registral, el fiduciario asume la condición de titular exclusivo –aunque transitorio- del bien dado en fideicomiso y una de las atribuciones del fiduciario es “Ejercitar los derechos y acciones necesarios legalmente para la defensa del fideicomiso y de los bienes objeto de este” –art. 644 CCo. -Es el fiduciario tiene la legitimación y la posibilidad de demandar judicialmente protección en el caso concreto de tener que plantear un desahucio. Por eso se atribuyen a la propiedad o dominio fiduciario tres particularidades que sustentan la válida protección posesoria:

a) Los bienes fideicometidos son enajenados por su dueño, quien los transfiere a título fiduciario. Deja de ser en consecuencia su titular, pues, aunque no se trata de un acto de transmisión de la propiedad a título oneroso o gratuito, se trata sin embargo de un acto de disposición del titular,

b) La transferencia a título fiduciario, rodea a los bienes de “inmunidad” respecto de los acreedores de quien los recibe, así como de los acreedores del dueño original y de los destinatarios finales de los bienes,

c) Los bienes quedan amparados por un régimen de administración conforme a su naturaleza y al destino previsto, además el titular está sujeto a obligaciones derivadas del motivo y de la índole de la gestión que le ha sido encomendada.

En primer lugar, conforme al art. 24 Lgaus el fiduciario, al tener la titularidad para arrendar, tiene legitimación activa para plantear el desahucio. En segundo lugar, el fideicomitente puede plantear el desahucio, siempre que demuestre que ha sido autorizado para arrendar o que conserve su condición de arrendante para subarrendar; en cuyo caso su derecho de arrendar o subarrendar, según deriva del artículo 104.2 NCPC, “Podrá establecer el desahucio quien compruebe su condición de propietario, arrendante o subarrendante, o de poseedor sobre el inmueble por título legítimo, o quien acredite que su derecho deriva de quien tuvo facultad para concederlo. El desahucio procederá contra el arrendatario, el subarrendatario, el cesionario, o los poseedores del inmueble”. No tendría esa condición si la circunstancia del fideicomitente o un tercero fuera por simple tolerancia, en consecuencia, la demanda puede ser rechazada, cuando la plantea un fideicomitente o fideicomisario del fideicomiso, si estos mantener la posesión del inmueble fideicometido, por mera tolerancia.

## **d.- El condómino**

La propiedad en condominio se define como aquella supuesta en que un inmueble pueda estar dividido de manera que sus pisos o locales pertenezcan por separado a diferentes propietarios o como aquella figura jurídica que surge cuando los diferentes pisos o apartamentos de una casa o finca pertenecen a diversos propietarios, constituyendo una forma especial de propiedad por razón de su objeto por determinación de la estructura física del inmueble. Finalmente, una propiedad especial que, constituida exclusivamente sobre edificios divididos por pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente, atribuye al titular de cada uno de ellos además de un derecho singular y exclusivo sobre estos, un derecho de copropiedad conjunto o inseparable sobre los restantes elementos comunes.

En realidad, “desde el Derecho romano, el término “condominio” es sinónimo de copropiedad art. 270 CCi.). El artículo 265 CCi y la ley que la regula confunden los términos. Es denominada también propiedad horizontal. Tiene naturaleza mixta pues comprende tanto el derecho de propiedad individual (filiales) como el co-propiedad (áreas comunes). Es la modalidad recae sobre un edificio cuyos pisos o apartamentos se consideran utilizables como unidades independientes. Se denomina también propiedad de casas por pisos o propiedad de apartamentos, estableciéndose el derecho de propiedad por separado para cada uno de los referidos espacios del edificio. El título constitutivo ha de dividir el edificio en su totalidad, describiendo el inmueble en su conjunto y cada uno de los pisos o locales que lo forman. En este documento, que será habitualmente notarial, se hará constar la cuota de participación de cada propietario, que servirá de módulo para calcular la parte que a

cada uno de los condueños le corresponde en las obligaciones y gastos comunes”.

Por su parte la Sala Constitucional se ha ocupado de la figura y la ha definido:

"La propiedad horizontal es una propiedad imperfecta o limitada, en razón de la modalidad que han escogido los distintos propietarios de los pisos o departamentos en que se divide cada piso y en estos casos cada propietario es dueño del piso o departamento y comunero de los bienes afectos al uso común. De manera que, quien acepta adquirir una propiedad bajo este régimen, está sujeto a lo que el reglamento del condominio, que se dicta con fundamento en la Ley de Propiedad Horizontal disponga" (S. Const. N° 2695 del 12-03-2004).

Es frecuente que se planteen situaciones fácticas que aparentemente puedan dar base a un desahucio dentro del régimen de propiedad en condominio. El condómino, respecto a su propiedad privativa, se rige por las mismas reglas del propietario y del poseedor, respecto de actos de terceros o de otros condóminos o sus arrendatarios, pues no hay ninguna diferencia con la propiedad común.

La duda la plantea el tema de si las áreas comunes pueden ser objeto de desahucio, respecto de actos de terceros y de otros condóminos. La solución, en el derecho comparado, generalmente, la da la propia Ley que regula la materia. En nuestro ordenamiento, el artículo 9 de la Ley de Propiedad en Condominio N° 7933 señala que “Las cosas comunes son de uso general o restringido, independientemente de si están construidas o no y según se destinen al uso y aprovechamiento de todas las filiales o solo a algunas de ellas.

Las cosas comunes pertenecen a todos los titulares del condominio, quienes tendrán en ellas un derecho proporcional al porcentaje que represente el área fijada para su finca filial dentro del condominio. No obstante, ningún propietario podrá ser limitado en el uso y goce racionales de las cosas comunes, ni podrá alegar que tiene un derecho mayor al disfrute de esas cosas porque su porcentaje en ellas supere el de otros propietarios". En primer lugar, hay que entender como áreas comunes las que de manera amplia y ampliativa contempla el art. 10 de la Ley. El tema debe resolverse a través de las normas internas reglamentarias, si no hay una solución en ellas, la vía más adecuada es la del proceso sumario –no necesariamente interdictal– que contempla el artículo 15 de esa Ley especial, en tanto impliquen una vulneración a las reglas del condominio. Otros aspectos como un desahucio basado en alguna de las causales expresamente pactadas para el monitorio: vencimiento del plazo, no pago de la renta principal, no pago de las cuotas condominales o no pago de servicios públicos, pueden dar base a un proceso monitorio de desahucio.

Si bien las cosas comunes pertenecen a todos los titulares del condominio –art. 9 de la Ley–, es la propia Ley que otorga una especial legitimación también al administrador del condominio –que puede ser persona física o jurídica–, para reclamar el desalojo de las áreas comunes del condómino, en caso de que se hayan arrendado.

En efecto, a diferencia de otros ordenamientos, el nuestro sí concede legitimación al administrador para la protección de los bienes comunes, cuando el artículo 30 señala "Corresponderá a la administración el cuidado y vigilancia de los bienes y servicios comunes", lo que se complementa con mayor exactitud con la parte final del art. 29 de esa Ley, cuando señala "...el administrador tendrá las facultades de apoderado general respecto al condominio y los bienes comunes", y como sabemos, una de las facultades procesales de

apoderado general es “Intentar y sostener judicialmente las acciones posesorias” –art. 1255 inc. 2 CCI-; entonces, a diferencia de otros ordenamientos, el administrador, en el nuestro, no es un simple servidor de la posesión, se le han encomendado la protección de los bienes comunes, principio que solo se entiende con las normas instrumentales que le den facultades de actuación en un proceso judicial.

Distinta es la situación de áreas que la Asamblea de Condóminos ha acordado arrendar o disponer a favor de terceros –según lo autoriza el art. 11 de la Ley-, esas son áreas comunes, pero por acuerdo se han convertido en privativas para un tercero, aquí el condómino no puede reclamar la restitución de su uso o posesión, puesto que ha consentido o, por mayoría, se le ha impuesto su desposesión.

#### **e.- Los copropietarios**

La copropiedad es “el derecho real de propiedad que pertenece a varias personas, por una parte, indivisa sobre una cosa mueble o inmueble”. Se le denomina en el derecho extranjero y en toda la doctrina como sinónimo de condominio. En Costa Rica, desde 1999, no es así (ver art. 265 CCI).

Es un derecho real pleno en la cual dos o más sujetos son simultáneamente titulares de un derecho proporcional en parte alícuota, sobre un bien, con un contenido limitado ya que los atributos primarios, especialmente los de transformación y enajenación del bien común, no pueden ser ejercidos en forma separada. Los atributos secundarios sí pueden ser utilizados contra terceros en forma separada, pues beneficia a los codueños. Cuando la situación de comunidad de bienes se proyecta sobre el derecho de propiedad se habla de condominio o copropiedad, siendo condóminos,

copropietarios o condueños las personas a las que pertenece la cosa o bien pro indiviso. Es una comunidad por cuotas divididas idealmente y que recaen sobre un objeto unitario. Los condueños no son titulares independientes, ni miembros de un grupo vinculante. Tienen derecho al uso y disfrute de la cosa común, debiendo velar por su conservación, y todo ello en proporción a las cuotas que tengan. Ningún condueño puede alterar la cosa común sin consentimiento de los demás. Si quiere enajenar su parte a un tercero, los demás tienen un derecho de adquisición preferente.

Siendo una especie del género propiedad, la copropiedad presenta como estructura un elemento subjetivo múltiple (pues dos o más personas son titulares del derecho), un bien registrable sobre el cual recae el derecho y un contenido limitado: Los atributos primarios de enajenación y transformación del bien en común no pueden ser ejercitados en forma separada (aunque cada copropietario sí puede disponer jurídicamente de su propio derecho) y los atributos secundarios pueden ser ejercidos en forma conjunta o separada contra terceros, pero jamás entre condueños. En algunos casos especiales, como en derechos de copropiedad sobre viviendas de bien social, esta copropiedad es obligatoria entre cónyuges, para cumplir una función social determinada: la unidad de la familia.

Por ende, entiéndase como copropietario, a quien también se le denomina condueño y en otras legislaciones, condómino, como aquella persona que ejerce el derecho real de copropiedad perteneciente a dos o más personas por una parte indivisa o alícuota sobre un bien mueble o inmueble.

De esa definición dada se extraen sus caracteres:

**a) Pluralidad de sujetos:** deben ser titulares del derecho dos o más personas, físicas o jurídicas, de un mismo bien.

b) Unidad del objeto: debe recaer sobre cosas ciertas y determinadas...sin que pueda deslindar la parte material de cada uno ni establecer cuando haya varias cosas, cuál corresponde a uno y cuál a otro, ya que todas son tratadas como una unidad, y,

c) Falta de una cuota material: el derecho de cada copropietario se limita a una parte indivisa, o sea, que ninguno de ellos puede circunscribir su derecho a una parte de la cosa físicamente determinada, es titular de una cuota o parte indivisa, expresada por una cifra.

Si el inmueble se encuentra en copropiedad, para arrendarlo, es necesario que el contrato lo celebren y otorguen todos los copropietarios –art. 9 Lgaus-, norma prevista para la celebración del contrato y que obedece a la disposición del bien –aunque temporal- que podría afectar los derechos de los restantes copropietarios, de allí la exigencia legal.

En todo caso ¿Qué pasa si uno solo de los copropietarios arrienda el bien a pesar de la prohibición? El arrendamiento sería eficaz, aunque anulable por los otros copropietarios y surtirá todos sus efectos, incluso valerse de él para plantear un desahucio, permitir lo contrario sería ir contra el principio realidad que demuestra que allí hay un contrato de arrendamiento y por otro sería orquestar un abuso de derecho y permitir que el arrendatario vaya en contra de sus propios actos.

Diversa es la situación en la óptica procesal, pues el numeral 270 CCi permite que uno solo exija la protección judicial. Los términos rígidos del art. 9 Lgau se refieren, como dijimos, a la limitación de contratar o arrendar, puesto que no se trata de una mera administración sino de disposición del bien, lo que justifica la exigencia legal. Sin embargo, razones constitucionales, prácticas y

legales justifican atribuir a uno solo de los copropietarios la legitimación para reclamar en la vía judicial el desalojo del inmueble.

Frente a la prohibición del artículo 9 de la Lgaus, el artículo 270 del CCi señala: “Cuando una cosa pertenezca simultáneamente a dos o más personas, los dueños ejercen conjuntamente todos los derechos del propietario singular, en proporción a la parte que cada uno tenga en la propiedad común. El condueño no puede, sin embargo, disponer de una parte determinada de la cosa, sin que antes le haya sido adjudicada en la respectiva división”. Frente a esa aparente contradicción de ambas normas, para efectos procesales prevalece la segunda, uno de los copropietarios puede libremente demandar en la vía judicial para plantear un desahucio contra un arrendatario. El derecho de acción o de tutela judicial efectiva, entendido como la facultad de acudir a los órganos jurisdiccionales y obtener de ellos un pronunciamiento con carácter de cosa juzgada, no puede estar condicionado a la participación de otros sujetos. Se trata de un derecho individual, no conjunto, en cuyo ejercicio se manifiesta la decisión unilateral del sujeto que lo requiere.

Desde la óptica legal, cobra vigencia la discusión que hemos planteado de que no se trataría de un litisconsorcio activo necesario, el juez no podría obligar al actor a integrar la litis del desahucio con los otros copropietarios, algo que no podemos aceptar. Hemos dicho en otro lado “la excepción de litisconsorcio activo necesario resulta imposible decretarla, pues a ningún ciudadano puede obligarse a entablar una demanda”.

Al significar el litisconsorcio activo una limitación a la libertad de accionar, se debe ver en forma restrictiva y, frente a su condicionamiento, se debe preferir la libertad, por lo que siempre será un litisconsorcio facultativo, es decir, si los otros copropietarios-

arrendantes no desean demandar conjuntamente, ello no niega la posibilidad que uno de ellos lo haga, pues su accionar beneficiará al resto, a quienes tampoco se les puede obligar a demandar –salvo caso de jactancia-; pues como ha dicho nuestra Sala Constitucional, el derecho de acción no puede estar condicionado a la voluntad de un tercero, señalado también en un fallo posterior al indicar que no puede obligarse a las partes a sujetarse a otras personas en un proceso si así no lo quieren. Desde la óptica constitucional la acción es una expresión del derecho público, emanación de los derechos de la personalidad. Con Chiovenda se inicia la concepción de que el derecho de acción es potestativo, es a su decir, un “poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la ley...es un poder que corresponde frente al adversario respecto al cual se produce el efecto jurídico de la actuación de la ley”. En conclusión, la prohibición del artículo 9 de la Lgaus no tiene relación con el derecho de demandar en la vía judicial, no se trata de un caso de litisconsorcio activo necesario y cualquiera de los copropietarios podría accionar de manera individual en la vía judicial. Por otra parte, no debe olvidarse que a veces uno de los copropietarios es quien ejerce la administración y control del bien común, sin perjuicio de la relación interna existente entre ellos, la pasividad o contradicción con los otros copropietarios no podría perjudicar su parte alícuota que le pertenecen, para reclamar así su proporcionalidad de la renta o bien.

#### **f.- El copropietario como arrendatario**

Sucede a menudo que el ocupante o arrendatario es uno de los copropietarios y el otro u otros copropietarios han consentido en esa ocupación. La cuestión procesal ahí se podría complicar si no hay contrato de arrendamiento, así la vía del desahucio sería improcedente pues el copropietario ocupante no posee un bien ajeno, es suyo; ya que, como se sabe, el contrato de arrendamiento implica

el uso y disfrute de un bien ajeno a cambio de un precio. Si no hay contrato ni arrendamiento, en principio el desahucio sería inadmisibile y los copropietarios deberán acudir a la disolución y división de la copropiedad y en el mismo trámite pedir el desalojo del copropietario ocupante.

Sin embargo, si el arrendamiento ha sido consentido o pactado entre el copropietario-arrendatario y los otros copropietarios, sí sería admisible la demanda, pues en todo caso el arrendatario, en este caso, tiene ocupado parcialmente un bien ajeno, no es suyo.

Si bien el artículo 9 de la Lgaus requiere el consentimiento de todos los propietarios para arrendar el bien, no implica, respecto a tercero, nulidad del contrato. El problema surge cuando uno de los copropietarios se auto-arrienda el bien o entra en ocupación sin pago de precio; no hay ocupación por tolerancia porque el bien le pertenece y no puede por eso ser desalojado en vía administrativa. Si existe convenio y acuerdo en el pago de un precio del arriendo, el copropietario se comporta como verdadero arrendatario. No hay ninguna razón para no aplicarle el régimen especial de la Lgaus, inclusive el desahucio, si incumple las obligaciones que dan motivo a un proceso de esa naturaleza; aunque concurren dos causas que originan su ocupación: el contrato de arrendamiento y la copropiedad, en cuyo caso prevalece el arrendamiento porque no podría variar el motivo último o título que actualmente le faculta para poseer. No es que pierde su derecho de propiedad, sino que por concurrir con otro propietario la parte que le pertenece al otro, no la puede disfrutar en beneficio propio sin retribuir al otro copropietario el gozo y uso que hace de la totalidad del bien.

Por otra parte, debe indicarse que entre los copropietarios no opera la prescripción, como lo ha reconocido la Sala Primera, pero eso

no implica que, si entre ellos hay un acuerdo de arrendamiento, los derechos derivados de esta relación se rigen por la prescripción anual de la materia.

### **g.- El poseedor-arrendador**

Se puede ser arrendante o arrendar un inmueble sin ser su propietario registral, ya sea porque el bien no se encuentra inscrito en el Registro Público o se trate de un bien no inscribible. Es el tipo de ejercicio del derecho de posesión sobre un inmueble con construcciones, derecho que consiste en la facultad otorgada a una persona de tener bajo su poder y voluntad la cosa objeto del bien arrendado –art. 277 CCI-.

En su más amplia aceptación, puede definirse la posesión como el "ejercicio de hecho de un derecho, independientemente de que ese derecho pertenezca a quien lo ejerce como propio".

La persona puede ejercitar un derecho que le corresponde, pero puede también, aun no teniéndolo, ejercitarlo como si le correspondiera; en ambos casos, el simple hecho del ejercicio del derecho constituye la posesión. Y a este hecho, la ley dota de importantes consecuencias jurídicas y, solo por ello, la posesión de mero hecho se transforma en institución jurídica.

Dos elementos son indispensables para que uno tenga la posesión; el poder de hecho sobre el objeto y la voluntad de retenerlo bajo su dependencia. Estos dos elementos son conocidos en el derecho romano como el *corpus* y el *animus*; el primero supone una relación física con la cosa y el segundo la voluntad de tener esta para sí de un modo libre e independiente.

El elemento corporal de la posesión es el *corpus*, también denominado el elemento físico, material o corporal de la posesión y

desemboca en la realización de actos materiales sobre la cosa. Por ello, sostuvo Savigny, que el primero supone una relación física o material con la cosa y supone la posibilidad de hacer de la cosa lo que se quiera y a defenderla de toda injerencia extraña. El elemento físico – corpus- no es la simple tenencia material de la cosa. No es necesario que se llegue a esta tenencia, ni es ésta bastante. Para la existencia del corpus es suficiente que pueda ejercitarse acción inmediata sobre la cosa.

Correlativamente, el elemento teleológico de la posesión lo denominamos animus; es la voluntad o elemento psíquico de tener ésta para sí de un modo libre e independiente, es el componente volitivo, consiste en la intención de ejercer el derecho de propiedad. Para Savigny –desarrollador de esta teoría-, el animus es el que verdaderamente califica la posesión, diferenciándola de la mera detentación de la cosa. El animus es la intención y voluntad de tener la cosa, un elemento puramente intencional. Ahora bien, no basta la voluntad de tener, sino que se quiere tener como dueño. Concluye Savigny que para que haya posesión deben existir el corpus y el animus domini; cuando este último falta, solo habrá tenencia, el elemento material es común a ambos, y el elemento intencional es el que marca el criterio diferenciador. Ihering critica esta tesis y sostiene que la posesión no es la simple reunión del corpus y el animus, lo que implicaría para cada una de esas dos condiciones una existencia previa, no que el corpus es el hecho de la voluntad, no existe en el pasado, al modo que la palabra no existe antes de pronunciarla. El animus –señala-, se evidencia en nuestra actuación posesoria, que es, como sabemos exteriorización de la propiedad. El corpus no consiste en la posibilidad física de actuar sobre la cosa y defenderla, para él aparece como el estado normal externo de la cosa, bajo el que cumple el destino económico de servir a los hombres. Siempre que se

exteriorice el comportamiento adecuado, ello estará motiva por una voluntad de poseer, *animus possidendi*, que aparece así implicado o embebido en la actuación posesoria. La intención subjetiva de poseer como dueño no se requiere, por lo que no puede radicar en ella, como quería Savigny, la diferencia entre posesión y simple detentación. Todo detentador es, en principio, poseedor. En suma, como respecto al animus, Ihering sostiene: no se requiere un cualificado animus domini; que el genérico animus possidendi, o voluntad de poseer, no se comprueba por una indagación subjetiva, sino que se encuentra siempre implícito en la actuación posesoria, deducible de la consideración objetiva de ésta. Concluye Ihering señalando que, por consiguiente, ni la posibilidad física, ni el contacto material, ni la presencia, ni la custodia son elementos decisivos, por cuanto en cada caso habrá que preguntarse cómo se comportaría el propietario con respecto de la cosa. Esta amplia polémica póstuma –Ihering la formuló años después de la muerte de Savigny- tuvo una enorme influencia en el pensamiento romanista y la concepción recogida luego por la doctrina, que siguió la exposición de uno u otro autor. Hoy, siguiendo la doctrina se estima que, se adquiere la posesión desde el momento en que existe la posibilidad actual y exclusiva de ejercer sobre una cosa actos materiales como el usufructo, uso o transformación, aunque no se haya ejercido todavía ninguna positivamente, es decir que se dé la “*adprehensio*”, sea el poder de hecho sobre la cosa que se considera adquirido tan pronto tenga el poseedor la posibilidad actual y exclusiva de actuar libremente sobre aquella.

En nuestra legislación, la posesión forma parte del dominio y, según el artículo 277 del CCi, el derecho de posesión consiste en la facultad que corresponde a una persona de tener bajo su poder y voluntad la cosa objeto del derecho; aunque el derecho de posesión se

adquiere junto con la propiedad -art. 278 ibidem-; independientemente del derecho de propiedad se adquiere el de posesión, -según el inciso 2- del numeral siguiente, por el hecho de conservar la posesión por más de un año, corriendo dicho año desde que se tome públicamente la posesión o si fuere tomada clandestinamente, desde que eso conste al despojado.

El derecho a arrendar del poseedor derivaría aquí del título que él tiene, este sería uno para usucapir -art. 853 del CCI-, aunque el hecho de la posesión hace presumir el título mientras no se pruebe lo contrario -art. 854- se requiere además la buena fe y la posesión, al punto de que quien lo alegue está obligado a probarlo -art. 854 ibidem-. No se debe olvidar decir que, tratándose del derecho de posesión, la posesión vale por título, mientras no se pruebe lo contrario. Posición que es lógica porque no puede obligarse a presentar título, a la persona que adquiere originariamente como producto de una toma de posesión en que no tiene ningún transmitente y que en su causa de adquisición tiene tutela de ordenamiento.

La jurisprudencia patria se ha hecho eco de las anteriores apreciaciones y ha indicado lo siguiente:

"El título es la causa jurídica en que se funda el derecho; en materia de posesión es la causa que sirve de arranque a la misma y que explica la ausencia de lesión al derecho ajeno, y (sic.) tradicionalmente se ha entendido como una relación jurídica en virtud del cual el poseedor actual adquiere el bien del poseedor anterior, de ahí que se expresa que la compraventa la donación y la herencia son, entre otros, títulos hábiles para adquirir y poseer; sin embargo en tratándose del derecho de posesión, la tendencia moderna

se orienta en el sentido de entender por título, el simple hecho de la posesión, en forma pública pacífica e ininterrumpida y ejercida en las demás condiciones que la ley señala, sin que sea necesario el tradicional título traslativo de dominio". "En tratándose del derecho de poseer, el hecho de la posesión hace presumir el título mientras no se pruebe lo contrario, lo que significa que el simple hecho de la posesión a través del tiempo y ejercida en las demás condiciones requeridas, la ley lo convierte en derecho de posesión, que cuando se tiene poco tiempo, será un derecho débil o más o menos provisional, pero que a medida que el tiempo aumenta se hace más fuerte y se consolida, configurando así un título hábil para poseer" (S. I C. N° 13 del 25-03-1994).

#### **h.- Legitimación del poseedor para desahuciar**

La condición que debe tener ese poseedor como legitimado para desahuciar a su arrendatario debe ser calificada. No basta la mera afirmación sin constatación o prueba, aquí, la carga de la prueba del título del poseedor; pues frente a la alegada relación pueden subyacer otras condiciones que, por fuerza de un proceso privilegiado, se dejen desprotegidas. En nuestro CCi, en su artículo 854 CCi, exige la prueba de este requisito, pero exceptuando los casos en los cuales existen presunciones posesorias -tratándose de muebles o del derecho de posesión-, o no lo requiere del todo para usucapir -servidumbres continuas y aparentes-. La razón de las excepciones resulta fácil de entender, por el diverso tratamiento dado a los casos señalados.

“Tratándose del derecho de poseer, la forma de adquisición es más ágil que la prevista para el derecho de propiedad, pues su contenido no es pleno y permanente como el de ésta.

En efecto, para adquirir este derecho, basta la posesión por un año -arts. 279 y 869, in fine, del CCI-, pero ello por una presunción posesoria válida tan solo para el derecho de poseer, según reza el artículo 281 ibidem, mas no referida a la causa adquisitiva de la propiedad, la cual, a tenor del ordinal 854, siempre debe probarse. En otras palabras, no puede asimilarse el título justificativo de la simple posesión, con el título de adquisición -verdadero y válido-. El ordinal 281 y el 854 CCI, lejos de contradecirse, encuentran correspondencia en sus respectivos ámbitos de aplicación. A este punto, es oportuno recordar los derechos reales susceptibles de ser adquiridos por usucapión, en los cuales sí se requiere la demostración del justo título. Entre ellos se encuentra el derecho de propiedad -como derecho pleno- y los derechos de usufructo, uso y habitación -como derechos derivados-. En estos casos, no basta con presumir el derecho de poseer; es necesario demostrar una justa causa adquisitiva del dominio, del usufructo, del uso o de la habitación. La función de la presunción posesoria, plenamente aplicable al simple derecho de poseer -derecho real en cosa ajena, el cual, pese a su enorme relevancia, tiene un rango inferior al de propiedad- o al de dominio sobre bienes muebles -lo cual se funda en el sistema de publicidad a éstos aplicable-, no ha sido extendida por nuestra legislación a la prueba del justo título en otros casos. En éstos, la diferente naturaleza y consideración socio económica de los derechos, requieren, en el complejo supuesto de hecho de la adquisición originaria analizada, una causa justificante de la posesión, la cual sea explícita y permita no solo analizar si el título es justo -válido y verdadero-, sino también su concordancia con el bien objeto de posesión (Nº 01 de las 14:00 hrs. del 01-01-1999).

Si el desahucio es un proceso que tiene por objeto la recuperación de un bien dado en arriendo al arrendatario; el poseedor, de cualquier clase que sea, también tiene derecho y legitimación procesal para reclamar y recuperar la posesión mediante el desalojo de su arrendatario. Este poder jurídico bien justificado además por el hecho de que no puede tomarse la posesión de una manera violenta ni por aquel a quien legalmente corresponde; debe reclamarse judicialmente –art. 317 CCI- mientras el actual poseedor se oponga. Desde la óptica procesal es que el art. 104.2 NCPC –aplicable al monitorio de desahucio por el art. 112.4- que le concede legitimación al poseedor legítimo para demandar, según el cual “Podrá establecer el desahucio quien compruebe su condición de propietario, arrendante o subarrendante, o de poseedor sobre el inmueble por título legítimo, o quien acredite que su derecho deriva de quien tuvo facultad para concederlo”, lo que parece confirmar el artículo 9 de la Lgaus que faculta a dar en arriendo al propietario o al “poseedor del bien por cualquier título legítimo”.

El derecho del poseedor debe ser legítimo, es decir tener las condiciones que posee como dueño y con *animus* de usucapir, no importa que aún no haya cumplido los presupuestos para ello, pues su derecho de posesión se protege desde que cumple un año de legítima posesión –quieta, pública, pacífica y notoria-. Como poseedor, por más fuerte y consolidado que esté su derecho, no podrá usucapir. Sin embargo, ello no le veda la legitimación para incoar el desahucio. Su condición, aunque no consolidada, le faculta para que, en caso de incumplimiento de su arrendatario, se le restituya en el goce de su derecho, bastando que pruebe el hecho de la posesión y de haberse producido una causa de desahucio –art. 318 CCI- o simplemente demostrando la existencia de un contrato escrito o los

elementos que conforman uno verbal válido –art. 104.2, 112.4 NCPC y art. 16 Lgaus-.

### **i.- El propietario aparente**

Es propietario aparente el que se comporta como titular verdadero frente a terceros sin serlo jurídicamente. En principio el arrendamiento surtirá sus efectos, no porque el poseedor de buena fe pueda ser considerado como un administrador de la cosa, sino porque como dice Fubini, la facultad de administrar no se comprende en el derecho del poseedor, sino que tal poder o facultad emana del derecho que uno tiene sobre la cosa o de la representación de este último. La protección del arrendamiento deriva aquí de la protección que las leyes conceden al poseedor de buena fe, como consecuencia de la protección del derecho, en cuyo caso el ejercicio consiste en la posesión. Es cierto que el verdadero dueño no queda desprotegido, pero el arrendamiento otorgado por el poseedor de buena fe es algo más que una *res Internacional alios acta*. Si el verdadero dueño no lo aprueba, tendrá que observar las normas del Código protector de esa posesión de buena fe. El poseedor de buena fe hace suyos los frutos recibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión.

En general, todos los supuestos de titularidad aparente de derechos reales reproducen un esquema básico consistente en un elemento objetivo y un elemento subjetivo. En el elemento objetivo se pueden encontrar como mínimo dos comportamientos, a saber:

a) El del sujeto de la situación jurídica real, en este caso el propietario original de la cosa. Este comportamiento sirve como criterio para imputarle el deber de soportar la pérdida de su derecho frente al tercero adquirente de buena fe. Este comportamiento consiste normalmente en: una conducta positiva, es decir, un acto de desposesión -y puesta en circulación- voluntaria del bien; o en una

conducta negativa, normalmente el olvido y abandono de la cosa a su suerte.

b) El del sujeto de la situación jurídica aparente, que, en la hipótesis de comentario, es el propietario o heredero aparente. Este comportamiento no es otro que la posesión. Esta manifiesta como real -en virtud de una relación patológica de manifestación por señales- la titularidad del derecho de que se trate. El comportamiento del poseedor se da en el ámbito de las relaciones sociales y es, en consecuencia, idóneo para que terceros sean llamados a error acerca de la efectiva titularidad de la persona que con ellos contrata.

El conjunto de actos posesorios constituye el mínimo necesario para que se produzca una situación de hecho generadora de apariencia, ya que en ella se revelan dos tipos de fenómenos jurídicos: unos temporales -los comportamientos posesorios- y otro espacial -el sujeto- al que se le atribuye el primero.

Se discute en doctrina si la posesión puede ser índice de la existencia de cualquier derecho real, incluso del mismo derecho de poseer. Para algunos, en aquellos casos en que se da la tutela, no porque se la considere índice de la existencia de una situación jurídica dada, sino por sí misma, por la trascendencia social que pueda tener, esta no podrá funcionar como elemento objetivo de la apariencia. Sin embargo, dispone el art. 281 CCI “El hecho de la posesión hace presumir el derecho de poseer, mientras otro no pruebe corresponderle ese derecho”. Hay aquí, ciertamente, un elemento objetivo, - “el hecho de poseer”-, al que el ordenamiento considera idóneo para generar la apariencia de una situación jurídica - “el derecho de poseer”-. Así, la posesión como hecho puede funcionar como índice de la posesión como derecho. En estas circunstancias puede resultar apta para generar apariencia de la situación jurídica.

Es el caso llamado en doctrina como “posesión presunta”, la cual, “es la situación jurídica en que se encuentra el poseedor de hecho que, por gozar de la protección posesoria, tiene defendida la apariencia de una posesión de derecho. La protección de la posesión se proyecta sobre un hecho con independencia de que exista el derecho cuya apariencia justifica o explica el estado posesorio. La ley protege los derechos subjetivos a base de mantener, en primer lugar, su apariencia. Por tanto, las situaciones jurídicas que se exteriorizan de forma sensible son amparadas, primeramente, por el hecho de su misma exteriorización.”

La posesión está en relación con la teoría de la "apariencia jurídica". Ambas conciernen a relaciones de hecho que constituyen relaciones de derecho; ambas, por otra parte, se superponen parcialmente al propietario aparente de una cosa que tiene siempre posesión de esta y el poseedor de un bien, que presenta frecuentemente la apariencia de ser su propietario. Pero mientras que la teoría de la apariencia considera un derecho por si exterior bajo el ángulo de los terceros, la teoría lo contempla en el interior, por el lado del poseedor, para determinar qué provecho sacará de su posesión.

#### **j.- El poseedor por “cualquier otro título”**

Señala el 104. “Podrá establecer el desahucio... poseedor sobre el inmueble por título legítimo, o quien acredite que su derecho deriva de quien tuvo facultad para concederlo”. Por su parte el artículo 9 de la Lgaus señala que puede arrendar también “el poseedor por cualquier título legítimo, siempre que no sea el de arrendamiento”, lo que constituye una imprecisión, pues con base en esa norma habría que admitir que el usuario, el depositario, el comodatario, el arrendatario –art. 78 Lgaus-, el poseedor en precario o el poseedor por tolerancia; podrían dar en arrendamiento, lo que no

es posible en aplicación del principio "*nemo plus iuris in alium transferre potes quam ipse habet* –nadie puede dar ni transferir un derecho ni mejor ni más amplio que el que tiene-. Este principio obliga a interpretar la fórmula utilizada por la ley "poseedor del bien por cualquier título legítimo", en el sentido de que se trata de cualquier título legítimo para dar en arrendamiento".

Solo tienen capacidad para arrendar todos aquellos que tengan la plena propiedad o la facultad expresa en la ley o por convenio de conceder el uso o goce de los bienes ajenos. No lo tendrían el nudo propietario, el usuario, el comodatario o el depositario. Hay una serie de ocupaciones con título legítimo que no son válidas para usarse como ocupaciones arrendaticias, veamos. Sin embargo, ante la permisibilidad tanto del artículo 104.2 NCPC como del 9 de la Lgaus, si uno de estos sujetos, que en principio no tienen capacidad para arrendar, en la realidad lo hace, con consentimiento o sin él, de quien tiene la facultad para arrendar, dichas normas le dan legitimación para demandar. Se trataría de una posesión imperfecta, pero por la realidad contractual y posesoria la ley le concede un tipo de legitimación especial.

#### **k.- Depositario convencional y judicial**

El depositario de un bien inmueble puede serlo en virtud de un contrato de una orden judicial. En el primer supuesto, se le denomina "depositario convencional" y en el otro, "depositario judicial".

El Contrato de depósito o depósito convencional, regulado en el artículo 1348 del CCI. "corresponde el depósito al género de contratos llamados de "beneficencia", por ser de condición gratuita, como nacidos a impulso de generosos sentimientos extraños en un todo a los estímulos del lucro (...) Es el depósito un contrato por el que uno

de los contratantes da una cosa a guardar al otro, quien se encarga de ella gratuitamente y se obliga a devolverla cuando le fuere pedida.

Mediante este contrato, una persona, llamada depositante o deponente, entrega a otra, llamada depositario, una cosa mueble para que la guarde hasta que la primera le reclame su devolución. No es esencial, para que haya depósito, que el depositante se obligue a pagar un precio; en todo caso, el depositario tendrá siempre derecho a cobrar de aquél los gastos necesarios realizados para la debida conservación de la cosa. El depositario no tiene facultad alguna de uso o disfrute sobre la cosa depositada. No es depósito la obligación que tiene todo vendedor de conservar la cosa que vende hasta el momento de entregarla al comprador.

Por su parte, el depósito judicial, denominado también secuestro, es la medida cautelar típica (en procesos en fase de conocimiento) o acto de ejecución (en procesos de ejecución pura) que tiene por finalidad el aseguramiento de una cosa específica cuya entrega puede ser el objeto de un proceso de ejecución futuro para el caso de que prospere el juicio declarativo en el que se reclama dicha entrega. El referido aseguramiento se materializa mediante el depósito ordenado por el juez a petición del acreedor demandante. Pueden ser objeto de secuestro bienes de cualquier clase, muebles o inmuebles.

En cuanto al depositario judicial de un bien inmueble, los artículos 1355 y 1365 CCi indican que a quien le fue transferida la posesión legal con todos sus efectos, puede plantear un desahucio, incluso contra el dueño, porque con el embargo de la finca cesa al dueño en su disfrute y administración, que se transfieren al administrador judicial, quedando el dueño sometido a la condición de un simple precarista (Sala Const. N° 56 del 07-01-1998). Dicen esas

normas art. 1355 “El depositario que fuere turbado en la posesión, o despojado de la cosa, dará aviso sin demora al depositante, y mientras este no acuda, tomará su defensa...” y art. 1365 “Si el depositario judicial perdiere la posesión de la cosa, puede reclamarla contra toda personal que la haya tomado sin decreto del Tribunal que hubiere constituido el depósito”.

### **1.- El derecho de uso**

El denominado “derecho de uso” es un derecho personal con efectos reales que consiste en la facultad de servirse de un bien, con cargo de conservar la sustancia de él o de tomar sobre los frutos de un fundo ajeno, lo que sea preciso para las necesidades del usuario y su familia. La legislación comparada y la doctrina extranjera no hacen distinción entre bienes muebles o inmuebles para distinguir esta figura del comodato y el de uso.

Es un “derecho real en cosa ajena, personalísimo e inajenable, en la cual, su titular (usuario) tiene la facultad de usar el bien ajeno para satisfacer sus necesidades personales, pero no puede disfrutar de los frutos y productos que se produzcan o extraigan del bien. Es una especie de usufructo ilimitado. Es un derecho real de carácter intransmisible, puesto que la consideración de la persona a cuyo favor se constituye es fundamental. El titular de este derecho, llamado usuario, está facultado para usar una cosa propiedad de otra persona; pero no tiene derecho al disfrute de la cosa usada o percepción de sus frutos de forma indiscriminada. El usuario, pues, tiene derecho a percibir los frutos en la medida que basten a las necesidades del usuario y de su familia, aunque ésta aumente. Tales facultades tienen eficacia real. Los derechos y obligaciones del usuario serán los determinados en el título constitutivo. En lo no previsto en este, se aplican las normas del usufructo en cuanto sean procedentes.”

Tanto el comodato (que no es un derecho real, sino personal derivado de un contrato) como el uso y habitación son derechos personalísimos, generalmente gratuitos, intransferibles, sin causa aparente más que la simple liberalidad y, en consecuencia, revocables en cualquier momento por quién lo concedió; lo que las hace ser una posesión precaria personalísima, aunque con derecho de usar y disfrutar la cosa junto con sus frutos, salvo pacto en contrario. Otros autores hacen depender la diferencia entre comodato, uso y habitación en el hecho de que el comodato se refiere a bienes muebles y los dos últimos a inmuebles para el consumo de las necesidades básicas del usuario o habitador.

De acuerdo con el artículo 368 del CCI, el usuario no puede vender, alquilar, ni en forma alguna traspasar a otro su derecho, pero ¿Qué sucede si arrienda a pesar de la prohibición? Quedaría en la misma situación del arrendatario que subarrienda, a pesar de la prohibición legal de subarrendar, la amplitud del artículo y 104.2 NCPC le otorga legitimación para desahucio a su arrendatario y desde el momento que tiene la misma protección posesoria para obtener el goce del inmueble, también ha de admitirse que tiene legitimación para plantear la demanda de desahucio contra aquel a quien le arrendó. Esta es la situación del usuario respecto a su arrendatario, pues la relación de aquel con el propietario daría origen a un desalojo administrativo, sin necesidad de proceso judicial.

### **m.- El comodato**

Es el “contrato en el que una de las partes, denominada comodante, entrega a la otra, llamada comodatario, un bien mueble o inmueble gratuitamente para que haga uso de él y lo restituya a su legítimo dueño después de terminado el uso. Este contrato se perfecciona con la entrega del bien mueble o inmueble según sea el

caso. Mediante este contrato, denominado también préstamo de uso, una de las partes, llamada comodante, entrega a la otra, llamada comodatario, una cosa no fungible para que use de ella por cierto plazo de tiempo y, al término de este, la devuelva al comodante. Esta conserva el dominio de la cosa, por lo que podrá esgrimir la acción reivindicatoria. Cabe también prestar una cosa fungible; pero es preciso entonces que el comodatario asuma una obligación especial que excluya el uso fungible de aquélla. El comodato es esencialmente gratuito; si se estipulara precio, sería un arrendamiento. También se utiliza como contrato subordinado; por ejemplo, en las compraventas a prueba”.

La mal denominada ocupación de inmuebles por comodato es indebida en nuestro país. Obedece a la tradición atribuida en el derecho romano, de la concesión expresa que se hacía a un sujeto para usar y gozar de una cosa mientras lo permitiera el concedente, sin pago de precio, sin derecho a título del comodatario y la facultad del comodante de hacer cesar la concesión cuando tenga a bien. Como dijimos, en nuestro país el comodato está referido a muebles y por eso, cuando se les refiere indebidamente a inmuebles, se está equiparando a la ocupación por mera tolerancia, con la diferencia de que en el comodato hay acuerdo expreso de arriendo o préstamo del mueble, sin contraprestación o pago. También, se ha señalado como una de las diferencias entre ambas figuras -precario antiguo y comodato- el plazo del contrato, pues si se ha pactado tiempo del disfrute, la relación es de comodato, lo que no impide que vencido el plazo y mantenido el ocupante en la tenencia y uso por prolongación del consentimiento del dueño, adquiera el ex-comodatario el carácter de precarista o por mera tolerancia. El comodato de muebles, el derecho a usar de la cosa y los frutos exceden las del consumo básico, cuando se refiere a mutuo. El artículo 367 CCi nuestro, limita el uso y

habitación en caso de frutos a "los que basten para satisfacer sus necesidades y las de su familia". Aclara Brenes Córdoba "aunque en principio, lo mismo puede establecerse comodato sobre mueble que sobre inmuebles, solo respecto a los primeros tiene lugar, bajo real denominación; pues cuando el préstamo recae en una cosa inmueble, toma el nombre de derecho de uso o de habitación, según se refiera a un fundo o a un edificio...".

En conclusión, es impropio referirse a un contrato de comodato como un arrendamiento gratuito, pues en nuestra legislación el comodato al igual que el mutuo son derivaciones del contrato de préstamo, en ambos gratuitos, pero referidos a bienes muebles, no puede hablarse de comodato de bienes inmuebles, por eso, el denominado en la práctica comodato de inmuebles u ocupación por mera tolerancia, no es otra cosa que un contrato de uso o habitación, a que se refieren los artículos 366 a 369 del CCi.

### **n.- El subarrendatario aun con prohibición**

Mención especial merece el estudio de si el subarrendatario puede plantear un desahucio.

Podemos definir el subarriendo, como "el contrato de arrendamiento celebrado entre el arrendatario de una cosa y la persona que adquiere el derecho de goce y uso de esta, o de parte de ella, que tiene el arrendatario. Es un arrendamiento que se superpone a otro ya existente, sobre la misma cosa y teniendo vigencia simultánea. Hay un arrendatario que subarrienda (subarrendador) a un nuevo arrendatario que se superpone al anterior (subarrendatario). El subarrendador sigue siendo arrendatario de la cosa cuyo goce y uso cede total o parcialmente al subarrendatario. Aunque se trata de un subcontrato, no es totalmente independiente del contrato base. En el subarriendo se establece una relación directa

entre el arrendador del contrato base y el subarrendatario del subcontrato, para asegurar los derechos del primero en el contrato base. El subarrendador puede instar el desahucio contra el subarrendatario por las mismas causas que corresponden al arrendador contra el arrendatario. La extinción del contrato base (arrendamiento), provoca la resolución del subcontrato (subarriendo)”.

El arrendatario no está facultado para arrendar o subarrendar el bien, su derecho legal es de uso no de disposición, por eso la norma no permite al arrendatario dar en arriendo la cosa arrendada a él -art. 78 LGAU-. La Lgaus, se apartó de la regla del CCI, que sí autoriza el subarriendo, queriendo con ello evitar actos de especulación con los locales. Con todo, no se trata de una prohibición absoluta. Sucede sin embargo, que en la realidad los arrendatarios, a pesar de la prohibición legal o contractual, subarriendan o dan en arriendo el bien; así de hecho, el arrendatario puede subarrendar o ceder, si el arrendador así lo ha facultado expresamente y en caso de subarriendo, aunque prohibido -legal o contractualmente- y no consentido, el art. 104.2 NCPC le da legitimación al subarrendante para demandar al subarrendatario, con tal de demostrar que su derecho deriva de quien tenía la facultad de arrendar. Con todo, el subarriendo no autorizado expresamente es causal de resolución de contrato y desahucio en vía sumaria -art. 78 Lgaus. Finalmente, todo lo dispuesto en la ley respecto de los arrendatarios se aplicará a los subarrendatarios -art. 82 Lgaus-.

También la norma procesal -104.2 NCPC-, le da legitimación para plantear el desahucio, aunque su arrendamiento no sea válido, a otros sujetos, sin que sean propietarios o titulares del contrato de arrendamiento, bastará con que contractualmente o, de hecho, figuren como arrendantes. Señala la norma “podrá establecer el desahucio

quien compruebe su condición de propietario, arrendante o subarrendante, o de poseedor sobre el inmueble por título legítimo, o quien acredite que su derecho deriva de quien tuvo facultad para concederlo”.

