

LA INTERVENCIÓN FORZOSA O COACTIVA DE TERCEROS EN EL PROCESO CIVIL

Carlos Antonio Pérez Ríos.

Magíster en ciencias Civiles y Comerciales.
Catedrático de Derecho Procesal Civil,
Pre-Grado y Post-Grado en la UNMSM
y Postgrado en la Univ. Nac. Federico Villarreal.

SUMARIO:

- 1.-Marco Conceptual..
- 2.-Clases de Intervención Forzosa.
- 3.-Esquema según el Código Procesal Civil.
 - * La Denuncia Civil.
 - * Aseguramiento de Pretensión Segura.
 - * Llamamiento Posesorio.
 - * Llamamiento por Fraude o Colusión.

1. MARCO CONCEPTUAL.

Doctrinaria y normativamente la intervención de terceros en el Proceso Civil presenta dos modalidades: la intervención espontánea o libre y la intervención coactiva o forzosa. La variable a considerar para determinar el tipo de intervención es el sujeto de quien procede la iniciativa esto es si la iniciativa nace del tercero, de las partes preconstituidas o del propio juez. En el primer caso la intervención es voluntaria, en el segundo, forzosa o coactiva.

Como sabemos, la intervención voluntaria de terceros en el Proceso Civil adopta las siguientes formas: intervención coadyuvante, intervención litisconsorcial, intervención excluyente principal e intervención excluyente de propiedad y la intervención excluyente de derecho preferente; en tanto que la intervención forzosa o coactiva se presenta bajo las siguientes modalidades: denuncia civil, aseguramiento de pretensión futura, llamamiento posesorio y llamamiento en caso de fraude o colusión.

La doctrina es unánime en considerar que la intervención forzosa o coactiva es aquélla que ocurre por iniciativa y voluntad de alguna de las partes o del juez y no del tercero quien se ve constreñido a intervenir en el proceso preexistente en forma directa o en rebeldía. La intervención del tercero se inicia con el correspondiente emplazamiento judicial que a su vez representa la admisión de la petición formulada por el demandado o el demandante o la formalización de la iniciativa judicial respecto de la intervención forzosa del tercero.

Refiriéndose a este instituto, el maestro Chiovenda explica que la llamada forzosa de un tercero «no implica por sí la proposición de una demanda contra el tercero, o por parte suya: no es sino la llamada del que hubiera podido ser, pero no quiso ser (ni podía obligársele a ser) litisconsorte del actor, o del que hubiera podido ser litisconsorte del demandado, pero que el demandante no quiso citar ni estaba obligado a citar; y tiene el efecto, en primer término, de extender en todo caso al tercero llamado la autoridad de la futura cosa Juzgada (lo que puede aprovechar al que le convoca en causa por razones dependientes de las diversas circunstancias del caso concreto), y en segundo lugar, de facilitar o excitar la participación del tercero en la litis. En tanto que el llamado no proponga demandas o no las presenten las partes contra él, no se convierte en parte; pero permanece en la situación de tercero sometido a la resolución, con todos los derechos y deberes inherentes a tal calidad»¹.

Son dos las condiciones esenciales o presupuestos de toda intervención: la primera es la existencia de un proceso en trámite; y la segunda, que la intervención sea de un tercero. La figura de la intervención procesal, bajo criterios estrictos no es inherente a quien tiene la calidad de parte, por lo que la comparecencia tardía del demandado rebelde no debe ni puede ser equiparada con la intervención del tercero, tal como lo advierte el gran Piero Calamandrei al decir que «No hay que confundir, por consiguiente, con la intervención del tercero, la comparecencia tardía del contumaz, que, aunque no haya comparecido, es parte desde el comienzo del proceso»².

¹ Chiovenda G: «Instituciones de Derecho Procesal Civil» Vol. II Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid 1940, pág. 276

² Calamandrei Piero: «Derecho Procesal Civil» T. II, pág. 313.

2. CLASES DE INTERVENCION FORZOSA.

La intervención forzada se subdivide en dos grupos en atención al sujeto de quien proviene la iniciativa de emplazamiento al tercero: a) La intervención forzada a instancia de parte y b) La intervención forzada de oficio o judicial; empero, en todos los casos el emplazamiento del tercero se produce por decisión del órgano jurisdiccional.

INTERVENCION FORZOSA A INSTANCIA DE PARTE.

La iniciativa de hacer intervenir al tercero en el proceso corresponde al demandado o al demandante, es decir, a las partes. Dicha iniciativa se formaliza a través de la correspondiente petición debidamente motivada, la que luego de pasar por el tamiz de la calificación judicial da lugar al emplazamiento del tercero, expidiéndose para tal fin la resolución pertinente que por la naturaleza del acto corresponde a un auto.

Son dos las situaciones que surgen en este tipo de intervención: La primera es aquélla en la que el llamamiento del tercero se produce por iniciativa del demandado, y la segunda cuando aquélla corresponde al actor. Ahora bien, ¿por qué el demandado se ve compelido a pedir la intervención del tercero? la respuesta tiene más de una explicación, veamos:

- 1º) Porque es el tercero quien realmente forma parte de la relación sustantiva y no el demandado luego es aquél a quien el actor debió emplazar en lugar del demandado quien se considera sin ninguna legitimidad para formar parte de la relación procesal.
- 2º) Porque el demandado admitiendo tener legitimidad procesal y sustantiva y por tanto ser parte en estas relaciones, considera que además de él otra persona tiene igual responsabilidad sobre la pretensión postulada o que en la relación sustantiva existe un obligado principal a quien debió emplazarse en primer orden por haber sido el beneficiario de la acreencia, luego debe formar parte de la relación procesal.
- 3º) Porque reconociendo ser parte en las relaciones sustantiva y procesal, considera que las obligaciones o cargas a imponérsele en la sentencia le otorgarían el derecho a exigir una indemnización o el derecho a repetir contra el tercero por ser quien finalmente dio lugar al conflicto de intereses surgido entre demandante y demandado.

Como puede colegirse, la intervención forzosa del tercero no está librada al capricho o arbitrariedad de las partes; el pedido de intervención debe presentar determinada relación de causalidad, directa o indirecta con la pretensión discutida por aquéllas, circunstancia que es valorada por el juez, de acuerdo con las previsiones establecidas en la norma procesal. Sobre el particular Ugo Rocco afirma lo siguiente: «Condición de la intervención coactiva es que la causa sea común a aquél que llama en juicio y a aquél que es llamado en juicio. Este requisito no consiste en un mero interés del que llama y que es llamado, sino sobre todo en que la relación sustancial que se discute entre actor y demandado sea común al tercero, o por lo menos, sea conexa por identidad de título o de sujeto, o del uno y el otro, con otra relación en que el sujeto extraño se encuentre con el actor o con el demandado»³.

La doctrina mayoritaria considera tres clases de intervención forzosa, a instancia de parte:

- 1ª) **La denuncia del pleito.**- La doctrina mayoritariamente la considera como derecho de las partes para emplazar a un tercero a efectos de que éste ocupe la posición del denunciante o litigue conjuntamente con él. Nuestro código procesal civil la denomina denuncia civil, y la considera como un derecho que sólo puede ser ejercido por el demandado.

Artículo 102º: «El demandado que considere que otra persona, además de él o en su lugar, tiene alguna obligación o responsabilidad en el derecho discutido, debe denunciarlo indicando su nombre y domicilio, a fin de que se le notifique del inicio del proceso».

- 2ª) **El llamamiento en garantía.**- En sentido general, comprende las obligaciones personales y reales cuando la parte vencida tendría acción revésica contra el llamado; o el derecho a obtener de éste la indemnización por los daños que pueda sufrir, en nuestro ordenamiento procesal civil el llamamiento en garantía se denomina aseguramiento de pretensión futura.

Artículo 104º: «La parte que considere tener derecho para exigir de un tercero una indemnización por el daño o perjuicio que pudiera causarle el resultado de un proceso, o derecho a repetir contra dicho tercero lo que debiera pagar en ejecución de sentencia, puede solicitar el emplazamiento

³ Rocco Ugo: «Tratado de Derecho Procesal Civil» Tomo II. Edit. TEMIS Bogotá, 1976, pág. 132.

del tercero con el objeto de que en el mismo proceso se resuelva además la pretensión que tuviera contra él...».

- 3ª) **La laudatio o nominatio autoris.**- Cuando el tercero demandado denuncia el nombre de la persona por quien posee y que debe responder de la demanda; nuestra legislación la denomina llamamiento posesorio.

