

¿IMPUGNO O PAGO?: La actuación de la sentencia recurrida en el proceso laboral peruano

Boris Sebastiani Araujo^(*)

En el proceso el tiempo no solo es oro, es algo más: justicia”

COUTURE

I. INTRODUCCIÓN

Le ganó por puesta de mano. Sin duda la nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT) es la primera herramienta procesal nacional cuyo recurso de casación carece de efecto suspensivo, pese a que en 1994 el recurso de casación del proceso civil iba a poseer tal atributo, sin embargo dicha intención fue dejada de lado porque la comisión redactora consideró que era un poder demasiado adelantado para su época para un medio impugnatorio que recién nacía.

Sin embargo, entre 1994 y el 2010, las normas procesales sí han creado recursos importantes sin efecto suspensivo, pero no a nivel de casaciones sino de apelaciones, como es el caso de: la apelación de sentencia en el proceso de alimentos (art. 566 Código Procesal Civil de 1994) , la apelación del mandato ejecutivo en el proceso laboral de ejecución de acta de conciliación o de liquidación de aportes previsionales (art. 74 y 75 Ley Procesal del Trabajo de 1996, respectivamente) o la

(*) Abogado de Muñiz, Ramírez, Pérez Taiman Olaya. Abogados-Trujillo.

apelación de la sentencia en el proceso constitucional (art. 22 del Código Procesal Constitucional del 2005).

Pese a que durante los últimos 16 años el servicio jurisdiccional ha mejorado, aún conserva el problema de la lentitud procesal que se hace notar aún más con la velocidad que ha generado la globalización y la tecnología. Es por ello, que –como dice el profesor Fernando Zavala– la celeridad es un sueño. O en todo caso es un gran objetivo que todavía es muy difícil de obtener pero que la NLPT sin duda va amortiguar.

En efecto, el diseño de la NLPT acoge este gran objetivo de una manera clara y directa, tanto es así que hay cierto tipo de demandas que se podrán presentar a través un formato bastante simple y sin firma de abogado, la mayoría de las notificaciones de los juzgados laborales se realizarán por correo electrónico, no se exigirá el agotamiento de la vía administrativa para las demandas laborales interpuestas contra el Estado, la exhibición de las planillas se hará ante el propio juzgado, las conciliaciones se van a incrementar, la decisión sentencial será expresada luego de los alegatos de primera instancia o del informe oral en segunda instancia, la interposición de la casación no suspenderá la ejecución de la sentencias, etc. Y es que pareciera que ir a la Corte Suprema, ya no será sinónimo cultura dilatoria. Pues el art. 38 de la NLPT establece que el recurso de casación no tendrá efecto suspensivo, salvo que en las sentencias de pago de beneficios sociales el impugnante abone el importe a nombre del juzgado u otorgue carta fianza por la misma suma. Dicho de otra forma, el hecho de presentar una casación no le permitirá al litigante alargar más el proceso.

En tal contexto, es necesario saber qué es esta no tan novísima figura procesal de la actuación de la sentencia impugnada (ASI), describir su regulación en el derecho nacional y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, e intentar determinar cuál puede ser su impacto en el nuevo proceso laboral peruano.

II. LA ACTUACIÓN DE LA SENTENCIA IMPUGNADA EN LA DOCTRINA

1. Su necesidad: Hija de una realidad

Podría decirse que la duración del proceso y el recurso dilatorio han hecho que ante dicha problemática en el derecho procesal se generen alternativas de solución, tal es el caso de las medidas autosatisfactivas, las medidas cautelares o la actuación de la sentencia impugnada. Todas estas, de alguna forma buscan resolver el conflicto rápidamente o por lo menos anticipar los efectos de la decisión final, lo cual no es poca cosa pues el peor enemigo del proceso es su duración.

En efecto, lo que la gente busca en el proceso es una solución y ello es, por excelencia, la ejecución de la sentencia. Sin embargo, existen diversos supuestos de hecho en los que la formación de la cosa juzgada toma un tiempo que podría

implicar la configuración de un perjuicio irreparable para el demandante o en todo caso dicha espera puede devenir en una solución demasiado postergada, un daño que bien puede consistir en la inejecución total o parcial de la sentencia, o también en una ejecución tardía, pues la tutela procesal efectiva también abarca el derecho a la actuación oportuna de la sentencia, pues hay que considerar que desde se interpone la demanda ya existe un derecho insatisfecho y tal estado no tiene porque prolongarse en el tiempo.