El arrendatario no está facultado para arrendar o subarrendar el bien, su derecho legal es de uso no de disposición, por eso el art. 9 Lgaus no permite al arrendatario dar en arriendo la cosa arrendada a él. El CCI, expresamente, sí le da derecho al arrendatario para subarrendar o ceder, a menos que esta facultad le esté prohibida por cláusula expresa del contrato o disposición de la ley -ver art. 1145 CCI-. Por el contrario, la Lgaus, se ha apartado de esta regla, queriendo con ello evitar actos de especulación con los locales. Con todo, no se trata de una prohibición absoluta. Sucede sin embargo que en la realidad los arrendatarios, a pesar de la prohibición legal o contractual subarriendan o dan en arriendo el bien: así de hecho, el arrendatario puede subarrendar o ceder si el arrendador lo ha facultado expresamente así -ver comentario al art. 78- y en el caso de subarriendo, aunque prohibido -legal o contractualmente- y no consentido, el art. 104.2 NCPC le da legitimación al subarrendante para demandar al subarrendatario, con tal de demostrar que su derecho deriva de quien tenía la facultad de arrendar. En consecuencia, el subarriendo no autorizado expresamente es causal de resolución de contrato y desahucio -art. 78 Lgaus-, en la vía sumaria.

Finalmente, si todo lo dispuesto en la ley respecto de los arrendatarios se aplica a los subarrendatarios -art. 82 Lgaus-, ello comprende la potestad de desahuciarlo, aunque en principio dicho contrato no sea válido -principio de contrato realidad-.

## **o.- Los apoderados convencionales y el arrendamiento**

Estas figuras responden a cada una de las modalidades de contratos de mandato. Los mandatos pueden ser especialísimo, especial, general y generalísimo. Como nuestro CCI contiene un sistema enumerativo de las facultades de cada apoderado "tiene la ventaja de marcar con precisión las atribuciones que cada especie de poder implica, lo que proporciona la simplificación de los actos notariales concerniente al otorgamiento de poderes, pues basta en cada caso con hacer referencia en general, a las atribuciones especificadas en el respectivo artículo del CCI"; es decir, basta con que se diga que es poder generalísimo, general o especial, para atribuir así las facultades que la ley atribuye a cada tipo de mandato, sin que pueda impugnarse su validez por el hecho de no indicar expresamente la extensión de sus facultades.

El poder especial es el otorgado para un acto o proceso determinado -el que bastará con indicarlo- -art. 1256 CCI. El generalísimo es para cualquier acto en general, salvo limitaciones en el mandato o que se requiera poder especialísimo. Si el generalísimo no indica limitación, el apoderado puede dar o recibir en arriendo en nombre de su poderdante, si el poder es especial debe indicar al menos que se trata de un poder para arrendar tal o cual bien –determinándolo de manera general- e indicar además que las otras condiciones del contrato serán negociadas por el apoderado del arrendatario y arrendador. Si se actúa por apoderado debe ser un apoderado generalísimo o apoderado especial para ese acto.

El art. 9 de la Lgaus y la reforma introducida al art. 1255 inc. 3 del CCI ya no facultan al apoderado general a dar en arriendo el legislador estimó que dicho término excedía el plazo de administración ordinaria del poder general, -art. 1255 CCI. La Lgaus

reformó precisamente el artículo 1255 del CCI que se refiere al poder general establecimiento, señalando “Para arrendar bienes inmuebles, se requiere poder generalísimo o especial”. Hay que interpretar que en esos supuestos se conceptúa el contrato de arrendamiento como un acto que excede de la ordinaria administración, entrando en la esfera de los actos de gravamen, para los que se necesita poder de disposición. Tampoco podría un apoderado general plantear una demanda de desahucio, salvo que se trate de un apoderado general judicial, poder que solo puede otorgarse a un abogado, o bien que se trate de un apoderado especial judicial –abogado- o apoderado generalísimo sin límite de suma.

### **p.- Menores e incapaces**

En cuanto al arriendo de inmuebles de un menor o incapaz y su consecuente legitimación para demandar, los encargados serán quienes ejerzan la patria potestad, pues los menores no pueden dar en arriendo ni demandar directamente, por no tener la libre disponibilidad de los bienes que los pone en la línea con los derechos reales en cosa ajena. Requieren como dice el artículo 9 Lgaus de una facultad legalmente conferida por autoridad competente –art. 217 inc. 3 del CFA-. En el caso de menores si el arrendamiento es hasta por tres años no requiere autorización del juez de familia, pero para un plazo mayor sí se requiere en tanto constituye una limitación a la propiedad y caeríamos en el fenómeno de la prórroga legal, que beneficia al arrendatario y afecta el bien del menor o incapaz.

Por otra parte, existen casos de representación legal que plantean la duda en el sentido de si esos representantes legales pueden dar en arriendo los bienes de su representado en los términos de la Lgaus. Está dentro de las facultades normales de administración del tutor, del curador y de los padres, el celebrar contratos de arrendamiento

con los bienes de sus representados. En el caso del tutor y del curador, la ley limita la posibilidad de arrendar los bienes de sus representados a 3 lustros –art. 217, inciso 3 CFa-, prohibición que se le aplica al curador según el artículo 241, ambos del CFa. Los padres pueden dar en arriendo los bienes del menor por el plazo de su administración ordinaria, que es hasta que este alcance la mayoría de edad -arts. 140 y 145 CFa-.

Ahora bien, los padres o el tutor podrían plantear un desahucio en nombre del menor e incapaz, sin necesidad de autorización del juez, pues el proceso no implica disposición del bien, sino su protección, es un acto complejo que va más allá de una simple administración, en todo caso nadie necesita autorización judicial –excepto algunos curadores- para el ejercicio del derecho de acción y de tutela judicial, lo contrario sería interpretar en contra de tan sagrado principio constitucional.

#### **q.- El albacea de la sucesión y el curador en procesos concursales**

Al albacea de una sucesión requiere autorización de los interesados con aprobación del juez que conoce de la sucesión, para poder dar en arriendo los bienes de la sucesión –arts. 549 C.C y 145.6 NCPC-.

Si la sociedad propietaria o arrendadora se encuentra sometida a un proceso concursal de Intervención Judicial o Convenio Preventivo, el apoderado o en su caso el interventor, requiere de la autorización del juez para dar en arrendamiento inmuebles de la sociedad –arts. 725 y 754 CPC de 1989 aún vigente-. Si se encuentra en concurso civil o quiebra, la autorización la dará el juez al curador –arts. 778 CPC, 933 y 1149 CCi y 879 CCo-. Tanto el albacea como el curador de un concurso ejercen la administración y representación del respectivo patrimonio, por el solo hecho de haber sido nombrado por

el juez, por lo que pueden en nombre del patrimonio que representan, entablar una demanda de desahucio, sin necesidad de autorización previa del juez, los herederos o acreedores.

### **3.- LEGITIMACIÓN PARA SER DEMANDADO -PASIVA-**

La legitimación pasiva está referida al sujeto que puede ser demandado en un proceso de desahucio y que sufre las consecuencias de la sentencia.

#### **a.- Aspectos generales**

La legitimación pasiva está referida a la vinculación que existe entre el sujeto que arrienda o usa el bien y su identificación con el sujeto actor del proceso. El principio fundamental para determinar la condición del sujeto pasivo o legitimación pasiva viene dado por la relación jurídica existente entre el actor y el ocupante del bien. Si entre ambos no existe esa relación directa porque el ocupante entró en el bien en virtud de una ocupación actual concertada con otro sujeto –por ejp. subarrendante o usufructuario-, se pierde ese ligamen directo y el demandado carecerá de legitimación pasiva para ser demandado.

Así por ejemplo son impuestos de legitimación pasiva y la demanda le será planteada de forma directa y personal, con efectos en la sentencia: el arrendatario respecto del propietario del bien –incluso el propietario sucesivo-; el subarrendatario respecto de su subarrendante, al arrendatario lo puede demandar el usufructuario; el usuario y el fiduciario respecto de la relación subsiguiente que se originó entre estos y aquel.

Empero, no puede imponerse la legitimación pasiva al arrendatario respecto del nudo propietario, el comodante, el usador o el fideicomitente, pues respecto de estos el desdoblamiento o

propiedad ideal creada, los ha hecho perder la titularidad activa para demandar al actual ocupante y los frutos civiles, industriales y naturales pertenecen a quien explota el bien por cualquiera de esos mecanismos. Su relación tiene un obstáculo procesal del sujeto a quien se le ha dado o entregado provisionalmente el bien, lo que les impide demandar al arrendatario actual.

Con el subarrendatario y el cesionario no autorizado sucede algo similar. La demanda solo puede plantearla el subarrendante y el cedente; el propietario no, respecto de aquellos, porque la relación contractual no fue con él. En cuanto a la cesión contractual o legalmente autorizada, una vez cumplidos los requisitos legales y comunicada al arrendador, el cedente sale de la relación, así el cesionario pasa a arrendatario y aquí sí posee legitimación pasiva para ser demandado.

La situación con el cónyuge supérstite es más compleja. Si su esposo era el arrendatario directo, la ley le otorga el derecho de permanecer en el inmueble con los hijos y no puede ser desalojada hasta tanto no se adjudique el bien –arts. 85 Lgaus y 1155 CCi-. Esta hipótesis está prevista para ambos supuestos: si el causante era arrendatario y si el causante era el propietario y otros herederos pretenden desalojar al cónyuge supérstite y sus hijos. En el primer supuesto el derecho de arrendamiento pasa al cónyuge supérstite siempre que se avise al arrendador dentro de los treinta días siguientes a su fallecimiento y se indique quien se subroga en su derecho –art. 85 Lgaus-. En el segundo supuesto, otros herederos legítimos o testamentarios no pueden desalojar al cónyuge y sus hijos, hasta tanto no se adjudique el bien en la sucesión, pues si se trata de un bien ganancial, al disolverse el vínculo matrimonial por muerte de uno, se entra a la liquidación de la sociedad conyugal. Si bien conforme al artículo 41 del Código de Familia, el derecho a

gananciales era una copropiedad real, luego pasó a ser un derecho de participación en un capital neto, o sea un derecho personal o de crédito a favor del otro cónyuge, haciendo efectiva su participación en los gananciales. Ello hace posible que el cónyuge a cuyo nombre estén los bienes, pueda retenerlos como suyos a la disolución del matrimonio, si paga al otro la mitad de aquel valor neto.

Ha señalado la jurisprudencia:

“al disolverse o declararse nulo el matrimonio, (sic.) o al decretarse la separación judicial, los bienes existentes en poder de los cónyuges, adquiridos durante el matrimonio a título oneroso, se consideran comunes y se reparten por igual, en concepto de bienes gananciales”. Esto último lo disponía antes el artículo 77 del CCi; luego el 41 del Código de Familia, promulgado por la Ley N° 5476 de 21 de diciembre de 1973 que comenzó a regir el 5 de agosto de 1974, artículo 41 el cual posteriormente fue modificado por la Ley N° 5895 de 23 de marzo de 1976, y que en lo que interesa establece que "Al disolverse o declararse nulo el matrimonio, al declararse la separación judicial y al celebrarse, después de las nupcias, capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge adquiere el derecho a participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro.... Ahora bien, cuando la disolución del matrimonio se origina en el fallecimiento de uno de los cónyuges, y como el artículo 520 del CCi dispone que la sucesión de una persona se abre por la muerte de ella, es lógico entender que en ese mismo instante surge el derecho a los gananciales, porque se disuelve el vínculo matrimonial, en ambos casos, por disposición de la ley e

independientemente de todo trámite sucesorio judicial y de cualquier anotación en el Registro Público correspondiente, en los bienes tanto del causante cuanto del cónyuge sobreviviente. Situación que no se modifica por la reforma al artículo 41 introducida por la Ley N° 23 de marzo de 1976 a que antes se hizo mención, porque siempre y como ya se dijo, al fallecimiento de uno de los cónyuges se abre su sucesión y surge en el otro el derecho a gananciales, por disposición de la ley” (SIC N° 06 del 18-01-1991).

En cuanto al poseedor en precario u ocupante por mera tolerancia, la vía es el desalojo administrativo y el desahucio judicial, por lo que aquí la legitimación recae en ellos, pero en esa vía del desalojo.

#### **b.- El subarrendatario y cesionario no autorizado**

No hay una norma, como si existe en el derecho comparado, que señale la obligación o no de demandar al subarrendatario o al cesionario, en caso de un reclamo del arrendador original contra el arrendatario original –no se reprodujo el art. 6.2 LMAD, ni el párrafo 2° del art. 449 CPCD-.

Jurídicamente la cesión y el subarriendo no permitidos si se producen, es como si no existieran en la realidad, por violentar el art. 78 Lgaus y ser causal de resolución del contrato –aunque por la vía sumaria, no monitoria-. Como consecuencia de ese desconocimiento jurídico atribuido a acto ilegal e in consentido, no hay falta de legitimación pasiva si el actor demanda a quien tiene originalmente con él la relación jurídica directa, de manera que aun cuando exista la certeza de que el derecho de arrendamiento ha sido cedido de manera incompleta –no legal- o subarrendado, dado en usufructo, prenda,

uso, habitación, comodato fideicomiso o de cualquier otra forma transmitido –art. 78 Lgaus- de manera no autorizada, la legitimación pasiva siempre recae en el contratante u ocupante original y no con el sucesivo o sustituto (TIC N° 168-2C del 25-02-2015), aquí 104.2 NCPC no obliga al actor a demandar al “intruso” contractual y por ello no le reconoce legitimación pasiva a ese ocupante; simplemente se le notifica la sentencia y se le ejecuta en su contra (TIICS II N° 252 del 07-07-2002).

### **c.- Subarriendo y cesión permitidos**

Conforme al art. 78, es posible que “medie una autorización expresa del arrendador” que permita al arrendatario subarrendar o ceder su derecho de arrendamiento, aisladamente considerado, en cuyo caso tiene aplicación el art. 1145 CCi. Cuando con consentimiento o autorización expresa se permita el subarriendo o cesión del contrato, si es posible una interpretación contraria a la indicada en el punto anterior, pues al ser un subarriendo o cesión permitidos, expresado o consentido de igual forma, en ambos casos el subarrendatario y el cesionario sí sustituye el elemento subjetivo de la relación y la demanda debe dirigirse contra el sustituto y no contra el sustituido. Igual sucede con la cesión autorizada y formal de la cesión del establecimiento mercantil, cuando se han cumplido todos los requisitos de validez, el arrendador solo puede demandar a ambos –cedente y cesionario del establecimiento- dentro del plazo de un año; vencido el tiempo, cualquier reclamación solo puede dirigirla y demandar al cesionario. Es necesario una precisión: esta hipótesis solo se aplicará cuando además de autorizado para subarrendar o ceder, el arrendatario original sale de la relación contractual. Pues si está autorizado, para ambos actos, pero no sale de la relación contractual y por el contrario las obligaciones se mantienen con el arrendante original, ahí la legitimación no varía y el eventual

desahucio lo tendrá que presentar el arrendante original contra su arrendatario original.

**d.- Constitucionalidad de la norma que no exige demandar al subarrendatario ni al cesionario no autorizado**

Si la cesión o el subarriendo no están permitidos expresamente en la ley ni en el arrendamiento y, como los contratos solo producen efecto entre las partes que los otorgan –art. 1025 CCI-, el subarrendatario o cesionario son extraños a la relación contractual que se pretende resolver, como también son ajenos –terceros- de la relación procesal que se trate. No estaríamos, en este supuesto ante un caso de litisconsorcio pasivo necesario, pues este presupone, para su existencia, no solo que se llame al proceso a las personas que pudieran resultar afectadas por la resolución judicial recaída, sino que ese efecto derive, además, de una misma relación jurídica material de la que sean sujetos interesados todas esas personas –art. 21.2 NCPC-. En efecto, en su relación con el arrendador, el cesionario o el subarrendatario no pueden quedar afectados en sus derechos por tal resolución judicial, derechos que, por derivar del arrendatario cedente, podrán ser ejercitados frente a este oportunamente. En efecto, los que no fueron parte en el contrato, carecen de interés legítimo sobre las obligaciones que constituyen su objeto, ya que lo característico del litisconsorcio necesario, que provoca la extensión de la cosa juzgada, es que se trate de la misma relación jurídica material sobre la que se produce la declaración, pues si los efectos hacia un tercero se producen con carácter reflejo por una simple conexión o porque la relación material le afecta simplemente con carácter perjudicial, su posible intervención en el litigio no es de índole necesario.

### **e.- Demanda del subarrendatario contra el arrendatario**

La relación arrendatario-subarrendatario tiene una exigencia procesal y es que los artículos 104.2 NCPC “Podrá establecer el desahucio...quien acredite que su derecho deriva de quien tuvo facultad para concederlo”. Si eso no se comprueba, la demanda será inadmisibles esa derivación de su derecho. No se trata de demostrar que el arrendatario tenía o no la facultad de subarrendar, lo cual le está vedado en principio por disposición de los artículos 78 y 9 de la Lgaus, sino simplemente demostrar que él posee un derecho - generalmente de arrendamiento- del que deriva su facultad de subarrendar (TIC N° 231-3U- del 13-03-2015). Esa prueba de la existencia del subarriendo y con ello de la legitimación del subarrendador para demandar al subarrendatario, puede ser el mismo contrato, unas diligencias de consignación, el recibo periódico de pago o bien unas diligencias de reajuste de renta que demuestra la existencia de la relación originaria.

### **4.- LA CAPACIDAD PARA PLANTEAR EL DESAHUCIO**

Existen supuestos en los que el punto de discusión no se centra en la legitimación, sino en la capacidad o representación que ejerce un sujeto en nombre o en representación de otro, sin estar legalmente facultado para ello. Así por ejemplo el albacea, hasta tanto no sea nombrado y haya aceptado el cargo ante el juez o el notario público, no puede representar a la sucesión o los bienes de esta. Luego, sí podrá plantear cualquier proceso de desahucio. Antes, carece de capacidad procesal para plantearlo.

La situación es idéntica para el curador de un concurso o convenio preventivo. Es necesario que acepte el cargo. De lo contrario, carece de capacidad procesal. Aquí por expresa disposición del artículo 770 CPC –vigente por transitorio II NCPC “La personería

del fallido quedará refundida en el concurso desde su apertura, y todos los procesos que afecten los bienes concursados se tramitarán con el curador, en vez del deudor. Tratándose de dichos procesos en los que no se aplicará el fuero de atracción radicados en el mismo juzgado donde se declaró el concurso, la intervención del curador será requerida desde que se le notifique la existencia de esos procesos. Si penden ante otro juzgado del mismo lugar, esa intervención deberá ordenarse desde la primera publicación de la declaratoria de concurso, y se le concederán tres días al curador para que se apersona; y si el proceso estuviere tramitándose en un juzgado de otro lugar o circuito, el plazo para apersonarse será de cinco días. El juez que conozca de los procesos indicados en el anterior párrafo se abstendrá de todo procedimiento, cuando tuviere noticia de la declaratoria de concurso, hasta tanto no haya sido notificado el curador y hayan transcurrido, en su caso, los plazos concedidos a este (sic.) para apersonarse”

En los herederos –cónyuges, descendientes o ascendientes- si bien muchas veces entran en posesión de la herencia desde el día de la muerte del causante, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, aunque ignorasen la apertura de la sucesión, carece de legitimación y capacidad procesal, pues en todo caso debe abrirse la sucesión, acreditarse la condición de albacea o adjudicatario del bien, por lo que no podrían demandar aun cuando estén en posesión o funjan como administradores aparentes de los bienes.

El tutor o curador del incapaz tienen legitimación y capacidad procesal para plantear un desahucio si han sido nombrados como tales y han aceptado el cargo para la custodia de los menores o incapaces. Los padres en representación de sus hijos menores pueden legalmente plantear una demanda de desahucio de un bien de su hijo

por ser quienes ejercen la patria potestad y administración de los bienes de estos.

## CAPÍTULO II

### LA COMPETENCIA EN MATERIA DE DESAHUCIOS

#### 1.- JUEZ COMPETENTE

La LMAD varió las reglas sobre competencia, en materia de desahucio monitorio y las de los sumarios de desahucio, básicamente en lo que respecta a lo que se venía reglando sobre la competencia objetiva, concretamente, sobre la materia y la cuantía. Sobre el territorio, como se verá, rige la improrrogabilidad de la competencia, bajo la regla de la “*lex rex sitae*” (la ley de la situación del bien), en el sentido de que el juez competente por territorio será el que la tenga en el lugar donde se encuentre el inmueble arrendado.

Referente a la denominada competencia objetiva el NCPC establece cinco criterios que la determinan: la materia, la cuantía, el territorio, el grado y la conexidad.

#### **a.- Los juzgados civiles –sin distinción de cuantía-**

La LMAD autorizaba la creación de los juzgados civiles especializados de desahucio. Estos nunca entraron en funcionamiento, por lo que los desahucios –fueran sumarios o monitorios- los siguieron conociendo los juzgados civiles de menor cuantía conforme a la reforma del art. 115.2 LOPJ -que se deroga con el NCPC-.

En la nueva configuración de la competencia funcional y por cuantía, se eliminaron los juzgados de menor cuantía, de manera que

los desahucios, sean monitorios o sumarios, son conocidos por los juzgados civiles, ya sin distinción de menor o mayor cuantía, que, como se dijo elimina con la reforma. La experiencia vivida con los juzgados especializados de cobro hace que aplaudamos esta disposición. Dice el art. 105 LOPJ, que se reforma con el NCPC “Los juzgados civiles conocerán: De todos los procesos civiles y comerciales, con excepción del ordinario de mayor cuantía. Además de los monitorios arrendaticios y desahucios que sean interpuestos a favor o en contra del Estado, un ente público o empresa pública”. De manera que, si el monitorio de desahucio es civil o contra una institución estatal, siempre será de conocimiento de los juzgados civiles, con lo cual, los juzgados contenciosos, no conocerán definitivamente de desahucios contra el Estados, entes públicos o empresa privada y por lo tanto si una de dichas instituciones es actora, también corresponderá el conocimiento de cualquier pretensión de desahucio, al juez civil, del lugar donde se ubica el inmueble. Está innovación se produjo con la reforma al art. 115.2 de la LOPJ, introducida por la LMAD del 2013, según la cual ““De todo lo relativo a la aplicación de la Ley general de arrendamientos urbanos y suburbanos, aun cuando el proceso sea interpuesto a favor o en contra del Estado, un ente público o una empresa pública”

#### **b.- Competencia en razón de la materia**

En razón de la materia, el artículo 153 de la Constitución Política y 1 de la LOPJ distingue la competencia en materia civil, agraria, laboral, familia, contenciosa administrativa, penal, tránsito, tutelar de menores y constitucional. Por especialidad solo puede haber desahucios en materia agraria, civil y contenciosa.

## **2.- COMPETENCIA AGRARIA Y EL NCPC**

En un primer término, la LMAD establecía que el proceso monitorio arrendaticio no se podía aplicar en materia agraria, por disposición expresa de dicha ley. Al ser derogada por el NCPC y no estar promulgado el Proyecto de Código Procesal Agrario a la fecha en que esto se escribe, sí sería aplicable el monitorio arrendaticio para la materia agraria, específicamente, para las causales de falta de pago de renta y/o servicios públicos o falta de pago de gastos de condominio; y el sumario de desahucio para las demás causales que se presente en una relación arrendaticia agraria. Ello por cuanto el NCPC 110.2 lo establece para “una relación de arrendamiento de cualquier naturaleza”. De aprobarse el mencionado Proyecto, entonces regiría la legislación especial agraria.

“Ciertamente lleva razón la a quo que no es dable utilizar el procedimiento monitorio arrendaticio en materia agraria, en virtud del artículo 14 de la Ley que regula ese procedimiento, pero ello a su vez implica que no pueda ser conocido en sede civil porque esa vía no aplica para los desahucios agrarios (motivación principal de este asunto), de ahí que deba el juzgado prevenir a la parte que readecúe al procedimiento a sumario de desahucio, en un plazo determinado, bajo pena de no atender futuras gestiones y las consecuencias procesales que se produzcan como producto de su inercia” (T. Ag. N° 1097-C-15 del 21-10-2015)

### **a.- Criterios de competencia del desahucio agrario**

Al ser la competencia agraria improrrogable, cuando se trata de un proceso de desahucio, la supremacía de la competencia material la tiene la sede agraria. Así, frente a la existencia de un conflicto

arrendaticio que revista sobre un fondo donde se desarrolle actividad agraria, agroforestal o ecológica (criterio funcional), el asunto será de conocimiento del juez agrario, incluso cuando alguno de los sujetos no sea empresario agrario, incluso cuando el sujeto demandado sea el Estado. Lo importante es que el bien arrendado sea destinado a una actividad que se traduzca en actos posesorios agrarios, de acuerdo con la naturaleza productiva o ecológica del bien inmueble objeto de la litis.

Esta premisa de preeminencia de la competencia agraria se suele clasificar ésta bajo los criterios *objetivo, subjetivo y funcional*, a fin de delimitar la competencia agraria material en procesos sumarios de desahucio.

El *criterio objetivo* está referido a la naturaleza del bien u objeto sobre el cual recae la tutela jurisdiccional. Generalmente este se refiere a la naturaleza del fondo arrendado como bien productivo, que en las actividades tradicionales es la tierra, pero que también puede ser otro tipo de fondo no territorial, cuando se realicen por ejemplo actividades de acuicultura, en invernadero, etc. En estos casos, se trata de resaltar la aptitud del bien como apto para el desarrollo de una actividad agraria empresarial y, por tanto, se le vincula al fondo-organización, es decir el factor primordial sobre el cual giran los demás elementos de la producción agraria. Este criterio objetivo es, a nuestro modo de ver, diverso del criterio de la actividad y en esto nuestra posición difiere de la doctrina civil que identifica el criterio objetivo con el de la actividad, distinguiéndolo del criterio subjetivo.

Por otra parte, en algunas ocasiones el legislador utiliza en forma expresa o tácita un *criterio subjetivo* para calificar la competencia de los Tribunales Agrarios, sobre todo cuando se trata de las relaciones contractuales, pues genéricamente son calificados como contratos

agrarios aquellos en que forma parte un empresario agrario. Pero el sujeto agrario puede tener diversas denominaciones, sea como productor, campesino, trabajador de la tierra, poseedor agrario, poseedor en precario de tierras, entre otras. O bien, como en el caso de la Ley de Producción Agropecuaria, se podría distinguir entre pequeño, mediano o grande productor. En suma, se trata de otro parámetro vinculado, sobre todo a la capacidad técnica o profesional, entendida como habitualidad, del sujeto que ejercita actividades agrarias productivas o agroambientales.

Finalmente, quizá el criterio más importante para definir la competencia agraria es el punto de vista *funcional*, es decir, el ejercicio de una actividad agraria empresarial. Esto vincula el criterio subjetivo y el objetivo al funcional, en el entendido que la naturaleza del bien o del sujeto es condicionada por la naturaleza de la actividad que desarrolla, en cuanto viene a cumplir una función económica, social y ambiental útil, a través de la producción agraria o sus actividades conexas.

#### **b.- Competencia contencioso-administrativa**

El bien arrendado puede pertenecer al Estado, una institución, empresa pública, Municipalidad u oficina del Estado. En tal supuesto, la competencia para conocer de cualquier pretensión relacionada con ese bien -salvo que sea agrario, en cuyo caso se conocen en esa sede, T. Agr. N° 664-C-14 del 07-8-2014-, le corresponde conocerla al juez civil del lugar donde esté ubicado el inmueble, ello en virtud de las reformas que introduce el NCPC al art. 105 LOPJ. Ya tales desahucios del Estado o contra él, Instituciones o Empresas Estatales, no serán conocidos, en lo sucesivo, por los juzgados contenciosos. La situación, antes de la reforma de la LMAD

del 2013, era diferente, cuando el demandado era el Estado, cualquier institución pública, las Municipalidades o Juntas de Educación.

Aunque en nuestro país la competencia civil es de carácter residual, o como la define Devis, común y ordinaria en sentido restringido, ahora en materia de desahucios del Estado o contra él, es civil especializada. Solo si el proceso no corresponde a la jurisdicción agraria, su conocimiento corresponde, en todo caso, a los juzgados civiles, aunque en ellos exista tribunal contencioso, en este sentido la reforma del art. 105 LOPJ –por el NCPC- prevalece sobre la competencia residual y expansiva del art. 5 de CPCA.

### **3.- COMPETENCIA POR TERRITORIO**

Se ha dicho que la competencia territorial contempla un criterio de distribución horizontal de la competencia. La competencia por territorio atiende a razones de conveniencia y cercanía o proximidad del objeto y las personas del proceso -principio de inmediatez- y en general a la distribución geográfica nacional -lugar donde se debe seguir el proceso y que se divide en distritos, cantones y provincias-. Se considera entonces para ello la ubicación del objeto materia de la pretensión. Son esas las circunstancias que asignan a un juez, en razón del territorio sobre el cual ejerce sus funciones jurisdiccionales, competencia por determinada causa. La solución normativa descansa en la razonable suposición de que el órgano judicial con sede en el lugar de situación de la cosa –*lex rei sitae*- es el que en mejores condiciones se encuentra para resolver el conflicto en razón de su proximidad con las pruebas y con el objeto de la pretensión.

Señalaba Véscovi que "la tendencia descentralizadora -dice Carneluti- aspira a realizar el proceso lo más cerca posible del lugar del litigio, para aumentar su rendimiento y disminuir su costo. La incomodidad de las partes es menor, la búsqueda de las pruebas, más

fácil; el ambiente para la apreciación más propicio; el beneficio de la sentencia más saludable. En ese sentido lo ideal sería que el juez fuera al encuentro del litigio, como el médico al enfermo".

La amplia discusión sobre la naturaleza real o personal del contrato de arrendamiento repercute en la determinación de la competencia territorial. Si se considera una pretensión personal, el principio es que el competente será el juez del domicilio del demandado sin importar donde esté el bien; si se considera real, será competente el juez de la situación, esto es donde se ubica el bien sin importar el domicilio del demandado. El NCPC en punto a la determinación de la competencia por territorio, prefiere sacrificar la discusión sobre el punto real o personal y atribuye la competencia al juez del domicilio donde se ubica el bien, sin importar el domicilio del demandado.

En efecto, el artículo 8.3.1.2 señala “**8.3.1. Ubicación del inmueble.** Será competente el tribunal del lugar donde se encuentre situado el bien, para conocer de las siguientes pretensiones... 2. Arrendaticios sobre inmuebles o sobre universalidades comprensivas de ellos”. Si el bien se encuentra en más o dos territorios o se trata de dos inmuebles, ubicados en dos territorios y cuyas pretensiones se puedan acumular, será competente cualquiera de los jueces de ubicación de uno de los inmuebles.



### CAPÍTULO III

## LA DEMANDA DE DESAHUCIO (MONITORIA O SUMARIA)

### 1.- REQUISITOS DE LA DEMANDA MONITORIA

La demanda es el acto de alegación de la parte actora por excelencia. La tutela jurisdiccional se activa por medio de lo que el principio o derecho de acción ha consagrado como un derecho subjetivo que tiene toda persona de acudir ante los tribunales de justicia. Este principio se expresa por medio de una fórmula antigua: *ne procedat iudex ex officio* -no proceda el juez de oficio-; el juez no puede hacer un proceso si no es solicitado para ello, que en la traducción del principio dispositivo impide al juez, en esta materia iniciar de manera oficiosa el proceso. Este derecho lo ejerce la parte por medio de la *demanda* -*nemo iudex sine actore*-.

Por obvio que pareciera, es menester profundizar en lo que constituye una *demanda*. La doctrina la conceptúa como la declaración de voluntad de una persona, formalmente expresada en un escrito dirigido a un órgano jurisdiccional, solicitando que se inicie un proceso, comience su tramitación y culmine en una decisión que recoja la petición de derecho formulada en dicho escrito. Constituye el más significativo acto de incoación del proceso. Se harán constar en ella los elementos que determinan la competencia del órgano jurisdiccional al que se dirige la demanda, así como la capacidad y legitimación del actor y del demandado.

La demanda debe reunir unos requisitos mínimos: a) Los datos identificadores del proceso, b) El órgano jurisdiccional al que se dirige, c) Los hechos alegados, d) El fundamento legal, e) La prueba, f) La pretensión de manera clara.

En ella, el demandante que clama por la tutela jurisdiccional formaliza sus pretensiones procesales, es decir, los intereses legalmente fundamentados por los que la parte demandante quiere que el juez le imponga, coactivamente, a otra persona, su cumplimiento por medio de una sentencia condenatoria.

La demanda no es otra cosa que el acto procesal en que la parte expresa sus pretensiones procesales, entendidas estas como aquella manifestación de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a una persona determinada y distinta al autor de la declaración, basándose para tal fin en el ordenamiento jurídico. En la petitoria, el actor indica sus pretensiones, las cuales, son en sí, lo que desea concretamente que el Juez le conceda mediante sentencia *-causa petendi-*. Esta diferenciación será básica cuando se analicen, más adelante, los problemas que acarrea la mala formulación de las pretensiones materiales.

Es por ello por lo que el ejercicio concreto del derecho de acción y la pretensión procesal se ejercita solo a solicitud de parte, en este aspecto radica el principio dispositivo. En tiempos modernos, el principio "inquisitivo" se toma únicamente para el impulso procesal, por ello es preferible denominarlo bajo el concepto de oficiosidad. Pero una vez materializada la demanda, esta obliga al juez a ejercer la función jurisdiccional; por lo que, desde ese momento procesal, empieza a funcionar la labor directiva del juez en virtud de este principio de oficiosidad. Esa es la verdadera aplicación de este

principio, de modo tal que sea adaptado a la moderna concepción del “mega principio” del debido proceso.

De la lectura de los artículos 35 NCPC –requisitos de las demanda-, 110 y 112 –tutela monitoria-, 25 y 21 –pretensión y parte legítima-, se extraen los requisitos formales que debe cumplir el escrito de demanda monitoria, para que sea admisible, si además existe razón, fundamento y se sabe probar los alegatos de orden fáctico.

#### **a.- Identificación de las partes**

Se requiere indicar su nombre y las calidades de los sujetos procesales activo y pasivo – estado civil, mayoría de edad, etc.- además su identificación –cédula personal, jurídica o pasaporte- y el domicilio exacto, para efectos de notificación. Este requisito tiene como finalidad, determinar la condición con que se actúa, individualizar a las partes y determinar los sujetos que quedarán sometidos al proceso y sobre quienes desplegará su eficacia la cosa juzgada de la sentencia que se dicte, puesto que uno de los elementos de la cosa juzgada es el elemento subjetivo, que estará determinado por la vinculación activa y pasiva fijada en la demanda. Briseño Sierra señala que la “acción” es una instancia proyectiva, es decir, una instancia que se dirige al juzgador y se proyecta a un tercero, que es el demandado. Es explicable que se exija que el actor precise el nombre del demandado y su domicilio, con el objeto de que se le haga saber de la existencia de la demanda y pueda contestarla –*audiatur et altera pars*-.

Desde el punto de vista de la legitimación, la identificación de las partes sirve como base para determinar y juzgar sobre la existencia de una relación jurídico procesal del actor contra la persona contra quien dirige la demanda; y desde la perspectiva de los efectos y

ejecución de la sentencia, determinará quienes tienen la condición de parte, quienes de terceros y sobre quienes recaerá la condena, que se llegue a imponer.

Hoy la identificación de las partes sirve además para determinar ad-initio, la existencia de una falta de legitimación evidente, que puede dar origen a una demanda improponible, según veremos.

Tratándose de personas jurídicas, ya sean como actores o demandados, la correcta identificación de las partes implica que se adjunte la personería jurídica que acredite al representante de dicha parte, de modo tal que no existan problemas de falta de capacidad procesal o defectuosa representación, posteriormente, ni que dilaten el proceso –art. 19.2 y 35.3 NCPC-.

## **b.- Los hechos en general**

El proceso comienza cuando ante un juez se presenta una demanda en la que una parte, el actor, formula una pretensión. El análisis en esta sección, parte de la base del art. 35.1.3 NCPC y sus normas relacionadas. Dice la norma que la “Narración precisa de los hechos, expuestos uno por uno, numerados y bien especificados. Deberán redactarse ordenadamente, con claridad, precisión y de forma cronológica, en la medida de lo posible”.

Naturalmente la presentación de la demanda ha de estar precedida de una actividad preparatoria, realizada por el abogado del futuro actor, en la que se recojan los materiales necesarios para decidir, primero si es conveniente para su cliente que la demanda llegue a ser presentada o no y, después, para hacer acopio de las fuentes de prueba con las que afrontar con éxito el proceso. A este proceso intelectual preparatorio de la demanda se le ha llamado en la doctrina procesal más moderna como el cálculo probático preinstructorio. Es preciso entonces, que el actor, como tiene que

ofrecer su prueba en la misma demanda, describa los hechos en los que fundamenta no solo su pretensión, sino que los relacione con el material probatorio que utilizará para hacer valer sus intereses: Igualmente, el abogado está obligado a apreciar la prueba desde el comienzo. Fiel a su posición de parte, destacará los puntos débiles de la eventual prueba adversaria.

Una deficiente exposición de hechos, sin ninguna correlación con la prueba ofrecida, dará al traste con su admisión. Debemos seguir entonces, la teoría de la individualización cuyo precursor era el maestro Chiovenda, según la cual la formulación del cuadro fáctico debe limitarse a lo estrictamente necesario para que dicha narración sea capaz de individualizar e identificar la pretensión que se ejercite y poder “conectar” el objeto del litigio *-thema decidendum-* con el objeto de las pruebas *-thema probandum-*.

Por ello, la demanda debe contener los datos no solo delimitadores sino de cualquiera que sea jurídicamente relevante para lo discutido, ya que han de servir al Juez para hacer el análisis técnico de legalidad y admisibilidad de las pruebas ofrecidas con la naturaleza de todos los hechos que, una vez trabada la litis, sean controvertidos y conducentes, a fin de que la prueba ofrecida sea pertinente, idónea y útil con lo que se interesa demostrar. La delimitación del cuadro fáctico es “determinante de la pretensión principal y no necesita ser indefectiblemente completo, pero en todo caso debe ser mencionado con suficiente alcance, para que el complejo de hechos pueda ser delimitado de otros fundamentos de la demanda, ya que solo así el tribunal y el demandado pueden saber qué objeto litigioso debe ser sustanciado”. Tener esto aclarado en el inicio del proceso es básico para la posterior admisión o rechazo de los medios de prueba.

Desde que el art. 35.1.3 NCPC exige “la narración precisa de los hechos, expuestos uno por uno, numerados y bien especificados... con claridad, precisión y de forma cronológica”-bajo pena de inadmisibilidad, se está resguardando la lealtad y probidad del debate, al obligar a la parte a exponer sus razones -hechos y pretensiones- y ofrecer sus pruebas desde la apertura del primer acto del actor, evitando con ello la emboscada para el adversario. En su fase real este principio de lealtad procesal excluye la perversidad, la intención malévolas, lo subterfugio, la deslealtad, lo irreal, las torceduras del alcance de la ley, del irrespeto, la deshonestidad y, en definitiva, la inmoralidad, las cuales no pueden ser jamás medios lícitos para ganar un proceso. Lo contrario implicaría admitir en el debate la "emboscada o embestida procesal".

En el escrito inicial se deben señalar los hechos que sustentan la pretensión, en este caso concreto, han de precisarse las situaciones fácticas que dan lugar a la petición, puesto que de no ser así lo colocaría en indefensión -al demandado-, al no poder refutarlo ni ofrecer pruebas necesarias para neutralizarlas o desvirtuarlas, por no saber de qué defenderse. No ha de tratarse de una simple narración, sino que los hechos deben expresar con claridad la existencia de la conducta que reclama la contraria, de interés para el proceso, que se reconozca como susceptible de fundamentar la declaración del derecho en el fallo.

En cuanto a los otros requisitos formales de la elaboración de los hechos, que derivan del art. 35.1.3 NCPC, debemos indicar:

a) En este aparte de la demanda, únicamente se deben incluir “hechos”, es decir cuestiones fácticas de relevancia jurídica que sucedieron o que estén sucediendo; no deben incluirse apreciaciones personales, conclusiones o apreciaciones jurídicas, jurisprudencia,

pretensiones o afirmaciones sobre la admisión de la pretensión. Tampoco deben incluir hechos que no tengan relevancia con el objeto del litigio y que estén vinculadas con la pretensión.

Se recomienda que los hechos se expongan de forma sencilla, sin opulencia, sin exuberancia, sin bambalinas y sin muchas decoraciones, pues como señala Taruffo, cuando se trata de los hechos que están involucrados en un proceso, no hay necesidad de hundirse en un *maelstrom* de cuestiones filosóficas y epistemológicas. Los hechos que son relevantes en la administración de justicia son *tranches de vie*, es decir, eventos o conjuntos de eventos que tienen que ver con la vida de la gente.

b) El segundo requisito que refiere el 35.1.3 NCPC en cuanto a los hechos, es que estén “expuestos uno por uno”; significa que deben venir en una narración separada, individualizada, un número arábigo o párrafo numerado para cada hecho, de forma sencilla. Este requisito excluye la demanda de hechos largos, sin numeración, que contengan varios hechos a su vez, de manera que sea ambigua, enredada y poco clara, lo cual dificulta su contestación y con ello violenta el derecho de defensa.

c) El tercer requisito “numerados”, exige que la demanda contenga una numeración arábigo de cada hecho, y preferiblemente en el orden y cronología en que sucedieron, no unos pocos números para muchos hechos. Esto facilita la labor del juez al momento de tener por acreditado y probado tal hecho y para determinar la relevancia de ese hecho con el punto concreto pretendido respecto de él. Como lo presentado en el acápite de hechos son en realidad relatos históricos, debe hacerse una exposición en términos de tiempo y lugar, una exposición cronológica, pero especialmente que cada hecho sea claro y se valga de sí mismo.

Sobre esta exigencia, la Sala Primera ha señalado;

“Los hechos en una demanda constituyen el fundamento fáctico de la pretensión argüida y tienen básicamente tres consecuencias: "... a- dan la medida de la contestación, la cual debe tratar todos y cada uno de ellos en particular, reconociéndolos o negándolos categóricamente, siendo, esta exigencia, decisiva a los efectos de valorar el silencio o las respuestas evasivas...; b- califican la procedencia de la prueba que se ofrece, que debe estar dirigida a demostrarlos, sin que sea admisible prueba que no tenga relación con ellos...; c- fijan los límites de la sentencia, que solamente debe considerar los hechos alegados por las partes. V.- Al ser los hechos el fundamento fáctico de la pretensión material, lógicamente su exposición debe contener, en principio, únicamente aquellos que sean útiles de cumplir con ese cometido (S.I C. N° 0851-F-S1 del 19-07-2012).

**d)** Deben ser “bien especificados”, dice el artículo 35.1.3 NCPC. La norma obliga al demandante parte a exponer sus razones -hechos y pretensiones-, evitando con ello la emboscada para el adversario (S.I C. N° 950-F- del 14-12-2006). La exigencia de claridad y precisión implica que no puede ser confusos, mezclado o ambiguos. La precisión significa tanto como exactitud, puntuales, certeza o fineza en los hechos, de manera que no se preste a ambigüedades, confusiones, imprecisiones, vaguedad, vacilante, o equívocos.

En su fase real este requisito, excluye los hechos extensos, divagantes, pocos precisos, confusos, sin determinación de modo y lugar. Tal exigencia es resguardo del principio de lealtad procesal con la contraparte (S.I C. N° 421-F-2013), que excluye la perversidad, la

intención malévola, lo subterfugio, la deslealtad, lo irreal, las torceduras del alcance de la ley, el irrespeto, la deshonestidad y, en definitiva, la inmoralidad, las cuales no pueden ser jamás medios lícitos para ganar un proceso.

e) Deberán redactarse ordenadamente, con claridad, precisión y de forma cronológica, en la medida de lo posible. Esta es una innovación del NCPC. Ordenadamente significa que los hechos deben secuencia lógica, metódica, en la medida de lo posible consecutivamente.

f) La relación de hechos debe ser exhaustiva, lo que significa que deba ser innecesariamente extensa, pues como dice Gracián “lo bueno si breve, dos veces bueno”. No debe omitirse ningún hecho relevante, pues los hechos proveen, por un lado, la medida de la contestación de la demanda, que trata todos y cada uno de ellos en particular, reconociéndolos o negándolos; califican la procedencia de la prueba que se ofrece, que debe estar dirigida a demostrarlos y fija los límites de la sentencia, que solo debe considerar los hechos alegados por las partes, por eso, omitir un hecho relevante, no introducido al debate en la relación fáctica, impondría un límite innecesario al debate, al objeto de prueba, pero sobre todo, tal “hecho relevante omitido”, no propuesto, ni debatido no puede ser considerado por el Tribunal ni estar incorporado en el fallo, aun cuando se llegare a probar -art. 61.2 NCPC “Las sentencias... no podrán comprender otras cuestiones que las demandadas”.

En el proceso monitorio de desahucio, los hechos relevantes dependerán de las condiciones de la relación arrendaticia existente, la causal y las circunstancias fácticas del caso concreto. Por tratarse de un proceso con estructura monitoria, simplificado, con una pretensión predeterminada por ley y cuyo objeto determina la

pretensión procesal; los hechos se exponen de manera sucinta, de modo que los más importantes que se deben enumerar son: **a)** La indicación de ser propietario o titular de un inmueble, **b)** La condición de titular del bien o la condición con que se reclama -si es propietario, arrendante, usufructuario, etc.-. **c)** Ubicación exacta del bien, con indicación y certificación de distrito y cantón, así como las señas exactas por calles o avenidas donde se ubica, con la finalidad de determinar la competencia y de identificar plenamente el bien arrendado, a los efectos de la puesta en posesión; **d)** si existe o no contrato, **e)** fecha de inicio, de la relación arrendaticia, **f)** monto de la renta mensual con indicación del día y forma de pago, **g)** causal que se invoca, y, **h)** elemento fáctico que sirve de base a la causal invocada.

Es requisito de admisibilidad aportar la prueba documental o certificación que demuestre la titularidad del bien que se pretende desalojar, o bien, demostrar que su derecho deriva del derecho de aquel titular -por ejemplo: subarrendante o cedente-. El incumplimiento de ese requisito acarrea la inadmisibilidad de la demanda, previa prevención del juez, para que se supla.