Artículo 105º: «Quien teniendo un bien en nombre de otro, es demandado como poseedor de él, debe expresarlo en la contestación a la demanda, precisando el domicilio del poseedor, bajo apercibimiento de ser condenado en el mismo proceso a pagar una indemnización por los daños y perjuicios que su silencio cause al demandante, además de la multa prevista en el artículo 65º. Para el emplazamiento al poseedor designado se seguirá el trámite descrito en el artículo 103º.

Si el citado comparece y reconoce que es el poseedor, reemplazará al demandado, quien quedará fuera del proceso. En este caso, el juez emplazará con la demanda al poseedor.

Si el citado no comparece, o haciéndolo niega su calidad de poseedor, el proceso continuará con el demandado, pero la sentencia surtirá efecto respecto de éste y del poseedor por él designado.

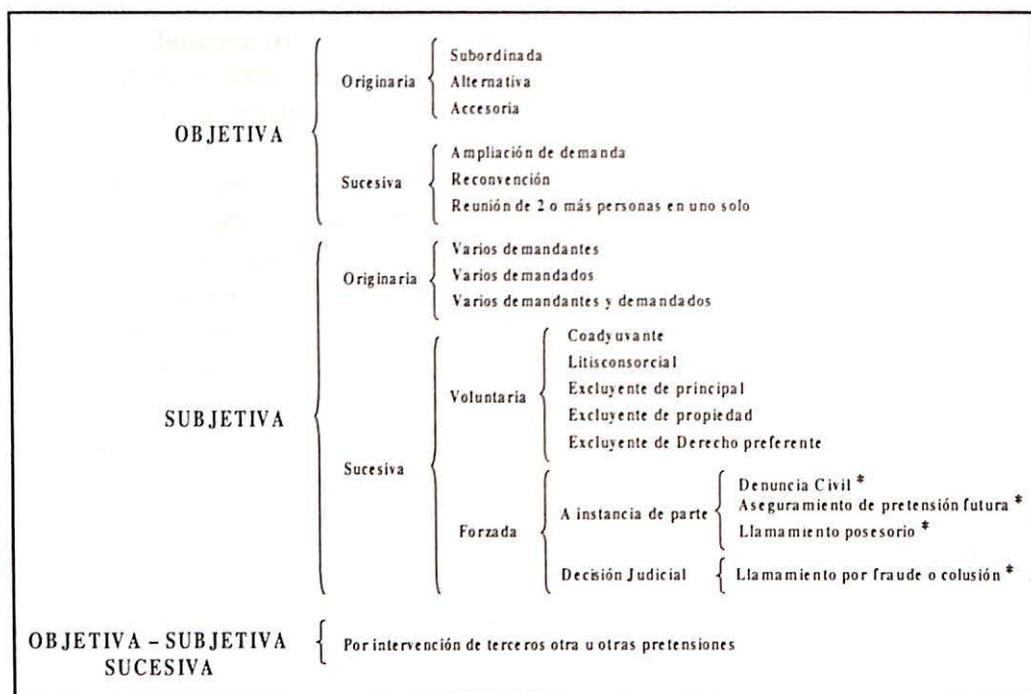
Lo normado en este artículo es aplicable a quien fue demandado como tenedor de un bien, cuando la tenencia radica en otra persona».

LA INTERVENCIÓN FORZOSA DE OFICIO O JUDICIAL.

Se produce cuando el juez de oficio ordena el emplazamiento de la persona o personas que puedan resultar perjudicadas si es que no son forzadas por el demandado a intervenir en el proceso; es decir, la iniciativa para hacer intervenir forzosamente en el proceso al tercero, corresponde al juez y no a las partes; por lo que esta forma de intervención sólo puede adoptar una modalidad que el código procesal civil denomina llamamiento en caso de fraude o colusión.

Artículo 106º: «Cuando en cualquier etapa del proceso se presuma fraude o colusión entre las partes, el juez de oficio, ordenará la citación de las personas que pueden resultar perjudicadas, a fin de que hagan valer sus derechos. Para tal efecto, el juez puede suspender el proceso por un plazo no mayor de treinta días»

3. ESQUEMA SEGUN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL



* Se desarrolla a continuación

LA DENUNCIA CIVIL

“Art. 102 Denuncia Civil.- El demandado que considere que otra persona, además de él o en su lugar, tiene alguna obligación o responsabilidad en el derecho discutido, debe denunciarlo indicando su nombre y domicilio, a fin de que se le notifique del inicio del proceso”.

NOTA: El tratamiento doctrinario y exegético de esta forma de Intervención Forzada, ha sido desarrollado en Revista de Derecho y Ciencia Política en el Vol. 55 (Nº2) 1998, pág. 293-312

ASEGURAMIENTO DE PRETENSION FUTURA.

“Art. 104° La parte que considere tener derecho para exigir de un tercero una indemnización por el daño o perjuicio que pudiera causarle el resultado de un proceso, o derecho a repetir contra dicho tercero lo que debiera pagar en ejecución de sentencia, puede solicitar el emplazamiento del tercero con el objeto de que en el mismo proceso se resolviera además la pretensión que tuviera contra él. El llamamiento queda sujeto al trámite y efectos previstos en el artículo 103°”.

SUMILLA: I.-Marco conceptual. II.-Antecedente normativo. III.-Clases y características. IV.-Procesos y procedencia. V.-Legislación extranjera.

I. MARCO CONCEPTUAL.

Es una institución de origen germánico sin embargo la Ordenanza Procesal alemana del 30 de enero de 1877, no ha consagrado la figura mencionada, la misma que sólo adquirió claridad y mayor difusión gracias a la obra titulada «La chiamata in garanzia» escrita en 1913 por Piero Calamandrei.

La llamada en garantía o aseguramiento de pretensión futura tiene por finalidad decidir de una sola vez y de una misma manera los puntos comunes a la pretensión principal, en estricta aplicación del principio de economía procesal evitando de ese modo el pronunciamiento de sentencias contradictorias.

Más, ¿en qué consiste esta forma de intervención forzosa? pues bien, coincidiendo con el tratadista colombiano Jaime Azula sostenemos que el aseguramiento de pretensión futura se presenta cuando cualquiera de las partes solicita al juez que se emplace a un tercero con quien tiene una relación sustancial o material de carácter real o personal que lo habilita para obtener de éste la indemnización del perjuicio que pueda sufrir, o el reembolso total o parcial de la cantidad de dinero a que sea condenado a pagar en la sentencia que se emita en el proceso⁴.

⁴ Azula Camacho Jaime: «Manual de Derecho Procesal Civil» Tomo II, Edit. TEMIS, Bogotá 1997, pág. 78.

Conforme a la doctrina y a nuestro código procesal civil, el aseguramiento de pretensión futura se configura frente a dos supuestos fácticos o situaciones: 1º) Que el denunciante considere tener derecho a exigir de un tercero una indemnización por el daño o perjuicio que pudiera causarle el resultado de un proceso, 2º) Que el denunciante considere tener derecho a repetir contra dicho tercero lo que debiera pagar en ejecución de sentencia.

Tal como lo señalamos introductoriamente esta institución es conocida en la doctrina como llamamiento en garantía, sin embargo nuestra legislación la denomina aseguramiento de pretensión futura. Entre una y otra denominación no existen diferencias de fondo, éstas son meramente formales puesto que ambas teleológicamente tienen connotación preventiva ya que en esencia el objetivo es permitir al denunciante el aseguramiento o garantía de su pretensión indemnizatoria o de repetición frente al tercero denunciado, dentro del mismo proceso. Empleando ambas denominaciones y conciliatoriamente podemos afirmar que se efectúa el llamamiento en garantía para el aseguramiento de una pretensión futura del denunciante que puede ser el demandado o el demandante.

A diferencia de las otras formas de intervención forzosa, el aseguramiento de pretensión futura no tiene como finalidad que el tercero denunciado sustituya o ayude al denunciante sino que su propósito es que aquél quede obligado por decisión judicial ante el denunciante por lo que éste sea condenado en el mismo proceso.

Cabe finalmente señalar que si bien es la norma sustantiva la encargada de regular los casos en los que una persona debe responder por la derrota ajena, es el juez finalmente quien determinará la procedencia del llamamiento.

II. ANTECEDENTE NORMATIVO.

Esta forma de intervención forzosa o coactiva de terceros no registra antecedentes en nuestro ordenamiento procesal civil; sin embargo sí la ubicamos en nuestro ordenamiento sustantivo dentro de las obligaciones de saneamiento particularmente en el denominado juicio de evicción.