Y si bien las sentencias no son resoluciones infalibles, por lo general tienen la vocación de ser confirmadas. Y en este contexto, la función revisora de la etapa impugnatoria de la sentencia a veces es tergiversada en una, digamos, etapa dilatoria. Justamente, en la doctrina, se distinguen dos tipos de finalidades al momento de impugnar: Objetiva y subjetiva. La primera coincide con la finalidad de los recursos, es decir, advertir a través de la impugnación del error o vicio que contiene la sentencia que la haría revocable o anulable. La segunda de estas carece de dicha intencionalidad pues están orientadas a todo dilatar el proceso a través del efecto suspensivo del recurso, el cual en estos casos es un aliado de la postergación de la satisfacción del derecho. Hay muchos casos en que no hay necesidad de ser pitonisos para proyectar el resultado de un proceso, y con mayor razón se puede saber si es que una sentencia puede ser revocada o anulada. Entonces, una forma de evitar la interposición de recursos dilatorios es que la norma procesal le diga al impugnante que para que su recurso sea concedido se debe cumplir con ejecutar la sentencia o en todo caso con otorgar una fianza. Este mensaje se llama en la doctrina actuación de la sentencia impugnada o ejecución provisional de la sentencia.

2. Condición jurídica de la sentencia estimatoria sujeta a impugnación.

La sentencia estimatoria es susceptible de impugnación. Si bien, esta situación implica la conclusión de la instancia, también es que no necesariamente determina la finalización del proceso, pues tanto la LPT y la NLPT permiten que el demandado aperture a través de la apelación la doble instancia, lo que a la vez genera la suspensión de la ejecución de la sentencia. Similar situación ocurre ante la posibilidad de recurrir en casación en el caso de la LPT, pero con la NLPT, ya no es así. Esa es la diferencia.

En este contexto, veamos la condición de la sentencia desde dos momentos: primero, como un acto susceptible de impugnación; y segundo; como un acto que ha sido efectivamente impugnado.

a) Condición jurídica de la sentencia recurrible

Por regla general y por tradición, en nuestro sistema procesal, la imposibilidad de que la sentencia estimatoria produzca efectos una vez que ha sido expedida y notificada se debe a que existen dos instituciones que determinan esta limitación: la formación de la cosa juzgada y la posibilidad del ejercicio del derecho a la doble instancia. Precisamente, ni la sentencia de primera

instancia ni la de segunda, pueden producir efectos mientras están sujetas a impugnación, ni tampoco mientras no hayan adquirido la calidad de cosa juzgada, es decir no son ejecutables mientras no sean firmes. La firmeza se adquiere a través del consentimiento de la sentencia o a través de la sentencia expedida ante el agotamiento discrecional de los medios impugnatorios.

Los efectos de este tipo de sentencia están sujetos a un plazo y a una condición, el plazo es el que la ley prescribe y la condición es que no se interponga el recurso, así lo señala Couture quien considera que durante el transcurso del plazo que la ley establece para la interposición del recurso, la sentencia es un acto cuya eficacia depende de la actitud que asuma el litigante a quien el fallo perjudica; por lo que concluye que durante este tiempo, existe un estado de suspensión de los efectos. Agrega que si no se interpone el recurso, la suspensión cesa y la sentencia adquiere la calidad de cosa juzgada.⁽¹⁾ Entonces, la sentencia sujeta a impugnación no puede ser ejecutada debido a su falta de firmeza, dicho en otros términos, no produce efectos por que no tiene la calidad de cosa juzgada. En ese sentido, Enrico Allorio manifiesta que la sentencia no puede producir efecto vinculante mientras no tenga la calidad de cosa juzgada.⁽²⁾