El art. 112.1 NCPC señala “prueba de la legitimación. La legitimación para interponer un proceso monitorio arrendaticio podrá acreditarse con el contrato, mediante una resolución judicial anterior que la establezca o los recibos periódicos de pago”, por lo que en todo caso se aporta la prueba documental donde conste la relación de arrendamiento, pues al tratarse de un proceso monitorio, como vimos al explicar su estructura, debe existir al menos un principio de prueba por escrito, donde fácilmente se constate la existencia de la relación arrendaticia. El monitorio de desahucio, al igual que el de cobro, regulado en nuestro ordenamiento es el documental, de manera que el actor deberá aportar -carga de la prueba-, bien sea el contrato base, una resolución que judicial que determinó la existencia

de esa relación de arrendamiento, recibos de pago de renta, incluso la jurisprudencia ha admitido cartas y correos electrónicos (TIC N° 471-3C- de las 09:10 hrs. 17-06-2015), bajo pena de que la demanda sea rechazada de plano, como monitoria, por la falta de un presupuesto esencial –demanda improponible, conforme vimos-. El contrato de arrendamiento que se aporte puede ser copia (TIC -N° 231-3- del 13-03-2015) y no es necesario que se le hayan cancelado los timbres fiscales, pues eso es, como se verá, para otros efectos, no para la admisión de la demanda o el dictado de la resolución intimatoria.

### **c.- Hechos particulares del monitorio de desahucio**

Rigen para la demanda de desahucio, los mismos requisitos exigidos de toda demanda ordinaria, en lo que resulte compatible. Interesa resaltar cinco requisitos adicionales del sumario de desahucio.

#### **i.- La individualización de la causal de desahucio**

Este requisito está contenido en el artículo 104.3 “se deberá consignar la causal de desalojo”. Este requisito se aplica a cualquier tipo de desahucio. Este requisito permite determinar, a priori, si lo alegado constituye causal de desahucio para un sumario, e incluso si en su lugar es causal para un monitorio de desahucio, a fin de hacer la conversión.

Como los procesos monitorios son rápidos, “sumarios”, donde las causales son taxativas y donde el juez debe basarse en una causal concreta alegada, la ley exige señalar con precisión cuál es la causa o motivo que origina la pretensión de desahucio.

Bastará con indicarse en la enumeración de los hechos, la causal -sin precisar norma jurídica, lo que queda para el fundamento-, o bien, cumplir con esa exigencia en la petitoria, de manera que se

indique "basado en la causal de..." se ordene el desalojo, o bien, "por haber incurrido el arrendatario en la causal de desahucio...", se ordene su desalojo".

Véase que la norma no señala en qué parte de la demanda debe hacerse esa indicación, pues es un hecho histórico, una acción u omisión del arrendatario, por lo que podría ser incluida en la relación de hechos. También puede conceptuarse como elemento de la pretensión, pues es la causa inmediata sobre la que se basa el actor, para reclamar el desahucio, por lo que podría ser también incluida en la parte de la petitoria de la demanda, en cuyo caso se justificaría en el hecho de que la norma exige "consignar la causal de desalojo", lo cual parece referirse a que debe estar incluida en la pretensión o petitoria material. Para evitar discusiones innecesarias, es recomendable incluir la mención de la causal en ambas secciones de la demanda, es decir en la relación de hechos y en la petitoria.

## **ii.- Monto de la renta vigente**

Era un requisito que echaba de menos en el art. 448 CPCD y la LMAD, aunque en la práctica los tribunales lo venían exigiendo. Es de suma importancia, no solo para efectos de estimación, a fin de que esta se haga con base en el parámetro que fija el art. 35.3.8 NCPC el cual señala que en la estimación se hará "en las demandas de desahucio... el valor de la renta o prestación de un semestre". Pero además por la advertencia y consecuencias que debe hacer el juez al demandado, para que deposite las rentas mensuales o periódicas sucesivas, bajo pena de su desalojo si lo incumple, para hacer esa prevención, con esa consecuencia grave, tanto la demanda como el juez deben tener claro cuál es esa renta periódica, a efectos de la prevención.

### **iii.- Fecha de pago**

Se refiere a la fecha de pago periódica de la renta, que usualmente, en contratos de arrendamientos urbanos y suburbanos, es mensual. Esto para determinar preliminarmente si en efecto el arrendatario está en mora y si resulta procedente de entrada, la demanda. O bien, no estando en mora, por esa manifestación de la parte, proceder con el rechazo de plano de la demanda, por improponible, basado ahora en el art. 35.5.9 NCPC “sea evidente la falta de un presupuesto material o esencial de la pretensión”.

### **iv.- Lugar donde está ubicado el inmueble**

La norma exige, además, indicar en la demanda el lugar donde está ubicado el inmueble. Este tiene importancia para determinar la competencia territorial del juez y, por otro lado, para poder identificar bien el inmueble, con señas o direcciones, número de local, calles avenidas y cualquier otro elemento, a efectos de que la puesta en posesión no tenga ningún inconveniente de identificación.

### **v.- Acreditar la propiedad o el derecho del actor**

Como la legitimación en los desahucios la tienen el titular del derecho real de propiedad, sea propietario, usufructuario, fiduciario o similares, y en general, el “arrendante o subarrendante, o de poseedor sobre el inmueble por título legítimo, o quien acredite que su derecho deriva de quien tuvo facultad para concederlo” –art. 104.2 NCPC, aplicable por el 112-, esa condición se deberá demostrar y acreditar con el escrito de demanda, mediante la certificación respectiva o el título del que deriva su derecho, bajo pena de inadmisibilidad, en caso de no demostrarlo.

## **vi.- Acreditar el contrato, si lo hubiera**

Aunque no hay exigencia en la Lgaus de que el contrato de arrendamiento deba ser escrito, aunque viene siendo menos usual que sea verbal, es lo cierto que en su escrito de demanda el actor deberá indicar si existe o no contrato escrito. En caso de existir contrato, el actor deberá acompañar copia o certificación del original y solo si la parte demandada impugna su autenticidad, deberá presentarse el original “Las reproducciones de los documentos tendrán la eficacia probatoria de estos, si el funcionario autorizante certifica la razón de ser copias fieles de los originales. La misma eficacia tendrán las copias simples, cuya autenticidad no haya sido impugnada oportunamente” –art. 45.3 NCPC-.

## **vii.- Certificación del valor del inmueble**

Tratándose del desalojo de viviendas de cualquier especie o valor -de interés social y las que no los son-, el artículo 104.3 NCPC –aplicable al monitorio por el 112.4- exige aportar, bajo pena de inadmisibilidad, “cuando la pretensión se relacione con una vivienda, se deberá demostrar el valor fiscal del inmueble sobre el valor actual del terreno y la edificación o, en su defecto, si ese avalúo tiene más de cinco años, avalúo practicado por un ingeniero o arquitecto incorporados”. Esta exigencia es propia para los desahucios de vivienda, sean o no de interés social; no se aplica pues a los casos en que se pretenda el desalojo de un local comercial, industrial o profesional.

Por supuesto que, en los desahucios de viviendas, este requisito de la certificación del valor tiene importancia, a fin de determinar si estamos o no en presencia del arriendo de una casa de interés social, y así poder dar aplicación a algunas normas de protección o tutela, previstas para este tipo de arrendamientos, a saber: la figura de la

enervación del proceso -Art. 99 LGAU- y otorgamiento de un plazo para desalojar aun con sentencia firme -Art. 98 LGAU y 104.5 NCPC-

La norma habla de “valor fiscal”. En virtud del cambio normativo que trasladó el registro de inmuebles y cobro de impuestos territoriales a las Municipalidades, hoy son estas las facultadas para expedir la certificación. En ella se debe indicar el número de inmueble, su valor y la fecha en que se declaró o practicó el avalúo. Ello para determinar si se trata del mismo inmueble y su relación con el avalúo. Y en cualquiera de ambos casos, esto es, que el avalúo tenga más de 5 años o si el actor lo prefiere –aun cuando no tenga 5 años de declaración- se puede sustituir su avalúo con una certificación de un ingeniero o un arquitecto.

#### **viii.- Timbres en el contrato base**

Como el monitorio documental es hoy una vía privilegiada, en el que hay que aportar el documento que demuestre la relación arrendaticia y ese documento es que le da credibilidad al demandante y tranquilidad al juez, para el mandato de desalojo, si el documento no tiene timbres fiscales adheridos y si ese contrato es el que se basa el demandante, como la ley lo que es eficacia probatoria, si se omitieron, hoy, el documento tendrá valor con indicio de prueba por escrito. Lo que la norma exige es un indicio o rastro de prueba documental por lo que un contrato sin timbres cumple esa función. La norma amplía la posibilidad de demostración de la relación con algún documento, de manera que si le atribuye valor a documentos que incluso no están rubricados por el arrendatario, no parece lógico que, a un documento más formal, cuyo único defecto es que no tenga timbres, no pueda ser válido para que el juez pueda fundamentar el auto inicial de desalojo. El que no tenga eficacia probatoria, es para la sentencia, no para el acto inicial del proceso de estructura

monitoria, pues sería tanto como el juez cubra sus ojos para pensar que ese documento no existe o no lo puede ver porque le faltan los timbres. Véase que ninguno de los artículos aplicables al punto: 256 y 286 Código Fiscal, 2 Ley General de Timbres la Ley General de Timbres N° 3389 de junio de 1969, señalan que los timbres sean un requisito de admisibilidad de la demanda, menos que su ausencia se prevenga o sancione bajo pena de inadmisibilidad de la demanda.

Diversas normas legales se refieren a la exigencia de cancelar y reintegrar los timbres fiscales en documentos legales, para dotarlos de eficacia probatoria, negándoles valor –estrictamente probatorio- en caso de que no se cancele el timbre fiscal y su respectiva multa. El 286 del Código Fiscal que en el aspecto medular señala “El documento en que no se haya satisfecho ese impuesto... será inútil e ineficaz para apoyar en él acción o derecho alguno, mientras no se pague la multa... tales documentos surtirán efecto legal, si el interesado agrega los timbres”, igual regla sigue el artículo 1 de la Ley General de Timbres –N° 3889 del 2 de junio de 1967-, que establece el apercibimiento de “no dar curso a las gestiones posteriores”.

#### **d.- El ofrecimiento de prueba**

Con el escrito inicial de demanda debe ofrecerse y acompañarse toda la prueba legalmente admisible. Hay que hacer una distinción entre la prueba que se aporta y la que se ofrece.

#### **i.- La testimonial**

Dice la norma que “Si se propusiera prueba testimonial, se deberá indicar, sin interrogatorio formal, los hechos sobre los cuales declarará el testigo”. Además, indicar nombre y calidades –ya no se requiere indicar su domicilio pues es prohibido comisionar para que rindan su declaración-. La indicación expresa de los hechos -por número o genéricos- a los que se referirá cada testigo.

La norma no utiliza “los hechos de la demanda”, de manera que la indicación podrá hacerse por temas o hechos específicos del conjunto de la demanda sobre los que se referirá el testigo. En ambos casos, tiene la utilidad de que el juez, al momento de pronunciarse en audiencia sobre la admisión de la prueba, podrá más fácilmente determinar, respecto de ese testigo “relación directa con los hechos y la pretensión, siempre que sean controvertidos” –art. 41.3 NCPC-. Y en cuanto a la parte contraria, la exigencia tiene justificación en el hecho de poder contradecir la prueba, con contraprueba y solo conociendo los hechos sobre los que fue ofrecido tal o cual testigo y su identificación, permitirá contradecirla con prueba idónea.

## **ii.- La pericial**

Cuando se ofrezca prueba pericial, la parte “indicará los temas concretos de la pericia y la especialidad del experto”. Estos dos requisitos tienen como finalidad establecer la pertinencia, utilidad e idoneidad de la prueba, la posibilidad de contradecir o de ampliar el tema probatorio por la contraria, la especialidad del perito que se nombrará finalmente, porque conforme al 44.2 NCPC, “al hacer el nombramiento, el tribunal indicará con precisión los aspectos sobre los cuales debe informar”.

En cuanto a la prueba pericial, otra de las novedades en materia probatoria es la contenida en el art. 44.1 NCPC que permite aportar en la demanda o contestación, prueba de informes privados: “Las partes podrán aportar, con la demanda o contestación, los dictámenes de peritos o informes técnicos elaborados por particulares, instituciones públicas o por medio de un colegio profesional. Se adjuntarán, con los demás documentos, instrumentos o materiales necesarios para su apreciación. Asimismo, podrán solicitar el nombramiento de un perito por parte del tribunal”.

### **iii.- Prueba documental y que conste en registros**

En el caso de la documental deberá aportarse con el escrito de demanda –art. 35.2-. Hay que recordar que conforme al art. 27.2 NCPC, cuando sea posible presentar documentos o escritos por medios telemáticos, informáticos o de nuevas tecnologías o fueran incorporados a la carpeta escaneados o por otros medios; no se requerirá la presentación de copias. Tampoco –conforme a esa norma- habrá necesidad de acompañar copias de libros o folletos, pero estos deberán estar a disposición de los litigantes. Para la presentación y conservación de copias se puede utilizar cualquier medio tecnológico, en cuyo caso la norma autoriza a prescindir de las simples fotocopias.

Cuando la prueba conste en un registro público, con acceso por medios informáticos, la parte interesada en esta prueba señalará la forma de identificarla en el registro, para que el juez que deba recibirla pueda acceder a ella en el momento en que la necesite y poner las constancias respectivas en la tramitación del proceso.

En casos de prueba de difícil acceso o de acceso restringido, como expedientes médicos, las partes podrán solicitar el auxilio de los tribunales para traer documentos de imposible obtención. El diligenciamiento siempre estará a cargo y responsabilidad del solicitante.

Cuando la prueba de demanda –y de contestación- conste en un idioma extranjero, es requisito de validez aportar la traducción oficial o notarial al español –art. 24.2 NCPC-.

### **iv.- El interrogatorio de parte**

Es conveniente ofrecerlo desde este momento, no es necesario acompañar el interrogatorio escrito, en cuyo caso se evacuará de forma verbal en la audiencia de pruebas. Digo conveniente, pues,

aunque no se reprodujo la norma que permitía exigir “confesión” a la contraria hasta antes de sentencia de primera instancia, queda la facultad de ofrecerla y ordenarla en la audiencia oral única de los sumarios y monitorios para “La contestación por el actor de las excepciones opuestas, el ofrecimiento y la presentación de contraprueba” –art. 102.3.4 y 110.4 NCPC-.

#### **v.- Reconocimiento judicial**

Aunque es poco usual, en procesos monitorios, tomando en cuenta que las únicas causales de desahucio por las que procede esta vía privilegiada son el vencimiento del plazo del contrato y el no pago de las rentas o servicios público, no parece sea una prueba pertinente o útil. Podría serlo en un caso muy puntual que haya dudas de la ocupación o delimitación de las áreas arrendadas.

#### **e.- La justificación y explicación de la prueba**

Cuando redactamos los hechos en que se fundamenta nuestra demanda, debemos analizar -y en esto es precisa una buena técnica de narración- y determinar cuáles hechos debemos probar, cuáles convienen probar y cuáles están exentos de prueba -como por ejemplo los hechos notorios-.

Una vez que tenemos claro eso, debemos avocarnos a la tarea de analizar la naturaleza de cada hecho, a fin de que el medio de prueba ofrecida sea el más idóneo para poder llegar al convencimiento del Juez de que nuestros hechos alegados son relevantes para su decisión y que los medios ofrecidos son idóneos y pertinentes. Esto por cuanto si el medio de prueba ofrecido obedece a un hecho superfluo o que lleve a confusión, será rechazado por impertinente.

Es vital que el ofrecimiento de pruebas no sea simplemente enunciarlas. Una buena técnica es motivar, en forma muy precisa y

breve, junto con la indicación del medio de prueba que se trate, el objeto de prueba específico, indicando incluso el hecho de la demanda en concreto a que se referirá.

Pero a la vez, esa necesidad de la prueba implica también establecer no solo la necesidad del objeto de la prueba, sino la idoneidad y utilidad del medio ofrecido con lo que se prueba, verbigracia, un hecho técnico-científico en tesis de principio debe ser probado con un medio científico, como la pericial, no la testimonial. Ejemplo:

“Testimonial. Ofrezco el testimonio de X, -calidades- a fin de que declare sobre el inicio de la relación arrendaticia/la gestión de cobro de la renta, descrito en el hecho sexto de la demanda. Ofrezco el testimonio de Y, -calidades- quien declarará sobre el hecho del cese de la tolerancia en el pago del precio “.

#### **f.- El fundamento de derecho**

Deben citarse en forma concreta el artículo o norma de fondo y las procesales que fundamentan la pretensión. La doble regulación que se hace de los monitorios en el NCPC, la LGAUS y la Ley de Propiedad en Condominio –LPC-, facilita la labor de cita en el fundamento de derecho, pues bastará con citar, según la naturaleza de la causal invocada: falta del pago de la renta, vencimiento del plazo, no pago de los servicios públicos o no pago de las cuotas condominales, cuando corresponda.

El juez por el conocido principio *iura novit curia*, tiene la obligación de oficio de aplicar las normas de la ley, cuyo conocimiento, se presume, forma parte de su patrimonio intelectual. Si bien el principio del conocimiento del derecho por el juez –*iura novit curia*- implica que este debe aplicar la norma correcta, la indicación al menos de la causal de desahucio obedece a otra razón, a que la prueba

debe ir encaminada a demostrar los hechos que sirven de base a tal o cual causal de monitorio.

Más que al fundamento jurídico, el juez está atado a la situación fáctica y pretensiones procesales para acoger o rechazar la demanda. No es posible pues, para el juez, cambiar la relación fáctica o pretensiones, pues cambiaría la causa *petendi*, lo que hace incurrir en incongruencia por extrapetita.

Si bien el juez fallará el caso subsumiendo los hechos en la norma jurídica adecuada y la modalidad monitoria con su causal que corresponda, si esa subsunción implica cambiar la causa *petendi*, la causal alegada, la sentencia será desestimatoria. El principio *iura novit curia* opera en sentido positivo. Es la facultad concedida al juez de aplicar las normas de fondo para solucionar la litis, sin que esta haya sido alegada; en sentido negativo operaría al no permitir su aplicación cuando con una norma no invocada se varíe la causa *petendi* y la relación fáctica alegada, fundamento de la pretensión. Si el actor equivocó la cita legal que da base al monitorio reclamado o por desconocimiento no señaló cual era la causal correspondiente, en virtud del dicho principio *iura novit curia*, el juez debe aplicar la norma correcta y podría acoger la demanda, eso sí, sin cambiar la relación de hechos y la causa *petendi*. Pero si el monitorio es reclamado y fundamentado en otra relación fáctica y de los hechos y la petitoria se deduce una diversa a la acaecida, la demanda sí debe ser rechazada, pues aquí el juez no puede variar la causa *petendi*, los hechos reclamados y probados, así como el fundamento de lo alegado, pues incurriría en el vicio de incongruencia por extrapetita, sancionable con nulidad de la sentencia –arts. 28.1 y 61.2.3 NCPC-, lo que se sanciona además por violar los principios de lealtad procesal y derecho de defensa, pues el demandado se defendió, alegó,

argumentó y probó una relación de hecho y causa petendi, diversa a la que se le condenó.

Un tema aparte es el caso de una demanda sin fundamento jurídico, la cual no puede ser estimatoria. Si la omisión se detecta al inicio, el juez debe prevenir la corrección, bajo pena de inadmisibilidad; si la detecta al dictar el fallo, la sentencia es desestimatoria, no pudiendo suplirse en ese momento por tratarse de una adición o ampliación del fundamento que afecta la petitoria y, como se sabe, una vez trabada la Litis, no se pueden modificar esos aspectos, con las excepciones legales del art. 35.6 NCPC “modificación o ampliación de la demanda. La demanda podrá ser modificada o ampliada en cuanto a las partes, hechos, pretensiones y pruebas, antes de la contestación o de que haya vencido el plazo para contestar. Dicha ampliación será posible, de común acuerdo entre partes, antes de que concluya la audiencia preliminar. El emplazamiento deberá hacerse de nuevo”.

### **g.- La pretensión procesal o petitoria**

“La formulación clara, precisa e individualizada de las pretensiones”, se exige en el art. 35.1 NCPC, en relación con la petitoria de la demanda. Constituye la pretensión de la demanda, es decir lo que se pide. La doctrina distingue entre pretensión material y pretensión procesal. A la pretensión procesal se refieren los arts. 21.2 y 35.1.7 NCPC como requisito formal de la demanda.

El *petitum* o petitoria de la demanda, al igual que los hechos, debe ser claro, preciso e individualizado, pues como afirma Couture, la relación de la estructura formal que se da entre la demanda y la sentencia se explica por la existencia de un paralelismo, de una cierta correspondencia entre las partes de la demanda y las de la sentencia, que justifica el que aquélla se formule de manera clara y coherente.

No puede formularse haciendo referencias abstractas, ni referirse a decisiones de opinión. Debe tener autonomía propia y no valerse de remisiones al elemento fáctico o del fundamento.

Una demanda sin pretensión no puede ser cursada, por lo que la omisión debe ser subsanada dentro de los cinco días de la prevención hecha por el juez; si el defecto se detecta luego de trabada la litis -contestación del demandado-, no sería posible pedir la subsanación. Deberá dictarse sentencia desestimatoria. Lo contrario sería, permitir al actor la ampliación o adición de la pretensión en clara violación del artículo 35.6 NCPC y de los principios de lealtad, igualdad y probidad procesal.

Muchas veces se formulan en forma incorrecta las pretensiones, perdiendo coherencia con los hechos alegados y las pruebas que se ofrecen, de diversas maneras: ya sea colocando y enumerando dentro de la petitoria hechos o, incluso, solicitando prueba dentro de las pretensiones -especialmente sucede cuando se solicitan pruebas anticipadas-. Esas NO son pretensiones. También se incurre en el error de formular hechos irrelevantes dentro de las pretensiones, notorios e incluso valoraciones subjetivas. Ejemplos:

“Que se declare que el derecho le asiste a mi representada y al aquí demandado no”.

“Que se declare que el arrendatario incumplió la ley de arrendamientos/las obligaciones del contrato”

“Que se declare que el demandado ha violado descaradamente el artículo 45 de la Constitución Política que consagra el derecho de propiedad”.

En materia de monitorios de desahucio hay una pretensión mediata o presunta, como es la protección del derecho de propiedad

del arrendante o propietario. Pero la pretensión material inmediata de los monitorios de desahucio, está referida al de lanzamiento o desalojo del arrendatario incurso en una causal de legal de desahucio. Puede también comprender –ahora de manera remota o diferida-, el pago de rentas, servicios públicos, cuotas de condominio pendiente o cualquier otro rubro económico adeudado por el arrendatario, en caso de que la demanda sea estimatoria –art. 104.6 NCPC “Alquileres insolutos y derecho de retención. Firme la sentencia que declare con lugar el desahucio, el actor podrá gestionar por la vía incidental que se condene al demandado a pagarle las cuotas de arrendamiento no satisfechas y los servicios y otros gastos inherentes al vínculo arrendaticio que el inquilino no hubiera cubierto”, aplicable por el 112.4-.

En virtud del principio de infungibilidad de la pretensión, esta no puede ser modificada por la parte o el juez y no podría otorgarse extremos no pedidos, pues la sentencia incurriría eventualmente en ultra petita procesal que otorgue más o cosa diversa de la permitida para este tipo de proceso, puesto que, en efecto, como vimos, la petitoria fija las pretensiones sobre las cuales el juez debe resolver el caso concreto.

En cuanto a las costas, es conveniente pedir las, aunque el artículo 73.1 NCPC y reiterada jurisprudencia, faculta a su imposición de oficio.

#### **h.- Estimación**

Toda demanda debe ser estimada, es un requisito exigido en ese acto procesal, de ahí que el art. 35.1.8 señala “La estimación justificada de la demanda en moneda nacional. Cuando existan pretensiones en moneda extranjera se usará el tipo de cambio respectivo al momento de su presentación, sin perjuicio de que en sentencia se pueda conceder lo pedido en la moneda solicitada” y conforme al art. 35.3.8

NCPC –para demandas de desahucio- “La estimación se fijará según el interés económico de la demanda. Para ese efecto, se tomará como base... 8- En las demandas de desahucio... el valor de la renta o prestación de un semestre”.

No importa la causal alegada como base del proceso de desahucio; la estimación del quantum, cuantía o especificación económica de la demanda se hace por “el valor de la renta o prestación de un semestre”. Esta fórmula es más precisa que la del art. 17.5 del CPCD, en que se debía incluir en la estimación, además de la renta de un semestre, los “servicios y otras cargas patrimoniales que, según el contrato, resulten a cargo de arrendatario” -art. 17 inc. 6 CPC, con lo que se retorna al sistema original del art. 17.6, antes de su reforma en 1995.

Si no hay precisión sobre la renta vigente del arrendamiento, el artículo 104.4 NCPC señala que “Si hubiera duda sobre el monto del alquiler el tribunal determinará prudencialmente la suma a depositar”, norma que se complementa con el numeral 1142 del CCi., en tanto que, si lo pactado sobre el precio del arriendo no pudiere probarse, será creído en ese respecto el monto que señale el arrendador, a no ser que el arrendatario prefiera que la estimación de precio se haga por peritos. Si estos lo fijaren en una suma igual o mayor a la declarada por el arrendador, los gastos del peritaje serán de cuenta del arrendatario; y si lo fijaren en una suma menor, dichos gastos serán de cuenta del arrendador. En este supuesto se admitirá la cuantía fijada por el actor, sin perjuicio de la objeción que pueda presentar el demandado, con fundamento en el valor de la posible renta.

Como la obligación que nace del pago de una renta o alquiler constituye una deuda dineraria y no una deuda de valor, la

estimación dada por el actor a la demanda constituye el límite máximo que el juez puede conceder o que debe tomar como parámetro para fijar otros extremos como los honorarios de abogado o costas personales. Por supuesto que esa estimación no limita – porque se siguen generando- el cobro de alquileres insolutos – atrasados- o alquileres generados en el curso del proceso, así como el cobro de intereses, servicios y otras cargas si así se hubieren reclamado en la petitoria.

En la estimación que debe hacer el actor a su demanda no se toma en cuenta la causal alegada ni las rentas adeudadas. La regla es que la fijación se hace con base en el valor de la renta de un semestre –de la renta vigente al momento de interposición de la demanda-. Esa fórmula podría considerarse injusta por originar a veces estimaciones exageradas y con ello facilitar la fijación altísima de honorarios, lo que en efecto sucede muchas veces, por eso ha sido objeto de especial discusión a nivel constitucional por la desproporcionalidad que produce. La Sala respectiva ha rechazado sendos recursos por tales motivos (Sala Const. N° 762 del 17-03-1992).

La estimación además tiene importancia no solo para determinar el juez competente, el monto de los timbres del Colegio de Abogado a pagar y el monto de la condena en costas.

En cuanto a lo que se entiende “el valor de la renta... de un semestre”, del art. 35.3.8 NCPC, debe considerar no solo el alquiler, sino el monto de cuotas de condominio, cuando las partes han pactado que las cuotas condominales forman parte de la renta y deben ser asumidas por el arrendatario –art. 25 párrafo 3º LGAUS “Las partes podrán pactar que los gastos correspondientes a la vivienda arrendada o sus accesorios corran por cuenta del arrendatario y se asimilen al pago de la renta”.-. No deben considerarse, para efectos

de la estimación, los montos adeudados por servicios públicos, aun cuando tales servicios, por pactos, sean asumidos por el arrendatario y haya por ese concepto montos adeudados de este, incluso, ni aun en el supuesto de que el monitorio se base en esa causal de desahucio.

Si la parte demandada no está de acuerdo con la estimación de la demanda, deberá objetar esa estimación en la contestación de la demanda, ya no es necesario hacerlo mediante el denominado “incidente de objeción a la cuantía”. Esta objeción, al tratarse en esta ley de un proceso de estructura monitoria, se hace mediante simple oposición en la contestación de demanda, no es necesario el incidente, pues en los procesos monitorios, no es propio la vía incidental para conocer de oposiciones. El NCPC eliminó, para todos los procesos, el denominado incidente de objeción a la cuantía –art. 37.1 NCPC-, que señala la “forma y contenido de la contestación” de cualquier demanda, exige al demandado que en su contestación “manifestará con claridad su posición en cuanto a la pretensión y su estimación, los fundamentos legales y la prueba presentada y propuesta por el actor”.

Si se objeta la estimación de la demanda, en la contestación, será en la audiencia oral única donde el juez la fijará, en definitiva –art. 103.3.7 “la definición de la cuantía del proceso”. El juez fijará la cuantía “según el interés económico de la demanda” –art. 35.3 NCPC-, los parámetros objetivos y las pruebas introducidas por ambas partes, que sirvan como base al juez.

#### **i.- La indicación de la causal de desahucio**

Como vimos, con la promulgación de la derogada LMA –en setiembre 2013-, se crearon dos regímenes para la solución de controversias de desahucio, a saber: primero, el proceso monitorio para las causales de falta de pago de: la renta, servicios públicos o cuotas condominales y la causal de vencimiento del plazo del

contrato. El segundo régimen es el del proceso sumario de desahucio. La LMAD lo que hizo fue excluir dos causales del proceso sumario y regularlas de manera separada, para que se tramiten como proceso monitorio.

Esa separación en dos regímenes se mantiene en el NCPC: a) el monitorio de desahucio “si se funda en la causal de vencimiento del plazo, falta de pago de la renta o de los servicios públicos, falta de pago de los gastos del condominio” –art. 110.1.2. NCPC; b) “Cuando se pretenda la desocupación de un inmueble como consecuencia de la terminación del contrato de arrendamiento en los casos previstos por la ley, o hacer cesar la mera tolerancia. Se exceptúan las pretensiones que deban ventilarse por el proceso monitorio” –art. 104.1 NCPC-.

## **2.- OTROS REQUISITOS DE LA DEMANDA**

Además de la lista enunciativa de requisitos de los artículos 35.1, 110, 112.4 NCPC, existen otras normas que contienen otros requisitos formales, para las demandas:

### **a.- Autenticación por abogado**

Como vimos todo proceso civil solo puede ser dirigido por un abogado, que elabore la demanda, le dé contenido y forma jurídica y garantice una adecuada defensa a la parte en el proceso. Conforme al art. 20.1 “En los actos escritos se requerirá la autenticación de un abogado y, si tal requisito se omitiera, los tribunales prevendrán la subsanación en un plazo de tres días o la ratificación escrita, bajo pena de declarar inatendible la gestión” (Sala Const. N° 3495 del 12-07-1994).

Para poder autenticar una demanda o en general un escrito judicial, es necesario ser abogado, incorporado en el Colegio de Abogados y no es estar suspendido al día de la autenticación. El

artículo 20.2 señala que “La firma del abogado autenticante implicará, salvo manifestación expresa en contrario, dirección del proceso con las facultades de actuar en nombre de la parte para todo lo que le beneficie, siempre y cuando no se requiera poder especial judicial o la participación personal de la parte”. Es lo que se denomina patrocinio letrado.

### **b.- Demostración de la capacidad procesal**

Conforme a la ley, quienes no tengan capacidad procesal gestionarán, por medio de sus representantes o de las personas autorizadas según la ley, sus estatutos o la escritura social. Además, que los representantes deben demostrar su capacidad procesal desde su primera gestión. Finalmente, “a falta de capacidad procesal y la defectuosa representación podrá ser apreciada de oficio u objetada por simple alegación de la parte en cualquier momento; de existir el defecto, podrá ser subsanado oportunamente” –art. 19.2 NCPC-. En razón de estas reglas es la previsión ahora del 35.2 NCPC, según el cual “si los documentos presentados justificativos de la capacidad procesal tuvieran algún defecto, el tribunal prevendrá su subsanación en el plazo de cinco días, bajo apercibimiento de declarar inadmisibile la demanda. Si los documentos constaran en un registro público, con acceso por medios informáticos, la parte interesada en acreditarla señalará al tribunal la forma de constatarla”.

### **c.- Timbres de ley en la demanda**

No hay que pagar timbres fiscales o hacer reintegro de papel de oficio. Lo que sí debe pagarse y adherirse a la demanda, son los timbres del Colegio de Abogados, conforme a la siguiente escala que señala el art. 108 del Arancel del 2015:

“a) Procesos con estimación hasta doscientos cincuenta mil colones estarán exentos.

b) Procesos con estimación de doscientos cincuenta mil colones y no pase de un millón de colones, mil colones en el escrito inicial.

c) Procesos con estimación de un millón de colones y no pase de cinco millones de colones, dos mil colones en el escrito inicial.

d) Procesos con estimación de cinco millones de colones y no pase de veinticinco millones de colones, cinco mil colones en el escrito inicial.

e) Procesos con estimación de veinticinco millones de colones y no pase de los cincuenta millones de colones, diez mil colones.

f) Procesos con estimación de cincuenta millones de colones a cien millones de colones, quince mil colones.

g) Procesos con estimación de cien millones de colones a quinientos millones de colones, veinticinco mil colones.

h) Procesos con estimación de quinientos millones de colones en adelante, cincuenta mil colones.

i) Procesos de cuantía inestimable...once mil colones en el escrito inicial”.

El no pago o reintegro de timbres del Colegio de Abogados, no tiene como sanción la inadmisibilidad de la demanda; ni siquiera le faculta al juez para ordenar su cumplimiento bajo pena de inadmisibilidad, puesto que la sanción prevista en la Ley del Colegio de Abogados y en el Decreto Ejecutivo de Honorarios de Abogado, es la prevención de pago y, en caso de no cumplirla, no se le oyen futuras gestiones, sin perjuicio de cumplir esa obligación procesal en cualquier momento -art. 106 del Decreto-, sin retroacción de plazos o términos.

Diferente es la situación de los timbres de ley que deben integrarse o pagarse en las certificaciones y documentos privados que

así exija la ley. Aquí tampoco hay prevención de inadmisibilidad, pues no está previsto en la ley; tampoco se podría negar dar curso a la demanda. La única consecuencia es que la certificación, o documento privado, será ineficaz y no será tomado como prueba en sentencia. Cuando los timbres omitidos sean los del poder en el que conste el mandato judicial, simplemente se hace la prevención con la multa de ley –en el caso del timbre fiscal- y en una misma resolución dar curso a la demanda bajo pena de no tener por apersonado al apoderado.

#### **d.- Pretensiones subsidiarias o alternativas**

“Las pretensiones formuladas subsidiariamente, para el caso de desestimación de las principales, se harán constar por su orden y separadamente” –art. 35.1.7. En una demanda sumaria o monitoria podrán proponerse varias pretensiones, siempre que haya conexión entre estas, que no se excluyan entre sí y que el tribunal sea competente para conocerlas de todas. Si fueran excluyentes, podrán acumularse como principales y subsidiarias. Si se hubieran acumulado varias pretensiones indebidamente –art.23.2 NCPC-.

El NCPC innova al exigir que “Las pretensiones formuladas subsidiariamente, para el caso de desestimación de las principales, se harán constar por su orden y separadamente”. De manera que, si se formulan pretensiones principales y subsidiarias o alternativas, deberá enunciarse así en la demanda. El numeral 23.2 NCPC exige una serie de requisitos para que proceda la acumulación de pretensiones: “siempre que haya conexión entre estas, que no se excluyan entre sí y que el tribunal sea competente para conocer de todas. Si fueran excluyentes, podrán acumularse como principales y subsidiarias”. Tales condiciones deberán revisarse y cumplirse en el escrito de demanda.

En un monitorio de desahucio podría darse acumulación de pretensiones, con una subsidiaria por una causal o motivo accesorio: ejemplo: falta de pago de renta con subsidiaria de pago incompleto o tardío.

#### **e.- Supuestos de litisconsorcio necesario**

Si se está en presencia de un supuesto de litisconsorcio pasivo, es necesario demandar a todos los litisconsortes desde el inicio, para evitar bien una prevención del juez ordenando su integración, bien una excepción estimatoria previa del demandado, bien una sentencia inhibitoria. Deberá examinarse a la luz del artículo 22.1 NCPC y de la legitimación pasiva, si estamos en un supuesto en que por la naturaleza de la relación material o por disposición de ley, deben ser demandadas otras personas obligatoriamente.

En un proceso de desahucio el único supuesto que se me ocurre es cuando el bien se arrienda a dos personas en conjunto –cónyuges, parejas o amigos-, deberá demandarse a ambos arrendatarios. Diversa es la situación cuando el bien pertenece a varios propietarios, como veremos, no se produce un litisconsorcio activo necesario, no solo porque la ley permite a cada uno de ellos demandar, sino que esa modalidad de litisconsorcio no resulta compatible, como hemos dicho, con el derecho de acción.

#### **f.- Copias de la demanda y documentos**

Con la demanda hay que acompañar copias de la demanda y de las pruebas aportadas, tantas como sujetos demandados existan, –art. 27.2 NCPC “De los demás escritos y documentos que se presenten se acompañarán tantas copias como personas litigantes haya.”-, con las excepciones dichas de las pruebas respaldadas en medios informáticos, que solo se remitirá copia de dicho respaldo.

### **g- Medidas cautelares**

En la demanda, pues no es necesario un legajo separado, se podrán pedir, medidas cautelares típicas y atípicas que procedan. En ese, que será una sección independiente de la demanda, deberá justificarse y acompañarse la prueba. En desahucios podrá ser retención de bienes, depósito provisional del bien arrendado si se ha abandonado o el derecho de retención, como se verá.

### **h.- El abogado director y facultativamente los suplentes**

Conforme al 20.2 NCPC “Las partes deberán nombrar un abogado director judicial y, facultativamente, podrán designar uno o dos suplentes, sin que ello implique costo adicional de honorarios para el cliente. La misma regla, en cuanto a la designación de suplentes, se aplicará cuando la parte sea abogada. Los suplentes tendrán, en ausencia del director, sus mismas potestades, obligaciones y derechos” –en igual sentido art. 35.2.9 NCPC-, aunque solo uno a la vez interviene en las audiencias orales –art. 50.4 NCPC-

### **i.- Firma de la parte. Solución en caso ausencia**

En el propio escrito debe constar la firma o rúbrica del actor o su apoderado con facultades suficientes –art. 35.1.11-, que es el acto que completa la manifestación concreta del derecho constitucional de accionar. La firma ológrafa –manuscrita o caligráfica-, es aquella que suscribe la persona en los documentos o escritos judiciales que requieran estampar su firma y que se le permita su atribución. Deben llevarla todos los escritos físicos que se presenten al tribunal o en los documentos que se envíen electrónicamente.

Salvo el caso de impedimento físico, se exige la firma en presencia de dos testigos, quienes dan fe de la firma a ruego y la autenticación de la firma de éstos. Sin firma no hay, en principio,

documento escrito; es decir, es un “no escrito” o una “no demanda”. No hay manifestación de voluntad, ni exteriorización del pensamiento, no obstante, la interpretación que debe darse a este requisito hoy es otra.

La duda que plantea la ausencia de firma de la parte en un documento, especialmente en la demanda, es: **a)** Si se rechaza de plano el escrito o gestión, **b)** O si por el contrario se debe hacer la prevención de que se subsane la falta, aplicando supletoriamente la norma que prevé esa solución para el caso de ausencia de autenticación de un escrito por parte del abogado. En torno a esta problemática la jurisprudencia de los tribunales de apelación (T.I.C. - Nº 616-4U- del 12-08-2013), es diversa a las de la Sala de la Corte Suprema que si permite la subsanación del vicio. Al no haber tampoco solución expresa en el NCPC, en nuestra opinión, acudiendo a la analogía y otros principios procesales debe darse una interpretación evolutiva, pro sententia, de eliminación de ritualidades o formalismos excesivo y la prohibición de aplicar sanciones procesales por analogía. Si el bien la firma de la parte es un requisito de ciertos actos, no lo es de carácter esencial, desde que los escritos -en la realidad la mayoría- los firma-auténtica el abogado, prescindiendo de la firma de la parte en todos los escritos y siendo que resulta evidente que el escrito sin firma se presentó al Despacho -la mayoría de veces con en papelería de quien funge como abogado-, para la solución se debe acudir a estas reglas que proponemos, de hacer la prevención de corrección del escrito sin firmar por la parte, bajo los siguientes argumentos: **a)** El art. 3.4 señala “en ausencia de norma expresa se acudirá a la aplicación analógica de otras disposiciones que contemplen supuestos semejantes, en los que se aprecie identidad de razón”, sin duda es una situación análoga a la falta de autenticación de un escrito por parte de un abogado y bajo el

principio de tutela de acceso a la justicia o judicial efectiva, la interpretación responde mejor a esos postulados, **b)** El rechazo de plano de la gestión implica una sanción procesal no prevista expresamente en el art. 20, y hay que recordar que conforme al mismo art. 3.4 “no podrán aplicarse por analogía normas de carácter sancionatorio, excepcionales o temporales”, **c)** El propio título preliminar consagran el principio pro sentencia -art. 2.5-, el carácter instrumental del derecho procesal y la erradicación del formalismo excesivo “al interpretar la norma procesal, los tribunales deberán considerar su carácter instrumental... despojándose de formalismos innecesarios”, de manera que en nada se sacrifica la justicia, al proceso, ni a la parte contraria, si en vez de rechazar de plano la gestión, se le previene la subsanación de la falta de firma de la parte y así, por el contrario, no se comete una injusticia y a veces un gasto excesivo o la pérdida tan importante de un acto, como el recurso de apelación o casación contra una sentencia o recurso de otra resolución esencial en el proceso.

### **3.- ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA**

En la fase de iniciación del monitorio, con la interposición de la demanda, la ley procesal prevé procedimientos para asegurar el correcto tramamiento de la litis, en aras del debido proceso. Hablamos del examen de admisibilidad de la demanda, el traslado y la notificación al demandado.

#### **a.- Motivos que pueden dar origen a la inadmisibilidad**

Con este criterio creemos que lo únicos motivos que pueden dar origen a una prevención de inadmisibilidad están referidos a casos:

a) En que no se indique los nombres de las partes o haya contradicción, pero no cuando se omite la identificación o su domicilio, o cuando no se acompaña la personería del apoderado.

b) Cuando la demanda venga sin hechos o no vengan expuestos uno por uno y bien especificados -individualizados-.

c) Por no indicarse del todo las citas legales o fundamentos de derecho, pero si no corresponde o es otra norma, el "iura novit curia" permite su admisión.

d) Cuando carece de pretensión o fuere abiertamente imprecisa.

e) Cuando no se indique la renta vigente de alquiler, la fecha o periodicidad de pago, no se indica si existe o no contrato y en caso de que exista, no se acompaña. En el caso de viviendas porque no se acompañó el avalúo actualizado con menos de cinco años. No se aportó el título de propiedad o el título del que deriva el derecho del arrendante, para arrendar. No se individualizó el bien o no se especificó bien su ubicación. La estimación es incorrecta respecto de la regla del semestre de la renta.

f) Si no ofrece prueba la puede ofrecer luego, con réplica, aunque no es conveniente, pero si se ofrece testigos, sí debe cumplir con el requisito de indicar los hechos sobre los que declarará cada uno.

g) No tuviere estimación, pero si es exagerada o inferior a la suma de lo reclamado no es motivo, queda a riesgo del actor.

h) No es tampoco motivo no indicar lugar o medio porque la ley prevé una sanción diversa que es la notificación automática y no se podrá imponer dos sanciones tan graves por un solo hecho.

i) Como se vio, la falta de timbres de Abogados o Fiscales u otros en documentos no es motivo de inadmisibilidad, no está previsto como motivo que impida dar curso y es la propia ley la que establece el mecanismo de solución, simplemente previniendo su pago, pero no negándose a dar traslado.

## **b.- Procedimiento de corrección de demanda**

La norma –art. 35.3 NCPC- introduce dos novedades importantes, fruto de la inquietud práctica: a- la que señala el tribunal los puntualizará todos de una vez; es decir, no se permiten las prevenciones en cascada, a cuenta gotas, práctica que aunque erradicada, sucedía de vez en cuando, b- la segunda prevención, que señala “por única vez, se podrá hacer una segunda prevención en casos excepcionales, cuando sea evidente la intención de la parte de subsanar los defectos señalados”. Es decir, en el supuesto la parte cumplió la prevención o trató de cumplirla –y lo advirtió- pero estuvo imposibilitado de hacerlo, por algún motivo exógeno o porque no comprendió correctamente la prevención.

El examen de defectos u omisiones de requisitos de la demanda monitoria permite ciertas excepciones, aceptadas en vía jurisprudencial, verbigracia, la omisión de indicar el número de cédula de identidad del demandado se ha estimado no es causal para ordenar la corrección bajo pena de inadmisibilidad, si en el expediente consta el resto de las calidades de dicha parte. De igual manera, sucede con la falta de personería de las partes, requisito que no se incluyó en el artículo 35 NCPC, por lo que la jurisprudencia la ha excluido de los requisitos de admisibilidad de demanda. Igual sucede si se omiten los timbres de ley, lo cual se previene pero no puede sancionarse con la inadmisibilidad de la demanda o su rechazo de plano (TIC N° 231-3 del 13-03-2015), pues no es un requisito exigido para dar curso a un proceso de desahucio y menos negarse a darle curso a la demanda por esa omisión.

Diferente ocurre si el actor omite indicar las citas de ley que invoca en su fundamento de derecho o si solo indica que se fundamenta en el Código Procesal Civil; en este caso se ha admitido

no solo la prevención sino también la sanción de la inadmisibilidad de la demanda, en caso de incumplimiento.

Para que el actor proceda a la corrección de su libelo de demanda, el Juez debe otorgarle el plazo improrrogable –no perentorio- de cinco días, resolución que carece de recurso alguno. Sin embargo, si la resolución carece del apercibimiento expreso de que en caso de no cumplir dentro de dicho plazo se declarará la inadmisibilidad de la demanda, esta no procede, siendo tanto el auto de prevención como el auto que declara inadmisibile la demanda, absolutamente nulo.

#### **c.- Recursos contra la demanda defectuosa o de su rechazo**

Contra la resolución que previene corregir un defecto de la demanda, solo es admisible el recurso horizontal de revocatoria, dentro del tercer día de notificada, por tratarse de un auto, que contiene un juicio valorativo del juez.

Contra el auto que rechaza la demanda por inadmisión, por no haber cumplido el actor con la prevención expresa que le ordenó el juez, procede el recurso de revocatoria con apelación en subsidio.

#### **d.- Admisión parcial de la demanda**

Aunque no previsto de manera expresa, el juzgador puede admitir parcialmente la demanda y ordenar el mandato de desalojo, tan solo parcialmente; bien sea por una sola de las causales invocadas o por solo una de las varias causales invocadas. El mandato de desalojo será admisible y el juez tiene la facultad de rechazar *in limine* parte de las pretensiones iniciales, en orden a dictar el mandato de desalojo.