El llamamiento en garantía regulado en el código civil sólo está referido al saneamiento por evicción, como es previsible se regula el procedimiento sin emplear la denominación procesal pertinente.

¿Qué es lo que se dice en el Código Civil? veamos:

Artículo 1498° «Una vez promovido el juicio de evicción, queda el adquirente obligado a solicitar, dentro del plazo para contestar la demanda, que ésta se notifique al transferente que él designe.

Artículo 1499° «Sí el transferente sale a juicio ocupará el lugar del adquirente como demandado hasta la conclusión del juicio. Cuando el adquirente lo solicite puede coadyuvar en la defensa».

El juicio de evicción al que alude la norma civil no es otro que el proceso de cognición cuya pretensión tiene por objeto privar al adquirente de todo o de parte del derecho de propiedad transmitido por la venta y en virtud de un derecho anterior a la compra.

El aseguramiento de pretensión futura o llamamiento en garantía tomado de la norma sustantiva ha sido trasladado al Código Procesal Civil revistiéndole de mayor amplitud y precisión respecto a su tramitación, trascendiendo así de su reducido ámbito circunscrito al saneamiento por evicción, para adquirir carta de ciudadanía entre las formas coactivas de intervención de terceros en el proceso.

III. CLASES.

El profesor Giuseppe Chiovenda clasifica al llamamiento en garantía o aseguramiento de pretensión futura en dos grupos: el llamamiento en garantía simple y el llamamiento en garantía formal.

- 1) Llamamiento en garantía simple.-** Se produce cuando el llamado se encuentra en el proceso por una obligación hacia su contrario al cual corresponde una obligación de resarcimiento del llamado hacia él.

Ejemplos de esta forma serían: el caso del fiador demandado que llama en garantía al deudor principal; el mandante demandado que llama a su mandatario para resarcir los daños causados por éste al demandante.

- 2) Llamamiento en garantía formal.-** Se denomina así en los casos en que el que la hace se encuentra en el proceso como titular de un derecho que le ha sido transmitido por el llamado y se lo niega el contrario.

Ejemplo típico de este caso es el saneamiento por evicción en virtud del cual el comprador llama a su vendedor al proceso iniciado para cuestionar la propiedad del bien comprado.

Graficamos: Lily demanda a Karla la nulidad del contrato de compraventa alegando un derecho anterior a la transferencia. Quien vendió el inmueble a Karla es Valeria. Karla luego de analizar la demanda y los medios de prueba aportados llega a la conclusión de que no tiene mayor posibilidad de éxito por lo que es previsible que luego tendría que demandar a Valeria para que le devuelva el importe de lo pagado, los intereses, frutos y mejoras si fuere el caso, y la correspondiente indemnización. Pues bien, por el aseguramiento de pretensión futura, Karla en el mismo proceso de nulidad del contrato de compraventa, puede demandar a Valeria para lograr el amparo de su pretensión futura.

La diferencia entre una y otra forma radica en el hecho de que en el llamamiento en garantía simple el demandado que llama, estando personalmente obligado, debe permanecer en el proceso; en tanto que en la segunda forma, el demandado llamador puede quedar fuera del proceso, produciéndose una extromisión procesal; esta última posibilidad no está contemplada en la norma procesal, sino en el artículo 1499º Código Civil.

El profesor colombiano Jaime Azula Camacho por su parte y siguiendo al código de procedimiento de su país clasifica al llamamiento en garantía considerando la naturaleza del vínculo jurídico existente entre el denunciante y el tercero citado clasifica al llamamiento en garantía bajo dos modalidades: legal y contractual.

- 1º) **Llamamiento en garantía legal.**- Comprende todas aquellas pretensiones que pueden ser dirigidas contra el tercero; gozan de amparo legal y tienen naturaleza extracontractual.
- 2º) **Llamamiento en garantía contractual.**- La modalidad contractual se produce cuando la obligación del tercero está amparada por un contrato, por ejemplo «se presenta cuando el demandado es quien ocasionó el accidente y cita a la compañía de seguros para que se la condene a pagar lo que él tenga que cubrir en virtud de ese hecho»⁵.

⁵ Camacho Azula J., ob., cit., pág. 79.

CARACTERÍSTICAS:

- 1ª) Puede producirse por decisión de cualquiera de las partes y no sólo del demandado, como sí sucede en la denuncia civil, más como sostiene el profesor Giuseppe Chiovenda, «Comúnmente, la llamada en garantía se hace por el demandado, (...) pero es admisible la llamada también por parte del demandante, puesto que, por ejemplo, el comprador que reivindica la cosa comprada contra el poseedor puede llamar en garantía al vendedor»⁶.
- 2ª) Representa una forma especial de acumulación: subjetiva objetiva sucesiva.

La acumulación es subjetiva por la intervención del tercero y sucesiva porque se produce con posterioridad a la formalización de los actos postulatorios y es objetiva sucesiva porque esta forma de intervención permite al denunciante postular nueva pretensión en contra del tercero luego de haber precluido la fase postulatoria.

- 3ª) La pretensión que el denunciante postula contra el tercero sin duda alguna es posible gracias al ejercicio del derecho de acción. Sólo que la calidad de demandado y demandante concurren en la misma persona del denunciante, similar situación se produce en la reconvención, sólo que en el caso que estudiamos la nueva pretensión que el demandado postula no está dirigida contra el demandante (como sucede en la reconvención) sino contra un tercero.

La actividad que el denunciante realiza al postular una nueva pretensión frente al tercero constituye el ejercicio incuestionable del derecho de acción sólo que se ejercita en forma simultánea al derecho de contradicción.

- 4ª) La postulación de la pretensión futura para su aseguramiento es facultativa. Sin embargo con el propósito de evitar confusiones, tratándose del saneamiento por evicción la ley obliga al demandado a solicitar que se notifique al transferente que el designe⁷, más ello no debe inducirnos a sostener que en

⁶ Chiovenda G., ob., cit., pág. 282.

⁷ C.C. artículo 1498º «Promovido juicio de evicción, queda el adquirente obligado a solicitar, dentro del plazo para contestar la demanda, que ésta se notifique al transferente que él designe».

determinados casos el aseguramiento de pretensión futura tiene el carácter de obligatorio. No debemos confundir entre la obligación de solicitar la notificación con la demanda a un tercero, con la postulación de una nueva pretensión contra éste.

En el saneamiento por evicción además de existir la obligación de solicitar al juez se disponga la notificación con la demanda al tercero transferente, existe el derecho o facultad del demandado para postular el aseguramiento de su pretensión futura con ocasión de la contestación de la demanda, pretensión cuyas características están normadas por el artículo 1495° del Código Civil.

- 5ª) La nueva pretensión que es postulada contra el tercero tiene naturaleza accesoria a la pretensión principal que enfrenta a actor y demandado.

La pretensión dirigida contra el tercero denunciado es accesoria porque únicamente puede ser amparada si se ampara la pretensión principal, es decir, está condicionada a lo que el juez decida sobre ésta. Por consiguiente si no se ampara la pretensión principal carece de objeto y deviene en impertinente emitir pronunciamiento sobre la pretensión condicionada accesoria por la misma razón no podría el juez declarar infundada la demanda y amparar la pretensión postulada por el denunciante.

Veamos un ejemplo: Pedro en su condición de ingeniero civil ha sido contratado por Jorge para construir un edificio de cuatro pisos en el plazo de ocho meses. Pedro a su vez subcontrató a Ricardo para la instalación del sistema eléctrico. Resulta que al término del plazo convenido Pedro no puede cumplir con la entrega de la obra porque la instalación del sistema eléctrico aún no se ha producido por negligencia de Ricardo no obstante habersele requerido oportuna y reiteradamente el cumplimiento de su obligación.

Jorge demanda a Pedro el cumplimiento de su obligación y el pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. Como puede colegirse Pedro nada tiene que alegar en su defensa, porque el incumplimiento de su obligación está debidamente acreditado; no puede sostener como defensa que el culpable de todo es Ricardo y que a él debió demandársele; el obligado frente a Jorge es Pedro y no Ricardo.

Pero, ¿Ud. no cree que Pedro puede demandar a Ricardo por los daños y perjuicios que éste le ha ocasionado y por lo cual se le impondrá una conde-

na?⁸ ¿Pedro deberá esperar que concluya el proceso que le ha instaurado Jorge para recién poder demandar a Ricardo? Respondemos que gracias al aseguramiento de pretensión futura o llamamiento en garantía Pedro no necesita esperar la culminación del proceso iniciado por Jorge; al contestar la demanda puede denunciar a Ricardo demandándole el pago de la indemnización respectiva por el importe que pagará a Jorge en ejecución de sentencia.