De otro lado, el procesalista español Luis Caballol Angelats⁽³⁾ afirma que: (i) el destino de la sentencia recurrible es la firmeza y (ii) el de la sentencia recurrida es la firmeza o la revocatoria, pues la sentencia impugnada no puede ver variado su contenido si no es impugnada ya que el juzgador de oficio no puede modificarla, la inmodificabilidad decae ante la interposición del recurso, entonces la distinción entre la sentencia recurrible con la recurrida es que aquella no puede ser modificada si no es por la presencia de un recurso⁽⁴⁾. Por ende, la situación jurídica de la sentencia durante el plazo en que es recurrible radica en que sus efectos son suspendidos, es decir en dicho lapso no es ejecutable; no obstante, tiene vocación de firmeza mientras no sea impugnada, caso contrario, esta vocación disminuye (pero no desaparece) y sus efectos quedan sujetos a lo que el superior jerárquico resuelva.

b) Condición jurídica de la sentencia recurrida

Ante la interposición del recurso de apelación estamos ante una triple posibilidad: la primera, que la sentencia sea confirmada; la segunda; que la sentencia sea revocada, y la tercera; que sea anulada. De otro lado, ante la interposición de un recurso de casación, estamos ante las siguientes eventualidades:

-
- (1) COUTURE, Eduardo. *Estudios de Derecho Procesal Civil. Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo III. Ediciones Depalma. 1974, p. 373
 - (2) ENRICO, Allorio. *Problemas de Derecho Procesal*. Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa América, p. 385
 - (3) El Dr. Lluís Caballol Angelats es uno de los pocos procesalistas que ha escrito un libro tratando la figura de la ejecución provisional de la sentencia a exclusividad.
 - (4) CABALLOL ANGELATS, Luis. *La Ejecución Provisional en el Proceso Civil*. José María Bosch Editor. 1993. p. 33 y ss

la inadmisibilidad o la improcedencia del recurso y el hecho de que se declare infundado o fundado el recurso. Una con mayores probabilidades que las otras, pero siempre estarán presentes.

Respecto a la condición jurídica de la sentencia recurrida, la doctrina ⁽⁵⁾ agrupa en un solo conjunto, a cinco tesis han tratado de explicar la condición jurídica de la sentencia recurrida, veamos:

Primera Tesis: Resolución sometida a condición resolutoria

Sustentada por autores como Kohler, Mortara y Casati.⁽⁶⁾ Consiste en que la resolución que resuelve el recurso interpuesto implica su desaparición. La condición resolutoria de esta teoría consiste en la expedición de la sentencia de vista que revoca(o declara nula la sentencia, o la modifica en alguna medida) a la sentencia expedida en primera instancia. El efecto del cumplimiento de esta condición es la extinción de la sentencia apelada, hecho que es consecuencia de la sustitución de la nueva sentencia que dispone un mandato distinto al de la primera instancia. Así, esta teoría niega la unidad de la sentencia de primera con la de segunda instancia, pues considera que la sentencia de vista reemplaza a la sentencia de origen que desaparece ante la expedición de aquella. En virtud de esta teoría, los efectos de la sentencia recién podrán materializarse con la expedición de la sentencia de vista que revoque la sentencia de primera instancia, lo que implicaría que la sentencia de primera instancia haya tenido que declarar infundada la demanda. Por ello, la insuficiencia de esta posición, se manifiesta de las siguientes formas: primero, porque no se refiere al supuesto de la sentencia confirmatoria, sino solo al de la revocatoria y segundo; porque no se pronuncia sobre los efectos que pudiera producir una sentencia recurrida, máxime si en esta posición se está analizando desde la perspectiva de que la sentencia de primera instancia es desestimativa.

Segunda Tesis: Acto sometido a condición suspensiva

Sustentada por autores como Calamandrei y Vasalli⁽⁷⁾. Esta posición, compara a la sentencia con el acto jurídico cuyos efectos quedan sujetos a una condición suspensiva, que en este caso sería una condición legal. Estimo que la analogía que se realiza de la sentencia recurrida con el acto jurídico sujeto a condición suspensiva es acertada, pero solo desde el punto de vista en que el recurso no tenga éxito. En esto radica la condición. Así, estimo que esta posición con la tesis de la condición resolutoria, son complementarias, pues cada una abarca lo que a la otra le falta para tratar la condición jurídica de la sentencia recurrida. No obstante, la diferencia más saltante entre estas dos posiciones consiste en que la tesis de la condición suspensiva implica que la sentencia sí surtirá efectos, pero ante al acaecimiento de

(5) Por ejemplo autores como Eduardo Couture, Lluís Caballol Angelats y Oswaldo Gozaíni.