### **e.- Traslado de demanda monitoria. Contenido y efecto**

En el NCPC el plazo de oposición es de 5 días -art. 110.2 NCPC “Resolución intimatoria, oposición y efectos. Admitida la demanda, se dictará resolución ordenando a la parte demandada que realice la prestación pedida por la parte actora. En ese pronunciamiento se le concederá un plazo de cinco días para que cumpla o para que se oponga, interponiendo en ese acto las excepciones procesales que sean pertinentes”-.

Esos días debe entenderse que son hábiles, por remisión del art. 30.5 NCPC párrafo 2º “Los plazos por días se entiende que han de ser hábiles”. Cuando son varios demandados, al ser un plazo común, el vencimiento se computa a partir de la notificación al último demandado, también conforme al art. 30.5 NCPC.

Además del mandato de desalojo, la resolución intimatoria inicial debe contener las advertencias del deber de depositar las rentas sucesivas a la mensualidad de notificación, que, como veremos, bajo pena de declarar el desalojo, dentro del mismo proceso.

### **f.- Traslado en caso de sumario de desahucio. Diferencias**

El proceso sumario al ser declarativo no contiene, como el monitorio, auto intimatorio de desalojo, sino que pone en conocimiento al demandado la existencia del proceso, formalmente lo emplaza, de manera que la salvo allanamiento o falta de contestación, el proceso seguirá su cauce normal, bajo la estructura histórica de un proceso germánico romano: demanda, emplazamiento, oposición, resolución de excepciones procesales, audiencia única, sentencia y apelación. Incluso, a diferencia del monitorio, el legislador no ha tasado ni ha impuesto la exigencia de la oposición motivada.

## 4.- DEMANDA IMPROPONIBLE

Esta es una de las principales innovaciones del NCPC.

### a.- Fundamento

El tema del abuso procesal con demandas evidente y objetivamente infundadas o improponibles se ha tocado en diversas oportunidades a lo largo de esta obra, pues su problema lo amerita. Desde antes de la promulgación del NCPC habíamos advertido la posibilidad de que el juez podía rechazar una demanda improponible, aun sin texto legal expreso, como, por ejemplo, el caso de un monitorio de desahucio basado en una causal que es de desahucio sumario o en el que no haya vencido el plazo del contrato o cuando este sea menor al plazo mínimo legal, o bien, cuando se presente antes de que el pago de la renta no haya vencido. Los tres son ejemplos de los procesos denominados popularmente como “nacidos muertos” o demandas improponibles.

La casuística es muy importante, así como tener una conceptualización clara de los diferentes aspectos jurídico-técnicos que conlleva un proceso monitorio. Si la pretensión principal es ilegítima o improcedente, pues el derecho de fondo en que se sustenta es incompatible con la misma pretensión o con el *thema decidendum* o cuadro fáctico en que se fundamenta; el examen de la pretensión principal arrojará que carece de razón o fundamento jurídico aceptable, lo cual incidirá en su posterior rechazo en sentencia.

Es una de las formas más claras de abuso con el proceso, ya que desnaturaliza al proceso para que, en lugar de ser un instrumento de justicia, se convierta en un arma para provocar un daño en la persona del demandado. Por eso en la primera edición de esta obra, aun sin texto legal, anticipábamos que es preferible que se rechace la pretensión infundada en una resolución debidamente fundamentada

y razonada, que condenar a ambas partes a un maratónico proceso judicial cuyo desenlace estéril es previsible con solo leer la demanda. Pareciera constituir más bien en un acceso al largo y tortuoso camino de los Beatles –*the long and winding road*, insistimos- de la injusticia y del abuso procesal.

La demanda improponible tiene fundamento constitucional en los principios de justicia pronta y cumplida, así como en los principios procesales de celeridad, moralidad y buena fe. El Estado no se puede ocupar de demandas que están llamadas al fracaso, que solo conducen a angustiar el sistema, con procesos que nunca van a ser estimatorios. Si bien el Estado debe garantizar el acceso a la jurisdicción o la tutela judicial efectiva, dichos derechos deben hacerse ajustados a la ley y la Constitución, de manera que la improponibilidad de la demanda constituye un límite válido a esas garantías.

Por otra parte, la figura tiene fundamento en la celeridad procesal, pues si un asunto se puede resolver anticipada y preliminarmente, activar todo el aparato jurisdiccional y sin consumir todos los actos, constituye sin duda una de las funciones que permite el tribunal “Desechar cualquier solicitud o incidencia notoriamente improcedente o que implique una dilación manifiesta; b- Dirigir el proceso y velar por su pronta solución”, bajo las potestades oficiosas –arts. 2.3, 5.1 y 5.2 NCPC-.

### **b.- Concepto**

La improponibilidad de la demanda, es una figura procesal que permite al tribunal el rechazo de plano –*in limine*- de una demanda al inicio o en el umbral del proceso, sin necesidad de celebrar audiencias o evacuar pruebas, por concurrir algún motivo objetivo y expresamente previsto en el ordenamiento; rechazará ad portas tal

proceso, con efectos de cosa juzgada y sin necesidad de avanzar en el proceso. Aunque se puede declarar su improponibilidad en un momento posterior –en una audiencia por ejp- cuando se descubre ahí la improcedencia absoluta de la demanda.

### **c.- Debe ser evidente y estar prevista taxativamente la causal**

Como señala el enunciado del art. 35.5 NCPC, el motivo de improponibilidad debe ser el de una “demanda manifiestamente improponible”, lo reitera el 35.5.6 cuando indica que debe ser “evidente”, es decir debe tratarse de un supuesto o defecto esencial. Lo de manifiesto es que debe ser patente, palmaria, notoria y que claramente encuadre en una causal prevista expresamente. No puede ser superflua o que dependa de una interpretación muy restrictiva. Ha de extremarse la prudencia, para decidir por esta vía solamente cuestiones cuya decisión de oficio; en este momento está claramente permitido o habilitado por la ley. En todo supuesto de duda será preferible requerir la aclaración pertinente y el plazo concedido en la ley, oír a la actora, pues si aclarado o corregido el punto y sopesando que no es evidente, indudable, manifiesta o notoria la causal, es preferible dar traslado y así tutelar el derecho de acción, por encima de interpretaciones ampliativas de dichas causales de improponibilidad.

### **d.- Causales de demanda improponible**

El más amplio en el mundo, nuestro NCPC hace una enumeración bastante comprensiva de supuestos de demanda improponible, nos hemos referido a ellas en varias obras, remitimos al lector interesado a ellas. Las causales previstas: a) El objeto o la pretensión sean evidentemente contrarios al ordenamiento, imposibles, absurdos o carentes de interés; b) Se ejercite en fraude procesal o con abuso del proceso; c) Exista caducidad, d) Exista cosa

juzgada; e) Quien la propone carece de forma evidente de legitimación; f) En proceso anterior fue renunciado el derecho; g) El derecho hubiera sido conciliado o transado con anterioridad; h) El proceso se refiera a nulidades procesales que han debido alegarse en el proceso donde se causaron; i) Sea evidente la falta de un presupuesto material o esencial de la pretensión.

### **e.- Momentos para declarar y trámite**

Con base en esas potestades, la improponibilidad objetiva de la demanda puede ser declarada de oficio, preferiblemente al inicio del proceso, sin necesidad de señalar audiencia para ello. El Código ha ido más allá, pues faculta a resolver la improponibilidad, no solo al inicio del proceso, sino “en cualquier estado del proceso”.

El saneamiento del proceso supone que, por “demanda manifiestamente improponible”, se puede plantear con carácter de cosa juzgada, si no se lo hizo antes en la propia audiencia y sean resueltas por el tribunal mediante lo que constituye un verdadero despacho saneador de origen portugués y brasileño -sentencia anticipada o auto interlocutorio-.

Previo a la declaratoria de improponibilidad se concederá audiencia hasta por un plazo de tres días; se entiende que es al actor en el que el juez está anticipando que podría considerar la existencia de un supuesto de demanda improponible. No es necesario inquietar al demandado notificándole esta audiencia, pues la demanda no se le está dando traslado y el emplazamiento solo es procedente si la demanda formalmente es admisible y, no lo será, si le concurre una causa de improponibilidad.



## CAPÍTULO IV MANDATO INICIAL Y OPOSICIÓN EN EL MONITORIO ARRENDATICIO

### 1.- RESOLUCIÓN INICIAL INTIMATORIA

Presentada la demanda monitoria de desahucio, el juez dicta una resolución inicial de mandato de desalojo. La doctrina desde antaño ha debatido naturaleza jurídica de esta resolución inicial. Se discute si trata de una sentencia anticipada o provisional, un mandato, una orden o un simple auto, hoy considerando que el legislador del 2016 abandonó la clasificación española tradicional de autos-sentencias.

#### **a.- Naturaleza jurídica de la resolución intimatoria**

El proceso monitorio, supone una estructura, caracterizada por una decisión inicial estimatoria de fondo, siempre solicitada por el actor y sin audiencia previa del demandado. La resolución inicial no es una providencia o sentencia, ya que no se limita al examen de los requisitos de demanda o presupuestos procesales; por ello técnicamente no emplaza al demandado, sino que analiza preliminarmente el humo o apariencia de seriedad de la pretensión de fondo que “conste documentalmente” –art. 110.1.2 NCPC-, resuelve y afirma esa pretensión principal del demandante, mediante el dictado de un auto, con efecto invertido o anticipatorio, que tiene un valor y efectos superior a un auto simple. No puede ser sentencia, pues en caso de oposición fundada, se suspende ese auto inicial y sus efectos y será al cabo de esa audiencia que se dictará la verdadera

sentencia, la de fondo, la que analiza pretensión, oposición, pruebas y argumentos.

Siguiendo la clasificación que hace el art. 58.1 NCPC y la teoría general del proceso “son providencias las de simple trámite; autos, las que contienen juicio valorativo y, sentencias, las que deciden las cuestiones debatidas”, la resolución intimatoria inicial de un monitorio es un auto, pues contiene un juicio valorativo de que en apariencia es fundado y se cumplen los presupuestos iniciales de fondo, para su procedencia. No es sentencia porque no resuelve el fondo de la controversia, que recién empieza cuando hay oposición fundada y se interponen excepciones, las que deben resolverse en sentencia considerada.

En cuanto a sus efectos –no en cuanto a la forma-, la resolución inicial es una especie de auto interlocutorio anticipado con contradictorio invertido que, por falta de oposición u oposición infundada, bajo los términos de la ley, se convierte en definitiva. Si media oposición fundada se mantendrá en su suspenso su carácter definitivo, hasta que sobrevenga un pronunciamiento posterior que determinará si aquella era definitiva –por ser procedente la demanda- o era infundada.

En efecto, el demandado puede oponerse fundadamente en un plazo perentorio determinado, en cuyo caso se genera el clásico proceso dialéctico para determinar, luego de una audiencia de juicio, si era o no procedente la vía. La falta de oposición o la oposición infundada, hace que la sentencia anticipada inicial constituya una verdadera sentencia definitiva.

Nuestro legislador, como es debido, sin tomar partido de su naturaleza, simplemente la llama: “resolución” “pronunciamiento” “resolución intimatoria” –arts. 110.2 y 110.4 NCPC-, pero en el fondo

y especialmente por sus efectos, es una forma especial de resolución o sentencia anticipada de condena, de desalojo en este caso especial.

### **b.- Forma y contenido**

Presentada en forma la demanda, el juez dictará resolución intimatoria de desalojo –art. 110.2 y 110.4-. En cuanto a la forma, la resolución intimatoria inicial no requiere por asomo de la formalidad ¿¿de una sentencia –de fondo, preliminar o anticipada-. En ese sentido, en cuanto a la forma, se asimila a un auto, diríamos un auto calificado, una especie de auto-sentencia; no en el concepto clásico de la figura, sino que por su forma es un auto –informal-, que contiene un razonamiento intelectual y que por sus efectos, aunque sea provisionales y anticipados, son los mismos de una auto-sentencia, con la diferencia que es anticipada, al inicio del proceso.

Para dictar esa resolución por supuesto que el juez debe analizar los aspectos de fondo, para determinar si la pretensión cumple con los presupuestos materiales y la demanda con los requisitos formales, incluso los aspectos de fondo –legitimación y falta de derecho-. Ese análisis sumario de los requisitos materiales y procesales, de ser estimatorio, conduce al dictado de la resolución intimatoria o de condena anticipada, que en el caso de esta ley sería el mandato de desalojo del arrendatario. Por estas razones que el art. 110.2 simplemente señala: “Admitida la demanda, se dictará resolución ordenando a la parte demandada que realice la prestación pedida por la parte actora. En ese pronunciamiento se le concederá un plazo de cinco días para que cumpla o para que se oponga...” y lo confirma el 110.3 “Si la... oposición es infundada, se ejecutará la resolución intimatoria, sin más trámite”.

Entonces en esa resolución inicial, en forma de auto, con efectos de sentencia anticipada eventual, lo único que debe contener el

mandato de desalojo del demandado es la condena anticipada de costas, pues en caso de no oposición u oposición infundada no hay otro momento para condenar en costas al demandado. También deberá contener las advertencias de ley; en caso de no depósito de las rentas futuras –según se verá-, las condiciones de que la oposición y las excepciones deben ser fundadas y la advertencia de que la prueba en cuanto a ambas debe tener “relación directa con los hechos y la pretensión” y no ser “impertinente... inconducente” –conforme a la norma general de prueba, art. 41.3 NCPC-, algo así: “Se ordena el desalojo anticipado del demandado, en un plazo de cinco días, contados a partir de la notificación de esta resolución y se le condena al pago de ambas costas. En dicho plazo podrá el demandado oponerse fundadamente, oponer las excepciones que procedan y ofrecer prueba siempre que tenga “relación directa con los hechos y la pretensión” y no ser “impertinente... inconducente” –conforme a la norma general de prueba, art. 41.3 NCPC-, en relación con las excepciones opuestas. Solo se admitirá oposición que se funde en pago comprobado por escrito, prescripción, inexistencia de la obligación de pagar la renta y falta de vencimiento del plazo. Deberá depositar a la orden de este Despacho, las rentas posteriores a la notificación de la demanda, bajo la consecuencia de ordenar de inmediato su desalojo, en caso de incumplimiento”.

Por acuerdo de jueces civiles de San José, se ha creído conveniente, debido a esa naturaleza especial del auto inicial de mandato de desalojo, que contenga al menos, siempre mediante auto, las consideraciones tomadas en cuenta para dictar el mandato de desalojo. Para ello sugieren los jueces la siguiente redacción, que compartimos –se ha ajustado al NCPC- “De conformidad con el artículo 110 y 112 NCPC, cumpliendo los requisitos legales, se tiene que (nombre del demandado) es arrendatario de (nombre del

arrendante o actor), que paga una renta de (monto de la renta mensual actual) por mes adelantado, los días (día de pago) de cada mes y que está atrasado(a) en el pago de alquiler correspondiente al mes de (mes de no pago o pago atrasado) del dos mil xxx, por lo que se ordena al demandado (nombre del demandado) a desalojar el inmueble que arrienda, así como se le condena al pago de las costas procesales y personales de este proceso. Para proceder con el desalojo, se le concede al demandado el plazo de cinco días posteriores a la notificación de esta resolución. Podrá además dentro del citado plazo oponerse, formulando fundadamente las excepciones procesales y materiales que pudieren resultar procedentes. Para tales efectos, deberá proponer prueba conducente y pertinente, de conformidad con las excepciones opuesta, bajo el apercibimiento de calificar de infundada la oposición. Se le previene al accionado(a) que deberá continuar depositando en la cuenta número (cuenta del juzgado) y a la orden de este (sic.) Despacho, los alquileres posteriores a la notificación de esta demanda, bajo apercibimiento de ley de que si así no lo hiciere se podrá ordenar el desalojo de manera inmediata en caso de incumplimiento, dando por terminado este proceso y condenándolo al pago de las costas procesales y personales de este asunto... prevención de señalar para notificaciones...”.

### **c.- Ejecución inicial**

A la luz de los principios que hemos explicado, la resolución intimatoria inicial que ordena el desalojo, tiene el carácter de una auto con ejecución provisional anticipada y, aunque no sea una sentencia o mandato expreso de desalojo, su ejecución inicial, según deriva de la lectura del artículo 110.2, 110.4 y 112.2, se hace hasta que venzan los 5 días de “audiencia” que se confiere al demandado, es por ello que la orden de desalojo o la ejecución coactiva de dicha resolución intimatoria solo se expide y puede ejecutar hasta que transcurran esos

5 días hábiles, siempre que “la parte demandada se allanara a lo pretendido, no se opone dentro del plazo o la oposición es infundada, se ejecutará la resolución intimatoria, sin más trámite” –art. 110.3-.

En el otro extremo de las opciones: si la oposición es fundada, como se verá; la resolución intimatoria suspende sus efectos y no se podrá ejecutar, hasta tanto no se celebre el juicio oral –art. 110.4 “Ante oposición fundada se señalará una audiencia oral que se regirá por las disposiciones establecidas para el proceso sumario. En sentencia se determinará si se confirma o revoca la resolución intimatoria”.

#### **d.- Irrecurribilidad de la resolución intimatoria inicial**

La resolución inicial, si bien hemos sostenido que tiene los efectos de una resolución provisional anticipada o invertida, al contener un mandato intimatorio de desalojo y que su forma sea una especie un auto –pero sin contradicción previa- solo admite recurso de revocatoria, por la norma general –art. 66.1 NCPC “El recurso de revocatoria será procedente contra los autos y deberá interponerse ante el tribunal que lo dictó, dentro del tercer día, si el auto fuera escrito, o inmediatamente, cuando sea dictado en audiencia”, de lo que si carece es de recurso de apelación, pues no está contemplada en la resoluciones recurribles mediante ese medio de impugnación ordinario –art.67.3 NCPC-, pues conforme al art. 67.1 “Procederá el recurso de apelación únicamente contra las resoluciones que expresamente se disponga” y en este caso no ha sido contemplado como apelable, aspectos que con la derogada LMAD la jurisprudencia había confirmado (TIC N° 467-3U del 17-06-2015).

La revocatoria escrita es admisible solo cuando contenga un vicio que la invalide, pero por la naturaleza especial y a pesar de que puede desplegar efectos iniciales, no por ello admite recurso de apelación.

Esta limitación del recurso de apelación contra la resolución inicial tiene su fundamento en varias razones:

Como dijimos en esta materia sigue rigiendo el principio de taxatividad de los recursos, especialmente el de recurso de apelación.

Porque esa resolución no está en el elenco de resoluciones apelables, según el artículo 67.3 del Código.

Porque el legislador, en este tema concreto, diseñó la forma de oposición. Frente a una resolución o pretensión el legislador es libre de determinar cómo puede oponerse el demandado.

En este caso el legislador señaló que contra esa resolución intimatoria de desalojo, el demandado solo se puede “oponer fundadamente” no le “autorizó a recurrir el auto inicial”, de manera que si el demandado considere infundado o ilegal el auto inicial, no puede impugnarlo mediante los recursos, sino mediante la oposición fundada, para generar la suspensión de la orden y la celebración del juicio oral, para resolver quien tiene finalmente la razón.

#### **e.- Retención de bienes –remisión-**

En la misma resolución intimatoria inicial, el juez, siempre a solicitud de parte, podrá también ordenar la retención preventiva de bienes del demandado. Este aspecto lo analizamos adelante.

#### **f.- Depósito de rentas sucesivas –remisión-**

También en la resolución intimatoria inicial el juez prevendrá al demandado la obligación de continuar depositando en la cuenta y a la orden del Despacho los alquileres posteriores a la demanda, bajo pena de ordenar el desalojo en forma inmediata en caso de incumplimiento. Este aspecto también lo analizamos infra.

## **g.- Técnica y contenido de la contestación de demanda**

La oposición debe ser formal, por escrito. La oposición debe ser fundada y fundamentada. Fundada en algunos de los supuestos de oposición permitido por ley y fundamentada con argumentos jurídicos, fácticos y probatorios que tengan “relación directa con los hechos y la pretensión” y no ser “impertinente... inconducente” – conforme a la norma general de prueba, art. 41.3 NCPC-. A diferencia de otros ordenamientos –Alemania y España- que basta la simple oposición, para dejar la resolución monitoria intimatoria sin efecto o convertirlo en un proceso de conocimiento, en nuestro ordenamiento, la forma de oposición es como la contestación de una demanda sumario u ordinario.

Aunque la norma no indica expresamente, tiene aplicación lo establecido en las normas procesales, sobre la contestación de la demanda. El demandado deberá atacar cada hecho individualizando el examen de los hechos, con los que sean ciertos o no y refutando la causal y fundamento de la causal de desahucio alegada. Los hechos, son la relación histórica de lo que sucedió, su contestación se hace en el mismo orden en que fueron expuestos.

La técnica de contestación es refutando hecho por hecho, diciendo si la parte lo admite como cierto, lo admite con variaciones, no lo admite como cierto o lo admite parcialmente cierto. La Ley no sanciona la contestación indebida o la omisión de contestar uno de los hechos –como si sucede en el proceso ordinario-, en tales supuestos, simplemente, el proceso continúa y el hecho se tendrá como admitido, ante la falta de refutación adecuada de la parte.

Frente a un hecho el demandado puede simplemente aceptarlo, en tal caso dejará de ser controvertido y se le releva de prueba. Aquí el demandado no tiene que justificar por qué lo acepta –exaltación del

principio dispositivo-. La segunda forma, aceptado parcialmente un hecho y negándolo o rechazándolo en parte –variantes o rectificaciones-, aquí sí debe dar razón de su dicho y en la parte objetada del hecho, dar las razones fácticas, jurídicas y probatorias del porque tal hecho no es cierto. En cuanto a rechazar el hecho por inexacto, falso o no cierto, aquí también debe dar razón de su dicho. Tales condiciones se leen del texto del art. 37.1 NCPC.

La contestación es el acto procesal del demandado en el que se opone a ella, total o parcialmente, a los hechos o pretensiones y por medio del cual él pide que se dicte sentencia desestimatoria, parcial o total. Es decir, que el demandado hará suya una actitud de defensa, de negación misma de la pretensión del actor, entendiendo por defensa “la contestación de la pretensión fundada en la negación del elemento de hecho o de derecho de la razón de la pretensión”.

La contestación de la demanda se debe hacer en forma escrita, en idioma español, debe venir autenticada por un abogado, bajo las consecuencias del artículo 20.1 y 35.2.9 NCPC ya señaladas. La contestación de la demanda es el acto de clausura en el proceso que delimita el objeto de controversia, fija, por decirlo de alguna manera, los límites infranqueables o el “radio de acción” donde se desarrolla el debate, fuera de esos hechos o los de la demanda, no se podrán discutir otros.

### **i.- Contenido general de la contestación**

En cuanto a la contestación, la doctrina y la redacción del numeral 36 NCPC nos dan las pautas y la forma como debe hacerse. La contestación de la demanda comprende:

- a) Oposición de excepciones procesales,
- b) La oposición de excepciones de fondo o materiales,

c) Alegar causales de demanda improponible,

d) Alegar que la demanda incumple requisitos formales que la tornen inadmisibile, cuando ello no se hubiese ya formulado o resuelto,

e) La contestación de los hechos, uno por uno, de manera separada, en la forma en que han sido enumerados y formulados, indicando si se rechazan o se admiten, sea total o parcialmente, con las razones precisas por las cuales no se admite o rechaza determinado hecho,

f) Oposición y posición en cuanto a la pretensión - los motivos jurídicos y fácticos que fundamentan la oposición-,

g) Oposición a la estimación de la demanda,

h) Los fundamentos legales de su oposición,

i) Referirse a los fundamentos dados por el actor a su demanda,

j) Debe criticar o impugnar la prueba presentada y propuesta por el actor,

k) Ofrecimiento y presentación de todas las pruebas.

A efectos de una correcta defensa, una contestación seria debe ser el resultado de una correcta lectura del caso y el trazado de una estrategia, lo que se denomina teoría del caso. Como mínimo, debe contemplar:

## **ii.- Oposición a los hechos**

Los hechos, como vimos, son la relación histórica de lo que sucedió, su contestación se hace en el mismo orden en que fueron expuestos. La técnica de contestación es refutando hecho por hecho –todos de la demanda-, expresando de forma razonada si los rechaza por inexactos, si los admite como ciertos, con variantes o rectificaciones, o si los desconoce de manera absoluta.

Frente a un hecho el demandado puede simplemente aceptarlo, en tal caso dejará de ser controvertido y se le releva de prueba. Aquí el demandado no tiene que justificar porque lo acepta –exaltación del principio dispositivo-. La segunda forma de contestar es aceptando parcialmente un hecho y negándolo o rechazándolo en parte –variantes o rectificaciones-, aquí sí debe dar razón de su dicho y en la parte objetada del hecho, dar las razones fácticas o jurídicas del porque tal hecho no es cierto. En cuanto a rechazar el hecho por inexacto, falso o no cierto, aquí también debe dar razón de su dicho. Tales condiciones se leen del texto del 37 NCPC.

### **iii.- Posición del demandado en cuanto a la pretensión**

En cuanto a la pretensión, el demandado, en la contestación, debe hacer un análisis de su improcedencia o su allanamiento total o parcial, con indicación de las razones jurídicas y fácticas que fundamentan su improcedencia, las razones legales que justifican el rechazo de algunos extremos, la contradicción entre ellas y la incongruencia que se refleja por exclusión.

También, la pretensión se ataca mediante la oposición de excepciones de fondo que atacan el derecho reclamado o el objeto de la pretensión, sobre lo que volveremos más adelante, por lo que el ataque aquí se refiere a la legitimación, la improcedencia del derecho reclamado –falta de derecho- y a la inexistencia de la causa que da origen al proceso –falta de causa-; y en general, el señalar hechos extintivos, modificativos o impeditivos de la relación jurídica invocada por el actor o de los presupuestos procesales –falta de legitimación-.

#### **iv.- Oposición al fundamento**

En cuanto a la oposición del fundamento de derecho, la actividad del demandado consiste en contradecir o atacar el derecho invocado por la parte, atacando su interpretación o su inadecuación de los hechos a lo pretendido, también debe comprender un análisis de las normas o interpretación adecuadas que el demandado considere como aplicable en oposición a las invocadas por el actor.

En este aparte, rige en todo caso el principio *iura novit curia*, por lo que el tribunal no se encuentra sujeto a las normas alegadas por una parte o refutadas por la otra. La norma exige al demandado, que al contestar los hechos o mejor la demanda, debe indicar los fundamentos legales en que se apoye su contestación. El Art. 37.1 es muy impreciso puesto que la frase "... su posición en cuanto a la pretensión y... los fundamentos legales", no se sabe si se refiere a los casos de contestación negativa o rechazo de un hecho, y entonces es el fundamento fáctico de esa negativa; o si por el contrario, se refiere al fundamento jurídico de toda la oposición, por qué considera que la demanda debe ser rechazada total o parcialmente. En una interpretación informal de la norma y como se aplica en la práctica, habría que sostener y coincidir que ese "fundamento legal en que se apoya la contestación" se refiere a las razones jurídicas, defensas en sentido genérico normas legales y jurisprudencia que sirve de fundamento a la oposición, tesis, estrategia y argumentos de defensa del demandado.

#### **2.- ALLANAMIENTO**

Una de las conductas del demandado frente a un emplazamiento de una demanda, es el allanamiento.

### **a.- Concepto y naturaleza jurídica**

El allanamiento es la manifestación expresa e inequívoca del demandado en aceptar las pretensiones de la demanda, con la consecuencia estimación de aquellas, y que, prescindiendo de la fase probatoria o conclusiva, permite el dictado de una sentencia estimatoria, salvo que exista fraude procesal. Guasp considera que es la “declaración de voluntad del demandado por la que este (sic.) no se opone a abandonar su oposición a la pretensión procesal”.

Pérez Daudí lo define como “acto procesal del demandado que consiste en la declaración de voluntad admitiendo las pretensiones formuladas por el demandante, con la intención de poner fin al proceso”.

### **b.- Allanamiento parcial o total**

El artículo 39 contempla dos tipos de allanamiento: el total y el parcial. En virtud del primero, al implicar una aceptación de las pretensiones –no de los hechos- el juez sin más trámite dictará sentencia, salvo que sospeche que hay fraude o la demanda fuere improcedente “en cuanto no resulten contradichos por la prueba que conste en el expediente”, como se dirá, sigue así nuestro Código la denominada tesis de la no vinculación. El allanamiento no puede ser condicionado, vago, impreciso o no determinante.

Si el allanamiento fuera parcial se dictará sin más trámite sentencia anticipada sobre los extremos aceptados y podrá ser ejecutada de inmediato, en legajo separado. El proceso seguirá su curso normal en cuanto a los extremos no aceptados. Esto significa que debe señalar fecha para audiencia preliminar o única.

### **c.- Efectos del allanamiento en monitorios**

Para los procesos monitorios la norma especial es el 110.3, según la cual “Si la parte demandada se allanara a lo pretendido... se ejecutará la resolución intimatoria, sin más trámite”. En este caso no es necesario nueva resolución ni declarar el allanamiento, sin más trámite, dice la norma se ejecuta de manera efectiva la orden de lanzamiento. Esta norma que se completa con el artículo 39 NCPC señala que en caso de allanamiento se dictará sentencia estimatoria anticipada “sin más trámite, salvo si hubiera indicios de fraude procesal, si la cuestión planteada fuera de orden público se tratara de derechos indisponibles o fuera indispensable recibir prueba para resolver, en cuyo caso se continuará con el procedimiento”. Hoy, ya no se disiente que el proceso judicial, también, al igual que los negocios jurídicos, puede servir como vehículo para simular un acto o crear un efecto procesal simulado. Un proceso judicial será fraudulento, y por tanto simulado, cuando a través de una demanda o incidente se manifieste una declaración aparente, oculta, engañosa de voluntad, con la finalidad de producir efectos procesales en perjuicio o fraude de terceros o de la ley.

El juez tampoco debe aceptar el allanamiento o acoger una pretensión que resulte ilegal, infundada, abiertamente improcedente, abusiva, que no cumpla con los presupuestos materiales o haya intereses superiores que tutelar y sea contraria a ellos, pues aunque el allanamiento está basado en los principios dispositivo y de autonomía de la voluntad, el derecho no se puede ejercer “torcido”, ni contrario al orden público.

### **d.- Rebeldía: no oposición del demandado**

Como acertadamente afirmó en su día Chiovenda, el “ordenamiento jurídico, considerando lo inútil que es el retraso que

sufre la ejecución en el proceso ordinario con conocimiento completo, en los casos en los que el demandado o se adhiera a la demanda o permanezca en rebeldía o, en suma, nada excepcione, permite el uso de este proceso –sic. monitorio–, presumiendo que el demandado no tendrá nada que alegar”.

Otra de las actitudes que puede tomar el demandado, es simplemente no contestar, es decir, hacer caso omiso a la notificación, a esto se le denomina rebeldía o contumacia. La rebeldía es la incomparecencia del demandado al llamado del juez; es cuando el demandado no se apersona en tiempo, se niega a contestar, se desentiende de él, es contumaz, guarda silencio, con la orden de llamado del juez. La omisión del demandado para atender el llamado dentro del plazo conferido; también produce rebeldía si contesta fuera de tiempo, pues el plazo fijado para apersonarse es perentorio, si se incumple, en principio sus excepciones, negación de hechos, afirmaciones y pruebas, no se atienden, no se toman en cuenta. Samanes la define como: “la conducta que adopta el demandado que no se apersona en tiempo y forma, después de haber sido emplazado o citado a dicho fin conforme a derecho”, por su parte Vergé la conceptúa como “aquella situación procesal del demandado que se inicia con su incomparecencia transcurrido el término del emplazamiento y termina con su eventual personación”.

Es pacífica la doctrina en conceptuar la rebeldía del demandado como su ausencia e inactividad inicial, transcurrido el plazo para comparecer y personarse en el proceso. “Es la conducta procesal que adopta el demandado después de incoado el proceso por medio de la demanda del actor, no interviniendo desde un principio”. Goldschmidt, la define como la no comparecencia y el no desembarazarse de una carga.

En los procedimientos donde se dilucidan intereses privados, la comparecencia de la parte demandada responde ontológicamente al concepto “carga procesal”, es decir un imperativo del propio interés cuyo cumplimiento por la parte interesada acrecienta sus expectativas de una resolución favorable a sus posiciones; por lo que la inactividad o contumacia de cualquiera de las partes -después de que haya sido notificado de la controversia y las pretensiones- no impide que el tribunal se pronuncie sobre el fondo del asunto o que se vaya a privar de eficacia a este.

La doctrina explica que a las partes no les incumbe ningún deber ni obligación, pero sí cargas, como la de comparecer y contestar la demanda. Cuando se notifica el emplazamiento, la carga consiste en la necesidad, basada en el hecho de que el demandado es el verdadero demandado “*legitimus contradictor*” de defenderse contra una demanda concreta, so pena de provocar una sentencia desfavorable sobre el fondo, siempre naturalmente, que la demanda sea fundada. El no desembarazarse de esta carga se denomina rebeldía, esto es que el incumplimiento de esa carga implica, a veces al mismo tiempo, el desaprovechamiento de una posibilidad procesal, esa conexión se manifiesta también en las consecuencias de la rebeldía: la preclusión. Pero aquí, la preclusión no es absoluta, pues lo que precluye es el acto de contestación de la demanda, pues fuera de ese acto, la misma ley autoriza al rebelde a comparecer en cualquier estado del proceso y aún recurrir por los medios que la ley le faculta, las resoluciones que le fueren desfavorables, siempre que no estén firmes.

Las consecuencias que importa la rebeldía exigen, para ser declarada, el cumplimiento de ciertas condiciones por parte del juzgador. Algunos autores como Samanes, se exige: **a)** Llamamiento válido al demandado, y, **b)** Omisión de personación. Palacio señala que se exige: **a)** notificación en el domicilio de la parte; **b)**

incomparecencia de abandono; **c)** falta de justificación de la incomparecencia; **d)** petición de la parte contraria. En nuestro ordenamiento, siguiendo a Samanes, solo se exige: **a)** Emplazamiento válido debidamente notificado al demandado, **b)** Omisión de contestar o contestación extemporánea.

La incomparecencia de la parte o su rebeldía, de ninguna forma prejuzgan sobre la pretensión, siendo posible que la parte comparezca en cualquier momento, incluso solamente para plantear otros actos de parte, oponerse a los del actor y recurrir cualquier resolución; sin embargo toma el proceso en que se encuentra al momento de apersonarse y sin derecho a valerse de las facultades de contestación en tiempo –principio de preclusión y de consecuencia de incumplimiento de carga.

Al igual que en el sistema alemán, y con ello nuestro país se separa de los sistemas latinos, 110.3 y 39 NCPC no exige la declaratoria forma en rebeldía y no impide la ejecución efectiva del desalojo contenida en la resolución intimatoria, que se había dictado y notificado.

A diferencia del ordinario que el proceso puede continuar, en caso de rebeldía del demandado –art. 39-, es decir, no se dicta *ipso iure* sentencia anticipada; en los procesos monitorios la rebeldía del demandado, por no contestación, sí produce efectos inmediatos, puesto que conforme al art. 110.3 otra de las actitudes que puede tomar el demandado, es simplemente no contestar, es decir, hacer caso omiso a la notificación intimatoria, a esto se le denomina rebeldía o contumacia y se encuentra regulado en el mismo artículo 110.3 NCPC “si la parte demandada... no se opone dentro del plazo..., se ejecutará la resolución intimatoria, sin más trámite”.

### 3.- OPOSICIÓN EXTEMPORÁNEA

La contestación extemporánea tiene la misma naturaleza y efectos que la rebeldía. Simplemente la gestión no se atiende y no produce ningún efecto jurídico, es como si no existiera. En efecto, el plazo concedido al demandado es perentorio, si el demandado no contesta o contesta extemporáneamente al plazo concedido para oponerse a la demanda, se le equipara una rebeldía y conforme al artículo 110.3 NCPC sin más trámite el juez dicta la orden de lanzamiento, basado en la resolución monitoria anticipada que dictó al inicio del proceso.

### 4.- OPOSICIÓN INFUNDADA

El demandado puede oponerse dentro del plazo conferido, es decir no hay rebeldía, allanamiento o contestación extemporánea; sin embargo la oposición resulta infundada. Hasta hoy, nuestro sistema procesal tradicional –salvo el monitorio derogado del CPC, la LCJ y LMA derogadas-, a saber, en procesos de conocimiento: ordinario, abreviado y sumario, no determinaban por un lado el contenido de la contestación de la demandada ni la calificación si la contestación era fundada e infundada; menos aún, a excepción de esas dos normas para procesos cobratorios, no facultaba al juez a valorar desde el inicio y rechazar *in limine* la oposición fundada de demandado. La LCJD y la LMAD introdujeron estas dos figuras, de suma importancia en un proceso con estructura monitoria y con esto tomamos la vanguardia casi mundial al dotar al juzgador de una herramienta útil para rechazar, aun *in limine*, algo que tímidamente el ordenamiento comparado no ha admitido, aunque sí ha sido objeto de debate.

Al igual que se exige al demandante la aportación de un documento, donde conste indubitadamente la existencia de la relación jurídica material y que de apariencia de buen derecho a su

demanda, igual se exige a su demandado, seriedad y apariencia de buen derecho en su contestación de demanda. Es por esa razón que la 110.3 califica la exigencia de la oposición, al exigir fundamentación jurídica, fáctica y probatoria adecuada. Si la contestación no cumple con tales condiciones, tanto en la oposición de fondo –fundamentación jurídica, fáctica y pertinente-, estaremos en presencia de una oposición infundada y por ello ineficaz para enervar la ejecución efectiva de la orden de pago o lanzamiento, dictado en la resolución inicial anticipada, con mandato de desalojo. Sobre el tema volveremos al analizar cada modalidad monitoria.

Por otra parte, en el caso del monitorio arrendaticio “solo se admitirá oposición que se funde en el pago comprobado por escrito, la prescripción, la inexistencia de la obligación de pagar la renta y la falta de vencimiento del plazo” –art. 112.3 NCPC-. Se estudia infra las oposiciones admisibles para el monitorio de desahucio.

Si la contestación no cumple con tales condiciones, tanto en la oposición de fondo –fundamentación jurídica, fáctica y pertinente- con la causal invocada y la prueba conducente y pertinente; estaremos en presencia de una oposición infundada y por ello ineficaz para enervar la ejecución efectiva de la orden de lanzamiento, dictado en la resolución inicial anticipada, con mandato de desalojo.

## **5.- EFECTOS DE LA OPOSICIÓN INFUNDADA, EXTEMPORÁNEA, REBELDÍA Y ALLANAMIENTO**

Al igual que sucedía en el proceso de conocimiento sumario de desahucio, desde 1989, la falta de oposición fundada del demandado, en cualquier forma que ocurra: rebeldía, allanamiento total o parcial o extemporáneo, produce la consecuencia de emitir la orden de lanzamiento, sin necesidad de ulterior resolución.

La primera diferencia con el sistema anterior, del sumario de desahucio, es que antes la resolución inicial era emplazatoria y la orden de desalojo provenía de la falta de interés del demandado, de contestar oponiéndose a la demanda. La única excepción es que en el sistema anterior la oposición infundada –en tiempo- no facultaba la emisión de la orden de lanzamiento, el demandado no era desahuciado en ese estado, sino que el proceso continuaba y había que evacuar prueba y luego venía la sentencia formal, momento hasta el cual se podía emitir la orden, lógicamente si la sentencia era estimatoria.

La primera novedad de la norma –ya contenida en la LMAD- es que la falta de oposición fundada del demandado, en cualquier forma que ocurra: rebeldía, allanamiento total o parcial o extemporáneo, produce la consecuencia de emitir la orden de lanzamiento, sin necesidad de ulterior resolución.

La segunda novedad, en este tema, -que introdujo la LMAD- respecto del proceso de desahucio sumario –que subsiste para otras causales-, es el hecho de que en estos 4 supuestos –rebeldía, allanamiento, contestación extemporánea u oposición infundada-, el juez sin más emite la orden de desalojo. Dice la norma: “Si la parte demandada se allanara a lo pretendido, no se opone dentro del plazo o la oposición es infundada, se ejecutará la resolución intimatoria, sin más trámite” –art. 104 NCPC-.

La tercera novedad de la norma es que la orden de desalojo, contenida en la resolución inicial de un monitorio -no así del sumario-, se ejecuta “sin más trámite”, no se requiere dictado de sentencia, pues ya se había dictado la resolución inicial, que en este supuesto se convierte en una especie de sentencia anticipada, adquiriendo plena eficacia, ahora sí, para su ejecución. Por ello tampoco es necesario el

dictado de ningún auto-sentencia estimatorio o confirmatorio, pues no hay nada que confirmar, pues ya la resolución anticipada invertida, alcanza su plena eficacia y por ello ejecutable. Lo único que se dicta en la práctica es un simple auto ordenando el desalojo, confirmando cualquiera de dichas conductas del demandado, con justificativas de la orden que ahora se imparte y se puede materializar. También en la práctica se espera que este auto quede firme, para entregar la orden de lanzamiento.

Al tratarse el auto inicial de una resolución intimatoria monitoria, que hace las veces de una “resolución anticipada”, se ha eliminado la obligación de dictar una nueva sentencia o auto-sentencia para ejecutar una sentencia o resolución inicial. Por eso la norma habla “sin más trámite”, lo cual se debe entender sin necesidad de gestión, resolución o acto del juez, bastará que la parte lo pida, incluso verbalmente, para que se le extienda la orden de lanzamiento o desalojo efectivo, insisto, sin necesidad de resolución.

## **6.- OPOSICIÓN FUNDADA**

La única oposición, en un proceso monitorio de desahucio, que si origina una contienda y un verdadero “juicio”, entendido como una audiencia ante el juez, con pruebas y una sentencia que decida el fondo; es cuando el demandado se opone fundadamente con prueba pertinente y conducente con la oposición y las excepciones – procesales o de fondo- interpuestas –arts. 1123.3, 37 y 37.3-. En cuanto a la prueba de la oposición, si no quedó claro en la norma, por el precepto general la oposición fundada, debe estar basada en prueba que tenga “relación directa con los hechos y la pretensión” y no ser “impertinente...inconducente” –art. 41.3 NCPC-.

### **a.- Contenido de la oposición determinada por ley**

Hoy el art. 112.3 impone las condiciones en que debe formularse la oposición, determinando así su contenido y por otro lado, lo que es más importante, facultando al juez a rechazar de plano la oposición, cuando no sea fundada o bien, señalando para juicio oral, en caso de que la oposición sí sea fundada, dice la norma que “solo se admitirá oposición que se funde en pago comprobado por escrito, prescripción, inexistencia de la obligación de pagar la renta y falta de vencimiento del plazo”, que se complementa con el art. 110.4 “Ante oposición fundada se señalará una audiencia oral...”. Con base en esa afirmación podemos concluir que en el caso de proceso monitorio, el legislador, respetando el derecho de defensa, ha delimitado razonablemente, los medios de defensa que posee el demandado y lo que es más importante, ha calificado con una exigencia mayor, al cuadrado diríamos, cuales casos considera como defensa fundada. Analizamos infra las exigencias normativas para que esa oposición sea fundada, a la luz de la normativa aplicable.

### **b.- Concepto, forma y contenido de la oposición fundada**

Conforme al art. 112.3 NCPC “Solo se admitirá oposición que se funde en pago comprobado por escrito, prescripción, inexistencia de la obligación de pagar la renta y falta de vencimiento del plazo”, norma que se complementa el art. 37.2 NCPC “Las excepciones procesales y materiales deberán oponerse con la contestación y debidamente razonadas...” y el art. 37.3 párrafo 2º en cuanto a las excepciones procesales “Serán rechazadas de plano aquellas que sean evidentemente improcedentes y las que se presenten sin prueba o sin su ofrecimiento, cuando esta sea necesaria”.

Entonces por oposición fundada debemos entender aquella actitud que asume el demandado, contra la demanda que se le ha

planteado, replicándola con argumentos jurídicos, facticos y probatorios pertinentes, serios y fundados, capaces de hacer dudar de la veracidad de los presupuestos materiales de la causal de desahucio en que se funda el actor.

La forma, ya vimos, es contestando por escrito y oponiéndose a los argumentos jurídicos o fácticos, con prueba pertinente, conducente e idónea; a la pretensión del actor, de manera que la oposición fundada especialmente deberá atacar el presupuesto material en que se basa tal o cual causal. Ahora bien, debería ser refiriéndose a hecho por hecho, pero especialmente atacando aquel(los) hecho(s) importante(s) en que verdaderamente se basa la causal de desahucio invocada por el actor, cuando en la concurrencia de dicha causal, se carece de algún presupuesto material para su procedencia. La defensa sería encaminada a demostrar –seriamente– que la causal invocada, por falta de un presupuesto material o causa de extinción, resulta improcedente y por ello fundada la oposición, para generar un contradictorio más amplio, con la suspensión provisional del mandato de desalojo y el señalamiento del juicio oral. Ahora bien, para cada causal, el legislador ha prendido comprender la defensa adecuada y limitada que puede ejercer el demandado, se analiza infra, los presupuestos y contenido de dichas causales.

En cuanto al contenido, ya vimos que la oposición, para considerarse fundada, debe ser creíble y guardar relación con el objeto de la pretensión y que haya una correlación entre ese objeto y las razones que fundamentan la oposición; esto es, que sea idónea para desvirtuar, en un grado mayor a la verosimilitud que ha tenido en el examen inicial que hizo el juez a la pretensión y fundamento del demandante. Si los argumentos de la oposición, en el aspecto de la fundamentación jurídica no guardan relación con los motivos invocados en la demanda, la causa *petendi*, el objeto del proceso o la

pretensión, sin más, estaremos ante un supuesto de oposición infundada. Así por ejp si la causal de desahucio invocada es el vencimiento de plazo y la defensa se centra el que el plazo no es el pactado o que no ha vencido o que fue prorrogado, pero no aporta prueba de su dicho o que contradice fehacientemente; esto es, que indubitadamente cuestione las bases argumentativas sobre las que se cimienta la demanda, la oposición está llamada al fracaso. En otro ejemplo, si la causal es la falta de pago y el demandado alega un acuerdo verbal de mora o tolerancia en el pago o que ya pagó o que no debe, pero si los argumentos carecen de fundamento o no hay prueba idónea, conducente o pertinente en que se base, también sería un supuesto de oposición infundada

### **c.- Efectos de la oposición fundada y sentencia**

Como vimos, ante la oposición fundada, previo examen de la prueba, argumentos, causal de desahucio y fundamento de la demanda y contestación, el juez “suspende” la orden de desalojo y señala hora y fecha para la celebración del juicio oral. En este supuesto el juez aun no puede entrar a resolver el fondo de la oposición, ni siquiera debe dar audiencia de la contestación, menos debe, bajo pena de nulidad absoluta, resolver excepciones de fondo, sea para rechazarlas o admitirlas (TIC las 08:00 hrs del 04-09-2013).