Ahora regresemos a la característica que veníamos analizando: la naturaleza accesoria de la pretensión objetiva sucesiva.

En el caso propuesto la pretensión de Jorge contra Pedro es la pretensión principal y originaria; la pretensión de Pedro contra Ricardo viene a ser la pretensión accesoria, postulada en forma sucesiva. Es accesoria porque su destino está determinado por la decisión que recaiga sobre la pretensión principal. Entonces, si el juez ampara la pretensión de Jorge la pretensión de Pedro también podría ser amparada; en caso contrario, si la sentencia desestima la pretensión principal (la de Jorge), la pretensión accesoria (la de Pedro) cae inexorablemente.

IV. PROCESOS EN LOS CUALES PROCEDE EL ASEGURAMIENTO DE PRETENSIÓN FUTURA.

El texto del artículo 104 establece los parámetros de procedencia de esta forma de intervención, y por consiguiente el tipo de procesos en los cuales puede postularse la nueva pretensión («pretensión futura»). Leamos la norma: «La parte que considere tener derecho para exigir de un tercero una indemnización por el daño o perjuicio que pudiera causarle el resultado de un proceso, o derecho a repetir contra dicho tercero lo que debiera pagar en ejecución de sentencia, puede solicitar el emplazamiento del tercero con el objeto de que en el mismo proceso se resuelva además la pretensión que tuviera contra él, el llamamiento queda sujeto al trámite y efectos previstos en el artículo 103».

Analicemos: la norma establece que el llamamiento en garantía es procedente cuando se trata de: 1º) Exigir una indemnización por daño o perjuicio; y, 2º) Por el derecho a repetir contra el tercero lo que debiera pagar en ejecución de sentencia.

⁸ En el lenguaje procesal civil la imposición de una condena significa imponer al vencido en el proceso, el cumplimiento de determinada prestación de dar, hacer o no hacer.

Pues bien, la pretensión indemnizatoria para su amparo requiere de la realización de un conjunto de actos de cognición a cargo de las partes y el juzgador, por lo que se tramita sólo en proceso cognoscitivo. Empero, como no se trata de una pretensión que se postula originariamente, tendrá que acumularse en forma sucesiva al proceso ya iniciado, por tanto, esta pretensión se someterá a los trámites correspondientes al proceso de cognición pertinente que en nuestra legislación son tres: de conocimiento, abreviado y sumarísimo.

Asimismo, la pretensión consistente en el derecho a repetir contra el tercero lo que debiera pagar en ejecución de sentencia, supone la existencia de un proceso cognitorio del cual emergería la condena (imposición de una obligación de dar, hacer o no hacer) contra el demandado, cuya ejecución se tramitará vía proceso de ejecución de resolución judicial. Si esto es así, debemos concluir que esta pretensión y la intervención del tercero también se produce sólo en procesos de cognición.

En conclusión, podemos sostener que el aseguramiento de pretensión futura sólo procede en procesos de conocimiento y no en procesos de ejecución, cautelares y no contenciosos.

PANORAMA DOCTRINARIO:

Piero Calamandrei:

«La llamada en garantía es la institución procesal por la cual quien es parte en una causa referente a un objeto por el cual un tercero le debe garantía, llama en causa a este tercero para que realice espontáneamente la defensa y para extenderle también a él los efectos del juicio; y, en previsión de que el tercero se niegue a constituirse a la defensa, o bien no consintiendo a prestarla queda vencido y para los efectos del juicio, obligado a resarcir el daño de la no hecha o no cumplida defensa»⁹.

Francisco Carnelutti:

«Presupuesto del llamamiento en garantía es la relación de garantía. Se llama así a la relación por virtud de la cual una persona(garante) viene obli-

⁹ Calamandrei Piero: citado por José Antonio Silva Vallejo en «La Ciencia del Derecho Procesal». Edit. FECAT, Lima 1971, pág. 673.

gada a prestar a otra (garantido) el equivalente de cuanto éste haya dado o perdido en virtud del cumplimiento de una obligación respecto a un tercero. Esta relación puede nacer de cualquier fuente capaz de engendrar una obligación. En particular puede derivar del contrato, así como de un acto o hecho jurídico diferente»¹⁰.

Juan Montero Aroca:

«Mediante esta llamada una parte (normalmente el demandado) provoca la intervención en el proceso de un hasta entonces tercero, que debe garantizar al llamante de los resultados del mismo. La llamada puede ser formal o simple. En la llamada formal el tercero está obligado a garantizar al llamante en virtud de una transmisión onerosa de derechos efectuada con anterioridad (...) En la llamada simple la obligación de garantizar procede de un vínculo de coobligación que da lugar, entre los obligados, a pretensiones de regreso total o parcial, después de satisfacer al acreedor común»¹¹.

Hernando Devis Echandía:

«Se presenta el llamamiento en garantía, en sentido amplio, siempre que entre la parte citada y la principal que la hace citar, exista una relación de garantía, (...) Esa garantía puede ser de dos clases: garantía real, cuando consiste en responder por el goce y disfrute de un derecho real que ha sido transferido por el garante al garantizado, y que por lo tanto, tiene siempre un origen contractual, como sucede en la evicción de que responde el vendedor al comprador (...) garantía personal, cuando se trata de responder por obligaciones personales como la de indemnizar perjuicios o restituir lo pagado, por tanto puede originarse directamente en la ley, como en el caso del patrón que responde por los daños causados a terceros, por su empleado o dependiente y queda con derecho a repetir contra éste; o también puede originarse en contrato, como el caso del fiador o asegurador que está obligado a pagar por su fiador o asegurado, pero queda con derecho a repetir contra él»¹².

¹⁰ Carnelutti Francisco: «Sistema de Derecho Procesal Civil.» Tomo II, Edit. UTEHA Buenos Aires 1944, pp. 693, 694.

¹¹ Montero Aroca Juan: «El Nuevo Proceso Civil». Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia 2000, pp. 98, 99.

¹² Devis Echandía H., ob., cit., pág. 411.

Enrique Véscovi:

«Comprende la circunstancia en la cual una de las partes, normalmente el reo, pide la citación(y emplazamiento) de un tercero para que concurra a defenderlo y eventualmente sea condenado. Inclusive, muchas veces ese tercero entra en el proceso y puede sustituir a la parte»¹³.

Julio Camacho Azula:

«El llamamiento en garantía se presenta cuando cualquiera de las partes solicita al funcionario judicial la citación de un tercero con quien tiene una relación sustancial o material de carácter real o personal (legal o contractual) que lo habilita para obtener de éste la indemnización del perjuicio que pueda sufrir o el reembolso total o parcial de la cantidad de dinero a que sea condenado a pagar en la sentencia que se profiera en el proceso. Puede citarse como ejemplo del llamamiento en garantía el caso del conductor de un vehículo de una empresa que causa un accidente; la persona que lo sufrió demanda a la empresa para que reconozca el daño y se le imponga la consecuente condena al pago de los perjuicios sufridos, pudiendo entonces la empresa citar o llamar al conductor para que sea condenado a reintegrarle lo que ella tenga que pagar en virtud de dicha condena»¹⁴.

V. LEGISLACIÓN EXTRANJERA:**1) Código de procedimiento Civil de Venezuela:**

«Art. 370°. Los terceros podrán intervenir, o ser llamados a la causa pendiente entre otras personas en los casos siguientes: 5° Cuando alguna de las partes pretenda un derecho de saneamiento o de garantía respecto del tercero y pida su intervención en la causa».

2) Código de procedimiento Civil de Colombia:

«Art. 57. Llamamiento en garantía. Quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegara a

¹³ Véscovi Enrique: «Teoría General del Proceso» Edit. Temis, Bogotá 1984, pág. 206.

¹⁴ Camacho Azula Jaime, ob., cit., pp. 78, 79.

sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquél, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación. El llamamiento se sujetará a los artículos anteriores».

3) Código general del proceso de Uruguay:

«Art. 51. Intervención necesaria por citación.- El demandado, en el plazo para contestar y sin perjuicio de hacerlo, podrá solicitar el emplazamiento de un tercero en garantía o de aquél respecto al cual considera que la controversia es común o a quien la sentencia pueda afectar. El emplazado no podrá objetar la procedencia de su emplazamiento y deberá comparecer, tendrá los mismos derechos, deberes y cargas del demandado».

4) Código de processo civil de Brasil:

«Art. 77. É admissível o chamamento ao processo:

- I- do devedor, na ação em que o fiador for réu;
- II- dos outros fiadores, quando para a ação for citado apenas um deles;
- III- de todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum».