(6) CABALLOL. Ob. cit., p. 35

(7) Cfr. Oswaldo Alfredo Gozaíni". La ejecución provisional de la sentencia en el proceso civil". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Tomo III. Editorial. Mehr Licht. p. 87

su confirmatoria, además esta tesis sí llega a ser coherente con la teoría de la unidad de la sentencia debido a que la sentencia de vista no extingue a la sentencia de primera instancia.

Tercera Tesis: Mera situación jurídica

Sostenida Chiovenda⁽⁸⁾ que señala que la sentencia es solo un elemento de una futura sentencia, que con el concurso de otro elemento (el vencimiento de un término) podrá llegar a ser la declaración del derecho, es decir podrá llegar a ser sentencia. Así, ante una sentencia que está pendiente de impugnación, solo se tiene una mera situación jurídica⁽⁹⁾, la cual consiste en una circunstancia fáctica que con la concurrencia de otra circunstancia sucesiva, recién puede dar lugar a un efecto jurídico. En rigor, esta tesis no explica la situación jurídica de la sentencia impugnada, sino la de la sentencia que está pendiente de impugnación, a la que considera como un elemento que no es (mientras esta sea impugnada) la declaración de un derecho, pues para esto es necesario que adquiera firmeza. Inclusive, Colombo⁽¹⁰⁾, afirma sobre la base de un análisis a esta tesis, que la sentencia sujeta recurso llega a ser solo un mero elemento de una verdadera sentencia, el autor agrega que, el destino de la sentencia sujeta a recurso queda a merced de la decisión del órgano superior jerárquico y que por lo tanto, pareciera ser que solo esta última es la que se configurará como lo que debe entenderse por sentencia. Estimo, que en todo caso, esta tesis está referida únicamente a la formación de la cosa juzgada en la sentencia que a la sentencia en sí. Además, esta posición, implica un absurdo, ya que niega la calidad de sentencia a la sentencia de primera instancia, por el solo hecho de que es impugnada, sin embargo esto no le resta el estatus de sentencia, ya que reúne todos los presupuestos para ser tal. Es más, esta posición admite la posibilidad de que la sentencia de primera instancia sea lo que se niega (es decir una sentencia) en el supuesto de que sea consentida.

Cuarta Tesis: Acto con imperatividad inmediata

Sostenida por Carnelutti. En virtud de esta tesis, la condición jurídica de la sentencia recurrida radica en que es imperativa desde que se dicta, dependiendo únicamente del consentimiento de las partes para que sea inmutable o no. Al respecto, el autor señala que “(...) únicamente cuando la decisión haya alcanzado firmeza pareciera poder contar con la garantía de justicia que fundamenta su fuerza obligatoria. Sin embargo, el punto de vista lógico ha de ser modificado en razón de fundamentos de orden práctico”.⁽¹¹⁾ Esta tesis, distingue a la imperatividad de la

(8) Chiovenda. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Volumen II. Editorial Revista de Derecho Privado, pp. 348-349

(9) José Chiovenda. Apud. Caballol. Ob. cit., p. 35.

(10) Colombo. Apud. Alberto Hinostroza Minguez. *Medios Impugnatorios en el Proceso Civil*. Editorial Gaceta Jurídica, p. 88

(11) Carnelutti citado por Osvaldo Gozaíni en La ejecución provisional en el proceso civil. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Tomo III. Editorial Mehr Lucht. p. 491. p. 87.

inmutabilidad como dos conceptos que son separables, escindibles, no pudiendo condicionarse la imperatividad de la decisión a la inmutabilidad de ella. Así, la imperatividad está referida al hecho de que la sentencia es ejecutable desde su expedición, pudiendo ser inmutable, si es que las partes no la impugnan y en el supuesto de la impugnación si es que es confirmada, aunque en realidad la inmutabilidad se da también ante la permanencia del contenido estimativo de la sentencia por los órganos funcionalmente superiores. En todo caso, esta tesis se refiere al hecho de que no es necesario que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada para que sea imperativa. El problema de esta posición radica en que no explica cómo es que la sentencia puede ser imperativa pese a que ha sido impugnada.