## **7.- EXCEPCIONES MATERIALES EN EL MONITORIO**

Parte de la contestación de la demanda, incluye una sección sobre excepciones materiales o de fondo. El NCPC solo ha enlistado excepciones materiales para ambos procesos monitorios, no lo hizo, para los sumarios –como si lo hacía el CPCD-, ni para los ordinarios. Conforme al art. 112.3 NCPC “Solo se admitirá oposición que se funde en pago comprobado por escrito, prescripción, inexistencia de la obligación de pagar la renta y falta de vencimiento del plazo”.

### **a.- Denominación**

Las excepciones de fondo, conceptuadas como “excepciones materiales o de fondo” son denominadas en la doctrina, a veces, como presupuestos materiales o presupuestos de la “acción”, siendo aquella la terminología correcta.

### **b.- Taxatividad de las excepciones y el adverbio “solo”**

El art. 112.3 NCPC se inclinó por hacer una lista taxativa de excepciones materiales o de fondo, oponibles en un proceso monitorio de desahucio, “Solo se admitirá oposición que se funde en el pago comprobado por escrito, la prescripción, la inexistencia de la obligación de pagar la renta y la falta de vencimiento del plazo”. El adverbio “solo” –del latín *solus*– contenido en la norma del NCPC, según la Real Academia española es “únicamente” “solamente”. El uso del adverbio “solo” tiene su explicación, desde su origen, en que el redactor primero y el legislador después, quieren significar que solo esas excepciones de fondo o defensas son las únicas admisibles en este tipo de proceso.

El tema va más allá del aspecto formal o lingüístico, de poder usar únicamente esas excepciones, en una oposición fundada. El demandado solo puede invocar esas excepciones. Si utiliza otras, deben ser rechazadas de plano por incumplir el principio de taxatividad de la oposición. Pero además y quizás lo más importante es que aun cuando se invoca alguna de esas excepciones, si no se adecua a sus presupuestos de la excepción, puede ser rechazada por el juez. Finalmente, no menos importante es que el uso del adverbio “solo” del art. 112.3 NCPC es el que faculta al juez, en una de sus modalidades, para rechazar una oposición por infundada, cuando la excepción material o de fondo no esté contemplada en ese elenco de excepciones permitidas o cuando la defensa, aunque se le mencione

con una de esas excepciones, no se adecua a su contenido a lo alegado como fundamento en la oposición.

### **c.- Excepción de pago**

La primera excepción que enumera el 112.3 NCPC es la de pago de lo reclamado al demandado, aplicable lógicamente cuando la causal invocada sea la falta de pago de la renta, servicios o cuotas condominales, en los términos que se verá.

### **i.- Concepto de pago**

De acuerdo con el artículo 633 del CCI, el pago es una de las causas de extinción de las obligaciones, quizás la más usual o la esperada. Por eso se dice que el cumplimiento de la obligación es la realización de lo que es debido y, por tanto, es el fin natural del vínculo obligatorio.

Hay una identidad conceptual y de sentido común, entre pago y cumplimiento de la obligación, de manera que esta se produce, entre otras causas, cuando de manera efectiva se produce el pago. De allí que se defina el pago como el “acto de realización de la prestación debida en virtud de una relación obligatoria... El pago es, la forma de satisfacer el interés del acreedor... es un comportamiento del deudor, que se ajusta al programa o proyecto establecido en el acto de constitución de la relación obligatoria”. Para Albaladejo “el pago o cumplimiento de la obligación es la ejecución de la prestación debida, que extingue la obligación. En sentido vulgar el término pago se reserva exclusivamente para designar el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias, que tiene lugar entregando una suma de dinero”.

Siguiendo a Albaladejo la Sala Primera ha definido el pago como “el cumplimiento voluntario de la prestación debida y constituye la

forma normal de extinción de las obligaciones, viéndose satisfecho el interés del acreedor” (SIC N° 44 de las 14:30 hrs. del 15-06-1994).

Como la excepción de pago está referida a una defensa del demandado, en la causal de desahucio por falta de pago de la renta, servicios o gastos del condominio; infra se analizan en detalle los diversos elementos y vicisitudes que pueden vincular la figura con el proceso de desahucio.

El único aspecto, por ser procesal, que analizo aquí, es el del recibo de pago y la carga de la prueba, para efectos de fundar una oposición basado en esa excepción.

## **ii.- El recibo de pago y su valor probatorio**

El arrendatario, al pagar la renta, tiene derecho de exigir recibo o comprobante de pago.

El derecho al recibo de pago, por parte del arrendatario, se refieren en los artículos 16, 56 y 58 Lgaus. Así, por ejemplo, el artículo 16 Lgaus señala que “El comprobante de pago o el recibo del precio extendido por el arrendador servirá para demostrar la existencia del contrato y el precio del arriendo, cuando así se desprenda claramente de ese documento”. El 56 Lgaus refiriéndose al recibo señala que “El arrendatario tiene el derecho irrenunciable de exigir la entrega del recibo o comprobante del pago”; finalmente el 58 Lgaus establece que: “El arrendador queda obligado a entregar al arrendatario recibo de pago, salvo que se haya pactado utilizar otros procedimientos para acreditar, de forma fehaciente, el cumplimiento efectivo de la obligación de pago del arrendatario”. El recibo es pues el hecho de recibir algo o bien el documento que acredita el pago de tal recepción.

### **iii.- Contenido y valor del recibo de pago**

De la combinación de esas normas de la Lgaus y por su implicación en un monitorio de desahucio, se deducen algunas cuestiones importantes:

a) El recibo es un medio de prueba, documental por excelencia, del monto, fecha y periodicidad del pago, incluso puede demostrar la existencia de un contrato de arrendamiento –art. 16 Lgaus y 112.1 NCPC que habla de “los recibos periódicos de pago”.

b) Es un derecho irrenunciable del arrendatario que paga, salvo que no se emita, por la forma en que se hace el pago –transferencia-. Si el pago se realiza por un procedimiento pactado que acredite el efectivo cumplimiento del pago, se estará a lo pactado y no es indispensable el recibo, aunque formalmente se podrá exigir su expedición.

c) Debe ser expedido por el arrendador, su apoderado o encargado,

d) Es innecesario cuando se utilicen “otros procedimientos para acreditar” el pago, aquí se tiene en cuenta el acuerdo o instrucciones, que generalmente es por transferencia electrónica o depósito bancario, con el cual al “pagador” le llega a sus manos, no el recibo del acreedor, sino un respaldo bancario que acredita haber efectuado dicho pago o la transacción electrónica sin recibo. Pero salvo en los casos en que se haya pactado un procedimiento como el indicado, el arrendador queda obligado a entregar al arrendatario recibo del pago.

e) Si el arrendador no quiere entregarle el recibo al arrendatario, este no tiene excusa para pagar, pero se puede negar a hacerlo de manera directa, en cuyo caso la ley lo autoriza a depositar judicialmente, el pago sin necesidad de requerimiento u oferta de

pago. En mi criterio, y disintiendo de profesor y amigo Rivero, en tal caso no se puede pedir la resolución del contrato por el arrendador pues la ley le da el mecanismo para ejecutar la prestación debida; es decir, no solo se le permite por las reglas generales la consignación judicial al establecer que si el acreedor rehusare a recibir el pago se puede consignar –art. 797 CCI, sino que la propia Lgaus le establece un mecanismo sencillo y no gravoso para optar por el simple depósito judicial. Por lo demás, no parece una conducta extrema y tan censurable para aplicarle la sanción más grave que contempla el ordenamiento, como es la resolución del contrato.

#### **iv.- Recibo de pago y carga probatoria**

Desde la óptica procesal, el recibo es indispensable para que el arrendatario cumpla con la carga de la prueba que se le impone, para demostrar que realizó el pago de manera completa y en tiempo. Se trata de un hecho extintivo de la causa de la pretensión del actor cuya demostración corre a cargo del demandado pues conforme al art. 41.1.2 NCPC, incumbe la carga de la prueba “A quien se oponga a una pretensión, en cuanto a los hechos impositivos, modificativos o extintivos del derecho del actor”-.

Si la prueba de haber hecho el pago corresponde al deudor, el recibo es pues, la prueba por excelencia de que la prestación en el pago de la renta ha sido realizada por él. Al ser el recibo o comprobante de pago una prueba documental, de la que se deduce la declaración del acreedor de haberlo recibido, el pago no solo es la satisfacción del interés del acreedor en la prestación debida, sino igualmente la satisfacción del interés del deudor en poder probar que ha cumplido la obligación de pago de la renta. Bajo las reglas del valor de las pruebas, tenemos que el recibo como documento privado tiene pleno valor y constituye una “confesión extrajudicial” del

acreedor de haber recibido la prestación. Su fuerza probatoria se funda en el valor pleno atribuido a los documentos públicos –en este supuesto- y su eficacia probatoria, también plena, de los documentos privados reconocidos tácita o expresamente.

Ante la ausencia de recibo o comprobante de pago, tanto el artículo 16 como el 56, ambos de la Lgaus, facultan al arrendatario a demostrar el pago mediante otros medios de prueba, como sería copia u original del documento de pago –cheque, depósito o transferencia- o la misma confesional del arrendador, rendida de manera clara y expresando que recibió el pago. Decir que el arrendatario “gozará plenamente de los derechos que le confiere la presente ley”, cuando el arrendador no le entregue el recibo por la renta. Da la impresión de que el propio legislador no tenía claro que es lo que el arrendatario podía hacer en ese caso, razón por la cual prefirió dejarle al intérprete la determinación de ese complejo asunto, en una frase vacía.

No parece admisible la prueba testimonial; en primer lugar, porque el art. 112.3 exige al demandante prueba documental –cualquiera- que demuestre la existencia del arrendamiento, para poder usar el privilegio de la vía monitoria, como veremos pesa sobre los hombros del arrendatario, la necesidad de aportar prueba útil y pertinente de que realizó el pago, medio que debe ser idóneo e indubitable, pues si no corre el riesgo de no ser creído y con ello desalojado, de ahí la exigencia de la norma “... pago comprobado por escrito”.

#### **v.- La falta de entrega del recibo**

La falta de entrega del recibo puede plantear diversas vicisitudes:

a) Si el arrendatario al realizar el pago el arrendador no le quiere entregar el recibo al arrendatario, por ser un derecho irrenunciable,

este puede proceder a depositar judicialmente la renta –arts. 66 Lgaus y 433 CCo.

**b)** Ante la negativa del arrendador de entregar el respectivo recibo por la renta, no podría el arrendatario optar por resolver el contrato con responsabilidad para el arrendador, pues no está previsto con esa sanción en el art. 115 Lgaus y si bien es un derecho irrenunciable del arrendatario –arts. 56 y 58 Lgaus- la propia ley le da la solución al arrendatario de simplemente depositarlo judicialmente, sin mayores complicaciones, principio que se complementa con la figura de la consignación judicial, prevista precisamente con esa finalidad.

**c)** En el caso de que el arrendatario hubiese entregado de buena fe el dinero correspondiente a la renta al arrendador y este se niegue después a darle el recibo al arrendatario y el arrendador, de mala fe, promueve un proceso de desahucio por falta de pago en contra del arrendatario, este último puede oponer la excepción de pago de la renta, la que a falta de recibo podrá demostrarse con prueba útil y pertinente (transferencia, copia de cheque o un documento emanado del propietario en ese sentido).

**d)** En el caso de que el arrendatario no hubiese sido desalojado del inmueble pero, ante la negativa del casero de darle los recibos correspondientes, tenga interés en que se declare en sentencia que él ha cumplido con el pago de la renta, podría pensarse en la posibilidad de establecer un proceso abreviado tendiente a que se establezca, judicialmente, en sentencia declarativa, que el arrendatario pagó efectivamente las rentas del local arrendado -art. 124 Lgaus-. No obstante, debe recordarse que si el arrendatario fuere injustamente desalojado del inmueble, siempre tiene la vía sumaria para ser restablecido en el arrendamiento -arts. 103.1.2 NCPC y 122 Lgaus-.

d) El arrendatario que paga la renta o el arrendador da un recibo no pierde el derecho de solicitar la rectificación de errores, omisiones, partidas u otros vicios contenidos en la cuenta o recibo, siempre que se pruebe debidamente el error sufrido –art. 435 CCo-, pues como se sabe el error no crea derecho –art. 17 CCI- y no es lícito sacar provecho de los errores materiales que se produzcan en los actos jurídicos.

e) Aun cuando se tenga el recibo como prueba, si el pago fue realizado con cheque o algún otro título valor, el pago efectivo queda sujeto a que el cheque o título se haga efectivo, pues conforme al art. 61 de la Lgaus “El pago debe corresponder al precio convenido. Si se paga mediante cheque o cualquier título valor o por cualquier otra modalidad de pago, el descargo de la obligación queda sujeto al recibo en dinero efectivo del precio convenido”.

#### **d.- Prescripción**

La otra defensa oponible por el demandado es la prescripción – art. 112.3 NCPC-. Esa defensa fue eliminada como excepción procesal y por esa razón incorporada expresamente como excepción material en los monitorios de desahucio –aunque ya el art. 6.d) de la LMAD la contemplaba-. Formalmente la excepción de prescripción no es un defensa procesal, pues no refiere o ataca un tema procesal, sino más bien a un tema material, históricamente se le ha dado el tratamiento como si de una excepción procesal se tratara.

El art. 112.3 NCPC no se refiere más a la figura, de manera que sigue rigiendo el artículo 120 Lgaus, para todo el tema de prescripción en arrendamientos y supletoriamente el CCI, no solo por ser normas de fondo, sino además porque la LMA no se ocupó de la figura, más que indicar que es una de las excepciones oponibles.

## **i.- Concepto**

Para el profesor Víctor Pérez la prescripción se define como “la pérdida de un derecho o mejor, se crea una situación de certeza mediante la cual se considera extinguido un derecho”. Para Puig es “un modo de extinción de los derechos resultantes de la no concurrencia de ningún acto interactivo durante el plazo marcado por ley”, Díez Gullón la define como “La falta de ejercicio del derecho es la inercia de la inactividad del titular”. Para Albaladejo “Los derechos se extinguen cuando durante cierto tiempo permanecen inactivos e irrevocados; es decir, no se ejercitan por el titular ni se reconoce su existencia por el obligado”; Lacruz lo define como “La forma de extinción de los derechos y acciones por su no ejercicio por parte del titular (y salvo reconocimiento por parte del sujeto pasivo de la correspondiente relación jurídica) durante el tiempo establecido en la ley”. Por su parte el art. 865 C. Ci, reproduciendo el código napoleónico define: “Por la prescripción negativa se pierde un derecho. Para ello basta el transcurso del tiempo”. Finalmente, en la jurisprudencia de casación “La prescripción ha sido definida por esta Sala, como el medio para adquirir un derecho o bien para liberarse del cumplimiento de una obligación por el transcurso del tiempo. Se le considera: “...un principio, una sanción o pena contra el titular de un derecho quien, por negligencia, crea una situación de inseguridad censurable en razón de la cual el legislador veda, salvo renuncia del interesado, la posibilidad de su ejercicio tardío. Se ha dicho dentro de la doctrina, que la prescripción encuentra su razón de ser en una presunta renuncia tácita del derecho por parte de su titular, quien a través de su inactividad, trasunta su intención de no reclamar lo que le corresponde” (SIC N° 1440-F-S1 del 30-10-2012).

## **ii.- Fundamento**

La prescripción se fundamenta, por un lado, en la necesidad de tutelar el orden social y la seguridad en las relaciones jurídicas, permitiendo, dice la Sala Primera (SIC N° 22 del 16-04-1997) y la Sala Constitucional (S. Const. N° 2449 del 24-02-2006), la eliminación de situaciones de incerteza producidas por el transcurso del tiempo. En efecto aunque un sujeto sea titular de un derecho y la Constitución le garantiza el acceso a la jurisdicción y la tutela judicial efectiva, su reclamo debe concretarlo en un plazo o término fijado previamente en la ley, entonces, aunque el administrado sea titular de un derecho, su inercia o no ejercicio en tiempo origina un conflicto de dos valores: la tutela efectiva y la seguridad jurídica, frente a esa colisión el legislador opta por declarar prescrito el derecho -no el derecho de acción-, previa alegación de la parte, extinguiendo el derecho de su titular, si no lo ejerció en tiempo, si lo hizo pero lo hace a destiempo, también se potencia la seguridad jurídica y se declarará extinguido ese derecho del titular.

También la Sala Primera la fundamenta en la seguridad de las relaciones jurídicas; la postergación indefinida del ejercicio de las acciones y derecho por parte de su titular ocasiona duda y zozobra en los individuos y atenta contra la estabilidad patrimonial y por supuesto la seguridad jurídica, que también tutela el ordenamiento jurídico:

“La posición dominante, en la actualidad, atribuye el fundamento de la prescripción a la necesidad de crear un estado de seguridad jurídica ante una situación objetiva de incertidumbre, producida por el no ejercicio oportuno del derecho. Puede afirmarse, por ende, que el valor tutelado por el derecho en estos casos es la seguridad jurídica, por lo

cual se pretende evitar el ejercicio sorpresivo de un derecho. Así, serían varias las situaciones tuteladas en estos casos; por ejemplo, cuando eventualmente la obligación reclamada hubiere sido oportunamente honrada, pero, a raíz del tiempo transcurrido, no se cuente ya con los documentos o las pruebas requeridas para poder demostrar la extinción de la obligación; o cuando la deuda a cobrar haya sido ya olvidada por el deudor en virtud del transcurso prolongado del tiempo y la inercia del acreedor.

En todo caso, la prescripción emerge como un medio para crear seguridad, lo cual propende al orden y a la tranquilidad social. Empero, no resulta difícil imaginar situaciones en las cuales la prescripción pueda servir, en cierto modo, para tutelar injusticias e impedir el ejercicio de derechos los cuales verdaderamente existieron. Al respecto, es de señalar, que el derecho, como vehículo para la realización de la justicia, precisa actuar, necesariamente, dentro de un marco de certeza y seguridad. De no ser así, el fin último enunciado, se vería frustrado, en su dimensión práctica o funcional. La justicia no puede operar en medio de situaciones de incertidumbre e inestabilidad. Es por ello que la seguridad se yergue, inevitablemente, junto con la justicia, como valor esencial del derecho. Ninguno de los dos, como fin de este, es absoluto en el quehacer jurídico. En algún momento, uno de ellos, en aras de la supervivencia del otro, tiene que ceder. Eso ocurre en el caso de la prescripción cuando, en favor de la seguridad, cede la justicia. De no ser así, ésta, como fin esencial del derecho, peligraría, al entronizarse la incertidumbre y el desorden en el medio social, factores que la tornan

inalcanzable. Tal fenómeno significa no ignorar la justicia, sino fijar un plazo por parte del legislador, dentro del cual la tutela de ella halla cabida; pero, una vez transcurrido este, y en obsequio a la seguridad, cede ante la necesidad de evitar litigios y controversias suscitados a destiempo, y por ende de difícil solución, cuya posible incidencia mantendría una enervante sensación de incertidumbre en las relaciones humanas” (SIC 0408-F-SI del 09-04-2015)

La prescripción entonces, frente a esos dos valores, opta por la seguridad y de ahí que se consagre que en materia civil, todo derecho debe prescribir, bien sea por un plazo corto, como en esta materia o por una general, como el decenal en civil y cuatri anual de la mercantil.

Este instituto jurídico de la prescripción pretende eliminar las situaciones de incerteza, inseguridad y pasar la “factura” al titular que no ejerce en tiempo los derechos y formula los reclamos respectivos.

### **iii.- Presupuestos**

Se señala que, para que la prescripción opere es necesario que concurren los siguientes elementos (SIC 001389-F del 17-10-2013), **a)** el transcurso del tiempo, **b)** la falta de ejercicio del titular del derecho, y **c)** la voluntad del favorecido por la prescripción de hacerla valer, recordando además que el efecto interruptor se produce con la notificación del emplazamiento –art. 36.2 a) NCPC-.

La prescripción, a diferencia de la caducidad, no puede ser declarada de oficio, es necesaria la alegación expresa del beneficiario, incurriendo en *ultrapetita* el fallo que lo otorgue sin alegación previa.

#### **iv.- Componentes de la prescripción arrendaticia**

El artículo 120 regula el instituto de la prescripción aplicable a aquellos derechos originados de contratos de arrendamiento regidos por la Lgaus. Estipula los aspectos esenciales para que opere: el plazo y el punto de partida. Tocante al primero, lo fija en un año por lo que no aplica el plazo decenal del CCI; y, respecto al segundo, prevé dos momentos: **a)** cuando ocurrieron los hechos, o, **b)** desde que fueron de conocimiento de la parte a quien perjudica. La fórmula que utiliza la Lgaus es contradictoria. En efecto, señala la Lgaus que la prescripción comienza a correr desde el momento en que ocurrieron los hechos o desde que fueron de conocimiento de la parte a quien perjudican. Más es claro que el conocimiento de esos hechos por la parte afectada solo puede ser simultáneo o posterior a la fecha en que los hechos se verificaron. Ahora bien, si el conocimiento es posterior, la fórmula utilizada por la Lgaus conduce a introducir un amplio margen de incerteza, pues siempre puede alegar la parte que se enteró de los hechos con posterioridad al momento en que ocurrieron.

Más correcta es la regla sentada por el artículo 874 CCI, de conformidad con el cual la prescripción comienza a correr: "... desde el día en que la obligación sea exigible". Lo dispuesto en el último párrafo de dicho numeral –la aplicación supletoria de las normas del CCI– como expresamente se indica, se refiere a los aspectos no contemplados en dicho artículo, pero referidos a este instituto, como lo es lo referente a las causales de suspensión o interrupción, pero no puede sustituirse el plazo de esta norma especial.

#### **e.- Inexistencia de la obligación de pagar la renta**

Esta es una defensa novedosa, no contenida en la derogada LMAD. Se refiere a aquellos supuestos en que por acuerdo de parte o por disposición normativa, cumpliendo todos los requisitos legales,

el arrendatario no está obligado a pagar la mensualidad de una o varias rentas. Se trata de supuestos en que el bien arrendado tenga defectos graves –art. 30 Lgaus-, por evicción total o parcial –art. 27 y 28 Lgaus-, por reparaciones necesarias –art. 34 Lgaus- o por reparaciones urgentes –art. 35 Lgaus-.

En caso de presentarse alguno de esos supuestos y de que el demandado lo demuestra prima facie, con prueba pertinente y conducente, se producen algunas vicisitudes interesantes. El arrendador puede que no esté de acuerdo con las reparaciones solicitadas por el arrendatario, bien sea que no las considere necesarias o imprescindibles, bien que no esté de acuerdo con el monto de ellas, entonces decide plantear el desahucio.

En diferentes tesis encontradas pueden surgir varias discusiones: que el monto de las reparaciones era mucho menor al que el arrendatario le cobraba al arrendador; o, bien que el arrendador no estaba obligado a realizar las reparaciones; o, que el arrendatario no tenía derecho a hacer las reparaciones ni a deducir de la renta el monto a ellas correspondientes. La interrogante que surge es si al permitir, el art. 35, la “retención” del pago por las reparaciones hechas por el arrendatario o el no pago por los daños que presenta el bien ¿Resulta procedente el desahucio por falta de pago en estos casos? Existen dos posibilidades legales:

a) La primera sostiene que al concederle al arrendador la facultad de promover el desahucio cuando lo único que ha hecho el arrendatario es ejercer de buena fe las facultades que le confiere el artículo 35 Lgaus, en la creencia que se daban los supuestos para ello, sería del todo abusivo y desproporcionado; en el fondo, se trataría de un caso de abuso en el derecho del proceso, de manera tal que lo

correcto es estimar que en estos supuestos, los Tribunales están facultados por el artículo 22 del CCI para rechazar el desahucio;

**b)** Por el contrario nuestra posición es que depende de caso y de las circunstancias alegadas para retener el pago o las reparaciones de que se trate; por un lado porque el arrendatario es quien puede cometer el abuso y segundo porque el pago de la renta es un elemento esencial del contrato, cuya afectación por un acto unilateral no puede depender enteramente de la valoración del obligado al pago; sería tan fácil como que el arrendatario inventara o creara daños y necesidades constructivas en el inmueble arrendado o que abusivamente determinara sobre la ficticia necesidad de la reparación.

Para llegar a una solución intermedia sugerimos las siguientes alternativas:

**a)** Si en el desahucio se llega a determinar que las reparaciones no eran necesarias, debe aplicarse lo dispuesto en el párrafo final del artículo 37 Lgaus, a saber: que el arrendador no está obligado a reembolsarlas y, por tanto quedarán a beneficio del bien, salvo que puedan ser retiradas sin menoscabo de la cosa y el arrendador reclamar el pago de lo retenido o el pago.

**b)** Si las reparaciones no eran necesarias o imprescindibles o eran útiles o suntuosas o no cumplen los presupuestos del art. 33 Lgaus “deterioro de la cosa, causado por la calidad, el vicio o el defecto de ella”, la retención es improcedente y en consecuencia el arrendatario sí incurre en mora e incumplimiento, pudiéndose plantear el respectivo desahucio o, si se planteó este, debe prosperar.

**c)** Si se trata de reparaciones o defectos conocidos, aceptados por el arrendatario –art. 30, 33, 34, 35 y 115 b-, tampoco es procedente la

retención, bajo la misma sanción indicada y por ello improcedente la defensa y el desahucio debería ser estimatorio.

**d)** Si el defecto o defecto grave se debe a un hecho imputable al arrendatario o sus visitantes –art. 34, 48 y 50 Lgaus- tampoco es procedente la retención, bajo la misma sanción indicada.

**e)** Si hubo pacto expreso en contrario en el que el arrendatario asumiría su costo o reparación –arts. 33, 34 y 35-, tampoco es procedente la retención, el no pago de la renta y por ello la defensa debe ser rechazada de plano por infundada o bien el desahucio debe ser estimatorio.

**f)** Si el monto que dice el arrendatario es menor, porque él alteró su contenido o cantidad, y esa diferencia es significativa, como nadie puede aprovecharse de su propio dolo, ni la ley permite el abuso del derecho, tampoco es procedente la retención bajo la misma sanción indicada de la resolución y de desahucio estimatorio.

**g)** Si se determina por decisión judicial que el arrendatario no tenía derecho a hacer las reparaciones ni a deducir de la renta el monto a ellas correspondientes, incurriendo por ello en incumplimiento contractual, la resolución se impone, con el consecuente desahucio, pues si bien la ley otorga una facultad, su ejercicio debe hacerse dentro de los límites de razonabilidad, proporcionalidad y legales; realizando todas las averiguaciones necesarias y reparaciones que legalmente se justifican. Y por tratarse de un elemento esencial del contrato, el más importante para el arrendador, su incumplimiento –tardío, total o parcial- da derecho a la resolución.

### **f.- Falta de vencimiento del plazo –sic. del contrato-**

Aunque la “falta de vencimiento del plazo” no es propiamente una excepción material, si es una forma genérica de oposición del demandado, para la causal de desahucio por vencimiento del plazo contractual o legal del contrato. Esta defensa u oposición, como es evidente, solo es procedente cuando la causal de desahucio invocada por el demandado sea el vencimiento de plazo del contrato. Significa esta defensa que el plazo del contrato no está vencido o que se prorrogó tácita o expresamente y, esa prórroga, no ha vencido o bien que es un contrato que no se extingue por vencimiento del plazo –art. 100 Lgaus-

Esta defensa o excepción tiene dos manifestaciones: **a)** que el plazo del contrato efectivamente venció, **b)** que se le notificó al arrendatario, con la antelación legal, el deseo del propietario de no renovar el contrato -3 meses-. Por eso esta defensa u oposición de este artículo 112.3 debe complementarse con el artículo 110.1 in fine, que textualmente señala que “La causal de expiración del plazo procederá únicamente cuando el demandante demuestre que manifestó por escrito la voluntad de no renovar el contrato de conformidad con el artículo 71 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos”. Significa entonces que el juez, al inicio, debe determinar con base en las pruebas aportadas por el actor y sus manifestaciones, si el contrato está efectivamente vencido y segundo, debe verificar que se haya notificado en forma y antelación legal, al arrendatario, el deseo de no renovarle el contrato.

Sobre ambos aspectos, la carga de la prueba corre a cargo del demandante, desde el inicio del proceso, pues es requisito de admisibilidad de la vía privilegiada del monitorio. Si el demandado alega que no corresponde el vencimiento del plazo o que la

notificación no se hizo o al menos no se hizo con antelación ni de forma legal; la carga de la prueba si le corresponde a tal arrendatario.

Las condiciones de plazo de los contratos de arrendamiento, su vencimiento, prórroga táctica y expresa, prórroga legal automática, la forma de notificación de la terminación del contrato, así como su contenido, son aspectos de derecho de fondo, todos los cuales se analizan al estudiar adelante la causal de desahucio por vencimiento del plazo del contrato.

## **8.- EXCEPCIONES PROCESALES**

### **a.- El deber de fundamentar las excepciones procesales**

No indicaba de manera expresa el CPCD si las excepciones previas –hoy procesales- y las de fondo, había que fundamentarlas, es decir, dar las razones claras y fundadas de su procedencia. Ahora la norma ha introducido expresamente esa exigencia al requerir que deben ser “debidamente razonadas” –art. 37.2 NCPC “serán rechazadas de plano aquellas que sean evidentemente improcedentes y las que se presenten sin prueba o sin su ofrecimiento, cuando esta sea necesaria. Se declarará sin lugar de forma inmediata, cuando se haya ordenado practicar prueba y esta no se haya efectuado en el momento oportuno”.

Hasta ahora, la doctrina venía señalando que al referirse las excepciones procesales o previas al examen de presupuestos procesales y atacar aspectos sobre la válida constitución del proceso, la simple interposición obligaba al juez a hacer un examen exhausto de los presupuestos, fundamentación y, si fuera necesario, de la prueba para determinar la procedencia o no de la excepción previa alegada.

Con un mejor estudio y amparados en el principio de carga de la prueba y alegación fáctica, parece que esa tesis que eximía de fundamentarlas, no tiene vigencia, por lo que bien sea que la excepción sea estrictamente procesal o bien sea de fondo, es al demandado a quién se carga el deber de demostrar sus presupuestos y de aportación de prueba que determinen aquellos presupuestos, así lo ha reconocido la doctrina, de manera que el “excepcionante” debe aportar la prueba –salvo que conste en el expediente- y fundamentar –fáctica y jurídicamente- la procedencia de la excepción alegada, tesis que comparte la jurisprudencia casación de la Sala Primera.

El demandado, al momento de oponer las excepciones previas debe fundamentarlas, o al menos decir cuáles son los hechos, fundamentos fácticos en que se basa y, lo que es más importante, la prueba idónea que las fundamentan, por lo que al interponerse debe ofrecer las pruebas que sirvan de su apoyo, salvo que conste en el expediente y al menos así lo señale en el escrito inicial de interposición. No es cualquier prueba, es prueba pertinente, en este caso debe haber una interrelación entre el argumento y presupuestos de la excepción y la prueba que la fundamenta. Lo anterior en virtud del principio de carga de la prueba, porque en este caso le corresponde al demandado ofrecer la prueba de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos del derecho del actor.

El actor debe probar los hechos constitutivos, esto es, aquellos que normalmente producen determinados efectos jurídicos, mientras que al demandado corresponde probar los hechos impeditivos que son aquellos que obstan a que los anteriores desplieguen los efectos que les son propios, el autor introdujo la clasificación de hechos constitutivos, impeditivos y extintivos. Sin embargo, desde el derecho romano se erigieron principios como el *onus probandi incumbit actori*, que luego se complementó con el *reus in excipien fit actor*.

## **b.- Excepción de falta de competencia**

Ya vimos que conforme el art. 9.1 NCPC la parte puede oponer la excepción de incompetencia al contestar la demanda –art. 37.2 NCPC-. También que el art. 10 NCPC remite a la LOPJ, para la solución de los conflictos, en caso de disconformidad de las partes, con lo resuelto por el juez. Lo normal es que no haya prueba de declaraciones cuando se interpone la excepción de incompetencia, en este caso dicha excepción se resuelve por los tramites del incidente escrito, esto es, audiencia escrita por tres días al actor y luego la resolución de fondo.

Excepcionalmente si hay prueba de declaración o reconocimiento, la incompetencia se resuelve entonces en la audiencia preliminar en ordinario o única en sumarios y monitorios. Es una pérdida de tiempo seguir el proceso, señalar para audiencia y malograr un campo en agenda, si siendo evidente la incompetencia, no se le permitiera al juez resolverla previa al señalamiento.

Es admisible como excepción por falta de competencia del juez, en razón de: la materia, cuantía, territorio o funcional. En razón de la cuantía, material y funcional, la competencia es improrrogable -Arts. 9.1 NCPC, 165, 168 y 169 LOPJ-, por lo que “por razón de la materia, cuantía y por territorio nacional podrá decretarse de oficio en cualquier estado del proceso, salvo que se haya definido mediante resolución firme” –art. 9.1 NCPC-.

En cuanto al trámite, por tratarse la competencia de un presupuesto procesal esencial se debe resolver de manera privilegiada y prioritaria. Si es evidente, como vimos de carácter previo, si no en audiencia, como una de las primeras actividades de la audiencia. No tiene sentido que el Juez, a quien se le ha cuestionado la competencia y siga conociendo del proceso si aún no

se ha definido si es o no competente –164.3 LOPJ-, de violentar esta regla, lo resuelto por un juez incompetente resultará absolutamente nulo.

### **c.- Excepción de cláusula arbitral**

Su ubicación es la de excepción procesal; pues si el juez la admite sin entrar en el fondo del asunto -que queda imprejuizado- afectará solo el proceso y la relación procesal, pero no la sustancial. Como la Ley RAC ha eliminado la denominación y dualidad de “cláusula compromisoria o de compromiso arbitral” modificando expresamente la terminología del y unificando ambos institutos con diferente denominación, a saber, acuerdo arbitral y requerimiento arbitral, debemos entender que esa excepción de “acuerdo arbitral”. Por virtud de una cláusula arbitral, conforme a los artículos 18 y 23 de la Ley RAC y 1386 del CCI “las partes someten a la decisión de árbitros o arbitradores sus cuestiones actuales”. Es un convenio preparatorio, escrito, accesorio o accidente, de estricto origen contractual y por ello autónomo, que, dada sus peculiaridades, se distingue de cualquier otro caso del compromiso de contratar.

La suscripción de una cláusula arbitral está caracterizada por la constitución de una serie de derechos, cargas, obligaciones y sujeciones, que se traduce en sus efectos.

El principal efecto negativo, que la cláusula arbitral origina, es la renuncia a la jurisdicción estatal que se produce; y que impide, a los jueces comunes, conocer de las cuestiones litigiosas sometidas al arbitraje; es decir, el efecto negativo, implica una abstención por parte de los jueces tan pronto entran en contacto con una controversia que ha sido sustraída de su competencia, producto del pacto o convenio arbitral. El juez estatal, ante la demanda, no puede declarar de oficio la excepción de cláusula o acuerdo arbitral, y menos declarar una

incompetencia “natural” suya, es necesario que la parte demandada alegue, la existencia del acuerdo, dentro del plazo para oponer las excepciones procesales –con la contestación de demanda- y de cinco días, si se trata de un sumario o monitorio.

Si la parte demandada no opone la excepción de cláusula arbitral en tiempo -con la contestación de demanda y oposición de excepciones-, se entiende que renuncia tácitamente también al acuerdo arbitral, que en su momento firmó y por ello, queda clausurada la vía arbitral para dar entrada a la competencia del juez estatal, para conocer esa controversia, que originalmente las partes habían convenido que fuera conocida en sede arbitral, pero que terminó en la justicia estatal. Luego de que haya vencido el plazo legal para alegar la excepción de cláusula arbitral, cualquier alegación en ese sentido resultaría impertinente y extemporánea y no debiera siquiera atenderse.

El juez ordinario deberá examinar, antes de pronunciarse sobre la excepción, si el acuerdo o demanda arbitral, según sea el caso, es válido y si el tema *decidendum* sometido a su conocimiento es el mismo que las partes han acordado resolver por medio del arbitraje.

#### **d.- Excepción de litisconsorcio necesario**

Es otra excepción procesal aplicable de manera particular en los sumarios:

a) Existe litisconsorcio necesario -también denominado obligatorio- por disposición de la ley, o cuando por la naturaleza de la relación material, el pronunciamiento que se dicte deba hacerse necesariamente en relación con varios sujetos. No se trata de una facultad, sino de una imposición de la ley que exige que los sujetos actúen necesariamente unidos. Cuando es la ley la que dispone el litisconsorcio, la doctrina lo denomina litisconsorcio propiamente

necesario, pero cuando es la relación jurídica material y no la ley, se denomina litisconsorcio impropiaamente necesario, tal distinción carece de importancia práctica.

b) La excepción de incompleto litisconsorcio se refiere a su modalidad pasiva, no al activo, pues como hemos señalado en otras obras y lo ha señalado la jurisprudencia –de casación y de los tribunales de apelación-, a la luz del derecho constitucional es discutible la admisión del litisconsorcio activo necesario, por violentar el derecho a la tutela judicial efectiva. Admitir el litisconsorcio necesario sería obligar a un sujeto a que plantee una demanda, formule una pretensión, pues conforme al art. 2.4 “A nadie se puede obligar a formular una demanda”, ni aun en el caso de jactancia, que no es por asomo una excepción a la regla.

c) En segundo lugar art. 37.3.3 se refiere a “litisconsorcio necesario incompleto”, es decir que la demanda es insuficiente, porque no han sido demandados todos, a quienes la sentencia puede afectar, pero la modalidad permitida es la de litisconsorcio necesario, no el facultativo pues en este no es obligatorio unir a todos los litisconsortes en una sola demanda, a eso se refiere la frase “necesario”; la forma de obviar esta limitación es ordenando la acumulación de demandas conexas, por vía la acumulación de procesos.

Tampoco resulta aplicable a la intervención principal, pues esta es voluntaria, y en ese tanto la relación no necesariamente debe conformarse con ese sujeto que pretende para sí el bien o derecho reclamado.

### **e.- Excepción de indebida acumulación de pretensiones**

Cuando el actor formula o acumula dos pretensiones que no son acumulables, se produce el fenómeno de la escisión o desacumulación de pretensiones. El artículo 23.3 del NCPC, prevé que cuando las pretensiones no sean acumulables por no cumplir los requisitos señalados -conexidad, no excluyentes, proceso común y competencia-, o cuando el juez considere que la acumulación en vez de beneficiar, perjudica la economía del proceso, o dificulta la defensa del demandado con peticiones contradictorias que podrían generar incongruencia, puede ordenar de oficio la escisión o desacumulación de las pretensiones, produciéndose la separación o desintegración del proceso acumulado. De previo a ordenar la escisión, el juez otorgará un plazo de cinco días al actor o reconvencido para que escoja la pretensión de su interés. De no cumplir el demandante con la prevención, se declarará inadmisibile la demanda. Recuérdese que, no obstante, por única vez, el tribunal podrá hacer una segunda prevención en casos excepcionales, cuando sea evidente la intención de la parte de subsanar el defecto señalado.

Si la razón de la desacumulación es que las pretensiones son excluyentes, al hacerse la prevención a la parte, ésta puede decidir por formular una como principal y la otra como subsidiaria y no tener que desechar alguna, véase que hoy la norma expresamente da esa solución "Si fueran excluyentes, podrán acumularse como principales y subsidiarias".

Ordenada la desacumulación, el proceso no se descompone en varios, sino simplemente la pretensión no acumulable es desecheda, reduciendo con ello el contenido de la pretensión. Esto confirma la posibilidad de que la pretensión inacumulable pueda formularse como subsidiaria.

## **f.- Excepción de litispendencia**

Sin duda otra de las figuras procesales particulares es la litispendencia, pues si se creía que no se da en realidad, son frecuentes los casos de procesos repetidos, por diversas razones, no necesariamente mala fe de la parte.

La litispendencia es la situación que se produce cuando en dos procesos en curso y activos ambos, iniciados separadamente, hay identidad jurídica de sujetos, de objetos y de causas, bastando la identidad sustancial, sin que sea total –simetría absoluta de las pretensiones-. Se trata de una relación de medio a fin y una semejanza ideal, no gramatical ni exacta. Por su parte, el art. 8.6 NCPC señala “se produce litispendencia cuando existen, en trámite, dos o más procesos en los que concurra identidad de sujetos, objeto y causa”.

La litispendencia se presenta cuando todos los elementos de dos o más procesos son comunes. Es decir, tienen el mismo objeto, sujetos y causa; de manera que el proceso más nuevo o reciente se archiva, con el fin de que se tramite únicamente el más antiguo y se emita una única sentencia. El demandado tiene la posibilidad de impedir la sustanciación de un segundo proceso mientras el otro no haya terminado por sentencia firme.

Con la palabra litispendencia se designan todos los efectos de carácter procesal que desencadenan con la presentación de la demanda y aún antes de que ésta sea admitida.

La litispendencia puede ser absoluta, cuando hay identidad de objeto y causa. En este supuesto el proceso nuevo debe archivarse – art. 8.2 NCPC-. Y habrá litispendencia por conexidad –relativa-, cuando solo hay identidad entre sujeto y causa. En este caso, no hay

acumulación, puesto que la causa al ser diferente podría originar una sentencia diversa.

Para que exista litispendencia deben estar activos los dos procesos, no puede hablarse de ella si uno de los procesos fue resuelto en firme, fue desistido o se declaró una caducidad o se hubiere declarado inadmisibile.

## **CAPÍTULO V**

### **OPOSICIÓN Y TRÁMITE DEL SUMARIO DE DESAHUCIO**

#### **1.- ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA**

En la fase de iniciación de los sumarios, con la interposición de la demanda, la ley procesal prevé procedimientos para asegurar el correcto tramamiento de la litis, en aras del debido proceso. Hablamos del examen de admisibilidad de la demanda, el traslado y la notificación al demandado, para el monitorio, es totalmente aplicable a los sumarios.

#### **2.- TRASLADO Y CONTESTACIÓN**

Por ser norma especial del proceso sumario, presentada en forma la demanda o subsanados sus defectos, debe dársele emplazamiento al demandado por el término de cinco días. En ese plazo, “el demandado deberá contestar la demanda por escrito, dentro del emplazamiento, aun cuando se formule cualquier excepción procesal, recusación o alegación de cualquier naturaleza. Contestará todos los hechos de la demanda en el orden en que fueron expuestos, expresando de forma razonada si los rechaza por inexactos, si los admite como ciertos, con variantes o rectificaciones, o si los desconoce de manera absoluta. También, manifestará con claridad su posición en cuanto a la pretensión y su estimación, los fundamentos legales y la prueba presentada y propuesta por el actor.

Ofrecerá y presentará todas sus pruebas”, de la misma forma prevista para la demanda ordinaria -art. 37.1 NCPC-.

Al igual que en el proceso ordinario, el demandado, al momento de oponer las excepciones procesales, debe fundamentarlas, o al menos decir cuáles son los hechos o fundamentos fácticos en que se basa, debe además ofrecer las pruebas que sirvan de apoyo. Lo anterior en virtud del principio de carga de la prueba, porque en este caso le corresponde al demandado ofrecer la prueba de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos del derecho del actor. Con base en el art. 37.3 NCPC y en los términos analizados, solo son admisibles como excepciones procesales: a) Falta de competencia, b) Acuerdo arbitral; c) Litisconsorcio necesario incompleto –ver además art. 22.1-, d) Indebida acumulación de pretensiones. –ver además art. 23.2, e) Litispendencia –ver además art. 8.6 NCPC-.

Una vez contestada la demanda en los procesos sumarios, el curso que seguirá el proceso es: a) Si el demandado opuso excepciones procesales pero no ofreció pruebas o no las fundó, se rechazarán de plano, sin recurso, b) Si opuso excepciones procesales en forma, se dará audiencia de ellas -primero de la incompetencia- y se resolverán previo a continuar, sin ulterior recurso si las rechaza y apelación si admite alguna, c) Si no hay excepciones procesales o cuestiones previas de resolver, que impida el señalamiento para audiencia única, el juez debe decidir si prescinde de la audiencia única y pasará al dictado de la sentenciad, d) De considerarlo procedente porque se ofreció prueba relevante y no es el caso prescindir de ella, se señalará hora y fecha para la celebración de la audiencia oral única.

### **3.- ALLANAMIENTO, REBELDÍA Y LA NO OPOSICIÓN DEL DEMANDADO**

No previstos expresamente estos fenómenos -allanamiento, rebeldía y la no oposición del demandado, contestación extemporánea- para el sumario, como si lo tenía el derogado art. 433 CPCD, que incluso establecía las consecuencias del dictado de sentencia estimatoria mediante auto, hoy hay que acudir a la norma general, aplicable a los sumarios, artículo 39, sobre “actos de alegación y proposición”, ubicado en el título general, que, si los regula, aunque menos drástico que la norma derogada.

Estos cuatro fenómenos procesales se pueden producir en los procesos sumarios. En virtud del allanamiento, el cual debe ser expreso, claro y preciso, el demandado admite o acepta expresamente la pretensión del actor, aunque puede no aceptar los hechos; o puede aceptar los hechos, pero no la pretensión, a la que se opone, en este último caso, no habría allanamiento. La rebeldía es la sanción procesal ante la incomparecencia del demandado al llamado del juez; es cuando el demandado no se apersona, no muestra interés en el proceso.

La no oposición a la demanda no es propiamente un allanamiento por no haber aceptación expresa de la pretensión. Tampoco es rebeldía porque el demandado se apersonó en tiempo al proceso. Se trata simplemente de una falta de oposición del demandado que acepta los hechos, pero no la pretensión. La contestación extemporánea se produce cuando el demandado contestó, pero vencido el plazo otorgado, que, por tratarse de un plazo perentorio, no tendrá ningún valor, salvo para proceder a su condena, si hay mérito.