LLAMAMIENTO POSESORIO

«**Art. 105.** Llamamiento posesorio. Quien teniendo un bien en nombre de otro, es demandado como poseedor de él, debe expresarlo en la contestación de la demanda, precisando el domicilio del poseedor, bajo apercibimiento de ser condenado en el mismo proceso a pagar una indemnización por los daños y perjuicios que su silencio cause al demandante. Además de la multa prevista en el artículo 65. Para el emplazamiento al poseedor designado se seguirá el trámite descrito en el artículo 103.

Si el citado comparece y reconoce que es el poseedor reemplazará al demandado quien quedará fuera del proceso. En este caso el juez emplazará con la demanda al poseedor.

Si el citado no comparece o haciéndolo niega su calidad de poseedor, el proceso continuará con el demandado, pero la sentencia surtirá efecto respecto de éste y del poseedor por él designado.

Lo normado en este artículo es aplicable a quien fue demandado como tenedor de un bien, cuando la tenencia radica en otra persona».

SUMILLA: I.-Marco conceptual. II.-Procedencia; III.-Obligación del demandado. IV.-Sanción. V.-Consecuencias de la intervención del tercero. VI.-Fuente normativa. VII.-Revisión doctrinaria. VIII.-Legislación extranjera.

I. MARCO CONCEPTUAL.

Es una de las formas de intervención forzada a instancia de parte, en la que sólo el demandado (poseedor inmediato) puede llamar al tercero (poseedor mediato) en cuyo nombre posee.

Esta acumulación subjetiva sucesiva está relacionada con aquellos procesos cuya pretensión consiste en lograr la restitución de la posesión de un bien mueble o inmueble.

En términos gráficos y simples, se produce cuando la demanda está dirigida equivocadamente contra persona que aparentemente tiene la posesión del bien objeto de la pretensión, siendo que en realidad no es más que un simple tenedor que detenta o disfruta del bien a nombre del verdadero poseedor a quien se debió demandar. En otro caso se demanda a una persona como tenedor del bien sin tener tal calidad. Son estas las circunstancias que dan lugar al llamamiento posesorio e intervención del tercero que objetivamente es parte material de la pretensión discutida.

II. PROCEDENCIA.

El llamamiento posesorio se produce en dos situaciones claramente diferenciadas como veremos a continuación:

1ª situación:

Se demanda la restitución de un bien a quien simplemente es un servidor de la posesión o poseedor inmediato como el caso del guardián o cuidador del inmueble. Es decir, el demandado es únicamente un tenedor del bien.

2ª situación:

Se emplaza al demandado como tenedor de un bien siendo que la tenencia radica en otra persona, es decir, el bien no está bajo control y tenencia del demandado.

En ambas situaciones la pretensión del actor es recuperar la posesión de un bien mueble o inmueble.

III. OBLIGACIÓN DEL DEMANDADO.

En las dos situaciones previstas en la ley, es deber del demandado dar a conocer al juez que no es a él a quien se debió demandar; por consiguiente debe comunicar al juez su condición de tenedor del bien, y precisar asimismo el nombre y domicilio del poseedor. Esta carga procesal debe ser cumplida al contestarse la demanda.

En la segunda situación, el tercero al contestar la demanda debe comunicar al juez que no es el tenedor del bien y precisar por tanto el nombre y domicilio de la persona en quien recae la tenencia del bien cuya restitución es reclamada.

IV. SANCIÓN.

Las sanciones que la norma procesal ha previsto ante la eventualidad de que el demandado incumpla su deber de información con relación al nombre y domicilio del poseedor son de naturaleza pecuniaria: el pago de una indemnización por los daños y perjuicios que su silencio cause y concurrentemente el pago de una multa no menor de diez ni mayor de cincuenta unidades de referencia procesal. Ambas sanciones se aplican en forma conjunta, no procede la exclusión de ninguna de ellas.

El resarcimiento de los daños y perjuicios tiene finalidad privada, beneficia al demandante perjudicado en tanto que la multa beneficia al Estado, constituye ingreso propio del Poder Judicial, tiene por tanto finalidad pública.

Es pertinente dejar establecido que la imposición de las sanciones exige que de lo actuado pueda acreditarse el proceder doloso del demandado al ocultar la información requerida e impuesta por la ley con el propósito de perjudicar al actor, sólo de este modo podría imponerse al demandado con toda justificación las sanciones enunciadas, de otro modo se incurriría en arbitrariedad.

¿La imposición de las sanciones previstas exige determinada condición o formalidad?. La respuesta es afirmativa. Al expedirse el auto admisorio no sólo debe disponerse el emplazamiento del demandado sino que además debe requerírsele para que en el caso de no tener la calidad de poseedor o tenedor del bien cumpla con indicar al juzgado el nombre y dirección del poseedor inmediato, bajo apercibimiento de ser condenado en el mismo proceso al pago de una indemnización y multa. Por consiguiente si no se formuló tal apercibimiento no podría válidamente imponerse las sanciones previstas en la ley.

V. CONSECUENCIAS DE LA INTERVENCIÓN DEL TERCERO.

1ª Situación: El llamado comparece al proceso.

Si el tercero llamado comparece al proceso pueden surgir dos situaciones excluyentes que a su vez generan consecuencias distintas: La primera situación es aquella en la que el llamado comparece al proceso y reconoce ser el poseedor del bien cuya restitución se reclama, la consecuencia es que el tercero interviniente reemplaza al demandado quien queda excluido del proceso. La segunda situación es aquella en la que el llamado comparece al proceso pero niega su condición de poseedor; en este caso se producen dos

consecuencias jurídico-procesales: la consecuencia inmediata es que no se produce la exclusión del demandado quien permanece en el proceso; pero la consecuencia mayor y mediata es que la sentencia a expedirse surtirá efecto respecto del demandado y del poseedor interviniente que negó su condición de tal.

2ª Situación: El llamado no comparece al proceso.

El llamado en evidente actitud de rebeldía no se apersona al proceso no obstante haber sido debidamente notificado. Debemos entonces sostener que a partir de su notificación el devenir del proceso ya no le será indiferente: la sentencia que se expida comprenderá tanto al demandado como el llamado.

VI. FUENTE NORMATIVA.

La norma tomada como fuente inspiradora del artículo 105º de nuestro Código Procesal Civil, es el art. 59 del código de procedimiento civil de Colombia, en el que este instituto es denominado «llamamiento de poseedor o tenedor». La norma contenida en el art. 59º del código de procedimiento civil colombiano ha sido reproducida casi textualmente como veremos a continuación:

Código de procedimiento Civil de Colombia:

«Art.59.- Llamamiento de poseedor o tenedor. El que teniendo una cosa a nombre de otro, sea demandado como poseedor de ella, deberá expresarlo así en la contestación de la demanda, indicando el domicilio o residencia y la habitación u oficina del poseedor, so pena de ser condenado en el mismo proceso a pagar los perjuicios que su silencio cause al demandante. El juez ordenará citar al poseedor designado y para estos efectos se aplicará lo dispuesto en el artículo 56.

Si el citado comparece y reconoce que es poseedor tendrá como parte en lugar del demandado quien queda fuera del proceso. En este caso el juez dará traslado de la demanda al poseedor, por auto que no requerirá notificación personal.

Si el citado no comparece o niega su calidad de poseedor, el proceso continuará con el demandado, pero la sentencia surtirá sus efectos respecto de éste y del poseedor por él designado.

Lo dispuesto en el presente artículo se aplicará a quien fuere demandado como tenedor de una cosa, si la tenencia radica en otra persona.

Cuando en el expediente aparezca la prueba, de que el verdadero poseedor o tenedor es otra persona, el juez de primera instancia de oficio ordenará su citación».

LLAMAMIENTO POSESORIO Y DESALOJO

Como lo indicamos precedentemente, la figura del llamamiento posesorio está relacionada con pretensiones cuya finalidad consiste en lograr la restitución de determinado bien mueble o inmueble, por consiguiente es frecuente que esta forma de intervención coactiva se produzca en el proceso de desalojo y en aquellos procesos en los que se pretenda la reivindicación de determinado bien.