Quinta Tesis: Acto perfecto.

Sustentada por el profesor Ugo Rocco⁽¹²⁾, quien refiriéndose a la formación de la cosa juzgada a través de las instancias señala que “Este procedimiento de formación tiene varios grados, de tal suerte que en el ejercicio del primer grado, y hasta la conclusión de los términos para interponer el recurso, es un procedimiento imperfecto, mientras que la sentencia(sentencia de primer grado) es un acto por sí mismo perfecto y subsiste como acto de declaración hasta que se revoque o se modifique o se sustituya por una nueva sentencia(sentencia de segundo grado), o sea, por otro acto de declaración de derecho. La sentencia de primer grado está dotada desde su nacimiento de una autoridad propia. Y ciertamente, si así-no fuese, resultaría incomprensible que este acto puede llegar a ser formal y sustancialmente una sentencia con solo agregársele un simple hecho negativo (la no interposición de la apelación dentro del plazo correspondiente)”. Por su parte, Michelli, citado por Hinostroza Minguez⁽¹³⁾ señala que la recurribilidad de la sentencia no excluye la imperatividad de la misma, ya que es necesario distinguir las diferentes situaciones en que la sentencia pudiera encontrarse, según las impugnaciones que pueden proponerse contra ella, pues la posibilidad de impugnación no puede ser configurada como un elemento para el cumplimiento de una condición referente a la eficacia de un acto estatal, como es el juez.

Considerando las diversas posiciones, estimo que la sentencia es tal cual al margen de su impugnación. La posibilidad de recurrirla- siempre que sea necesario- no puede tenerse como elemento para el incumplimiento de lo que la autoridad jurisdiccional dispone. Esta potencialidad de recurrir queda a total merced de una de las partes, quien paradójicamente, es quien ejerce el poder de suspender la materialización del mandato contenido en la sentencia. Además, las pocas diferencias entre una sentencia estimativa, la sentencia confirmatoria y la resolución que desestima el recurso de casación podrían ser (i) el órgano judicial que las expide (ya que las sentencias, en su contenido resolutivo-estimativo serían iguales); y la presencia de

(12) Hugo Rocco. Apud. Gozáni. Ob. cit., pp.86-87

(13) Michelli. Apud. Alberto Hinostroza Minguez. Ob. cit., p. 89.

la calidad de la firmeza en la segunda por haberse agotado, ordinariamente, la posibilidad de recurrir. No obstante, la posibilidad de producir efectos debe estar determinada sobre base de una particular situación predeterminada por la ley. En virtud de la formación de la cosa juzgada y sobre la base de la seguridad jurídica que esta ofrece, la sentencia recurrida puede producir efectos –por regla general– cuando adquiere firmeza. Por consiguiente, referirse al tema de que los efectos de la sentencia impugnada implica tratar un tema debatible en la doctrina, pero que va ganando terreno en muchas leyes procesales del mundo que la van incorporando como signo de modernidad procesal y de madurez en el litigante de este nuevo milenio en el que cada vez se van dejando pelucas blancas del siglo XVII por lap tops. Preliminarmente, desde la perspectiva de la impugnación y de la cosa juzgada sea –quizá– inconcebible, sin embargo la ciencia del Derecho no evolucionaría, si es que la norma no se adecúa a nuevas realidades que generen nuevas instituciones y nuevas concepciones de las ya existentes, las cuales de por sí posibilitan el avance de las ciencias jurídicas y la satisfacción de las ciertas necesidades sociales, como es el caso de la prestación de un servicio jurisdiccional eficaz y sobretodo oportuno