Decíamos que la norma derogada, para los sumarios, era más clara, pues salvo que el juez ordenará recibir alguna prueba, se procedía al dictado de la sentencia. Hoy debe examinarse antes de dictarse sentencia estimatoria, si se justifica o no señalar para audiencia única. Y la regla la da el mismo art. 103 NCPC “Cuando sea necesario, de acuerdo con la naturaleza y las circunstancias del proceso, se señalará la hora y la fecha para la audiencia, que se celebrará a la mayor brevedad posible”. En estos casos, en nuestra opinión, no resulta necesario el señalamiento pues la naturaleza del proceso sumario, su conocimiento reducido y el interés del legislador en un proceso célere, sumado a la (-in) conducta del demandado, que no cumple, en ninguno de los cuatro supuestos, con la carga impuesta por la ley y el juez, tal conducta es suficiente para el dictado de la sentencia estimatoria, dentro de los límites legales, se trata como hemos dicho, de no crear un obsesión con las audiencias orales, la *audiencitis orales*, pues también el proceso escrito, en estos casos también es útil y más eficaz que la oralidad.

En estos cuatro supuestos, la no comparecencia del demandado o su no contestación no exime al actor de su deber de convencer sobre el cumplimiento de los presupuestos materiales de su pretensión procesal y demostrar, con la prueba ofrecida, su dicho. En virtud de estos principios, el juez puede dar por probados los hechos de la demanda siempre y cuando el cuadro fáctico *-tema decidendum-* concuerde con los presupuestos materiales y formales de la pretensión sumaria planteada, coincidir además plenamente con el material probatorio, dándole plena certeza al juzgador de que ha llegado a la verdad de los hechos, no quedándole otra cosa más por hacer que dictar la sentencia. La carga de la prueba es del actor, y si no demuestra sus hechos, no podría declararse con lugar la demanda.

#### **4.- SEÑALAMIENTO PARA AUDIENCIA ORAL ÚNICA**

Si de carácter excepcional hay que señalar fecha para la audiencia oral de oposición, el legislador ha creído conveniente contemplarla en una norma separada, especial para los sumarios - aplicable a los monitorios-, además de las normas generales de las audiencias orales -art. 50-.

##### **a.- La audiencia única y concentrada en procesos sumarios**

En los procesos sumarios, a diferencia de los ordinarios, en caso de que sea procedente, se señalará para una única audiencia oral donde se resolverán todos los aspectos. Hay supuestos, como se analiza supra, en los que no es necesario tal señalamiento. El propio art. 103.3 establece “El proceso sumario se substanciará en una única audiencia. Cuando sea necesario, de acuerdo con la naturaleza y las circunstancias del proceso, se señalará la hora y la fecha para la audiencia, que se celebrará a la mayor brevedad posible”.

La norma permite, a fin de no malograr el señalamiento de la audiencia, que previo a esta, “el tribunal determinará las pruebas que deban practicarse antes de la audiencia y tomará las disposiciones pertinentes para que esta se verifique antes de ese acto. Las partes deberán comparecer a la audiencia con todas las fuentes de prueba ofrecidas y que pretendan proponer”.

##### **b.- Supuestos en los que no es necesario señalar audiencia**

El art. 103.3 establece, al igual que el ordinario, que el señalamiento de audiencia es excepcional, solo se señalará “cuando sea necesario, de acuerdo con la naturaleza y las circunstancias del proceso”. Es decir, cuando se pueda prescindir o resolver el asunto, sin necesidad de tal señalamiento, porque de hacerlo dilatará más la resolución, entonces no se fijará fecha para audiencia oral y el tribunal

lo resolverá de inmediato. Si el proceso no se puede resolver anticipadamente, con una resolución temprana o anticipada, entonces el señalamiento para audiencia es obligatorio, pues en aplicación de los principios de inmediación y concentración, y en aras de cumplir con el sistema oral vigente, ante la escritura y oralidad, prevalece, como hemos dicho, esta.

Antes de hacer el señalamiento, el juez debe examinar si no está en alguno de los supuestos del art. 102.3 o 39 NCPC, antes vistos, que permiten prescindir de la audiencia única oral, a saber:

- a) En los que no exista prueba que evacuar –indebidamente sumarios de puro derecho;
- b) En los que no existan cuestiones previas que resolver;
- c) En los casos de demanda conjunta;
- d) Por la naturaleza o circunstancias del proceso;
- e) Cuando el Tribunal lo considere procedente prescindir;
- f) En caso de allanamiento total;
- ) En caso de contestación extemporánea o no contestación en tiempo de la parte demanda

**CAPÍTULO VI**  
**LA AUDIENCIA ORAL ÚNICA**  
**(PARA EL MONITORIO Y EL SUMARIO)**

**1.- ACTIVIDADES DE LA AUDIENCIA. PROGRAMA**

En la audiencia oral única en los monitorios y sumarios, al igual que en los ordinarios, el legislador señala los actos procesales o actividades que se van realizando, es lo que Fairén denomina “programa de la audiencia”. Aunque se denominen actividades, en realidad se trata de verdaderos actos procesales, entendidos con Couture como “acto jurídico emanado de los órganos de la jurisdicción, de las partes o de los terceros, susceptibles de crear, modificar o extinguir derechos procesales” o con Pallares como aquellos que “produzcan efectos en el proceso, impulsándolo, modificándolo o extinguiéndolo y, además, se realice en el proceso”.

A diferencia del proceso ordinario, que se puede desarrollar en dos audiencias –art. 102.3 NCPC-, el proceso monitorio, desde la versión de la Comisión Redactora Original 2001-2005, se diseñó para celebrarse en una única audiencia, por eso es por lo que el 103.3 señala “El proceso monitorio se substanciará en una única audiencia”.

Como era lo correcto, el art. 103.3 NCPC enumera las actividades o actos que se realizan en la audiencia oral única de los monitorios y sumarios, va indicando los actos procesales del juez o las partes, que se realizan en dicha audiencia. Al ser de carácter taxativo y formar parte de un proceso diseñado para realizarse por

audiencia(s) resulta una etapa imprescindible, cuando se den los supuestos de su aplicación. Todas las actividades enumeradas en el artículo deben ser cumplidas obligatoriamente, bajo pena de nulidad de la audiencia. En efecto, si estamos cambiando de un proceso preclusivo escrito, de resoluciones y recursos casi interminables y escalonadas, a un proceso con audiencia oral, concentrada, donde se resuelve todas las cuestiones procesales y de fondo; en la audiencia única deben necesariamente cumplirse todas las etapas, en un solo acto continuado, las cuales están consagradas en beneficio de las partes y de la legalidad procesal, su violación acarrea una vulneración al debido proceso legal y eventualmente la nulidad de la audiencia y la sentencia.

Las actividades que se realizan en la audiencia oral única en los monitorios y sumarios son las siguientes:

## **2.- FINES DE LA AUDIENCIA**

La primera actividad de la audiencia única de los monitorios y sumarios no es la del art. 103.3.1, sino la del 50.4 NCPC, en la que el juez unipersonal, constituido en la sala de audiencias, se presenta, toma registro de los asistentes, de la condición en que comparecen y además “explicará a las partes sobre los fines y las actividades de la audiencia. Hará las advertencias legales que correspondan”. Por fin entendemos el propósito, finalidad u objeto de la audiencia –no del proceso aun-, los puntos de que tratará la audiencia

## **3.- INFORME A LAS PARTES SOBRE EL OBJETO DEL PROCESO Y EL ORDEN EN QUE SE CONOCERÁN LAS CUESTIONES**

La segunda actividad de la audiencia en los monitorios y sumarios es “El informe a las partes sobre el objeto del proceso y el orden en que se conocerán las cuestiones a resolver” –art. 103.3.1, por parte del juez.

El juez director del debate –identidad física del juzgador- señala a las partes, de manera breve, cual es el objeto o finalidad y contenido del proceso –no de la audiencia- que se está celebrando. Esto obliga al juzgador a leer previamente el proceso, estudiarlo para que no llegue sin saber nada de él o pase el fiasco de no saber de qué están hablando. Esto es una innovación no encontrada en los sistemas comparados estudiados y tomados como base, en el Proyecto de Código desde 2001 –Artavia-Zeledón-Montenegro-.

De manera oral, el juez informará a las partes sobre el objeto del proceso; por tal entendemos, lo que se pretende con el proceso concreto, identificando las partes, el objetivo o pretensión –concreta-, la causa de la pretensión y el fundamento de la oposición. Aunque el objeto del proceso al que refiere la norma es más amplio a lo que la doctrina conoce como objeto y causa del proceso, la norma alude a “que objeto tiene el proceso concreto”.

En general la doctrina por “objeto del proceso” designa la materia sobre la que se trata el proceso (*res de qua agitur*) o, si se prefiere, el “tema” o “cuestión” que el actor somete a la consideración del Juez y sobre el que debe pronunciarse. Concretando algo más, cabe decir que el objeto principal y necesario del proceso es la concreta acción afirmada (por el demandante) o, si se prefiere: es objeto del proceso el derecho a aquella concreta tutela jurisdiccional que el actor afirma que el Juez debe otorgarle frente a un cierto demandado. La materia o el tema que se debatirá en ese proceso es si debe o no concederse al demandado esa tutela jurídica que solicita. O como advierte Chiovenda, la identificación del objeto se traduce, en la identificación del bien de la vida que es objeto de discusión. Y ese bien controvertido, se individualiza a través del petitum (lo que se pide) y de la causa de pedir (con qué título o fundamento se pide).

Se entiende como objeto, normalmente, el bien corporal o incorporal que se reclama en juicio. Es decir, el objeto consiste en las prestaciones o declaraciones que se reclaman de la justicia; mientras que por causa debe entenderse el hecho jurídico que sirve de fundamento a la pretensión. El hecho jurídico es el mismo, cuando en el nuevo juicio se aduce el mismo hecho específico ya invocado en el anterior. O bien, con De la Oliva, se define como aquello sobre lo que, en cada proceso, se proyecta la actividad jurisdiccional o procesal. Con términos clásicos, el objeto del proceso es la cosa (en sentido amplio y, a la vez, propio) de la que un proceso trata la *res de qua agitur*, la “cosa de que se trata” que, en los procesos regidos por el principio dispositivo, es, a su vez, la *res in iudicio deducta* (la cosa llevada a juicio).

En cuanto al análisis de la causa, se entiende como el fundamento, el título de la pretensión o el motivo jurídico; del cual una parte deriva, de forma inmediata, su pretensión deducida en el litigio. La doctrina apunta que no puede confundirse con las argumentaciones que el litigante pone a su servicio ni con los medios de prueba que son aducidos. Es el fundamento, hecho jurídico o razón alegada por el actor, para obtener el objeto de la pretensión contenida en la demanda y que al mismo tiempo es el fundamento jurídico de su apelación o negación por el juez en la sentencia. En síntesis, es la razón de hecho que se enuncia en la demanda como fundamento de la pretensión. La causa de la pretensión debe ser buscada en el mismo relato de la demanda. Por causa, dice el mismo Couture, comprendemos el fundamento inmediato del derecho que se ejerce, la razón de la pretensión aducida en juicio llevado a cabo anteriormente. Nuestra jurisprudencia de casación (S.I.C. N° 095 del 11-02-2004), por su parte, de una manera poco precisa, ha utilizado diversos criterios para definir objeto y causa del proceso, así por

ejemplo se señala que es: “el objeto sobre el cual versó el proceso”, “la causa o título del cual se dedujo la pretensión”, “El objeto de la pretensión, está referido a lo reconocido o negado en la sentencia ejecutoriada”, “la cosa o relación jurídica sobre la cual se aplica su fuerza vinculante”, “El objeto del proceso lo constituye el derecho reconocido, declarado o modificado por la sentencia, en relación con una cosa o varias cosas determinadas”

Para tales, fines, contrario a lo que se señala en materia penal, el juez debe haberse preparado para la audiencia, haber leído la demanda y contestación, para saber cuál es el objeto de controversia, no llegar a improvisar y exponer a las partes su percepción de lo que va a ser objeto de debate.

Este acto del juez debe ser breve y conciso, no es necesario que se explaye en una amplia explicación de los hechos, el fundamento y las pretensiones de ambas partes. Bastará con indicar de qué se trata –la causa u origen- y qué es lo que se pretende. En cuanto a la defensa del demandado, bastará con enunciar los aspectos fundamentales de defensa. Se consideró necesario incluir esta exigencia en los procesos civiles, para garantizar que el juez previamente lea el proceso, examine el expediente y tenga una mejor preparación y fundamento en los diversos aspectos que deba ir resolviendo. Por ello, no se trata de leer la demanda, su contestación o reconvenición, sino es una explicación oral del juez, para saber que leyó y comprendió lo que se está discutiendo, para que así pueda tomar mejores decisiones respecto de lo que tiene que resolver en esta audiencia. En los monitorios y sumarios bastará con que el juez explique cuál es el objeto, lo que pretenden ambas partes o lo que controvierten, las posiciones que cada uno sostiene en concreto y que será objeto de debate.

Aunque la norma resulta clara, hay que insistir en que no se trata de que el juez lea la demanda, contestación y excepciones, como en varias ocasiones nos ha tocado. No, el juez debe hacer una síntesis, un resumen con el objeto más importante de los alegatos, argumentos o proposiciones de ambas. Hay que recordar que se ha cambiado a un sistema oral, no un sistema escrito de lectura o la una “verbalidad” de la escritura. Esa práctica errada violenta los principios de inmediación y la regla de la oralidad, que siempre se presume aun en caso de duda. En un monitorio de desahucio por falta de pago, esta fase se cumpliría con que el juez diga:

-“Vamos a definir el objeto de este proceso: El actor argumenta que desde el...dio en arriendo al demandado, un local comercial...ubicado en..., folio real..., por el que paga una renta mensual actual de..., aduce el actor que el demandado no le pagó la renta de dicho contrato de arrendamiento del mes..., por lo que su opinión el demandado se encuentra en mora y por ello solicita el desalojo del demandado basado en la causal de falta de pago de la renta del mes..., además solicita se le condena a pagar los rentas pendientes y los servicios públicos pendientes al momento del desalojo”.

- “Por su parte el demandado alega, que pagó la renta reclamado por el demandado y aunque lo hizo 15 después de la fecha que indica el contrato, alega y aporta prueba de que los pagos siempre se hicieron dentro de los 15 días naturales siguientes de la fecha pactada y que nunca hubo una comunicación del actor, sobre el cese de la tolerancia”.

-En función de ese objeto de controversia fijado, se hará pronunciamiento sobre la admisión o rechazo de prueba.

#### **4.- LA TENTATIVA DE CONCILIACIÓN**

La siguiente actividad de la audiencia de los monitorios y sumarios es “la conciliación”, así a secas, habla el art. 103.3.2. La norma está mal redactada, pues puede que no haya conciliación, por eso en el Proyecto Original hablaba de intento de conciliación.

#### **5.- LA ACLARACIÓN DE LAS PROPOSICIONES DE LAS PARTES, CUANDO A CRITERIO DEL TRIBUNAL SEAN OSCURAS, IMPRECISAS U OMISAS**

La otra diferencia de importancia entre ambas audiencias: la única del monitorio y ambas del ordinario, está referida al tema de la modificación de las pretensiones. Mientras que para el proceso monitorio y sumario se limita a “La aclaración de las proposiciones de las partes, cuando a criterio del tribunal sean oscuras, imprecisas u omisas, cuando con anterioridad se hubiera omitido hacerlo” –art. 102., como vimos, en el proceso ordinario se amplía, injustificadamente, como hemos criticado, a la “ratificación, la aclaración, el ajuste y la subsanación de las proposiciones de las partes, cuando a criterio del tribunal sean oscuras, imprecisas u omisas, cuando con anterioridad se hubiera omitido hacerlo”. Nos parece más adecuada la norma de los monitorios y sumarios, acorde con el principio dispositivo, derecho de defensa, de contradicción y de la congruencia; de manera que en proceso monitorios y sumarios no se permite la ratificación, el ajuste o la subsanación de las pretensiones o la defensa, solo su “aclaración... cuando a criterio del tribunal sean oscuras, imprecisas u omisas”.

Tampoco hay inconveniente con la aplicación de la norma, cuando el objeto sea simplemente “ratificar”, las pretensiones, aunque no tiene ningún sentido, que hubo de ratificar lo que ya exteriorizó y ató la litis con sus posiciones. Pero cuando se trata de

“...el ajuste y la subsanación de las proposiciones de las partes” en los términos que facultan el artículo 102.3.3. NCPC –y los artículos citados para ordinarios, no para monitorios y sumarios -, sí resulta violatorio del derecho de defensa y el debido proceso legal, por ello el juez de la audiencia oral debe rechazar la pretensión del actor o demandado de cambiar los términos de los actos de alegación – demanda o contestación-, en cualquiera de sus elementos –sujeto, objeto, causa, causa *petendi* y pretensión- por contrariar el derecho de defensa, la preclusión y el debido proceso legal -tesis luego seguido por la jurisprudencia TIC N° “91-ZU del 26-01-2017-; además de ser un indicio claro de deslealtad, fraude procesal y violatorio de la estrategia de la defensa de la contraria. Véase que incluso la norma, a diferencia del CPCA no establece el procedimiento para proceder, en caso de que se “ajuste” o “subsane” las pretensiones de las partes.

Por eso, se reitera, el numeral 35.6 NCPC solo permite que “la demanda podrá ser modificada o ampliada en cuanto a las partes, hechos, pretensiones y pruebas, antes de la contestación o de que haya vencido el plazo para contestar.”. Esa norma, tomada del derecho comparado, reconoce una de las teorías que sirven de fundamento a la ampliación de la demanda. La solución normativa se justifica en que, mientras no haya contestado la demanda, no se “traba” formalmente la litis, hasta ese momento, el actor es libre de disponer del objeto e incluso hasta de desistir sin la venia del demandado. Pero una vez que el demandado haya contestado la demanda, es contrario al principio de defensa y lealtad procesal modificarla, en cualquier sentido.

Entonces, en NCPC no ha alterado el principio de la prohibición de modificar los hechos esenciales de las proposiciones de las partes, lo que el art. 102.3.3 permite es la “Ratificación, aclaración, ajuste y subsanación de las proposiciones de las partes,

cuando... oscuras, imprecisas u omisas, cuando con anterioridad se hubiera omitido hacerlo". La norma no permite modificar o alterar los hechos ni las pretensiones, porque el debate quedó precluido con la contestación de demanda. Permitirlo sería afectar los argumentos del demandado que basó su estrategia y argumentación en la demanda, tal y como le fue notificado. Y para el actor, el demandado no podría modificar su contestación o excepciones, por cuanto ya pasó el momento para ello –art. 35.6 NCPC-.

## **6.- LA CONTESTACIÓN DE LAS EXCEPCIONES OPUESTAS, OFRECIMIENTO Y PRESENTACIÓN DE CONTRAPRUEBA**

La siguiente actividad que debe realizarse en la audiencia es la referente a la dialéctica de las excepciones opuestas, se encuentra regulada en el art. 103.3.4 NCPC.

### **a.- Réplica de las excepciones materiales**

Luego de replicadas, y en nuestra opinión resueltas las excepciones procesales –previa evacuación de prueba en cuanto a ellas si la hubiere-, el actor tiene que argumentar para replicar las excepciones de fondo opuestas expresamente y en tiempo por el demandado. Conforme al 37.1 y 37.3, según vimos, el demandado debe fundamentar, aportar u ofrecer prueba de las excepciones materiales que interponga. A esos fundamentos es que debe referirse el actor al replicarlas.

Hay que recordar que las excepciones materiales son ataques a los presupuestos materiales de la pretensión concreta por la inexistencia o no exhaustividad de uno de esos presupuestos de la pretensión procesal esgrimida por el actor.

En el monitorio de desahucio hay que tomar en cuenta que esas excepciones materiales son las del 112.3, a saber “en pago

comprobado por escrito, prescripción, inexistencia de la obligación de pagar la renta y falta de vencimiento del plazo” o bien alguna que sea admisible y que guarde relación con alguna de ellas, por ejemplo, falta de derecho o falta de legitimación, que como dijimos, aunque no estén enumeradas son admisibles, la primera cuando en la demanda falte un presupuesto materia que impida acogerla y la segunda porque refiere a un elemento sustancia de la relación jurídico procesal, cuya inexistencia impide dictar una sentencia desestimatoria –presenta el desahucio quien no es propietario del inmueble y no se trata de una “sustitución” autorizada-.

### **b.- Argumentación de las excepciones procesales y de fondo**

En el sistema derogado la réplica que hacía el actor estaba referida tanto a la contestación de los hechos realizados por el demandado –dúplica-, como a las excepciones de fondo. Hoy la réplica se refiere a los argumentos que expone el actor a las excepciones –procesales o materiales- que hizo el demandado en su contestación de demanda.

Réplica de las excepciones procesales es eso, es el ataque o argumentos contra dichas defensas opuestas por el demandado. El actor no debe referirse a cada contestación de los hechos, sino a la defensa y los fundamentos que expuso el demandado al interponer estas. Hay que recordar que conforme a los artículos 37.2 “Las excepciones procesales y materiales deberán oponerse con la contestación y debidamente razonadas”, que conforme al 37.3, las excepciones procesales “serán rechazadas de plano aquellas que sean evidentemente improcedentes y las que se presenten sin prueba o sin su ofrecimiento, cuando esta sea necesaria”. Con base en esas normas, el actor al replicar las excepciones procesales deberá considerar:

a) En el caso de las excepciones procesales, si en efecto están enumeradas en el art. 37.3 NCPC –incompetencia, litisconsorcio necesario, litispendencia, cláusula arbitral o indebida acumulación de pretensiones-, ya analizadas.

b) En cuanto a las excepciones materiales, para el caso concreto del proceso monitorio de desahucio, hay que ver si es alguna de las tres admisibles, conforme al art. 112.3 recién citado.

c) La argumentación para su ataque debe referirse, en primer lugar, a los elementos jurídicos, fácticos y probatorios de su improcedencia.

d) Empezando con los jurídicos deberá replicar los aspectos normativos que justifiquen su improcedencia, para ello deberá saber la norma jurídica que regula la excepción.

e) Saber, para argumentar, los elementos que configuran la excepción - presupuestos jurídicos- para poder referirse con argumentos fundados, a cada una de ellas. Aquí sí son importante los requisitos del 37.1 y 37.3 que exigen al demandado motivar, razonar y fundar las excepciones, pues el actor deberá en primer lugar acudir a los argumentos que expuso el demandado y luego acudir a la contestación de los hechos si ayudan en su tesis.

f) Las excepciones, especialmente las procesales, si bien son de carácter formal, están vinculadas a aspectos fácticos, enunciados en la demanda o contestación, de manera que si se alega una litispendencia o indebida acumulación, fácticamente el actor debe exponer y argumentar porqué la excepción es improcedente

g) Y en cuanto a la prueba, en su exposición o argumentación, el actor deberá enlazar los argumentos –hechos jurídicos- y luego de estos, exponer, argumentando la prueba que sirve de base para afrontar la excepción y justifica su rechazo.

h) Deberá ofrecer y justificar su procedencia; de la procedencia de prueba adicional que justifique sea admitida. Se refiere a la prueba

de declaración –testimonial o declaración de parte-, pues la documental ya está incorporada y podrá hacer uso de ella en su argumentación, salvo que sea documental, que llevó consigo a la audiencia oral, que ofrecerá al inicio de su exposición.

### **c.- Contraprueba de las excepciones**

Replicadas las excepciones –primero las procesales-, con argumentos fácticos y jurídicos, el propio actor ofrecerá prueba para atacar las excepciones opuestas por el demandado –tanto las procesales como las materiales-. Puede hacerlo al inicio de la exposición de su defensa o al concluir la argumentación o réplica de las excepciones procesal; se resuelven estas y, si se pasa al examen de las excepciones materiales, deberá ofrecerlas al inicio o al concluir la réplica de las excepciones de fondo. En muchas ocasiones el propio juez indica el momento para hacerlo. Pero si por olvido no lo hace, es conveniente tener presente que estos son los únicos dos momentos de ofrecerla: al inicio de la exposición de la réplica a ellas o al finalizar de replicar ambas o cada tipo de excepción.

La frase “el ofrecimiento y la presentación de contraprueba” de la norma, está referida al hecho de que el actor, al fundamentar su oposición a las excepciones opuestas por el demandado, debe presentar al juez -debió llevar consigo y ofrecer, cuando es de declaración o aportar, cuando es documental- en el mismo acto, las pruebas que servirán de fundamento para atacar tales excepciones –procesales y materiales-. Si no se ofrecen dichas probanzas que fundamentan las excepciones o no se llevan consigo a la audiencia, el juez las rechazará por extemporáneas.

## **7.- RECEPCIÓN, ADMISIÓN Y PRÁCTICA DE PRUEBA SOBRE LAS ALEGACIONES DE ACTIVIDAD PROCESAL DEFECTUOSA, LOS VICIOS DE PROCEDIMIENTO EN LA AUDIENCIA Y LAS EXCEPCIONES PROCESALES**

Replicadas oralmente las excepciones por el actor, el juez resolverá en la audiencia oral única sobre la admisión de prueba para la réplica y decisión de las excepciones procesales, actividad defectuosa o vicios de procedimiento, no resueltos anteriormente. Haciendo pronunciamiento oral admitirá y rechazará la prueba, a fin de resolver esas cuestiones procesales previas.

Con base en esta norma es que justificamos que conviene primero discutir y resolver el tema de excepciones procesales, de actividad defectuosa o cualquier otra cuestión procesal previa que impida el desarrollo de la audiencia. Expuestos los argumentos por el actor, para replicar las excepciones procesal y ofrecida por él la prueba que fundamenta sus tesis, el tribunal debe pronunciarse primero sobre la prueba de declaración que admite y la que rechaza, para resolver tales cuestiones procesales. Se refiere a prueba testimonial, declaración de parte o documental que lleve consigo el actor y ofrezca en el acto, no a la documental que ya conste, en el proceso pues esa se tiene por incorporada de pleno, pues se valora en sentencia.

El juez solo admitirá la prueba pertinente, útil, admisible, necesaria y conducente, en los términos ya analizados, exigidos en la norma, como presupuesto de admisibilidad, en general de la prueba permitida y dispondrá todas las medidas necesarias para diligenciamiento y dictará cualquier otra decisión necesaria sobre dichas pruebas. Rechazará la prueba que no cumpla con esas condiciones. La prueba para tales actos procesales previos se evacuará en el mismo momento.

Los términos “recepción” y “práctica de prueba pertinente” que contiene la norma, son en realidad un mismo fenómeno. Los dos actos que sí son separables son la admisión y práctica de las pruebas, que el juez considere pertinentes, para la resolución de las excepciones opuestas, todo lo cual deberá hacerse en la misma audiencia.

Consecuencia de esta actividad del programa de la audiencia oral única y por la forma concentrada de la audiencia, es que el actor podrá ofrecer ahí la prueba de interrogatorio de la parte y, si la parte no está presente, se tendrá por ciertas las preguntas formuladas en su ausencia, de manera que al ser obligación de la parte concurrir, si no lo hace, asume las consecuencias de su declaración ficta, en rebeldía - art. 42.2 NCPC-. Debe tomarse en cuenta que la parte no está obligada a asistir a la audiencia si lo hace su abogado con facultades suficientes para conciliar, pero como puede ser ofrecida su declaración, advertido por la ley que se puede evacuar su interrogatorio, su inasistencia produce la consecuencia apuntada de la declaración de parte ficta –antes confesión ficta-, en caso de que se ofrezca su declaración, tanto para las excepciones procesales como prueba de fondo.

## **8.- RESOLUCIÓN DE ACTIVIDAD PROCESAL DEFECTUOSA, EXCEPCIONES PROCESALES Y SANEAMIENTO**

Con el sistema anterior, las excepciones previas, si no había incidentes de previo pronunciamiento, eran la siguiente fase y resolución del proceso, luego de que el demandado contestara la demanda. Primero el juez daba audiencia al actor de las excepciones procesales y debía resolverse prioritariamente la excepción de incompetencia, la cual tenía apelación, incluso eventual “conflicto de competencia” ante la Sala Primera de la Corte Suprema. Una vez resulta la incompetencia, con apelación y conflicto de competencia

incluido, venía una nueva audiencia y resolución de otras excepciones previas, que en muchos casos se resolvían de manera individual, una a una, como el litisconsorcio pasivo necesario o la falta de capacidad. Esas excepciones a su vez eran apelables. Así el proceso era un ir y venir, de resoluciones y apelaciones, una verdadera “procesión” procesal, donde no se podía avanzar, hasta tanto no se agotara la anterior resolución de tal o cual resolución previa privilegiada, el proceso “iba de vacaciones”, tiempo durante el cual no se podía “trabajar” en el expediente. Por supuesto que si en cada excepción o si para todas, cuando uno tenía suerte de que se resolvieran juntas, se había ofrecido prueba para ellas, antes del dictado del fallo de excepciones previas, tenía que evacuarse esa prueba; con posibilidad, en algunos casos, de que el rechazo de esas pruebas de excepciones previas, admitían recurso de apelación.

En un sistema por audiencias orales, dichosamente se supera ese “desesperante” modelo procesal, y evacuadas las pruebas, en la misma audiencia en que se ofrecieron, admitieron y evacuaron; el juez resuelve primero, como dice la norma, “sobre alegaciones de actividad procesal defectuosa, excepciones procesales y saneamiento”, incluye incidentes pendientes de resolver al señalarse la audiencia –art. 113.2- o incidentes que se formulen en audiencia – art. 114.1 NCP-. El Tribunal las irá resolviendo, una a una, pero todas, de manera oral, dando las razones jurídicas y fácticas por las que la admite o rechaza –art. 103.3.6 NCP -.

Solo si se acoge una excepción procesal que haga imposible la continuación del proceso o porque se afecte la válida constitución de la relación procesal, no resolverá las subsiguientes; pues si la alegación de actividad defectuosa o la excepción procesal no es subsanable en el acto o en plazo concreto que se otorgue y, con ello, la relación procesal se ve afectada, hasta ahí habrá llegado la

audiencia, -tales como una incompetencia no resuelta antes, la existencia de un litisconsorcio necesario o cláusula arbitral estimatoria-.

Por el contrario si las “alegaciones de actividad procesal defectuosa, excepciones procesales y de saneamiento”, se van rechazando –se declaran sin lugar-, el juez debe ir conociendo y pronunciándose una a una; si todas esas alegaciones fueron rechazadas, en resolución oral, se hayan o no interpuesto recursos de apelación diferidos contra lo así resuelto, el juez continuará con las siguientes etapas o actividades de la audiencia oral y el demandado perdedor de las excepciones procesales o actividad procesal defectuosa, si impugnó lo resuelto, deberá alegarlo y expresar agravios al impugnar la sentencia definitiva, mediante la apelación diferida, según se verá.

Hay que recordar que lo único que se van resolviendo en audiencia, oralmente, son las excepciones procesales, puesto que las excepciones materiales o de fondo, si bien son replicadas en audiencia, se resuelven hasta en sentencia –art. 61.2.3 NCPC-.

## **9.- DEFINICIÓN DE LA CUANTÍA DEL PROCESO**

Como el incidente de objeción a la cuantía se eliminó del NCPC, que también producía la paralización por meses del principal, pues hasta que no se definiera en firme no podía iniciarse la fase probatoria; ahora la cuantía se objeta en la contestación de la demanda y se resuelve como un acto más en la audiencia de la audiencia oral única en los monitorios y sumarios . Ya vimos que en la misma contestación de la demanda, dentro de los cinco días conferidos en la resolución intimatoria, el demandado deberá objetar la cuantía o estimación dada por el actor a su demanda. El actor a quien se le ha objetado la estimación que ha hecho de su demanda,

replicará la objeción dada por el demandado en su contestación y de inmediato el juez resolverá –hoy sin recurso de apelación- fijando la cuantía del proceso. Dice el art. 37.1 NCPC “El demandado deberá contestar la demanda por escrito... también, manifestará con claridad su posición en cuanto a la pretensión y su estimación...”. De manera que es este el momento en que se replica esa objeción a la cuantía y se resuelve en firme por el juez.

## **10.- FIJACIÓN DE LO QUE SERÁ OBJETO DEL DEBATE –EL *THEMA DECIDENDI*–**

Resueltas las alegaciones de actividad procesal defectuosa, excepciones procesales y saneado el proceso, en caso de vicios que pudieran provocar actividad defectuosa, asimismo resueltos los recursos orales interpuestos contra las resoluciones que dictó el juez; el siguiente acto o actividad de la audiencia oral de los monitorios y sumarios, de seguido, es la fijación, por parte del juez, “de lo que será objeto del debate”, conocido como el “*thema decidendi*” –pues las excepciones materiales como dijimos se resuelven en sentencia, art. 61.2.3-.

La norma anterior, en su inciso “a” habló del “objeto del proceso”; ahora nos habla de “fijación de lo que será objeto de debate”; el primero es la explicación de lo que se debatirá; el segundo la prueba que será objeto de controversia. Esta constituye una etapa necesaria para delimitar el tema de discusión –*thema decidendi*- y los extremos fácticos han de ser objeto de prueba –*thema probandi*-.

En el momento inicial de interposición de una demanda y su contestación, las partes definen el *thema decidendum* en virtud de su *animus petendi*, y durante el desarrollo del proceso se libra una “batalla” para que cada parte logre convencer al juez de su “tesis”, demostrar los elementos fácticos favorables a sus pretensiones y con

ello delimitar *su* tema *decidendi*; este postulado coincide con el tema *probandum* necesario, que en el fondo es el conjunto de hechos o actos materiales o psíquicos que sirven de presupuesto a las normas jurídicas aplicables en el caso concreto, teniendo en cuenta la pretensión que se ejerce o las defensas que se oponen.

De manera que la “fijación de lo que será objeto del debate” al que se refiere la norma, se trata sin más de un examen y fijación “preliminar” en los que juez ha delimitado o “marcado” la “cancha” del debate o partido del proceso. Es lo que finalmente se va a debatir, probar y juzgar. El juez indicará oralmente el punto central del debate o los medulares en torno al cual girarán únicamente los actos subsiguientes de las partes, esto permitirá, al haberlo delimitado, que tanto las alegaciones, las pruebas que llegue a admitir, las preguntas en los interrogatorios, los recursos, el debate y conclusiones, no se salgan de ese camino trazado; pero especialmente trazará el camino de las pruebas que de inmediato admitirá y marcará la línea del interrogatorio y pruebas permitidas, en la parte del debate oral de las pruebas. Esta fase es el efecto más importante de fijar el objeto de la demanda, pues la prueba se guiará por las reglas de la pertinencia, utilidad, admisibilidad y el objeto del proceso, según se analizó al estudiar este elemento.

## **11.- ADMISIÓN DE PRUEBAS**

Delimitado el objeto del debate, que deriva entre otros del objeto del proceso y de los fundamentos y causa *petendi* de la demanda y de la contestación, el acto siguiente es la admisión de la prueba o *thema probandum*.

### **a.- Resolución oral sobre admisión de las pruebas**

El proceso, como medio instrumental para la aplicación del derecho objetivo, se va a encargar de dar al Juzgador el método de

verificación o comprobación de esos hechos, a través de la actividad probatoria de este y de las partes. Si afirmamos que el fin de la actividad probatoria es el esclarecimiento de los hechos jurídicos debatidos, podemos decir que eso es entonces el objeto de la prueba. Se le identifica como *thema probandum*, que “comprende en general los hechos que deben ser materia de prueba, sin tomar en cuenta a quién corresponde suministrarla, y segundo, porque se refiere a ciertos y determinados hechos -los que en cada proceso debe probarse-”.

Debe tomarse en cuenta que no son todos los hechos relatados en el cuadro fáctico expuesto los que deben ser probados, sino, únicamente los que son controvertidos entre las partes. Esta limitación abarca, a su vez, los poderes-deberes del Juez en cuanto a su iniciativa probatoria, para determinar a priori cual prueba es útil y pertinente para el objeto del debate cuyos parámetros ha delimitado. Por ello, se debe tener como “objeto de la prueba son los hechos. La acepción de hechos, como objeto de la actividad probatoria en una investigación judicial o de un litigio, es de cosas que suceden, como son de alguna importancia en la discusión o el litigio”.

### **b.- El *thema probandum***

El *thema probandum* proporciona al juez de los *datos procesales* para llegar a la verdad del proceso y darle una solución ajustada a Derecho. El *thema probandum* es el conjunto de elementos fácticos de interés para un proceso determinado. Consiste en los hechos que en el proceso las partes deben acreditar, de acuerdo a su carga del deber de probar (*onus probandi*) y el factor de admisibilidad de los medios de pruebas en el desarrollo de la prueba, en términos de relevancia. Recordemos que un medio de prueba irrelevante es aquel que versa sobre un hecho que no tiene interés o injerencia fáctica o legal sobre el objeto litigioso, es decir, no forma parte del tema *probandum*.

La labor intelectual del Juez, a la hora del análisis de compatibilidad o no compatibilidad del tema *decidendum* o alegatos fácticos de las partes, con el tema *probandum* se centra en el objeto del proceso y el objeto de demanda o debate delimitado por el propio juez, realizado a la luz del contradictorio y demás principios procesales que conforman el debido proceso.

Consecuencia de lo anterior es la aplicación de las reglas sobre idoneidad, conducencia o utilidad de la prueba, según el cual solo son admisibles aquellas pruebas que por sí mismas o por su contenido sean consecuentes con el objeto que se quiere demostrar; esto es, relación lógica o jurídica entre el medio y el hecho por probar. Estas reglas se encuentran consagradas en el artículo 41.3 NCPC, el cual dispone: “Serán admisibles las pruebas que tengan relación directa con los hechos y la pretensión, siempre que sean controvertidos. Se rechazará la prueba que se refiera a hechos admitidos expresamente o que deban tenerse como tales conforme a la ley, amparados a una presunción absoluta, evidentes o notorios, así como la impertinente, excesiva, inconducente o ilegal. En una misma resolución el tribunal indicará la prueba admitida y la que rechaza”.

De acuerdo con este artículo 41.3 NCPC es el momento para que pueda “proponer a las partes la incorporación de otras no ofrecidas e incluso ordenarlas de oficio” y para que las partes, excepcionalmente, si fuera indispensable y dando razones fundadas se podrán ordenar otras pruebas para comprobar o aclarar hechos relevantes, respetando los principios de contradicción y de concentración.

A diferencia del sistema derogado, la admisión y rechazo de prueba se hace en la audiencia oral única en monitorios y sumarios – o en la preliminar en los ordinarios-, de manera que no hay que dictar una resolución escrita previa que admita o rechace la prueba, tal

pronunciamiento lo hará el tribunal en la audiencia oral, previa delimitación del objeto de debate –*onus probandi*–.

Como se ve, el juez tiene amplio poder para admitir o rechazar todo tipo de prueba que la ley procesal o de fondo permitan, siempre que sea conducente, pertinente, útil, guarde relación con el objeto de controversia y por ello solo recibirá la que sea de evidente influencia en la resolución de la controversia. Rige, por lo tanto, el principio objetivo o de necesidad, y no el principio subjetivo o de petición concorde o aislada de las partes.

En caso de que se admita prueba pericial, se nombrará de una vez al experto, se fijarán sus honorarios y se advertirá al perito que el peritaje “deberá presentarse al menos cinco días antes de la audiencia de práctica de pruebas” –art. 44.3 párrafo 2º y 103.3 para monitorios y sumarios -. Por eso, cuando hay este medio de prueba, se debe nombrar antes de señalar para la audiencia oral única.

Al estudiar los medios de prueba admisibles, hemos analizado los caracteres de impertinencia e inconducencia, como supuestos de prueba inadmisibles.

## **12.- MODIFICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES**

Conforme a los artículos 94 al 96 NCPC, sobre medidas cautelares, el trámite de oposición, audiencia y recursivo, en materia de cautelares. Como regla general, antes de la adopción de una medida cautelar se dará intervención a la parte contraria. Para tal efecto, recibida la solicitud, se convocará a las partes a una audiencia oral que se celebrará a la mayor brevedad posible, de manera preferencial. En la audiencia se oírán a las partes y se admitirá y practicará la prueba que sea necesaria. Conforme al art. 96 NCPC también, podrán decretarse, provisionalmente, sin previa audiencia,

otras medidas cautelares, cuando el solicitante lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la realización de audiencia puede comprometer su finalidad. La resolución que ordene provisionalmente la medida cautelar sin audiencia no tendrá recurso alguno. Notificado el afectado, respecto de la adopción de la medida, podrá oponerse en el plazo de tres días; solicitar, de forma justificada, su levantamiento o modificación y ofrecer la prueba pertinente. La falta de oposición implicará conformidad con la medida.

Si se formula oposición, se convocará a las partes a una audiencia oral por celebrarse a la mayor brevedad posible, en esta se decidirá si las medidas provisionales se mantienen, se modifican o se levantan. Es aquí donde opera la subsunción de esta audiencia de oposición de cautelares en la audiencia oral única de los monitorios y sumarios. Pues si dicha audiencia no se celebró o la medida cautelar fue tomada en el curso de proceso –no previa-, en virtud del principio de concentración de las audiencias –arts. 2.8 y 50.3 NCPC-, es en la audiencia oral única que se debatirá y aportará prueba para resolver sobre la “suspensión, la cancelación o la modificación de medidas cautelares, cuando exista solicitud pendiente”.

### **13.- EVACUACIÓN ORAL Y PÚBLICA DE LAS PRUEBAS**

Las pruebas admitidas previamente –dos pasos antes- se evacuarán en el juicio oral único de monitorios y sumarios. Para tales fines, deberán seguirse las reglas ya analizadas de las audiencias orales, según el art. 50 y 41.4.2 sobre la forma y reglas de evacuación de las pruebas orales, en la forma que se analizará para el dictado de sentencias en monitorios y sumarios. Deberá tenerse al menos las presentes reglas:

a) El tribunal dirigirá las audiencias según los poderes y deberes que le confiere la ley;

**b)** Verificará y consignará al inicio de cada audiencia la hora, la fecha, la naturaleza de la audiencia, la identificación de las partes, los testigos y demás auxiliares que comparezcan a ella;

**c)** Hará las advertencias legales que correspondan;

**d)** Juramentará a testigos, declarantes o peritos,

**e)** Evitará la formulación de preguntas impertinentes;

**f)** Evitará la lectura innecesaria de textos y documentos –art. 50.4, salvo el caso de prueba trasladada que facultativamente se puede ordenar la lectura en casos especiales –art. 41.4.9;

**g)** Respetará el orden en la práctica de las pruebas: reconocimiento judicial, declaración de partes, declaración de peritos e interrogatorio de testigos, salvo que, por causa justificada, se alterará el orden indicado;

**h)** Los interrogatorios serán orales y directo;

**i)** La parte formulará las preguntas al declarante sin intermediación del tribunal;

**j)** Las preguntas serán claras y precisas;

**k)** No se referirán a más de un hecho;

**l)** No incluirán valoraciones, ni calificaciones, excepto la de peritos y testigos técnicos;

**m)** El tribunal rechazará las preguntas y declaraciones que no guarden relación directa con los hechos controvertidos;

**n)** Primero preguntará el proponente de la prueba, luego la contraria, finalmente el tribunal;

**o)** La prueba no practicada por culpa de la parte proponente, se tendrá por inevaluable, sin necesidad de resolución expresa;

**p)** Si en la audiencia de prueba no comparece una de las partes, se practicará la prueba de la que asista –art. 50.2.3 NCPC-;

**q)** No se practicará la prueba ofrecida por la parte que no se presente, salvo que la parte contraria manifieste interés en ella o el tribunal la considere indispensable;

r) Si no comparece ninguna de las partes, se dictará sentencia inmediatamente, si fuera posible, de acuerdo con lo que consta en el expediente –art. 50.2.3 NCPC-;

s) Evitará la comunicación entre testigos y declarantes de una misma línea:

t) Cuando a una parte la asista más de un abogado, solo podrá intervenir uno por declarante –art. 50.4 y 20.2;

u) En las demás actividades que no tenga que ver con declaraciones, entre los abogados decidirán a cuál corresponderá actuar –art. 50.4 y 20.2 NCPC-;

v) Moderará para que las oposiciones sean breves y referidas al punto concreto y los abogados no podrán insinuar la respuesta en las discusiones;

x) Las oposiciones las resolverá oralmente;

z) En caso de oposición a preguntas, no será necesario retirar al declarante, salvo casos muy calificado.

#### **14.- CONCLUSIONES DE LAS PARTES**

Diversas definiciones se han dado al instituto del alegato de conclusiones. Para Couture es donde las partes “exponen las razones de hecho y de derecho que abonan sus recíprocas pretensiones”. Pallares, usando como fuente a Caravantes, la define como, donde “cada parte insiste en sus pretensiones, haciendo las reflexiones y deducciones que suministran a su favor las pruebas, impugnando con conocimiento de causa todas aquellas en que apoya al adversario su intención, y (sic.) esforzándose cuanto pueda para demostrar la verdad de su asertos y justicia de su derecho”. En criterio de Said “los alegatos son actos procesales de los llamados de obtención de una resolución, al ser actos de convencimiento de actuaciones que se ligan íntimamente con el principio de fundamentación, que a lo largo del proceso impregnan diferentes actividades”. Para Palacio es el “acto

mediante el cual cada una de las partes expone al órgano judicial... las conclusiones que les sugieren las pruebas producidas... enunciación de alegaciones críticas". Alsina dice que es donde "las partes examinan la prueba rendida con relación a los hechos afirmados en la demanda y contestación, para demostrar exactitud o inexactitud.

En nuestro criterio, las "conclusiones" es la etapa procesal en la que, una vez evacuada toda la prueba, la parte ve el caso y pretende su resultado; y mediante el cual las partes examinan, sintetizan, recapitulan para el juez, quien debe decidir, cuáles hechos relevantes fueron probados, cuáles no, la procedencia, la fundamentación fáctica y adecuación normativa de sus pretensiones o defensas; así como una crítica a los argumentos –fácticos, probatorios y de fundamentación- de la parte contraria, con la finalidad de obtener, por un lado, una respuesta positiva a sus argumentos en el futuro laudo; y por otro lado, por qué deben rechazarse las pretensiones u oposición de la parte contraria.