Nuestro código procesal civil regula precisamente una situación específica de llamamiento posesorio en el proceso sumarísimo de desalojo, veamos:

Artículo 588º «Si el emplazado acredita no ser poseedor, sino que sólo se encuentra en relación de dependencia respecto de otro, conservando la posesión en nombre de éste y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas, debe sobrecartarse el admisorio y procederse conforme a lo dispuesto en el artículo 105º, salvo que quien demande sea el poseedor con quien mantiene la relación de subordinación»

El emplazado en este caso debe comunicar al juez su condición de dependiente del poseedor mediato y que únicamente conserva la posesión en nombre del verdadero poseedor; deberá indicar el nombre y dirección de éste a quien realmente debe emplazarse. No vemos cual es la razón por la que deba sobrecartarse el admisorio sin antes formalizarse el llamamiento del verdadero poseedor (tercero interviniente, o llamado), máxime cuando la norma dispone que debe procederse conforme a lo dispuesto por el artículo 105º.

DESALOJO, INTERDICTO, REIVINDICACIÓN:

La regla básica respecto a la legitimidad para postular la pretensión de desalojo es que ésta puede ser postulada por todo aquél que considere tener derecho a la restitución de un predio; entre los sujetos activos de esta pretensión podemos mencionar al propietario, al arrendador, al administrador, entre otros. La excepción a la regla es el caso de aquél que luego de ser despojado de

la posesión de un bien, sin proceso previo, pretende su restitución; la pretensión en este caso no es de desalojo sino de interdicto de recobrar.

Con relación a la reivindicación debemos decir que es uno de los derechos inherentes a propiedad (conjuntamente con los derechos de uso, disfrute y reivindicación) en virtud del cual el propietario de un bien puede demandar la restitución de un bien contra el poseedor no propietario pero que discute o desconoce al primero su legítimo derecho de propiedad. La pretensión de reivindicación sólo puede ser postulada por el propietario, no por el arrendatario ni el administrador del bien, es ésta su particularidad que la diferencia de la pretensión de desalojo y del interdicto de recobrar.

Las tres pretensiones (desalojo, interdicto de recobrar y reivindicación) sin embargo tienen la misma finalidad, las tres tienen como denominador común el propósito de obtener por decisión judicial la restitución de un bien: las tres buscan recuperar la posesión de determinado bien mueble o inmueble mediante el correspondiente proceso judicial.

VII. REVISIÓN DOCTRINARIA.

Giuseppe Chiovenda.

«El poseedor inmediato, demandado con una acción relativa a la propiedad de la cosa o al ejercicio de una servidumbre, puede quedar fuera de causa con sólo indicar la persona en cuyo nombre posee. El ejemplo típico nos lo ofrece el arrendatario que nombra al arrendador (...) El designado podrá, a su vez, designar a otros. Se entiende que el demandado continuará siendo parte hasta la sentencia que lo saque fuera de la causa, y que esta resolución no podrá ser dictada hasta que efectivamente, conste si el demandado era el poseedor inmediato y el nombrado el mediató, y esto presupone la llamada en causa del nombrado»¹⁵.

Leonardo Prieto-Castro y Ferrandiz:

«Se da cuando una persona que posee una cosa ajena (esto es, en calidad de poseedor inmediato), por virtud de una relación jurídica, como depositario, arrendatario o figura análoga, es demandado, como tal poseedor, por otra persona que afirma tener un derecho sobre dicha cosa.

¹⁵ Chiovenda G., ob., cit., pág. 279.

En este supuesto, lo procedente es que el poseedor inmediato demandado ponga en conocimiento del poseedor mediató la incoación del proceso, para que éste, a quien le interesa la defensa de la propiedad, lo asuma como parte y el denunciante, sea liberado de la continuación de dicho proceso.

El Derecho español no conoce esta figura, pero *ex lege ferenda* cabrían algunas soluciones dentro de su sistema»¹⁶.

Mario Alzamora Valdez:

«Dice el maestro Sanmarquino, coincidiendo con Giuseppe Chiovenda que esta «forma de intervención obligatoria de tercero, es la denominada *laudatio nomini actoris* o *nominatio actoris*.

Dicha forma de intervención se origina cuando el demandado alega ser poseedor inmediato en nombre de otro (el tercero) que es el poseedor mediató.

Si el tercero llamado no interviene (...), el juicio continuará entre las partes, y el demandado queda exento de responsabilidad frente al tercero. Si el tercero interviene, sustituye al demandado produciéndose una sucesión procesal»¹⁷.

Hernando Devis Echandía:

«Se presenta, en primer lugar, cuando el demandante se equivoca respecto a la persona que debe citar como demandada para la restitución de una cosa y dirige su demanda contra quien tiene en apariencia la posesión del bien objeto de sus pretensiones, pero en realidad sólo es un simple tenedor que detenta o disfruta ese bien a nombre del verdadero poseedor, que es quien ha debido ser demandado; y en segundo lugar, cuando se demanda a alguien como tenedor de la cosa sin serlo. El demandado por ese error debe limitarse a indicar el nombre del verdadero poseedor o tenedor y suministrar además el dato del domicilio o residencia de éste y de la oficina o casa donde puede ser hallado, si los conoce.

¹⁶ Prieto Castro L., ob., cit., pág. 88.

¹⁷ Alzamora Valdez M., ob., cit., pág. 266.

Las consecuencias del silencio del demandado sobre este particular, sea que conteste la demanda o que no lo haga, se reflejan en la sentencia, con un alcance definido claramente en el texto legal, pues entonces se le condena a pagar al demandante los perjuicios que éste sufra por tal conducta, que pueden ser el valor de la cosa si era mueble y se pierde o se hace imposible su recuperación, o el valor de los frutos y productos durante el tiempo perdido en ese proceso, y cualesquiera otros, además de las costas del proceso

El juez ordena citar a ese tercero, en la forma indicada para la denuncia del pleito; si comparece y reconoce que es el poseedor o tenedor(según el caso), se le tiene como parte en lugar del demandado y éste queda fuera del proceso; si no comparece, o si niega su calidad de poseedor o tenedor, el proceso continúa con el demandado pero la sentencia surte efectos respecto de ambos. Es decir, el citado queda de todas maneras vinculado al proceso por el solo hecho de la citación»¹⁸.

Juan Montero Aroca:

«Se trata aquí de que alguien que detenta una cosa como poseedor inmediato, es demandado por el que afirma ser dueño, ejercitando una *actio in rem o in rem scripta*; el poseedor inmediato afirma poseer en nombre de otro, que es el poseedor mediato. Lo aconsejable en esta situación es que el demandado ponga en conocimiento del verdadero poseedor la perturbación que sufre en la posesión, para que éste lo defienda y se defienda. Esta llamada se conoce también en la doctrina como llamada al poseedor mediato»¹⁹.

Juan Monroy Gálvez:

«Como se sabe, las demandas posesorias, con independencia de la existencia de un domicilio distinto del emplazado, deben dirigirse a la dirección domiciliaria del bien materia de conflicto.

Sin embargo, es posible que en el bien no se encuentre el poseedor legítimo sino aquél que en doctrina suele denominársele «servidor de la posesión» o poseedor mediato. Lo expresado significa que la relación jurídica procesal no estaría reflejando correctamente la relación jurídica sustantiva

¹⁸ Devis Echandía H., ob., cit., pp. 417, 418.

¹⁹ Montero Aroca J., ob., cit., pág. 99.

al emplazarse a persona distinta del poseedor, por lo que todo lo que se actúe bien podría declararse nulo.

Para evitar esta situación, el llamamiento posesorio le impone al servidor de la posesión el deber de denunciar al verdadero poseedor y con ello, le concede también el derecho de separarse del proceso, siempre que el denunciado reconozca su calidad de poseedor»²⁰.

VIII. LEGISLACIÓN EXTRANJERA.

El código general del proceso uruguayo, así como el código de procedimiento civil venezolano no contemplan esta forma de intervención forzada.

1) Código de procedimiento Civil de Colombia:

«**Art. 59.-** Llamamiento de poseedor o tenedor. El que teniendo una cosa a nombre de otro, sea demandado como poseedor de ella, deberá expresarlo así en la contestación de la demanda, indicando el domicilio o residencia y la habitación u oficina del poseedor, so pena de ser condenado en el mismo proceso a pagar los perjuicios que su silencio cause al demandante. El juez ordenará citar al poseedor designado y para estos efectos se aplicará lo dispuesto en el artículo 56.

Si el citado comparece y reconoce que es poseedor tendrá como parte en lugar del demandado quien queda fuera del proceso. En este caso el juez dará traslado de la demanda al poseedor, por auto que no requerirá notificación personal.

Si el citado no comparece o niega su calidad de poseedor, el proceso continuará con el demandado, pero la sentencia surtirá sus efectos respecto de éste y del poseedor por él designado.