#### **a.- Momento para realizarla**

Conforme al art. 103.3.1 NCPC –para monitorios y sumarios -, vencido el plazo para evacuar la prueba ofrecida por las partes, o bien, la admitida de oficio; se debe otorgar a las partes, obligadamente un plazo para que formulen conclusiones. Este se da antes del período inmediato anterior a la fase decisoria. Por supuesto si conferida o señalada la audiencia de conclusiones, la parte no las formula, alegando incluso nulidades pendientes, se entiende que renuncia a esa etapa del proceso.

#### **b.- Forma de hacer las conclusiones y definición**

Ninguna norma dice cómo se realizan las conclusiones orales en un sistema por audiencias. Las únicas reglas generales aplicables

serían las del artículo 50.4 sobre la dirección de las audiencias orales, “lectura innecesaria de textos y documentos; moderará el debate evitando divagaciones impertinentes sin coartar el derecho de defensa; retirará el uso de la palabra o le ordenará el abandono del recinto a quien no siga sus instrucciones; mantendrá el orden y velará por que se guarde el respeto y la consideración debidos, usando para ello las potestades de corrección y disciplina que le confiere la ley”.

Ante la ausencia de norma, el tribunal conferirá un plazo prudencial a las partes, que, atendiendo la complejidad o extensión del proceso deberá ser entre 15 y 45 minutos. También deberá advertir que debe referirse al caso concreto, que no puede leerlas, que no podrá hacer ataques personales a la contraparte o al tribunal, deberá guardar el respeto y el decoro con ambos y los asistentes.

En cumplimiento del principio de inmediación y de identidad física del tribunal, se debe hacer ante el tribunal unipersonal –para monitorios y sumarios - que dirigió la audiencia única y que deberá dictar la sentencia (SIC N° 0488-F-S1 del 19-04-2012, para materia contenciosa).

La forma de hacer las conclusiones es sin duda la oral, porque estamos en un proceso regido por la oralidad y la inmediación, donde la palabra hablada es la forma de comunicación, la regla –art. 2.7 NCPC. De ahí que resulte inadmisibles la técnica utilizada por algunos litigantes -en el arbitraje y el contencioso administrativo-, de leer sus conclusiones, volviendo a un sistema escrito o verbalizando la oralidad. En efecto, en los sistemas regidos por la oralidad, las conclusiones se formulan de esa manera, por eso se le llama alegatos finales –como el 356 CPP- o simplemente conclusiones –según lo llaman la NCPC y CPCA-, eso impregna inmediación, concentración y celeridad al proceso; sobre todo, en esta materia, si es presentada en

forma inmediata a la terminación de la evacuación de la última prueba.

En esta audiencia de conclusiones no se pueden formular nuevas pretensiones ni ampliar las existentes, tampoco es admisible prueba nueva, porque sería crear un mecanismo de ampliación de las pretensiones en contra del principio general, según el cual, una vez trabada la litis no se pueden ampliar las pretensiones de la demanda.

La práctica ha enseñado que a través de ella se hace una conclusión sobre las razones fácticas objeto de discusión, los hechos relevantes que a criterio de la parte se demostraron o no se demostraron. Seguido de un análisis de las conclusiones jurídicas -con doctrina y jurisprudencia- que justifica que se acoja la pretensión formulada o su rechazo, esto es la adecuación fáctica a la pretensión y la adecuación de esta a la normativa aplicable. Es recomendable que vaya acompañado de una indicación de los elementos de prueba evacuados que fundamenten y demuestren la conclusión lograda por las partes -con indicación de los folios donde consta la prueba que sirve de respaldo o el nombre del testigo o declarante-.

### **c.- La técnica de las conclusiones orales**

La lealtad exige que las pretensiones y defensas se formulen en el momento procesal oportuno –art. 35 y 37 NCPC- y que las conclusiones sean en consecuencia, un examen de la prueba, la relación fáctica y los jurídicos de la pretensión de las partes, para orientar al tribunal, quien podrá sacar de ellos sus propias conclusiones. La utilidad de las conclusiones se observa con solo considerar que, en ellos, el tribunal encuentra recapitulados en forma sintética y metódica, en los hechos en que las partes fundan sus pretensiones, la prueba que a cada uno de ellos se refiere, la

jurisprudencia, la doctrina y el análisis normativo para fundamentar la admisión de nuestra tesis.

Sin duda, un buen alegato, es un proyecto de sentencia, de allí su importancia, para convencernos de nuestra tesis y tratar de persuadir y “encausar” la decisión del tribunal, a un sentido más coherente y precedente en la decisión. Por otro lado, es un camino que facilita al tribunal la labor de exploración y ubicación del material probatorio, pues si el tribunal se formó un criterio de cómo resolver el caso, le será más fácil guiarse de la mano de las conclusiones, para tener por demostrado o no tal o cual hecho o la fundamentación de tal o cual argumentación. También puede constituir un proyecto de sentencia, porque facilita al tribunal la ubicación de la jurisprudencia o los principios jurídicos, que puedan servir de base a la decisión. El tribunal verificará o constatará su actualización y por supuesto la aplicación al caso, pero al menos, la parte inicial de búsqueda y exploración se le habrá facilitado al tribunal.

En nuestro criterio, las conclusiones deben estructurarse sobre el siguiente esquema:

**a)** Una síntesis de los aspectos fácticos relevantes objeto de discusión. Este aspecto comprende solo de los hechos relevantes que a criterio de la parte se demostraron o no se demostraron, como se dijo, una especie de un proyecto de sentencia, por lo que a ellos debe limitarse el análisis de los hechos en las conclusiones,

**b)** Seguido de un análisis de las conclusiones jurídicas -con doctrina y jurisprudencia muy concretas- que justifica que se acoja la pretensión formulada o su rechazo, esto es la adecuación fáctica a la pretensión y la adecuación de esta a la normativa aplicable,

**c)** Es recomendable que vaya acompañado de una indicación de los elementos de prueba evacuados que fundamenten y demuestren

la conclusión lograda por las partes -con indicación del tipo de prueba y los folios donde consta la prueba que sirve de respaldo o el nombre del declarante si fue en audiencia.

d) Las razones para rechazar los argumentos de la parte contraria, la improcedencia de la demanda o las defensas,

e) Una síntesis, que supone una revisión de los hechos y pruebas relevantes evacuadas y aportadas, ordenándolos críticamente, de manera que se debe eliminar los elementos superfluos, las contradicciones y tratando especialmente de que dicho material termine ocupando el “menor espacio” posible,

f) En general el alegato de conclusiones debe ser breve, preciso y veraz, no ocultar la verdad o tratar de engañar al tribunal al aducirlas con temeridad. En cuanto precisas, son sabias las palabras de Calamandrei cuando enseñaba que “el abogado debe saber sugerir al juez tan discretamente los argumentos para darle la razón, que le deje en la convicción de que los ha encontrado por sí mismo”.

En cuanto al tiempo, debe ser prudencial, tomando en cuenta la complejidad del caso. Ni tan poco que solo permite el suspiro del arranque ni tanto que se vuelva tedioso y reiterativo de lo que se comprueba y alega por otros medios -las pruebas-. En cuanto verdaderas, enseñan Ángel Osorio el “abogado está que en lo blanco deslumbre como blanco y lo negro ensombrezca como negro, somos voces de la verdad no del engaño” y Calamandrei que señalaba “la probidad es la primera virtud del defensor, en el sentido de que no debe nunca afirmar ante el juez a sabiendas, nada contrario a la verdad”.

## 15.- DELIBERACIÓN DEL TRIBUNAL

Finalizada las conclusiones por las partes, el siguiente acto de la audiencia oral en los monitorios y sumarios es la “deliberación” secreta del tribunal –art. 50.6 NCPC-. Basados en los principios de concentración y de inmediación, de un proceso oral por audiencias, las sentencias deben ser dictadas en un plazo muy corto, contado a partir de que se formularon conclusiones. De ser posible se emitirá oralmente en ese acto. Para tal efecto, el juez podrá ordenar un receso.

Cuando no sea posible emitirla en el acto oralmente, se dictará por escrito dentro de los cinco días siguientes. En procesos muy complejos lo que se informará a las partes se dictará por escrito, dentro del plazo de quince días” –ibidem-. Cuando se trate de la sentencia deberá constituirse en la audiencia al menos un juez del tribunal –art. 50.6 NCPC-. Ambos plazos –cinco y quince días- son perentorios, no acceleratorios, su vulneración acarrea una infracción a los principios de inmediación, concentración y del sistema de oralidad, tan esencial que se produce la nulidad de la sentencia, en caso de que se dicte fuera de dicho plazo.

Deliberar es “pensar” primero la sentencia, decidirla, para luego exteriorizarla. Deliberar aquí entendida es meditar, decidir, “madurar”, reflexionar, analizar y estudiar una solución al caso concreto sometido al juez. La deliberación existe tanto en el sistema escrito como el oral. La diferencia está en que, en el sistema escrito, el juez le puede dar más pensamiento, poniendo y anteponiendo ideas, cuestionando e incluso contrariando tesis y sus propias ideas. En el sistema oral, la fase de deliberación es más rápida, ocupa el espacio de los pensamientos inmediatos, pues el juez debe observar y reflexionar principalmente sobre lo que ha visto, oído o palpado en el debate que recién concluye.

Como los procesos monitorios y sumarios el juez de primera instancia es unipersonal -sea de mayor o menor cuantía-, formalmente no se da lo que se conoce como “deliberación” con otros compañeros del tribunal, sino que el juez unipersonal en estos procesos piensa, razona, prepara y elabora en su fuero interno la sentencia, luego la plasma de manera oral y finalmente de manera escrita necesariamente, que es la que debe notificar formalmente a las partes.

Aun sin entrar en vigencia el NCPC se ha originado dos posiciones antagónicas: una posición que sostiene que ese plazo para el dictado de las sentencias no es perentorio y que por ello se puede interrumpir o suspender, por lo que su incumplimiento no origina, como en materia contenciosa y penal, la nulidad de la sentencia. Una segunda posición, que compartimos, es que sí se trata de un plazo perentorio y esencial y por ello su incumplimiento podría originar la nulidad de la sentencia. Como hemos señalado el derecho procesal es de orden público y por ello tanto partes como el juez deben acatarlo obligatoriamente. Por otra parte, los plazos judiciales, salvo norma en contrario se presumen perentorios. Finalmente, es contrario a la oralidad, la concentración y la inmediación, que la sentencia no se dicte en un plazo predeterminado por ley y corto, pues atentaría contra el sistema y la profunda preocupación por hacer concentrado y céleres los procesos el que el plazo no sea corto, cercanos y predeterminado por ley, esto además por razones de seguridad jurídica y hasta por un tema cultural, pues si el plazo no es esencial, perentorio y no se establece como causal de nulidad del fallo extemporáneo, bien sea en casación o apelación. La tesis contraria provoca un retroceso al sistema. La oralidad, la inmediación y la concentración, es para todos los actos y sujetos que participan, por eso hemos dicho que la transversalidad de la reforma implica el impacto

que tiene un principio o instituto en el resto del sistema y no puede decirse que uno actos se rijan por una regla y otros por otra regla, ante la ausencia de una solución expresa.

## **CAPÍTULO VII**

### **OTRAS CUESTIONES PROCESALES EN EL MONITORIO Y EL SUMARIO**

El proceso monitorio de desahucio lleva aparejado una serie de cuestiones procesales previas, durante o posteriores a la firmeza de la sentencia; a tales aspectos se refiere este capítulo.

#### **1.- RETENCIÓN PREVENTIVA DE BIENES**

Referente al monitorio de desahucio señala el art. 112.2 NCPC que “Admitida la demanda, se ordenará el desalojo. En la misma resolución inicial se ordenará, a solicitud de parte, la retención preventiva de bienes del demandado”, algo similar contemplaba el art. 2 LMAD.

Por su parte el art. 104.6, referente al sumario de desahucio, establece que “Firme la sentencia que declare con lugar el desahucio, el actor podrá gestionar por la vía incidental que se condene al demandado a pagarle las cuotas de arrendamiento no satisfechas y los servicios y otros gastos inherentes al vínculo arrendaticio que el inquilino no hubiera cubierto. Para garantizar el pago, desde el inicio del proceso incidental el actor podrá solicitar que se realice un inventario de bienes en el inmueble arrendado y con base en este indicará cuáles deben mantenerse en ese lugar como garantía. Mientras no se satisfaga la obligación, el actor podrá ejercer derecho de retención sobre ellos, de acuerdo con lo que establece la Ley General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos y el CCI” –que reitera lo que ya establecía el art. 10 LMAD-

## a.- Concepto de derecho de retención

Señalan Diez Picazo y Antonio Gullón que el derecho de retención es la facultad otorgada por la ley al obligado a la entrega o restitución de una cosa, para retardar su cumplimiento, detentándola en tanto no se le satisfaga el crédito que tiene contra el acreedor a esa restitución o entrega. Este crédito del retentor, según los supuestos legales del CCi, no tiene siempre un mismo origen. Unas veces obedece a gastos hechos en la misma cosa o por perjuicios que su tenencia haya podido causar; otras veces nace del desenvolvimiento de una actividad en favor del acreedor de restitución como consecuencia de una relación jurídica que le liga con él, de la que proviene la tenencia de la cosa sobre la que aquella actividad ha recaído en última instancia y, en fin, hay casos en los que la retención se concede simplemente como garantía para el cobro de un crédito.

Si bien la doctrina dominante no acepta que el derecho de retención sea un derecho real, por carecer del *ius preferendi*, *ius distraendi* e *ius perseguendi*, y por no ser propiamente un *ius in re*, sino un derecho accesorio del crédito que lo motiva; sí se le confieren ciertos efectos reales como su oponibilidad a ciertos terceros, como los sucesores a título particular del deudor originario, lo mismo que contra sus acreedores. La Sala Primera ha señalado “el derecho de retención constituye una garantía de cumplimiento de las obligaciones la cual permite al acreedor a mantener la posesión de un bien, que no es de su propiedad, como medio de coacción para el pago de una obligación jurídica, siempre y cuando la ley lo autorice expresamente. En el caso de la resolución contractual, el artículo 692 del Código recién citado, único que regula la resolución por incumplimiento contractual, no contempla esa garantía” (SIC N° 0747-F-2004 del 10-09-2004).

## **b.- Contenido del derecho de retención**

El incumplimiento de las obligaciones del arrendatario que den lugar a un proceso de desahucio –por cualquier motivo- origina a favor del arrendador el nacimiento de dos pretensiones: una de carácter posesoria para recuperar la posesión mediante la restitución del inmueble y el consecuente lanzamiento del arrendatario; y otra de carácter personal para reclamar el importe de las rentas, gastos o servicios no pagados o que venzan en el curso del proceso judicial. Hasta antes de la vigencia de la Lgaus, el derecho de retención que se otorgaba al arrendador estaba consagrado en el artículo 1143 del CCi y en la práctica no se aplicaba por la falta de un desarrollo adecuado de la figura. Dice el art. 1143 “El arrendador, mientras no se le hayan pagado los alquileres o rentas vencidos, puede oponerse a que se saquen de la finca o casa arrendada los frutos y objetos con que el arrendatario la haya amueblado, guarnecido o previsto. También tiene acción aun contra terceros poseedores de buena fe, para hacer que dichos objetos vuelvan a la finca o casa arrendada, de donde se hubieren sacado sin su consentimiento, siempre que entable su acción dentro de los quince días inmediatos a la salida, que los bienes restantes en la casa o finca no sean suficientes para garantizar el pago, y que no se trate de cosas que, como mercaderías o cosechas están por su naturaleza destinadas a ser vendidas.”

Hoy con el contenido del 112.2 NCPC en procesos monitorios de desahucio –no para sumarios de desahucio- el asunto quedó claro, al coincidir con la norma de la Lgaus, de manera que el derecho de retención se puede ejercer desde el inicio del proceso, con el traslado o mandato de desalojo, dice la norma “Admitida la demanda, se ordenará el desalojo. En la misma resolución inicial se ordenará, a solicitud de parte, la retención preventiva de bienes del demandado”.

### c.- Ejecución del derecho de retención

Para retener los bienes, como garantía de pago el art. 112.2 NCPC ya no obliga a formular incidente, bastará la solicitud expresa en un acápite desde la misma demanda o por simple gestión, si lo hace posteriormente.

El derecho de retención no autoriza al acreedor a cobrarse con los bienes retenidos, los bienes siguen siendo de su propietario. Se trata tan solo de una medida cautelar de coerción, destinada a compeler al deudor al pago de una prestación debida por él. Pero luego de que el deudor cumple, el acreedor está en el deber de devolver el bien. El acreedor tampoco puede disponer o usar los bienes retenidos. El deudor, aunque propietario de la cosa retenida e incluso con el derecho de disponer de ella, no puede, sin embargo, enajenarla válidamente sino a condición de respetar el derecho del que la retiene. Si la vende, la cosa pasa al adquirente con la carga que la grava, que no podrá obtener su entrega sino satisfaciendo previamente al acreedor que la retiene.

El “derecho de retención” previsto en el artículo, no faculta al arrendador a retener los bienes ni a cobrarse extrajudicialmente con ellos. Es necesario una gestión judicial, como vimos y una posterior resolución judicial estimatoria del desahucio y un trámite de ejecución de sentencia que le faculte, ahora sí, a embargar y rematar los bienes retenidos y legalmente embargables.

Esta facultad se ejerce en el mismo proceso, sin necesidad de mayor trámite, el juez debe dictar una resolución haciendo las advertencias de las consecuencias civiles y penales en caso de omisión por parte del arrendatario. Por tratarse de una medida cautelar que debe practicarse con urgencia, lo lógico es que la audiencia se dé una vez que está practicada la retención *–inaudita altera parts–*. El trámite

para solicitar y ordenar una medida cautelar es sumarásimio, esto es, rápido y ágil. La audiencia vendrá luego, como una especie de contradicción o audiencia diferida.

Ni la alegación de la incompetencia del juez ni la interposición de recursos, suspenden el dictado ni la ejecución de una medida cautelar, pues en el primero, el juez continuará conociendo hasta tanto se declare en firme su incompetencia; y, en cuanto al segundo, la resolución que ordena la retención no es apelable, igual el a-quen puede tomar cualquier medida de carácter urgente, dentro de las que se deben incluir las cautelares.

Si los bienes se han trasladado fuera del inmueble arrendado, sin conocimiento del arrendador o con su oposición, la citada norma de la Lgaus –art. 65- autoriza para pedir su devolución al sitio, hay que recordar que tales bienes, al estar sometido a una retención legal, no pueden ser usados ni trasladados. La norma señala “dentro del mes siguiente al día del traslado”, no se sabe si ese plazo se refiere a una caducidad para pedir la devolución o plazo que se tiene para que se practique la devolución. Rivero sostiene que es un plazo de caducidad, sin indicar si es uno u otro. A nuestro entender no es un término de caducidad y menos que sea el término que tiene el arrendador para pedir la devolución de los bienes al lugar retenidos, ello por cuanto sería obligar al arrendador a estar pendiente y revisar todos los meses si los bienes están ahí, en el local, para saber si ha habido o no traslado ilegal, de manera que en nuestra opinión se trata de un plazo ordenatorio que tiene el arrendatario para devolver los bienes que sin autorización ha trasladado de lugar. Los bienes retenidos deben mantenerse en ese lugar como garantía y solo pueden ser trasladados previa comunicación y anuencia del juez bajo el cual quedó la retención.

## **d.- Los bienes embargables o “retenibles”**

El art. 65 de la Lgaus señala que se retendrán “objetos legalmente embargables”.

### **i.- Bienes legalmente inembargables**

La inembargabilidad es la excepción; lo serán aquellos bienes que la ley de manera expresa señala. La inembargabilidad solo puede provenir de la ley, no pueden los particulares, por simple convenio, declarar inembargable un bien o un derecho patrimonial, existe reserva de ley. Incluso, creo que el legislador no es libre de determinar la inembargabilidad; ella solo vendrá justificada en la medida en que el bien cumpla una función social y esencial para el sujeto, o cuando sea un aporte estatal a una obra esencial. En consecuencia, las normas que, sin ninguna justificación, declaren inembargable un bien son inconstitucionales, por violación al principio de igualdad y al derecho de la tutela jurisdiccional efectiva. Algunos supuestos de bienes inembargables los regula el artículo 984 CCI y otros las leyes especiales.

Los bienes esenciales, que el legislador ha considerado inembargables, están fuera de la acción de los acreedores, por cualquier derecho, ello para impedir que se coloque a los deudores en situaciones contrarias a la dignidad humana, derivadas de la pérdida o inmovilización de los bienes necesarios para procurarse sustento, todo como consecuencia del incumplimiento de sus deudas, la extensión de las limitaciones impuestas por el artículo 984 CCI a los casos de ejercicio del derecho de retención tendría por eso justificación. En efecto, se lesiona la dignidad del deudor -y de su familia-, si se les priva, por ejemplo, de sus pensiones, menaje, ropa, alimentos, etc., independientemente de que ello acontezca por medio

de un embargo o como consecuencia del ejercicio del derecho de retención.

## **ii.- Los bienes de familiares**

El art. 65 de la Lgaus establece una suerte de responsabilidad solidaria de los familiares del arrendatario, cuyos bienes que se encuentren en el local o vivienda, responden de las obligaciones del arrendamiento. Los familiares del arrendatario no son parte de la relación contractual, ni de la relación procesal; es jurídicamente inaceptable que sus bienes puedan verse afectados con un proceso judicial. Ellos siguen siendo terceros ajenos a la relación, pues los contratos solo surten efectos entre las partes contratantes –art. 1022 CCI-, en virtud del principio de relatividad de los contratos –arts. 1022 y 1025 CCI y de la relatividad de la cosa juzgada -64 NCPC-. Los actos de ejecución no pueden ordenarse contra quienes no formen parte de la relación contractual o sean sujetos pasivos de la consecuencia del proceso, pues sería extender los efectos de coercibilidad y ejecutividad de la sentencia a quienes no figuran como parte el proceso y por ello no se pudieron defender. A mi entender, en este supuesto, sería procedente una tercería de dominio del propietario ajeno de los bienes retenidos, siempre que desvirtúe la presunción de los bienes muebles de que la posesión vale por título –arts. 65 párrafo 2º Lgaus, 481, 854, 862 CCI- cuando los bienes retenidos se encuentran en el bien arrendado por el demandado. De allí la dudosa constitucionalidad planteada y la posibilidad de excluir esos bienes mediante una tercería de dominio.

## **2.- DEPÓSITO DE LOS ALQUILERES SUCESIVOS**

Otra cuestión procesal que se produce en el proceso de desahucio sea monitorio o sumario, es la de depósito de las rentas

sucesivas del alquiler y la consecuencia derivada del incumplimiento de este mandato legal.

### **a.- Vigencia de la obligación de pago de la renta**

Conforme al artículo 60 de la Lgaus “El arrendatario está obligado a pagar el alquiler desde el día en que recibe el bien y debe seguir pagándolo hasta el día en que lo entregue al arrendador. La presentación de un proceso de extinción del arrendamiento, por cualquier causa, no exime al arrendatario de pagar la renta en la forma convenida. El incumplimiento del arrendatario facultará al arrendador para invocar, en el mismo proceso, la resolución del contrato, con base en la falta de pago del precio, mientras no se haya dictado sentencia firme”.

El pago de la renta hasta el último mes de ocupación es una consecuencia lógica del uso de un bien ajeno y concluye con el período –mensual u otro- de la fecha en que el arrendatario desocupe el bien. Por ello resulta inaceptable la práctica de algunos arrendatarios de no pagar el último mes de renta o compensarlo con el depósito de garantía. En cuanto al período debe ser el mes completo, pues conforme al artículo 58 Lgaus “el pago de la renta será por períodos de un mes, salvo pacto en contrario, de manera que si el arrendatario desalojó días antes de vencerse el mes, debe cubrir y pagar todo el mes.

### **b.- Proceso para la extinción del contrato**

El arrendamiento, al ser un contrato bilateral, la contraprestación y obligación más importante es sin duda el pago de la renta. Esa esencialidad de la obligación de pago de la renta, se traduce ahora en un derecho o beneficio para el propietario, pues se refuerza su derecho a seguir percibiendo ese pago, aun cuando se inicie un proceso de desahucio; de ahí entonces que el planteamiento de una

demanda, con la finalidad de desahuciar al arrendatario, no faculta a este a dejar de pagar la renta y, por el contrario, como una medida de protección, si omite ese deber o carga –incumplimiento del deber ser-, el legislador ha previsto la posibilidad del desalojo inmediato del arrendatario, sin necesidad de un mini proceso o firmeza de la sentencia de fondo, lo cual se justifica en la vulneración no solo del derecho de propiedad privada del propietario-arrendador sino en el incumplimiento de una mandato judicial, que así se lo ordenó “bajo pena de ordenar el desalojo de forma inmediata en caso de incumplimiento...”.

Aun cuando se presente un proceso para la extinción del contrato –como un desahucio- subsiste el deber de pagar la renta hasta el último mes; ello por cuanto la sentencia es de la naturaleza declarativa y surte sus efectos a partir de su firmeza, por lo que la presentación de un proceso de desahucio no exime al arrendatario del deber la renta, pues sigue usando y poseyendo el bien, sin que lógicamente el arrendador pueda disponer del bien, hasta su desocupación efectiva, por lo que esta obligación la tiene el arrendatario durante toda la vida del contrato y aún más allá de él, en tanto ocupe el local o disfrute la cosa arrendada.

La prevención y la consecuencia prevista en la norma, se aplica a cualquier desahucio, sea sumario o monitorio y, en cuanto a este, por cualquiera de las causales previstas en él: vencimiento de plazo del contrato, falta de pago de la renta, de servicios públicos o cuotas condominales.

### **c.- Consecuencias del no depósito de las rentas sucesivas**

Señala el artículo 104.4 NCPC para el sumario de desahucio –aplicable al monitorio arrendaticio por el art. 112.4 NCPC- “Con el emplazamiento, en toda demanda sustentada en un contrato que

implique el pago de rentas, el tribunal prevendrá al demandado la obligación de depositar en la cuenta y a la orden del despacho los alquileres posteriores a la demanda, bajo pena de ordenar el desalojo de forma inmediata en caso de incumplimiento. Si hubiera duda sobre el monto del alquiler el tribunal determinará prudencialmente la suma a depositar. Cuando se ordene la entrega del inmueble por falta de pago de las rentas posteriores, se dará por terminado el proceso de desahucio y se condenará al demandado al pago de costas”.

La consecuencia procesal del incumplimiento es clara, de manera que, tanto en el sumario de desahucio como en monitorio arrendaticio, la condición exigida para la aplicación de la figura de desalojo interlocutorio por no pago de las rentas sucesivas, también posee el carácter de una medida “monitoria” -por contener un mandato de pago, con consecuencias graves en caso de incumplimiento. Son condiciones de aplicación de este instituto:

a) El desalojo por no pago de las rentas sucesivas, una vez notificado el proceso, se aplica a cualquier causal alegada con base en la Lgaus u otra norma que prevea el desahucio. A diferencia de las normas derogadas o la anulada, que solo se aplicable para el desahucio por falta de pago de renta.

b) Debe hacerse la prevención expresa de seguir depositando las rentas y la consecuencia jurídica, en caso de incumplimiento

c) Debe comprender la totalidad de la renta vigente y, si había que aumentar en el curso del proceso, también deberá incluirse el aumento.

d) En caso de que el demandado no deposite las rentas sucesivas, en el mismo proceso y de manera inmediata se ordena el desalojo del arrendatario. Esta quizás sea la parte más novedosa de esta figura - ya introducida por el art. 6 y 10 LMAD- “el tribunal prevendrá al demandado la obligación de depositar en la cuenta y a la orden del

despacho los alquileres posteriores a la demanda, bajo pena de ordenar el desalojo de forma inmediata en caso de incumplimiento”.

e) La resolución que ordena el desalojo del arrendatario, por falta de pago de las rentas sucesivas, que se le previno depositar, bajo pena de desalojo, no admite recurso de apelación, por no estar contemplado en la norma de autos apelables (TIC N° 312-2U del 23-04-2015).

Con mayor claridad que el art. 122 Lgaus referente al desahucio por no pago de la renta provisional en proceso de reajuste de renta, ahora esta normativa -arts. 104.4 y 112.4 NCPC -sí faculta para pedir el desalojo inmediato y en el mismo proceso, sin más trámite, dentro del mismo proceso; aspecto que consideramos no es inconstitucional pues se trata de una previsión legal, que no afecta la garantía del proceso y que su fundamento lo encontramos en el incumplimiento de una orden del juez y en el incumplimiento –ahora comprobado- del no pago de la renta. Valen aquí los mismos argumentos. Pues si la obligación de pagar las rentas sucesivas, si bien nacen del contrato, la orden que se incumple y de ahí la consecuencia legal, nace de un mandato del juez.

### **3.- DEPÓSITO PROVISIONAL Y CAUTELAR DEL BIEN**

Señala el artículo 126 LGAUS “Depósito cautelar. En los procesos de desahucio, cualquiera sea la causa invocada, cuando el arrendatario haya desocupado el inmueble, el Tribunal podrá acordar al arrendador la tenencia del bien, a título de depósito cautelar. El Juez deberá dejar constancia en los autos del estado de conservación del bien y, en caso de existir bienes muebles, practicará un inventario y designará depositario, cargo que, a juicio del Tribunal, podrá recaer en el actor. La petición para el depósito del bien se tramitará en proceso incidental”.

La norma contempla una modalidad de medida cautelar para dejar en depósito provisional el bien arrendado, cuando el arrendatario lo ha desocupado en el curso del proceso.

Las medidas cautelares comprenden medidas cautelares típicas, en las que se incluyen el embargo preventivo y la anotación de demanda, que históricamente hemos encontrado en todos los Códigos Procesales; pero frente a esas, el NCPC regula las medidas cautelares atípicas, genéricas, innominadas o indeterminadas, reguladas en los artículos a partir del art. 77 y que se definen como aquellas medidas de aseguramiento o conservación ordenadas por el juez, a solicitud de parte, antes o después de iniciado el proceso, con la finalidad de evitar que desde el inicio del proceso y al dictado de la sentencia, el derecho reclamado se pueda tornar incierto o se dañe gravemente, por un acto u omisión del demandado o de un tercero, que implique, entre otras cosas, un perjuicio irreparable o irreversible. Por eso, se dice que las medidas cautelares garantizan y facilitan la efectividad práctica de los efectos de la sentencia del proceso principal. Se ha dicho también que las cautelares son aquellas cuya función consiste en garantizar la eficacia o efectividad práctica de la sentencia de mérito, caracterizadas por su instrumentalidad en relación con el proceso principal y efectos provisionales, adoptadas en virtud de una cognición sumaria urgente.

La doctrina entiende que la instrumentalidad y la provisionalidad son dos características fundamentales de las medidas cautelares, sus principales elementos configurativos, exigen que deban ser:

**a)** lícitas y jurídicamente posibles; **b)** provisionales, puesto que se extinguen con el dictado del acto final; **c)** fundamentadas, es decir, tener un sustento fáctico real con relación al caso particular; **d)** modificables, en el sentido de que son susceptibles de aumentarse o

disminuirse para adaptarlas a nuevas necesidades; e) accesorias, puesto que se justifican dentro de un proceso principal; f) de naturaleza preventiva, ya que tienen como objeto evitar inconveniencias a los intereses y derechos representados en el proceso principal; g) de efectos asegurativos, al pretender mantener un estado de hecho o de derecho durante el desarrollo del proceso, previniendo situaciones que puedan perjudicar la efectividad de la sentencia o acto final; h) ser homogéneas y no responder a características de identidad respecto del derecho sustantivo tutelado, con el fin de que sean medidas preventivas efectivas y no actos anticipados de ejecución. La doctrina de manera uniforme señala como características estructurales de las medidas cautelares la instrumentalidad, la provisionalidad, la urgencia y la *summaria cognitio*, y señala como presupuestos para su otorgamiento, el *periculum in mora* –peligro de demora-, *fumus boni iuris* –apariencia de buen derecho- y el rendir una garantía o caución.

En fin, la norma resulta de poca utilidad práctica debido a la carencia de claridad, tan necesaria por las consecuencias de una medida de esta naturaleza. Esa insuficiente regulación nos ha motivado a estructurar el instituto de manera más adecuada y acorde con su sistema y efectos; es así como lo hemos diseñado en el artículo 54 NCPC, como debe ser: una satisfacción de hecho o de derecho de la pretensión del actor, que debe facultarlo de inmediato a tomar posesión del bien y arrendarlo y, por supuesto, ante esa falta de interés actual del demandado, el juez puede dictar sentencia anticipada de inmediato–*ibidem*–.

Consiste en conferir inmediatos efectos procesales (terminación del proceso) a una realidad extraprocesal determinante de pérdida de interés legítimo o bien, supone la terminación del proceso por la

desaparición del interés legítimo en obtener tutela judicial pretendida, por haberse satisfecho fuera del proceso las pretensiones.

Una vez planteada una demanda, háyase notificado o no al demandado, y que la pretensión del actor hubiera recibido satisfacción, bien por cumplimiento voluntario del deudor se produce la satisfacción procesal de la pretensión. Dentro de este supuesto caben: pago del deudor, desalojo voluntario, abandono del bien, restitución del terreno invadido, cualquier causa extinción de la obligación, una pretensión constitutiva de servidumbre forzosa de paso si la finca del demandante llega a tener acceso a calle pública, etc. En tales supuestos, habrá desaparecido el objeto procesal, satisfecho la pretensión y, por tanto se hace innecesario continuar el proceso instaurado. Si el actor silenciara su satisfacción extraprocésal y no tuviere otra pretensión derivada del proceso, que no sea la principal, se arriesga a que el demandado alegue y pruebe la oportuna defensa material (así, el pago o terminación de la relación) que, además, acreditará su mala fe a los efectos de la condena en costas.

El art. 54 NCPC se refiere expresamente a la terminación del proceso por satisfacción extraprocésal de la pretensión, de cuyo régimen cabe inferir, para su procedencia, la concurrencia de los siguientes requisitos:

**a)** En primer lugar, es necesario que la satisfacción ocurra con posterioridad a la demanda –porque la norma habla de demandado o contrademandado–, si se produjera con anterioridad, en realidad nos encontraríamos ante una pretensión temeraria y acreedora de la condena en costas;

**b)** En segundo, la satisfacción ha de ser a la pretensión principal del actor o a la reconvencción del demandado, pero no a la defensa del demandado, ya que, si esto sucediera, habría de finalizar el proceso

por alguno de los otros medios previstos en los preceptos anteriores (transacción, renuncia, allanamiento o desistimiento);

c) Dicha satisfacción de la pretensión ha de ser total para lo cual habrá de existir una plena identidad entre la pretensión y el hecho, acto o negocio jurídico motivador de la satisfacción extraprocesal; lo que ocasionará una falta de legitimación activa o "de interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida", "si fuera parcial, este continuará por lo no satisfecho";

e) Es necesario que dicha satisfacción procesal se ponga en conocimiento del juez, así lo señala la norma, "Cualquiera de las partes podrá ponerlo a conocimiento del tribunal",

f) Finalmente es necesario comprobar la satisfacción y declaratoria expresa del tribunal, de lo contrario el proceso continuará, la norma dice que "Cuando se compruebe que la pretensión ha sido satisfecha, total o parcialmente, el tribunal así lo declarará".

Si la satisfacción comprende una reparación o "resarcimiento" total, el proceso se dará por terminado, salvo que el demandante, tuviere alguna pretensión accesorias, como intereses, costas, rentas pendientes, que le interese satisfacer.

Si la satisfacción extraprocesal es consecuencia de la voluntad unilateral del demandado, se le podrá condenar al pago de costas, intereses, daños o perjuicios; tomando en cuenta la naturaleza y el estado del proceso, los derechos satisfechos y la estimación de la demanda. Se podrá eximir del pago de costas, daños y perjuicios, de acuerdo con las circunstancias.



## **CAPÍTULO VIII**

### **ACTOS POSTERIORES AL DICTADO DE LA SENTENCIA**

Firme la sentencia, en caso de que esta sea estimatoria, se continúa con ciertos actos procesales, no solo para hacer efectiva la sentencia, sino para el cobro de eventuales rubros adeudados por el arrendatario.

#### **1.- EFECTOS DE LA SENTENCIA SUMARIA**

Con la distinción entre cosa juzgada formal y material, debemos concluir que la sentencia de un proceso sumario produce cosa juzgada formal.

Aun cuando solo produzca cosa juzgada formal se le impregna de las características de coercibilidad e impugnabilidad de manera que la sentencia no puede ser modificada en el propio proceso –art. 63 NCPC-. Una vez firme, no puede ser revocada de oficio o a solicitud de parte; y es, por otra parte, formalmente ejecutable, sin importar como se verá la impugnación que se haga en un proceso diverso a aquél en que se dictó. La sentencia firme no es posible volverla a impugnar porque se han agotado todos los recursos, o bien porque no se plantearon a tiempo.

En el caso de los procesos sumarios, en vista de que estos brindan una solución cuya sentencia puede ser revisada en vía ordinaria –art. 103.4 NCPC-, producen eficacia de cosa juzgada formal. Sus medios de impugnación se agotan con la segunda instancia; es decir, la sentencia firme dictada por el Tribunal de alzada supone la formación de la cosa juzgada formal, o bien las sentencias de cualquier juzgado, si no han sido recurridas en su momento oportuno.

Excepcionalmente, vía artículo 33.3, se permite formular incidente de nulidad contra la sentencia firme, basado en los mismos motivos de la demanda de revisión -lo analizamos supra-.

## **2.- ORDEN DE LANZAMIENTO Y PUESTA EN POSESIÓN**

Varias normas regulan el tema: Art. 62.4. NCPC “Condena de dar. Si en la sentencia se dispone la entrega de un bien se prevendrá al vencido su cumplimiento en el plazo que conferirá el tribunal, de acuerdo con las circunstancias, transcurrido el cual se ordenará la puesta en posesión”. También el Art. 104.5. “Sentencia. En la sentencia estimatoria se ordenará al demandado la entrega del inmueble en un plazo razonable que conferirá el tribunal, de acuerdo con las circunstancias; transcurrido este, se ordenará la puesta en posesión” –ubicada en el sumario de desahucio-. Finalmente el Art. 163 NCPC “Condena de dar. Cuando deba entregarse un bien mueble o inmueble y el obligado no lo hiciera voluntariamente se procederá a la entrega o puesta en posesión. Los muebles que no deban entregarse con un inmueble se pondrán en depósito, si su dueño no quisiera o no pudiera retirarlos en el acto de la expulsión, y sobre dichos muebles se podrá ejercer derecho de retención por los gastos que origine el depósito” –dentro de la sección de ejecución de sentencias-.

### **a.- Quien la hace**

La orden de desalojo que emite el juez, en un proceso monitorio, se puede emitir y ejecutar en dos momentos: **a)** al inicio con el mandato de desalojo –como se vio-, y **b)** cuando ha habido oposición y se suspendió el anterior supuesto, con la firmeza de la sentencia y que esta haya sido estimatoria de la pretensión de desahucio. La primera opción ya fue analizada, nos referimos en esta sección a la segunda.

De no practicar el arrendatario voluntariamente el desalojo del inmueble, el juez de primera instancia mediante simple oficio decretará la orden de desalojo y lanzamiento del arrendatario.

Como se ve, la orden de lanzamiento y puesta en posesión la ejecuta la autoridad de policía administrativa. Aunque no quedó claro en las normas sobre ejecución o desahucio, en un supuesto de auxilio judicial –art. 9.2 y 29.4 NCPC en el que no se delega una audiencia o acto oral; las que se complementan con el art. 9 LOPJ. No significa ello que se trate de una delegación indebida de funciones o infracción al principio del juez natural; se trata de un mero auxilio de la autoridad administrativa al órgano jurisdiccional, permitida tanto en el art. 140.9 de la CPo como en la LOPJ -Artículo 7 “Para ejecutar resoluciones o practicar las actuaciones que ordenen, los tribunales podrán requerir el auxilio de la fuerza pública y de los otros medios de acción conducentes. Los particulares quedan obligados a prestar el auxilio que se les solicite y que puedan dar”. Algunos consideran que tal delegación para la ejecución de un acto jurisdiccional es inconstitucional. Se razona diciendo que la autoridad administrativa debe decidir y resolver algunas veces en el sitio, cuestiones sobre firmeza de la sentencia, identificación del bien o el inquilino, existencia de subarrendatarios o terceros con mejor derecho, alegatos que fueron rechazados por la Sala Constitucional (Sala Const. N° 3333 del 27-07-1995) y que, en verdaderos casos complejos, se reserva al juez la facultad para que él lo hiciera o bien delegara en otro juez su ejecución.

También se han cuestionado las normas que permiten el allanamiento y el desalojo coactivo, con el alegato de que se tratan de una función extraprocesal o propia del proceso penal. La Sala también rechazó el argumento alegado de su inconstitucionalidad (Sala Const. N° 6703 de las 15:12 hrs. del 21-12-1993).

La firmeza de la sentencia estimatoria de desahucio, como cualquier sentencia con poder de imperio, implica cuatro efectos directos: **a)** la orden de lanzamiento, **b)** la puesta en posesión material y formal, **c)** el allanamiento de ser necesario para practicar la puesta en posesión, y **d)** el lanzamiento efectivo de ser necesario. Ya vimos como la Sala Constitucional ha confirmado que tal orden la ejecuta la autoridad administrativa; incluso los tres últimos actos son de ejecución de la policía. También se ha cuestionado la constitucionalidad del allanamiento que puede ejecutar la autoridad administrativa para hacer efectivo el lanzamiento y puesta en posesión, basado en la inviolabilidad de la propiedad privada y la inexistencia de autorización constitucional para el allanamiento en materia civil (Nº 5562 de las 15:54 hrs. del 11-10-1995), esa posición del Tribunal Constitucional fue luego seguida por el Tribunal Primero (T. I C. Nº 504-R del 17-03-2000).

### **b.- Puesta en posesión, orden de embargo y otros**

Sucedía en la realidad que al momento de practicarse la orden del lanzamiento se pretendía impedirla o dejarla sin efecto, como consecuencia de un embargo anterior sobre los bienes que estaban dentro del bien, por la existencia de un ordinario, de una medida cautelar de protección, recurso de amparo, etc. Previendo esa situación tanto la policía administrativa como el juez deben hacer caso omiso a órdenes de embargo –auto embargos-, declaratorias de quiebra que afecten el negocio arrendado, cierre del inmueble, existencia de subarriendos –aun cuando estos no se hayan notificado-, clausura por autoridad administrativa o judicial, presentación de incidentes de nulidad o similar; recursos extraordinarios que evidentemente son improcedentes, incluso recurso de amparo constitucional por estar basados en una resolución judicial, además firme o depósito judicial del bien por cualquier

motivo. Por razones de seguridad y por la eficacia formal de los efectos de la cosa juzgada, la orden debe ejecutarse. Si tales terceros tienen algún derecho deben discutirlo en otro proceso y no tornar incierto el derecho declarado en sentencia firme.

El único supuesto en que no se puede ejecutar el lanzamiento y puesta efectiva de posesión –formal y material-, es cuando el desahucio sea declarado sin lugar, señala el art. 103.4 NCPC que “Cuando la sentencia sea desestimatoria se revocará cualquier acto de ejecución o medida cautelar que se hubiera acordado”, norma complementada con el art. 110.4 para monitorios, “En sentencia se determinará si se confirma o revoca la resolución intimatoria”.

El poner al arrendante-demandante en “perfecta posesión”, implica que dicha puesta en posesión o entrega del bien desalojado al victorioso debe ser efectiva, real, material, no formal ni aparente; de allí que se faculta el complemento de dos actos: el allanamiento civil y el lanzamiento de todo aquel que se oponga. Implica además que la inobservancia o negativa a desalojar conlleva el dictado de las medidas necesarias por el juez para que la orden de puesta en posesión sea efectiva. Por respeto a la cosa juzgada y para evitar tornar ineficaz los efectos de la sentencia, cualquier gestión que impida o pretenda obstaculizar la efectiva puesta en posesión, deben ser rechazadas, sean o no evidentes. Si acaso hay algún error o imprecisión en la identificación del bien, que en mi opinión, es la única posibilidad real, podrá venir un contradictorio posterior, mientras la sentencia tiene que ejecutarse, no sea ese un portillo para alargar el desenlace del proceso y la efectiva puesta en posesión del bien.

### **3.- CASOS COMPLEJOS DE ORDEN DE DESALOJO**

Algunos supuestos legales y de problemas prácticos dificultan o producen un retraso en la puesta de posesión efectiva del inmueble, impidiéndose el lanzamiento del arrendatario, aunque sea transitoriamente.

#### **a.- Casas de interés social**

La primera duda que surge es si subsiste la protección especial contenida en el art. 98 de la Lgaus, para el lanzamiento del arrendatario de una vivienda de interés social, que otorga un plazo adicional para la desocupación.

Dos posiciones podrían formularse: **a)** Que al ser una norma material, no modificada por la NCPC, subsiste ese derecho, **b)** La segunda opción: que al ser la NCPC una ley especial y posterior, prevalece sobre la previsión del art. 98 de la Lgaus. En mi opinión la segunda opción es la válida, por lo que no necesariamente se debe esperar el plazo de 30 días de la norma de la LGAUS.

En el NCPC hay una diversa solución, pues históricamente, salvo el caso de viviendas de interés, firme la sentencia, de inmediato se ordenaba el desalojo. Innecesariamente la Comisión Revisora de Jueces estableció un plazo adicional, a discreción del juez, luego de la firmeza de la sentencia, para que el arrendatario desaloje, lo que parece impropio, pues deriva el derecho a la cosa el poder ejecutarla de inmediato. En efecto, el artículo 62.4 señala “Si en la sentencia se dispone la entrega de un bien se prevendrá al vencido su cumplimiento en el plazo que conferirá el tribunal, de acuerdo con las circunstancias, transcurrido el cual se ordenará la puesta en posesión” y el 104.5 indica “En la sentencia estimatoria se ordenará al demandado la entrega del inmueble en un plazo razonable que

conferirá el tribunal, de acuerdo con las circunstancias; transcurrido este, se ordenará la puesta en posesión”.