Lo dispuesto en el presente artículo se aplicará a quien fuere demandado como tenedor de una cosa, si la tenencia radica en otra persona.

Cuando en el expediente aparezca la prueba de que el verdadero poseedor o tenedor es otra persona, el juez de primera instancia de oficio ordenará su citación».

²⁰ Monroy Gálvez J. Rev., cit., pág. 57.

2) Código de processo civil:

«Art. 70.- A denunciação da lide é obrigatória: II- ao proprietário ou ao possuidor indireto quando, por força de obrigação ou direito, em casos como o de usufrutuário, do credor, pignoratício, do locatário, o réu, citado em nome próprio, exerça a posse direta da coisa demandada».

LLAMAMIENTO EN CASO DE FRAUDE O COLUSIÓN.

Artículo 106.- Llamamiento en caso de fraude o colusión.- Cuando en cualquier etapa del proceso se presuma fraude o colusión entre las partes, el Juez, de oficio, ordenará la citación de las personas que puedan resultar perjudicadas, a fin de que hagan valer sus derechos. Para tal efecto, el Juez puede suspender el proceso por un plazo no mayor a treinta días.

SUMILLA: I.-Concepto. II.-Presupuestos. III.-Oportunidad; IV.-Condición del tercero. V.-Suspensión del proceso. VI.-Revisión doctrinaria. VII.-Legislación extranjera.

I. CONCEPTO.

El llamamiento por fraude o colusión o llamamiento de oficio es aquél por el cual el juez ante el fraude o colusión de las partes (demandante y demandado), para afectar o perjudicar a un tercero, dispone el emplazamiento de éste para que ejercite su derecho de defensa.

A diferencia de las otras formas de intervención forzosa o coactiva en las que la iniciativa para lograr la intervención del tercero nace de las partes, en el llamamiento por fraude o colusión, tal iniciativa corresponde al juez, ello explica su particularidad.

El diccionario de la lengua española define al fraude como: 1) «Engaño, inexactitud consciente, abuso de confianza, que produce o prepara un daño, generalmente material; 2) Delito que comete el encargado de vigilar la ejecu-

ción de contratos públicos y aún de algunos privados, confabulándose con la representación de intereses opuestos; 3. Dícese de los actos del deudor generalmente simulados y, rescindibles que deja al acreedor sin medio de cobrar lo que se le debe».

Sobre «colusión» el mismo diccionario contiene la siguiente acepción: «acción y efecto de coludir; pactar en daño a tercero»²¹.

En ambos términos concurren el engaño, el abuso de confianza, el perjuicio a tercero, sin embargo es evidente que toda la amplitud semántica y conceptual del fraude y la colusión nunca aparecerá con total precisión y nitidez, como lo hace constar el ilustre procesalista uruguayo Eduardo Couture, cuando afirma que «hay extensas zonas limítrofes imprecisas. Es toda esta materia una cuestión de hecho; y en muchas oportunidades, de circunstancias subjetivas que quedan libradas a la apreciación de los jueces»²².

Sin embargo la opinión autorizada de Hernando Devis Echandía nos permite aproximarnos a la idea central del término «fraude procesal»; sostiene este autor que dicho concepto presenta las siguientes características:

- a) Es una forma de dolo o una maniobra dolosa, cuyo contenido y alcance puede variar, según el acto procesal en que aparezca y los fines particulares que se persigan.
- b) Es obra de las partes o de un tercero interviniente, si se contempla en el aspecto restringido del fraude procesal (proceso, tercería o incidente fraudulento); pero puede ser el juez de la causa, del investigador o del comisionado, de un auxiliar de éstos, e inclusive de cualquier órgano de prueba, si se considera en el sentido más general (...).
- c) Persigue un fin ilícito, que puede consistir en el simple engaño al juez o a una de las partes para obtener una sentencia contraria a derecho e injusta, pero que generalmente tiene consecuencias específicas, de aprovechamiento o beneficio ilegal e inhumano, en perjuicio de otra de las partes o de terceros²³.

²¹ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia. Tomos III y XIX, Edición 1970.

²² Couture E: «Estudios de Derecho Procesal Civil» T. III, pág. 387.

²³ Devis Echandía H: Revista de Derecho Procesal Iberoamericano, Octubre-Diciembre 1970.

En la doctrina el llamamiento por fraude o colusión es conocido como intervención *iussu iudicis* con alcances mucho más genéricos, puesto que la facultad que se concede al juez no está supeditada exclusivamente a la concurrencia de fraude o colusión, sino que puede ser ejercida en atención a los intereses del proceso mismo; esta forma regulatoria fue introducida por el ordenamiento procesal civil italiano²⁴.

II. PRESUPUESTOS.

1) PRESUNCIÓN DE COLUSIÓN O FRAUDE:

Como la propia norma procesal señala, la presunción es el razonamiento lógico-crítico que a partir de uno o más hechos indicadores lleva al juez a la certeza del hecho investigado. Los hechos indicadores que constituyen el sustento fáctico a partir de los cuales puede el juez elaborar presunciones, deben estar contenidos o emerger de medios probatorios obrantes en autos. Por consiguiente, el juez no requiere contar con medios probatorios directos (si los tiene enhorabuena) del fraude o colusión para llamar al tercero, bastan los indicios y presunciones para ordenar la citación de las personas que pudieran resultar perjudicadas. Empero los medios probatorios, los sucedáneos de estos o ambos a la vez, sustentatorios de la colusión o fraude deben ser debidamente precisados, examinados y valorados por el órgano jurisdiccional, por tratarse de un auto y contener una decisión trascendental en el devenir del proceso.

2) COLUSIÓN O FRAUDE IMPUTABLE A LAS PARTES:

La presencia nociva del fraude procesal en general tienen un amplio espectro y puede aparecer en cualquier etapa del proceso a través de cualquier acto procesal y tener como autor a cualesquiera de los sujetos del proceso: el juez, las partes, los órganos de auxilio judicial e incluso los auxiliares jurisdiccionales.

El fraude puede producirse mediante las formas especiales de conclusión del proceso: conciliaciones, allanamientos o reconocimientos

²⁴ CODICE DI PROCEDURA CIVILE, artículo 107º: «Il giudice, quando ritiene opportuno che il processo si svolga in confronto di un terzo al quale la causa è comune, ne ordina l'intervento» («Cuando el juez considera oportuno que el proceso se desenvuelva frente a un tercero al cual la causa le es común, ordena su intervención.»).

fraudulentos, o desistimientos sospechosos. El fraude también se manifiesta en la actividad probatoria mediante testimoniales falsas, declaraciones fraudulentas, dictámenes periciales viciados e incluso adulteración de documentos.

Sin embargo, para que se configure el llamamiento por colusión o fraude se exige tales vicios procesales sean cometidos por ambas partes, en perjuicio de un tercero o terceros; es decir, el presupuesto esencial es que concurra el denominado fraude bilateral imputable a las partes.

3) PERJUICIO A TERCEROS:

Obviamente, si la colusión o el fraude tienen como autores al demandante y al demandado, los efectos de su accionar fraudulento no pueden recaer sobre ellos mismos; el perjuicio necesariamente debe recaer en un tercero o terceros.

Ahora bien, con respecto al perjuicio a terceros tampoco es exigible la existencia de medio probatorio directo basta que tal perjuicio puede presumirse a partir de los hechos indicadores que acreditan la existencia de colusión o fraude entre las partes.

4) PROCESO EN TRAMITE:

El llamamiento del tercero por colusión o fraude solo procede antes de la expedición de sentencia, puesto que hacerlo con posterioridad carecería de utilidad y eficacia.

Este presupuesto está relacionado con el tema de la oportunidad empero no por ello deja de ser un presupuesto para la expedición del auto de llamamiento coactivo del tercero o terceros. ¿Podría el órgano jurisdiccional de segunda instancia efectuar este llamamiento? respondemos a esta interrogante en el acápite siguiente.

III. OPORTUNIDAD.

La norma establece que el juez en cualquier etapa del proceso ordenará la citación de las personas que considere puedan resultar perjudicadas por la colusión o fraude de las partes. Debemos entender que tal posibilidad tiene como límite la expedición de la sentencia, puesto que no tendría objeto citarlos

después, máxime cuando por el proceder fraudulento de las partes es previsible que ninguna de las partes interponga recurso de apelación contra la sentencia expedida.

Si por el proceder fraudulento de las partes es previsible que la sentencia no sea impugnada, por la misma razón no podría admitirse la posibilidad de que el llamamiento por colusión o fraude sea ordenada en segunda instancia.