Si se entendiera que la figura de la LGAUS mantiene su vigencia, aspecto que no compartimos, explicamos: El primer supuesto legal que retrasa hasta por 30 días el lanzamiento de un inquilino, es cuando el bien arrendado sea una vivienda de interés social. Establece el artículo 98 de la Lgaus “El Tribunal ante el cual penda un proceso arrendaticio de desalojamiento puede, de oficio o a solicitud del propio arrendatario, otorgar un plazo adicional para el desalojamiento de la vivienda, no mayor de treinta días, en casos de enfermedad, desamparo u otro motivo de fuerza mayor justificado, siempre que no exista un peligro inminente para la salud o la seguridad de los moradores de la vivienda o de los vecinos”.

Por otra parte la norma de la LGAUS restringe el ámbito de aplicación a los supuestos de “enfermedad, desamparo u otro motivo de fuerza mayor justificado” y lo excluye cuando “exista un peligro inminente para la salud o la seguridad de los moradores de la vivienda o de los vecinos”. La protección parece excesiva y desproporcionada, pues si al arrendatario de una vivienda de interés social ya se le ha dado la oportunidad de enervar el desahucio hasta antes del dictado de la sentencia de segunda instancia, no se ve cómo puede extenderse ese beneficio en perjuicio del arrendador más allá de esa sentencia. Y lo que es más grave sin establecer límite temporal para la solicitud y la necesaria demostración de esas causas justificativas.

En ese plazo adicional de desalojo, el inquilino de una vivienda de interés social debe seguir pagando el alquiler, bajo pena de que el arrendador lo cobre como parte de alquileres insolutos; aunque creo que la norma debió ser más clara, pues si al arrendatario se le está

desalojando por falta de pago, puede beneficiarse con la norma e incluso no pagar ese último mes. La norma debió exigir garantía de pago efectivo o pago por adelantado de esa última renta y no dilatar más el derecho del arrendador basado en una sentencia.

Otro problema práctico que plantea la norma es que de oficio el juez puede otorgar ese plazo adicional de desalojo, cuando debió ser a solicitud del arrendatario, previa demostración de la condición exigida en la norma. No dice la norma en el momento en que se dicta la suspensión y el cómputo del plazo; pues, si el juez “ante el cual penda el proceso” dicta la resolución suspensiva, va a decir que otorga un mes de suspensión, el cual por ser un plazo judicial se cuenta en mes calendario a partir de la notificación de esa resolución suspensiva, lo que se traduciría en un plazo aún mayor; porque como se sabe, las resoluciones no se notifican inmediatamente que se dictan.

Finalmente, la norma no se aplica a viviendas que no sean de interés social, ni a locales comerciales o de servicio, aspecto que la Sala respectiva ha considerado que no es inconstitucional (Nº 5595 del 20-07-1999), por el carácter proteccionista y tuitivo de la ley a los arrendatarios de viviendas de interés social –generalmente personas de escasos recursos-, argumento que no es sostenible y que no justifica el otorgar un plazo adicional de desalojo –firme la sentencia- cuando se arriendan locales comerciales o viviendas de alto valor.

## **b.- Ex-empleados**

Al desalojo contra exempleados, tramitado en sede judicial, se debe otorgar un plazo adicional, ahora conforme al CT; aunque la norma no se reprodujo en el NCPC como si lo contenía el CPCD. Señala el artículo 70 inc. h) Código de Trabajo que: "Queda absolutamente prohibido a los patronos: h) Omitir, en tratándose de fincas rurales, el plazo de que habla el artículo 691, párrafo final, del

Código de Procedimientos Civiles, en caso de desalojamiento por cesación del contrato de trabajo u otro motivo". Cuando se ha determinado que el arriendo es un contrato principal y por ello el expleado mantenía una doble relación con el propietario – inquilino y empleado-, tal beneficio no se otorgará al expleado porque se está juzgando una relación arrendaticia y no la relación laboral.

### **c.- Terceros poseedores y subarrendatarios**

El efecto formal de la cosa juzgada proveniente de un proceso de desahucio con sentencia estimatoria se proyecta en la posibilidad de ejecución del desalojo, sin importar el sujeto que esté ocupando actualmente el inmueble. La discusión en torno a la posibilidad de afectación con la sentencia a sujetos que no fueron parte en el proceso y la ejecución del desalojo en contra del derecho de esos terceros ajenos al proceso plantea algunos problemas prácticos.

Enseña la doctrina que la *res iudicata inter partes* es la clásica regla áurea a la que, en principio, hay que atenerse: como norma, la cosa juzgada despliega su eficacia solo entre quienes hayan sido partes del proceso en que se produce la correspondiente sentencia. La vinculación negativa o positiva solo opera si las partes de los distintos procesos son las mismas (al menos parcialmente). Y esto, no solo porque la diferencia de sujetos significa, con enorme frecuencia, un objeto completamente distinto; la razón principal es evitar que una resolución judicial favorezca o perjudique a quien no ha tenido oportunidad de participar (ser parte y actuar como tal) en el proceso correspondiente, lo que es, sin duda, una manifestación del principio de audiencia. Chiovenda advierte que no obstante a que la sentencia en principio no obliga a los terceros, quienes por ende no quedan afectados en sus intereses con ella; sí, como documento público,

constituye fuerza probatoria contra todos. La sentencia es un acto jurídico del Estado y, como tal, se impone la necesidad de que sea reconocida aún, por quienes no han provocado la declaración del derecho. Refiriéndose al elemento subjetivo de la cosa juzgada, casación ha señalado que: “El límite subjetivo o identidad de partes, se refiere a los sujetos del proceso, partes en sentido formal, demandantes, demandados y terceros intervinientes, pero hay que tener en cuenta que los causahabientes de las partes a título universal o singular están obligados por la sentencia, de la misma manera que éstas (sic.), y es que lo que importa es la identidad jurídica de las partes, no su identidad física” (Nº 104 de las 15 hrs. del 06-10-1995).

En otro lado afirmábamos que “el límite subjetivo de la cosa juzgada se establece al determinar los sujetos de derecho a quienes el fallo vincula. En otras palabras, tomamos en cuenta los alcances de la cosa juzgada. Ahora bien, el principio de la relatividad de las sentencias, consagrado en diversos ordenamientos, determina que la fuerza obligatoria de una sentencia cubre, exclusivamente, a las personas que han intervenido en el proceso en que se dictó. En ese entendido, aquéllos (sic.) que no han sido partes no son afectados por la sentencia. Sin embargo, con respecto a los terceros dentro del proceso es necesario determinar, cuidadosamente, si la cosa juzgada les afecta o no, tomando en cuenta los principios reguladores de su intervención. Se puede predecir que unas veces la cosa juzgada los alcanzará por virtud de un nexo con las personas”.

En algunas otras circunstancias, la trascendencia de la cosa juzgada se dirige a los terceros como resultado de un mandato legal que, por razones de orden público, ha sido impuesto. Cuando exista una relación jurídica múltiple y la norma permita el ejercicio jurisdiccional individual en la causa, tendremos como resultante, que

la cosa juzgada provoca resultados negativos o positivos a todos los sujetos involucrados.

En el desahucio, esa vinculación subjetiva y el efecto de la cosa juzgada de la sentencia para terceros, que no han sido parte en el desahucio, viene determinada por la identificación objetiva del bien inmueble objeto de litigio. Si la relación procesal que vincula a las partes tiene como centro especial de controversia un bien inmueble, los efectos reflejos de la sentencia serán sobre ese bien. Aquí a la ley no le interesa quién posea el bien o quién los esté ocupando actualmente si coincide con el que ha sido objeto de discusión y se ha demostrado la vinculación de las partes con un arriendo.

Las razones expuestas son las que justifican, con fundamento en los artículos 104.3 y 104.4 NCPC, que señalan, en su orden "...El desahucio procederá contra el arrendatario, el subarrendatario, el cesionario, o los poseedores del inmueble", y "Cuando terceros posean o subarrienden el inmueble, sin consentimiento del arrendador, no será necesario demandarlos; se les notificará para que hagan valer sus derechos".

El clásico principio de identidad subjetiva de las partes ha ido cediendo terreno en aras de la seguridad y efectividad de las sentencias. Esa es la razón por la cual en la constitución de la legitimación procesal los artículos 104.3 y 104.4 permiten que desde el inicio se excluya de la demanda a las personas que sin consentimiento expreso del arrendador ocupen el inmueble, normas que se complementa con el artículo 2 de la Ley de Notificaciones Judiciales –publicada el 29 de enero del 2009-, según la cual "Las partes, con las salvedades establecidas en esta Ley, serán notificadas de toda resolución. También se les notificará a los terceros –sic. las resoluciones judiciales- cuando lo resuelto les cause perjuicio, según

criterio debidamente fundamentado del juzgador”. Al hablar del concepto “partes” se refiere a las partes en el proceso; los demás serán terceros, ajenos y solo por las consecuencias patrimoniales; para evitar fraudes procesales, se permite la notificación de al menos la sentencia. No significa que con la notificación, el apersonamiento o los recursos de esos terceros sujetos no procesales, se deba detener la ejecución del desalojo. La sentencia se mantendrá y el desalojo finalmente se ejecutará, aun cuando se interponga un amparo constitucional (S. Const. N° 3085 de 1994). Una alteración física no modifica la identidad jurídica de la parte, ni el derecho reclamado y, por ello, les serán oponibles los efectos de la sentencia a cualquier poseedor. De permitirse lo contrario, sería orquestar un fraude procesal, un abuso del proceso, sancionable por disposición de los artículos 2.3 y 5 NCPC, así como por el artículo 22 CCI; ya que para evitar las consecuencias de una sentencia desfavorable, un sujeto es suplantado por otro que aparenta ser nueva parte, pero que en realidad no lo es; es una simple ficción de parte, una simulación de parte, a quien se debe sancionar e imputar los efectos de la sentencia anterior, si no quiere reducirse, al mínimo, la confianza en el sistema y la seguridad jurídica de la sentencia, incluso violentando el derecho constitucional a la ejecución de las sentencias.

#### **4.- COBRO DE RENTAS O ALQUILERES ADEUDADOS**

Señala el artículo 104.6 NCPC “Firme la sentencia que declare con lugar el desahucio, el actor podrá gestionar por la vía incidental que se condene al demandado a pagarle las cuotas de arrendamiento no satisfechas y los servicios y otros gastos inherentes al vínculo arrendaticio que el inquilino no hubiera cubierto”, que se complementa, como se verá, con lo establecido en los artículos 65 Lgaus y 1143 del Código Civil, que permiten la retención de bienes y el cobro de alquileres insolutos dentro del mismo proceso.

### **a.- Presupuestos**

El artículo 104.6 NCPC, señala claramente que el cobro de los alquileres atrasados se podrá hacer en el mismo proceso siempre que esté “firme la sentencia que declare con lugar el desahucio”. Hoy es claro el presupuesto de que este privilegio de la vía incidental, tanto para procesos sumarios de desahucio como monitorio, es necesario que la sentencia de desahucio esté firme y haya sido declarada con lugar. En consecuencia:

a) El cobro de alquileres y demás servicios y gastos solo puede hacerse cuando el desahucio es declarado con lugar,

b) Dichos extremos no pueden cobrarse cuando el desahucio es declarado sin lugar,

c) Se exige que la sentencia de desahucio esté firme, para admitir y tramitar tal incidente,

d) La sentencia apelada y en la que aún no se ha resuelto dicha apelación, no podrá servir de título base,

e) La vía correcta para el cobro, es la incidental –art. 104.6 y 113 NCPC-,

f) Solo puede ser reclamado a solicitud de parte, no puede declararse de oficio.

El beneficio de una vía privilegiada otorgado por la Ley, para el cobro de rentas atrasadas, en procesos de desahucio se justifica y tiene su razón de ser, en evitarle un lento y caro proceso cobratorio al actor o arrendante, separado del proceso que ya inició, en cuanto a la causa y el objeto. La pretensión de desahucio no se equipara a las del cobro de rentas atrasadas; por eso, si el desahucio es declarado sin lugar, el actor no podría exigir en esa vía el cobro de rentas, pues existe tal relación o vínculo con la pretensión que aquella solo tiene justificación cuando la pretensión principal es estimatoria.

Si la sentencia de desahucio es desestimatoria, no podría “premiarse” con el privilegio de la vía, pues la causa que le dio origen –no pago de alquileres anteriores o posteriores- habrá desaparecido y, al perderse la pretensión principal, aquella también se habría extinguido o, es a partir de ese momento, infundada, puesto que lo accesorio sigue a lo principal. Para que la pretensión subsidiaria o eventual del cobro pueda tener interés, la causa que la origina debió ser admitida. Estas mismas razones son las que justifican el rechazo de plano de un incidente en cuyo proceso aún no se hubiere dictado sentencia estimatoria firme, pues no se ha cumplido un presupuesto, como es el saber si la demanda va a ser o no rechazada. Si la demanda es rechazada, significa que el proceso no debió existir o que era improponible; desaparecerá del mundo jurídico y con ella sus derivados –los incidentes-.

La norma especial ser el art. 104.6, para el reclamo de esta pretensión y exigir esta norma sentencia firme, para acceder a la vía privilegiada incidental, no sería permitida la ejecución provisional de sentencia de esos extremos, del artículo 142, pues conforme al art. 143 NCPC se trataría de “... uno de los supuestos en que la ejecución provisional no es procedente”

#### **b.- Extremos que se pueden cobrar en vía incidental**

En cuanto al contenido de los extremos que se puede conceder por vía de este incidente, en su redacción original el artículo 454 CPCD solo facultaba el cobro de “alquileres debidos, sus intereses y ambas costas del incidente” y la jurisprudencia había interpretado que no podían cobrarse otros extremos, excepto esos. La norma -104.6 NCPC- de manera amplia, señala los extremos que pueden cobrar en la vía incidental “las cuotas de arrendamiento no satisfechas y los

servicios y otros gastos inherentes al vínculo arrendaticio que el inquilino no hubiera cubierto”.

### **i.- Las cuotas de arrendamiento no satisfechas**

Las “cuotas de arrendamiento no satisfechas” de la norma o alquileres insolutos, se refieren a los cobrados como base de la demanda y los generados en el curso del proceso, no pagados por el demandado. Por el primero entendemos la renta o mensualidad –normalmente- o precio que se paga por el alquiler, completo. Aquí se comprendería rentas anteriores, las generadas en el curso del proceso y hasta que el demandado desaloje el inmueble o sea desalojado efectivamente; el momento final vendría determinado por la firmeza de la sentencia y el efectivo desalojo del inquilino que le permite al propietario disponer del bien y volverlo a arrendar.

En cuanto al monto de renta que se puede cobrar, será la renta vigente por el monto acordado o los aumentos contractuales o judiciales decretados en el curso del proceso, puesto que el propio artículo 60 de la Lgaus obliga al arrendatario a seguir pagando la renta hasta que entregue el bien al propietario, incluso, señala la norma “La presentación de un proceso de extinción del arrendamiento, por cualquier causa, no exime al arrendatario de pagar la renta en la forma convenida”.

### **ii.- Servicios inherentes al vínculo arrendaticio**

Por “los servicios y otros gastos inherentes al vínculo arrendaticio” que pueda cobrar el propietario, entendemos el pago de los servicios públicos –agua, luz, teléfono, televisión por cable, alcantarillado sanitario, impuestos y tasas municipales, cuotas condominales –si así se pactó-, de guarda, seguridad, etc., salvo pacto en contrario excepto la cuota básica del agua según el artículo 64

Lgaus-. Este numeral de la LGAUS equipara el pago de esos servicios públicos con el precio de la renta, al señalar: “el pago de cuotas de servicios públicos que correspondan al arrendatario se asimilará al pago del precio del arrendamiento e integrará con este una obligación única e indivisible”, los únicos casos en que el arrendatario no está obligado al pago de tales servicios es cuando así se ha pactado o cuando la vivienda o el local no cuenta con servicios independientes con otras viviendas o locales.

### **iii.- Otros gastos inherentes al arrendamiento**

Finalmente, en cuanto al “gastos inherente” que se pueden cobrar a través de este incidente en el propio desahucio, entendemos cuotas de administración, mantenimiento, vigilancia, servicios comunes, servicios públicos, gastos pactados que el arrendatario tenía que cubrir, cuotas condominales ordinarias y extraordinarias –con obligación a cargo del arrendatario-, multas, cláusulas penales, intereses sobre algún extremo económico y el fin cualquier otra obligación de pago derivada del contrato, establecido en la ley o que así lo han pactado las partes –entre otros art. 25 Lgaus-.

Se trata en definitiva de gastos ocasionados por uso de la vivienda o local usuales o por estar este en propiedad en condominio, copropiedad, o por existir acuerdo para compartir gastos comunes de mantenimiento y similares. En este rubro no podrían incluirse daños y perjuicios ocasionados al inmueble, pues estos no están determinados. Dependen de una valoración en un proceso de conocimiento y porque sería introducir a través de un incidente de un proceso monitorio, cuestiones reservadas a un mayor elenco probatorio y de debate. Por otro lado, los procesos monitorios y sumarios tienen reglados de manera taxativa, las pretensiones y los extremos que se puedan conceder en sentencia o incidente. Rige el

principio de infungibilidad de procedimiento, según el cual, en procesos especiales privilegiados –como el incidental-, la parte debe atenerse a la pretensión autorizada por el legislador, incurriendo la sentencia en el vicio de incongruencia por ultrapetita procesal, si concede más de lo que la ley otorga.

### **c.- Intereses y costas en el incidente**

Ni el art. 10 LMAD, el 454 CPCD, ni el actual 104.6 NCPC conceden intereses ni costas del incidente. En cuanto al primer extremo, era conveniente que se hubiese dejado pues las partes podían pactar intereses moratorios por no pago o atraso en el pago de las rentas, de manera que así se podía conceder. Pero a pesar de la omisión de la norma, tal extremo sí se podría conceder en la resolución del cobro de incidente de alquileres, desde que el derecho al cobro de intereses nace por el acuerdo de partes y tendrían como base la norma general del artículo 1163 del Código Civil y 497 del Código de Comercio (reformados por Ley 7558 del 3 de noviembre de 1995). Los intereses serían al tipo convencional o legal de las rentas adeudadas.

En cuanto a las costas del incidente, como es un procedimiento autónomo, aunque dependiente en cuanto a su procedencia y eficacia del proceso de desahucio, la resolución que lo aprueba –el incidente- le pone término final al punto discutido, por lo que al ser en el fondo una pretensión autónoma del principal, sí podía hacer pronunciamiento en costas. Así lo permite el artículo 73.1 NCPC al señalar que “En toda resolución que le ponga fin al proceso, de oficio, se condenará al vencido al pago de costas. Se considerarán costas los honorarios de abogado, la indemnización del tiempo invertido por la parte en asistir a los actos del procedimiento en que fuera necesaria su presencia y los demás gastos indispensables del proceso”; pues si

el incidente es irreproducible y la pretensión que en él se decide es autónoma, sí es posible tal pronunciamiento.

En cuanto a los efectos de la resolución estimatoria del incidente de cobro de alquileres, gastos y servicios impagos, se trata de una resolución definitiva en cuanto a esa pretensión, que permite el embargo de bienes y cobro por la vía de ejecución de sentencia de lo impuesto. La resolución del incidente admite recurso de apelación por ponerle fin a una pretensión separada y emitir pronunciamiento sobre el cobro de un adeudo –art. 67.3.15 “Emitan pronunciamiento sobre el fondo de un incidente, salvo que denieguen la nulidad”.

Firme la resolución que aprueba los saldos insolutos, por el monto fijado, se decretará embargo de bienes del demandado y se procederá al remate de bienes en el mismo proceso, si los hubiere. Antes no se puede decretar embargo sino hasta que quede firme, porque la ley no lo establece o autoriza, solo autoriza la retención de bienes de manera anticipada o provisional en el curso del proceso o con la presentación del incidente de rentas adeudadas –arts. 104.6 y 112.2 NCPC-.

## **5.- RETENCIÓN DE BIENES, MIENTRAS NO SE CANCELEN LAS RENTAS ATRASADAS**

Ya vimos que el derecho de retención de bienes legalmente embargables se puede solicitar al inicio del proceso. Por su parte el art. 104.6 NCPC señala “para garantizar el pago, desde el inicio del proceso incidental el actor podrá solicitar que se realice un inventario de bienes en el inmueble arrendado, y (sic.) con base en este indicará cuáles deben mantenerse en ese lugar como garantía. Mientras no se satisfaga la obligación, el actor podrá ejercer el derecho de retención sobre ellos, de acuerdo con lo que establece la Ley... de Arrendamientos... y... Código Civil”.

La norma se refiere al derecho de retención, no de embargo, consecuentemente para la práctica del aseguramiento a que hace referencia el presente artículo 104.6 y 112.2, no resulta lícito exigir el depósito a que hace referencia el artículo 86.2 NCPC. El aseguramiento a que hace referencia es propiamente una medida cautelar especial, que se lleva a cabo levantando el acta respectiva, en la que se especifican los bienes asegurados y se le hacen al arrendatario las prevenciones pertinentes según el artículo 65 de la Lgaus, sobre la figura de la retención de bienes, que antes comentamos en esta obra.

## **6.- LIQUIDACIÓN DE COSTAS DEL PROCESO**

Firme la sentencia de desahucio, bien sea se interpusiera recurso de apelación y este se resolviera, o bien sea no se haya interpuesto; el victorioso deberá presentar una liquidación de las costas. Se eliminó la previsión contenida en el art. 6. f) de la LMAD que permitía que en la propia sentencia estimatoria (T. I C. N° 413-1U del 26-05-2014), en caso de oposición fundada, se impusiera y fijara de manera líquida las costas. El régimen legal de costas del NCPC 73.1, parte del principio general objetivo de imposición al derrotado (que no es absoluto) y, aun cuando no se soliciten, el juez debe imponerlas de oficio.

No todas las leyes procesales establecen cuál es el posible contenido de la condena en costas, con lo cual el tema es nuevamente contingente y librado a la elaboración de la jurisprudencia. Como es obvio, con ello se carece de toda seguridad jurídica en cuanto al tema, que muestra obvia importancia: se trata, nada menos que de saber con precisión qué es lo que debe ser abonado al vencedor en pleito *cuando el vencido debe pagar las costas*.

El NCPC, 73.1., se aparta de la clasificación que hiciera el CPCD 226: procesales y personales; las unifica como costas. Por ende, serán costas los gastos indispensables del proceso; mientras que las personales son los honorarios de abogado y la indemnización del tiempo invertido por la parte en asistir a las diligencias del proceso en las que fuere necesaria su presencia. Más allá de una excesiva subjetivización que la ley hace respecto del tema y de la inédita y constante fuente de nuevos litigios que desde ya genera su contenido, lo cierto es que parece razonable la amplitud de trato que le otorga.

En la determinación del monto de los honorarios de abogado, el juez, debe hacerla conforme al Decreto de Honorarios de Abogados, vigentes al momento de presentarse la demanda. Actualmente rigen los siguientes porcentajes de honorarios, para un desahucio, según dicho Decreto. Conforme al art. 24 del Decreto “En los procesos de desahucio los honorarios de los y las profesionales de ambas partes se determinarán conforme a la cuantía” y según los parámetros del art. 16 del mismo Decreto, de la siguiente forma:

“a. Hasta dieciséis millones quinientos mil colones, veinte por ciento (20%).

b. Sobre el exceso de dieciséis millones quinientos mil colones y hasta ochenta y dos millones quinientos mil colones, quince por ciento (15%).

c. Sobre el exceso de ochenta y dos millones quinientos mil colones, diez por ciento (10%)...

Con la presentación de la demanda se pagará el cincuenta por ciento (50%) de los honorarios y el otro cincuenta por ciento (50%) con la sentencia firme o efectiva desocupación”.

## **7.- PROCESO ORDINARIO PARA IMPUGNAR SENTENCIA DE UN SUMARIO**

Muchas dudas prácticas plantean la interposición de un juicio ordinario para impugnar lo resuelto o decidido en un proceso sumario y aunque los supuestos son diversos. Hoy hay dos reglas importantes que innova con gran fuerza el NCPC: no puede discutirse posteriormente en un ordinario las nulidades de un proceso sumario, ahora el numeral 33.3 NCPC permite la revisión, incluso en procesos sumarios, vía incidental, con base en las mismas causales de la revisión de ordinarios, además que se trata de un supuesto de demanda improponible, que permite el rechazo de plano, conforme al art. 35.5.8 NCPC, cuando “el proceso se refiera a nulidades procesales que han debido alegarse en el proceso donde se causaron”.

Centramos el análisis a la discusión en torno a la suspensión de la ejecución de la sentencia estimatoria del sumario, por la interposición de una demanda ordinaria para suspender tal sentencia o el otorgamiento de una medida cautelar en este nuevo proceso.

La cosa juzgada obedece al mismo principio en todas las sedes pues persigue idéntico interés de seguridad jurídica. Lo que ha sido juzgado con carácter de cosa juzgada, sea material o formal, no puede ser objeto de nueva discusión judicial. Por el contrario, lo que ha sido resuelto con carácter de cosa juzgada formal, si puede ser objeto de revisión en proceso de conocimiento pleno como en un ordinario civil, pero no puede ser objeto de revisión o modificación en el mismo proceso o a través de otro proceso sumario. Es imposible provocar la discusión sobre la misma cuestión de hecho o de derecho que hubiere sido fallado con carácter de cosa juzgada; si así se hiciere, se estaría poniendo en riesgo la estabilidad de las decisiones del órgano

encargado de desatar los litigios entre los particulares o entre estos y el Estado.

Es aquí donde viene implícito un límite constitucional y legal, que no permite reabrir y anular la sentencia en el nuevo proceso, pues sería crear un nuevo recurso, anular una sentencia firme y dejar en entredicho la fuerza ejecutoria de una sentencia con carácter de cosa juzgada formal. Por ello la causa petendi del proceso ordinario posterior que pretende revisar la sentencia del sumario no puede tener como objeto o fin, revocar o dejar sin efecto aquella sentencia. Ella ya está firme, y “el efecto dimanante de la sentencia, la independencia del juez y la imposibilidad constitucional y legal de que otro juez se atribuya el conocimiento de un asunto en trámite o fallado impediría tal efecto...no es posible rever -sic) en la declarativa una misma cuestión que fue objeto de decisión firme en juicio especial anterior. Sin perjuicio, desde luego, que el conflicto se plantee bajo un distinto aspecto jurídico o en su caso se invoque otra causa petendi...solo cabe ventilar de nuevo determinadas pretensiones cuando se fundamenten en una distinta causa de pedir” -SIC N° 140 del 09-05-1990).

#### **a.- No produce litispendencia**

La formulación contenida en la sentencia sumaria firme otorga con carácter imperativo, la facultad del victorioso a que se ejecute lo reconocido; esto es la eficacia imperativa que deviene de la sentencia de la que, a su vez, se derivan los efectos de inimpugnable, inmutable y coercible, que incluso se revelan en una sentencia con carácter de cosa juzgada formal como es la de un sumario. Se reconoce, también, a nivel de jurisprudencia, la formación de la institución de la cosa juzgada desde su primer contexto formal, procedimental, hasta su identidad sustancial con todos sus efectos centrífugos positivos y

negativos, materiales o sustanciales, directos e indirectos. Es garantía de seguridad jurídica que impide que, por un proceso posterior, se altere el contenido de lo resuelto por pronunciamiento definitivo sobre el fondo de una causa. La firmeza de la sentencia que tiene como consecuencia la inmutabilidad de lo resuelto se da fundamentalmente por la no interposición en tiempo de los recursos autorizados por ley para el caso concreto o porque se resolvieron los planteados, agotándose la instancia en alzada.

La sentencia, aun las de carácter de cosa juzgada formal mantienen los atributos de inimpugnabilidad, inmutabilidad y coercibilidad. Por el primero de ellos, una vez firme la sentencia o agotado el recurso único de apelación que se admite, no puede ser impugnado o revocado en el mismo proceso por el juez que falló o resolvió la apelación o por cualquier otro juez. El estado de inmutabilidad implica que no puede ser variada o revocada o dejada sin efecto en el mismo proceso o por otro proceso, y la coercibilidad finalmente, que el poder de *coertio* que posee el juez lo obliga a ejecutar la sentencia ya firme, aun cuando sea infundada, pues no puede echar marcha atrás, ni otro juez le puede obligar a no ejecutar las sentencias firmes, lo cual implicaría intromisión de la potestad juzgadora y atribuirse de manera indirecta el conocimiento de un asunto por un juez diverso a aquel al que lo conoció, algo que tanto la Constitución Política –Art. 153- como la LOPJ –Art. 5- prohíben. Así como no se permite reabrir causas fenecidas, no puede haber intromisión en la tumba lacrada de la cosa juzgada. Tampoco puede un juez avocarse a conocer de causas pendientes en otro tribunal, ni de manera indirecta involucrarse y suspender la eficacia de una sentencia de otro juez, puesto que la sentencia tiene mayor valor como acto procesal que una simple orden inicial o interlocutoria de una medida cautelar.

Finalmente, un elemento no menos importante que justifica la posición de no paralización de la ejecución de la sentencia de un sumario, debido a la existencia de un proceso ordinario, viene justificado en el principio de independencia del juez. Por norma de principio, el juez solo está sometido a la Ley y a la Constitución, en función jurisdiccional, y la eficacia de sus resoluciones, no está supeditada a un superior o juez del mismo rango; por eso permitir que otro juez examine y reste eficacia a la sentencia de otro, atentaría contra tan sagrado principio, pues equivale a dudar de tal potestad, comprometiendo la separación de la competencia, función e independencia de cada juez. Además, sería crear de manera indirecta un recurso o medio de impugnación para suspender una sentencia, que no está prevista en la ley. En síntesis, cualquier nulidad procesal de un proceso sumario se debe discutir en el mismo proceso donde se produjo, como se dijo.

#### **b.- Límite de discusión en el ordinario**

Si la sentencia de un sumario ha adquirido firmeza y se ha ejecutado, la resolución de fondo que luego se dicte en un proceso ordinario, que impugne aquella sentencia, no podría conllevar a la nulidad de la sentencia o su inejecución, de allí la prohibición del art. 33.3 NCPC y la procedencia del rechazo de la demanda por improponible, al tenor del art. 35.5.8 NCPC. La petitoria respectiva y efectos se limitarán al resarcimiento de daños y perjuicios. Los actos jurisdiccionales, y en especial las sentencias con autoridad de cosa juzgada, una vez que adquieren firmeza no pueden luego ser dejadas sin ningún valor o restarles ineficacia, puesto que la coercibilidad e inmutabilidad se verían alteradas en perjuicio de la seguridad jurídica y la coerción de los actos jurisdiccionales. La interposición de una nueva demanda, así como no puede suspender la ejecución de la sentencia sumaria, ni aun a través de una medida cautelar u orden

expedida erróneamente por un juez, tampoco puede luego tornar incierto o hacer nugatoria la sentencia firme.

### **c.- Supremacía de la cosa juzgada sobre el sumario y monitorio**

Una sentencia que haya sido pronunciada en clara contradicción con otra ya ejecutoriada y con la concurrencia de la triple identidad, modifica –no la sustituye– en sus efectos, a aquélla, si esa se dictó en un proceso que produce cosa juzgada formal y el nuevo lo fue en uno con carácter de cosa juzgada material.

## **8.- SENTENCIA SUMARIA DESESTIMATORIA Y CONVERSIÓN A ORDINARIO**

El artículo 103.4 NCPC, ha unificado la regla que antes solo estaba prevista para sumarios de cobro, y es la posibilidad de convertir el proceso sumario o monitorio desestimatorio en un ordinario, cuando la sentencia de aquel sea desestimatoria. Dice la norma “cuando la sentencia sea desestimatoria se revocará cualquier acto de ejecución o medida cautelar que se hubiera acordado. No obstante, el actor podrá solicitar en el plazo de diez días, a partir de la firmeza de la sentencia desestimatoria, que el proceso sumario se convierta en ordinario. Cuando se admita la conversión se conservarán las medidas cautelares obtenidas mediante caución, así como la anotación de la demanda y tendrá eficacia toda la prueba practicada con anterioridad, siempre que no se vulnere el principio de inmediación”.



## **BIBLIOGRAFÍA**

### **MANUAL DE LOS DESAHUCIOS Y SUS CAUSALES**

- AA.VV.** Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos, coord. Carlos Lasarte, España, 1996.
- AA.VV.** Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos, coord. Fernando Pantaleón, Madrid, 1995.
- AA.VV.** Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos, coord. María del Rosario Valpuesta, Valencia, 1994.
- AA.VV.** Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos, coord. O'Callaghan Xavier, Madrid, 1995.
- AA.VV.** Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos, coord. Reglero Campos, España, 1996.
- AA.VV.** Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos, coord. Rodrigo Bercovitz, 4ª. ed., España, 2005.
- Albácar López.** Arrendamientos urbanos. Comentarios a la nueva Ley y legislación vigente, Granada, 1995.
- Albácar López.** Ley de Arrendamientos Urbanos (Comentarios y jurisprudencia), Granada, 1989.
- Albaladejo Manuel,** Derecho Civil T. I, Volumen II, 12ª ed., Madrid, 2002.
- Alsina Hugo.** Juicios Especiales, México, t. III, 2002.
- Alsina Hugo.** Tratado de derecho procesal Civil y comercial, t. II, Buenos Aires, 1963.
- Alvarado Adolfo y Picado Carlos.** Lecciones de Derecho Procesal Civil, San José. 2012.
- Álvarez Alonso Salvador.** El desalojo por intrusión, precario, comodato y usurpación, Buenos Aires, 1976.
- Álvarez Salvador.** El desalojo, Buenos Aires, 1998.
- Anteproyecto** del Código Procesal General, Corte Suprema de Justicia, 2001-2005.
- Antillón Walter.** El derecho de llave, San José, 1999.
- Arazi Roland.** "La legitimación como elemento de acción", en La Legitimación, Libro homenaje a Lino Palacio, Buenos Aires, 1996
- Arean Beatriz.** Curso de derechos reales, 2ª ed., Buenos Aires, 1987.
- Artavia Sergio.** Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos, San José, 2006.
- Artavia Sergio.** Derecho Procesal Civil, t.I, 3ª ed. San José, 2006.
- Artavia Sergio.** Derecho Procesal Civil, t.II, 2ª ed., 2003.
- Artavia Sergio.** Derecho Procesal Civil, t.III, 2005.
- Artavia Sergio.** El monitorio de desahucio, San José, 2013.
- Artavia Sergio.** Las pruebas judiciales, 2ª edic., San Jose, 2017.
- Artavia Sergio.** Los procesos de desahucio y sus causales, t. I, 2ª ed., San José, 2005.
- Artavia Sergio.** Los procesos de desahucio y sus causales, t.II, 2ª ed., San José, 2005.
- Artavia Sergio.** Manual del Proceso Civil, t. I, 2015.
- Artavia Sergio.** Manual del Proceso Civil, t. II, 2015c.
- Artavia Sergio.** Teoría general del proceso, 4ª edic. 2017.
- Artavia Sergio-Picado Carlos.** Comentarios al nuevo Código Procesal Civil, t. IV, San José, 2016.
- Artavia Sergio-Picado Carlos.** Comentarios al Nuevo Código Procesal Civil, T. III
- Artavia Sergio-Picado Carlos.** Curso de Procesal Civil, t. I, 2ª edic. San José, 2016.
- Artavia Sergio-Picado Carlos.** Curso de Procesal Civil, t. II, 2ª edic. 2018.
- Artavia Sergio-Picado Carlos.** Los interdictos en materia civil, agraria y ambiental, San José, 2ª. ed., 2017.
- Ataz Joaquín.** Comentarios a la Ley de Arrendamientos, 4ª ed., Madrid, 2001.
- Bonet Navarro.** Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos, coord. Bercovitz, Madrid, 2001.
- Bonnecase Julien.** Tratado Elemental de Derecho Civil, Parte B, México, 1997.
- Bonnet José.** Derecho Procesal Civil, Navarra, 2012.
- Borda Guillermo.** Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales, t. I, Buenos Aires, 1972.
- Brenes Alberto.** Tratado de los bienes, 5ª edic. San José, 1981.

- Brenes Alberto.** Tratado de los contratos, revisada y actualizada por Gerardo Trejos y Marina Ramírez, San José, 1985.
- Brugi Biagio.** Instituciones de Derecho Civil, México, Volumen IV, 2001.
- Calamandrei Piero.** El procedimiento monitorio, Buenos Aires, 1953.
- Carbonier Jean.** Derecho Civil, traducida por Manuel Zorrilla Barcelona, 1965
- Carnelutti Francesco.** Sistema de derecho procesal civil. T. I, T. II, IV, trad. Sentí Melendo, Buenos Aires, 1974.
- Castán Tobeñas José.** Derecho Civil Español, Común y Foral, t. IV, Madrid, 1956.
- Colin A. y Capitant Henri.** Curso Elemental de Derecho Civil, T. II, V. II, Madrid, 1942.
- Colomer Ignacio.** La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales, Madrid, 2002.
- Cornu Gérard.** Derecho Civil. Los bienes, v. III, trad. Javier Solís, 7ª ed. San José, 1994.
- Correa Juan P.** El proceso monitorio de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Barcelona, 2001.
- Couture Eduardo.** Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, 1989.
- Cuadrado Manuel.** Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos, coord. Carlos Lasarte, Madrid, 1996.
- Cuatrecasas Abogados.** Ley de Arrendamientos Urbanos, Valencia, 1995.
- Dávila González.** La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, Valladolid, 1994.
- De Araujo Antonio.** Teoría general do Processo, Sao Paulo, 2003.
- De Bustos Modesto.** Comentarios al Código Civil, coord. Sierra Ignacio, t. III, Madrid, 2006.
- De Cosio Alfonso-De Cosio Manuel-León Jose.** Instituciones de Derecho Civil, Madrid, 1988,
- De La Haza Pilar.** Comentarios a la Ley de Arrendamientos, coord. Lasarte, Madrid, 1997.
- Devis Hernando.** Compendio de Derecho Procesal. Bogotá, 1998.
- Díez Picazo Luis y Gullón Antonio.** Instituciones de Derecho Civil, t. I, 1998.
- Diez Picazo Luis y Gullón Antonio.** Sistema de Derecho Civil, T. III, 6ª ed., Madrid, 1998.
- Diez Picazo.** Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, vol. 6º, Madrid, 1996.
- Drake Ronald y Drake Mary.** El contrato de fideicomiso y su regulación, San José, 2000.
- Fairén Víctor.** La audiencia previa. Consideraciones teórico-prácticas, Madrid, 2000.
- Fairén Víctor.** La transformación de la demanda en el proceso civil, Madrid, 1949.
- Falcón Enrique.** Cómo se ofrece y se produce la prueba. Buenos Aires, 2001.
- Farina Juan.** Contratos comerciales modernos, 2ª ed., Buenos Aires, 1997.
- Feliú Rey Manuel.** Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos, coord. Carlos Lasarte, España, 1996.
- Florez José.** Prueba Judicial, Madrid, 2008.
- Fraile M.** Comentarios a la Ley de Arrendamientos, coord. Pantaléon, Madrid, 2001.
- Fuentes Lojo.** Nueva Suma de Arrendamientos Urbanos, Barcelona, 1994.
- Galco Peco Ángel.** Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos, coord. Carlos Lasarte, España, 1996.
- Garberí José.** El proceso monitorio en la Ley de Enjuiciamiento Civil, Madrid, 2011.
- García Cantero.** Comentarios a la Ley de Arrendamientos, coord. O'Callaghan, Madrid, 2001.
- Gascón Marina.** Los hechos en el Derecho, Madrid, 1999.
- Gastán y Calvillo.** Tratado práctico de arrendamientos urbanos, Madrid, 1956.
- Gianfelici Mario.** Caso fortuito y fuerza mayor, Buenos Aires, 1995.
- Gimeno Sendra.** Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración, Madrid, 2004.
- Gimeno Vicente.** Fundamentos del derecho procesal, Madrid, 1981.
- Gómez María del Carmen.** Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos, coord. Carlos Lasarte, España, 1996.
- González Isabel.** Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos, coord. Rodrigo Bercovitz, 4ª. ed., España, 2005.
- Gordillo Antonio.** Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos, coord. Lasarte, 1996.
- Guasp Jaime-Aragonés Pedro.** Derecho Procesal Civil. T. II, Madrid, 2002.

- Guilarte Gutiérrez.** Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos, coord. Guilarte, Madrid, 2001.
- Gutiérrez Sanz M<sup>a</sup> Rosa.** La reconversión en el proceso civil, Madrid, 1999.
- Gutiérrez-Alviz y Conradí.** El procedimiento monitorio. Estudio de derecho comparado, Sevilla, 1972.
- Hayzus Jorge.** Fideicomiso, Buenos Aires, 2000.
- Hernández Mariano e Iniesta Juan José.** Algunos aspectos acerca de la duración de los contratos en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos. La Ley, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1995.
- Ibarra Juan Luis.** Teoría y práctica de los juicios verbales, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, 2013.
- Lacruz Berdejo José.** Elementos de Derecho Civil, t.III, 3<sup>a</sup> edic., 1991.
- Lazarte Carlos.** Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos, coord. Carlos Lasarte, Madrid, 1996.
- León Herni y Mazeud Jean.** Lecciones de derecho civil. Buenos Aires, 1962.
- Llambías Jorge-Alterini Jorge.** Código Civil anotado, t. IV-A, 1984.
- López Javier.** El proceso monitorio. Colección Ley de Enjuiciamiento Civil, Madrid, 2002.
- Lorca Antonio.** El proceso monitorio en el LEC, Madrid, 2000.
- Lorca Antonio.** El proceso monitorio regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, Madrid, 2004.
- Los Certales Fuentes.** Los arrendamientos urbanos. Madrid, 1995.
- Lozano Diego y De Fuentes Joaquín.** Todo sobre la Nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, Madrid, 1994.
- Lucas Francisco.** Comentarios al Código Civil, t. XX, coord. Albaladejo, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, 1995.
- Marín López.** Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos, coord. Bercovitz Rodrigo, Madrid, 2001,
- Messineo Francesco.** Manual de Derecho Civil y Comercial, t. II, Buenos Aires, 1954.
- Meza Álvaro.** Tratado de la posesión, San José, 2012.
- Montejo Andrés.** “Aproximación a un marco teórico de referencia en torno a la propiedad en condominio” en la obra Ley Reguladora de la Propiedad en Condominio, San José, 2001.
- Muñoz Luis.** Técnica probatoria, 4<sup>a</sup> ed. Barcelona, 1993.
- Muñoz Luis.** Fundamentos de Prueba Judicial Civil (LEC), Barcelona, 2001.
- O’Callaghan Javier.** Código Civil, comentado y con jurisprudencia, t.I, 2<sup>a</sup> edic. Barcelona, 2001.
- Ortiz Navacerrada.** Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos, coord. O’Callaghan.
- Ossorio Juan.** Comentarios a la Ley de Arrendamientos, Madrid, 1995.
- Palacio Lino.** Derecho Procesal Civil. T. IV, Bs. Aires, 1990.
- Papaño Ricardo y otros.** Derechos reales, t.II, Buenos Aires, 1997.
- Pendón Meléndez.** Empresa en alquiler: ¿arrendamiento de empresa o de local de negocio?, Madrid, 1991.
- Peñailillo Daniel.** Los bienes: la propiedad y otros derechos reales, Santiago, 1979.
- Pérez Antonio.** Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, coord. Manuel Albaladejo y Silvia Díaz, 2<sup>a</sup> edic., 1993.
- Pérez Víctor.** Derecho Privado, San José, 4<sup>a</sup> ed. 2016.
- Picado Carlos y Calderón Ana Cecilia.** Técnica y estrategia procesal. Cómo litigar, San José, 2015.
- Picado Carlos.** Código Civil, t. I y t. I, comentado, explicado, esquematizado y con aforismos latinos y jurisprudencia, San José, 2014.
- Picado Carlos.** Diccionario de Derecho, San José, 2014.
- Picado Carlos.** Manual de medidas cautelares, San José, 2015.
- Planiol Marcel y Ripert Georges.** Tratado práctico de Derecho Civil Francés, T. X, la Habana.
- Puig Brutau José.** Compendio de Derecho Civil., t.III, Madrid, 1998.
- Puig José.** Fundamentos de Derecho Civil, t.II, Madrid, 2001.
- Ramírez Jorge.** El juicio de desalojo, Buenos Aires, 1994.
- Rivero Juan.** La apariencia de la situación jurídica, San José, 2000.

- Rivero Juan.** Ley General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos comentada, San José, 1999.
- Rodríguez Aguilera y Peré Raluy.** Arrendamientos urbanos, Barcelona, 1985.
- Rojina Rafael.** Derecho Civil, t.II, v. II, 7ª ed. México, 1984.
- Rojo Ajuria.** Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos, Madrid, 2001.
- Rojo, Finez, Fraile.** Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos, coord. Fernando Pantaleón, Madrid, 1995.
- Said Alberto.** Los alegatos, México, 2004.
- Salgado Ali.** Locación, Buenos Aires, 1992.
- Salvatore Satta.** Manual de Derecho Civil, trad. Sentís, Buenos Aires, 1973.
- Samanes Carmen.** Las partes en la LEC. Madrid, 2000.
- Samanes Carmen.** La tutela del rebelde, Barcelona, 1993.
- Serrano Alonso.** Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos, coord. Rodrigo Bercovitz, 4ª. ed., España, 2005.
- Sotela Rogelio.** "La propiedad horizontal en Costa Rica", Revista Ciencias Jurídicas 18.
- Soto Nieto Francisco.** Supuestos de inclusión y exclusión en la nueva ley de arrendamientos urbanos (regulación legal de los mismos), Valencia, 1986.
- Tapia Isabel.** El objeto del proceso, alegaciones, sentencia. Madrid, 2000.
- Taruffo Michele.** La prueba de los hechos, trad. Jordi Ferrer, Madrid, 2002.
- Taruffo Micheli. La motivación de la sentencia, 2011
- Torres José.** Contrato y derecho de opción, Madrid.
- Trabucchi Alberto.** Instituciones de Derecho Civil, t. III, 1967.
- Ulate Enrique. Tratado de Derecho Procesal Agrario, Tomo III, San José, 2001
- Valladares Rascón y AA.VV.** Comentarios a la Ley de Arrendamientos, Madrid, 1995.
- Valpuesta Fernández.** Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos, coord. Valpuesta, Valencia, 1994.
- Vattier Fuenzalida Carlos.** Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos, coord. Lasarte, Madrid, 1996.
- Vázquez José.** Los principios del proceso civil en la obra colectiva Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina y Jurisprudencia, Madrid, 1994.