Sin embargo, cabe preguntarse qué sucede en aquellos procesos en los que interviene como parte el Ministerio Público? contestamos: el representante del Ministerio Público como defensor de la legalidad y teniendo la calidad de parte nada es verdad puede interponer el correspondiente recurso de apelación, nada lo impide; pero antes que ello suceda, antes de expedirse sentencia, ¿pudo el representante del Ministerio Público solicitar la intervención del tercero? claro que sí pudo y debió hacerlo. Como vemos muchas son las posibilidades y situaciones que este tema suscita, por lo que los juicios emitidos no son definitivos, dejemos que la actividad jurisdiccional y la doctrina digan su palabra.

IV. CONDICIÓN DEL TERCERO LLAMADO JUDICIALMENTE.

No puede determinarse a priori cual es la condición del tercero llamado por el juez lo único que puede afirmarse categóricamente es que los terceros son llamados «a fin de que hagan valer sus derechos».

Equivocamos el enfoque de nuestro estudio si pretendemos encasillar a esta forma especial de intervención forzosa dentro de las otras formas o modalidades puesto que cada una tiene su propia configuración y naturaleza.

¿Podrá solicitar el tercero la nulidad de todo lo actuado y solicitar la conclusión del proceso? Creemos que sí es posible. ¿Puede apersonarse y comunicar al juez que no tiene ningún interés que proteger y que no existe colusión o fraude y que todo se debe a un error de apreciación judicial?, es posible. ¿Puede solicitar al juez la continuación del proceso y se le admita la actuación de determinados medios probatorios para contraponerse a los actos de colusión y fraude de las partes? Claro que sí. Como puede inferirse, la condición del tercero es simplemente ésa, la de un tercero llamado por la presumible existencia de colusión o fraude en su perjuicio; es interés el que marcará la naturaleza de su intervención y el derrotero del proceso en el cual que ha sido llamado.

EMPLAZAMIENTO AL TERCERO:

El juez ante la concurrencia de los presupuestos para el llamamiento por colusión o fraude debe emplazar al tercero o terceros. Correcto, pero a continuación surge el primer obstáculo que es el relacionado con el domicilio de los terceros; situación que no se produce en las formas de llamamiento de terceros por iniciativa de las partes ya que la ley impone al llamante el deber de señalar el domicilio de aquellos. ¿Cómo proceder entonces para el emplazamiento del tercero?, ¿qué modalidad de notificación se debe utilizar?

Sin mucho esfuerzo podemos afirmar que los terceros deben ser notificados por edictos puesto que el art. 165° del cpc, establece que «la notificación por edicto procederá cuando se trate de personas inciertas o cuyo domicilio se ignore...»; hasta esta parte podríamos dar por superado el problema, pero a continuación surge un obstáculo formal contenido en el mismo artículo cuando se señala que tratándose de domicilio ignorado «la parte debe manifestar bajo juramento o promesa que ha agotado las gestiones destinadas a conocer el domicilio de la persona a quien se deba notificar» Se nos dirá entonces que es improcedente la notificación por edicto porque esta modalidad de emplazamiento sólo puede ser solicitada por las partes y no por el juez.

Pues bien, ante este aparente entrampamiento rigurosamente formal debemos manifestar lo siguiente: Es verdad que la norma contenida en el artículo 165° del cpc, exige que cuando se trate de domicilio ignorado, la parte que solicita la notificación debe manifestar bajo juramento o promesa que ha agotado las gestiones destinadas a conocer el domicilio de la persona a quien se deba notificar; esto es cierto sin duda alguna. Pero también es cierto, que el llamamiento que estudiamos no corresponde a uno promovido por iniciativa de alguna de las partes en cuyo caso sí sería exigible el juramento o promesa referidos. El llamamiento subexamen es uno de naturaleza especialísima en el que la iniciativa corresponde al juez y en atención a circunstancias también especiales como son la configuración de colusión o fraude en perjuicio de terceros. Creemos que en este caso no se requiere juramento o promesa alguna puesto que esta exigencia puede ser adecuada por el juez al logro de los fines concretos y abstractos del proceso.

Las formalidades contenidas en el código procesal civil son imperativas pero ello no implica que sean absolutas. La exigencia de las formalidades está sujeta a la adecuación que el juez debe efectuar si los fines del proceso así lo recomiendan: los fines del proceso tienen primacía sobre las formalidades.

V. SUSPENSIÓN DEL PROCESO.

La norma establece que «El Juez puede suspender el proceso por un plazo no mayor a treinta días.» La suspensión o no del proceso dependerá entre otras consideraciones de la fase en que se encuentre.

La suspensión se dispone en interés del tercero; se pretende otorgarle el tiempo suficiente para el ejercicio de su defensa. Son las partes constituidas las que no pueden realizar actos procesales mientras no se produzca la intervención del tercero, o no se declare su rebeldía. Si bien el llamamiento es forzoso o coactivo ello no significa que el tercero deba necesariamente intervenir en el proceso; su intervención es facultativa.

Finalmente debemos decir que el plazo de suspensión es por un plazo no mayor de treinta días; es el límite máximo. Es aconsejable que el juez otorgue plazos similares a los establecidos en cada vía procedimental para la contestación de la demanda.

VI. REVISIÓN DOCTRINARIA:

Hernando Devis Echandía:

«Es importante autorizar al juez para que, en cualquiera de las instancias, siempre que advierta colusión o fraude en el proceso, ordene oficiosamente la citación de las personas que puedan resultar perjudicadas, para que hagan valer sus derechos. Sería un deber utilizar esa facultad, cuando sea procedente.

Se diferencia esta citación de la que ocurre en la denuncia del pleito y el llamamiento en garantía, en dos aspectos: 1º) Ese tercero citado no queda vinculado al proceso por el solo hecho de la citación, sino una vez que concurra; y 2º) La citación no tiene por fin imponerle responsabilidad (como ocurre en los dos casos anteriores), sino por el contrario, darle oportunidad procesal de defender sus intereses de la maniobra fraudulenta de las partes.

Esta citación procede sólo en los procesos de conocimiento, tal como ocurre con la intervención espontánea adhesiva o litisconsorcial»²⁵.

²⁵ Devis Echandía H., ob., cit., pág. 417.

Jaime Azula Camacho:

«El llamamiento ex officio, o de oficio, consiste en que el funcionario judicial, ante el fraude o la colusión de las partes, demandante y demandado, para afectar o perjudicar a un tercero, dispone la citación de éste para que haga valer sus derechos, quedando, sin embargo, en libertad de concurrir o no»²⁶.

Juan Monroy Gálvez:

«El rasgo diferencial de esta forma de denuncia, está dado por el hecho que no está concebida para ser utilizada por una de las partes, sino por el juez, aún cuando a nivel de hipótesis teórica no es posible descartar su uso por alguien distinto a éste e incluso que no sea parte.

El presupuesto material para el uso por parte del juez de este instituto, está dado por la presunción que genera en el juez la conducta de las partes durante el desarrollo del proceso. La advertencia por parte del juez de una armonía en los actos de las partes, generalmente contradictorias por naturaleza, revela en él la posibilidad que el proceso sea un «acuerdo» establecido por las partes para afectar a un tercero que no aparece en la escena procesal.

Si apareciera esta presunción en el juez, éste se encuentra facultado a citar al eventual perjudicado para que conozca el proceso y, de considerarlo conveniente, hacer valer los derechos que le pudieran corresponder. Incluso la facultad del juez alcanza a la decisión de suspender el proceso por un plazo determinado»²⁷.

VII. LA LEGISLACION EXTRANJERA.**Código de procedimiento Civil colombiano:**

Artículo 58 «Llamamiento ex officio. En cualquiera de las instancias, siempre que el juez advierta colusión o fraude en el proceso, ordenará la citación de las personas que puedan resultar perjudicadas, para que hagan

²⁶ Azula Camacho J., ob., cit., pág. 74.

²⁷ Monroy Gálvez J. Rev., cit., pág. 57.

valer sus derechos, y con tal fin suspenderá los trámites hasta por treinta días. Esta intervención se sujetará a lo dispuesto en los incisos cuarto y quinto del artículo 52».

Código general del proceso Uruguayo:

Art.54. «Llamamiento de oficio en caso de fraude o colusión.-En cualquiera de las instancias, siempre que se presuma fraude o colusión en el proceso, el tribunal de oficio o a petición del Ministerio Público o de parte, ordenará la citación de las personas que puedan ser perjudicadas para que hagan valer sus derechos, pudiéndose, a tal fin, suspender el proceso hasta por cuarenta días».