Así, existen tesis que tratan de fundamentar que la sentencia recurrida puede producir efectos pese a que carece de firmeza. Una de estas, corresponde al procesalista español Caballol Angelats, quien sostiene como punto de partida que la sentencia es un acto que concluye el proceso y que a través del cual se ha de poder cumplir la función para la que el proceso se creó que es la de determinar el derecho en el caso concreto, de modo que la sentencia es la expresión propia de la tutela efectiva del proceso. Por ello, la firmeza no está relacionada con la posibilidad de producir efectos, sino que está referida a la exigibilidad incondicional de los mismos. Así, el autor pregunta ¿Cómo sería posible la aplicación de la ejecución provisional, si el hecho condicionante de los efectos de la sentencia recurrida es la adquisición de la firmeza?. Con suma precisión, el autor responde que la ejecución provisional de la sentencia es una excepción legal a la condición suspensiva ya que implica la exigibilidad de los efectos de una resolución que no es firme. Así, la excepción a la regla está dada por la misma ley que posibilita que ante determinadas circunstancias extraordinarias, que la sentencia recurrida surta efectos, para que así se cumpla con la finalidad del proceso, es decir para que se otorgue una adecuada y oportuna tutela jurisdiccional efectiva. Por ello, las teorías que sustentan la posibilidad de que una sentencia recurrida produzca efectos deben observarse desde la perspectiva excepcional y no general.

3. Conceptos de la actuación de la sentencia impugnada

A través de la actuación de la sentencia impugnada es posible ejecutar o asegurar la ejecución de una sentencia carente de firmeza que se justifica por su imposterabilidad en el tiempo a fin de evitar la inejecutabilidad de la sentencia ante la inminencia de un perjuicio irreparable o para prevenir la interposición de medios impugnatorios dilatorios, garantizándose así una tutela jurisdiccional efectiva

y oportuna. En el Diccionario Omeba⁽¹⁴⁾, se señala que la ASI de la sentencia implica la posibilidad de cumplir el mandato contenido en la sentencia, aunque esté pendiente la resolución que resuelva el recurso interpuesto contra ella. El magistrado y catedrático español Juan Montero Aroca⁽¹⁵⁾ señala que la ASI está referida a la sentencia que no es firme, que surge sobre la esfera jurídica del demandado en la que, por regla general, solo cabrían injerencias jurisdiccionales coactivas cuando existiese sentencia firme. El profesor español agrega que si el ordenamiento procesal establece por excepcionalidad que la firmeza no es sinónimo de ejecutabilidad, entonces es posible atribuir la condición de título ejecutivo a sentencias pendientes de algún recurso a través de la ejecución provisional, a la que también denomina como ejecución condicional o inmediata. En este sentido, José María Olcese⁽¹⁶⁾, la define como una institución novedosa, por la que se ejecuta la sentencia carente de firmeza, para lo cual deberá prestarse garantía suficiente para responder por los daños y gastos judiciales que se pudiera ocasionar a la parte contraria; para esto –agrega– debe existir el peligro de frustración del derecho reconocido derivado de la demora en la tramitación de la segunda instancia. Por su parte, Víctor Moreno Catena⁽¹⁷⁾, señala que el ordenamiento jurídico permite, bajo ciertas condiciones, la ejecución de resoluciones judiciales que no han adquirido firmeza; es decir, de resoluciones que siendo susceptibles de recurso han sido efectivamente recurridas. Así, por la ejecución provisional se ejecuta una sentencia recurrida, de donde se sigue que la firmeza y la ejecutabilidad son conceptos independientes, cada uno de los cuales actúa en su esfera propia. Ugo Rocco⁽¹⁸⁾ señala que la ejecución provisional es un pronunciamiento de carácter accesorio⁽¹⁹⁾ de la sentencia que tiene carácter excepcional y que consiste en que la sentencia apelable puede ser declarada provisionalmente ejecutiva. En este mismo contexto, Carnelluti⁽²⁰⁾ manifiesta que generalmente la sentencia mientras es apelable, no es ejecutiva; sin embargo es posible lograr esto último a través de una declaración jurisdiccional de declaración provisional ejecutiva de la sentencia. El profesor Oswaldo Gozaíni⁽²¹⁾, define a la ASI como la facultad que tiene la parte para solicitar al órgano jurisdiccional el cumplimiento de una sentencia condenatoria que aún no se encuentra firme. La ASI es definida por el español Antonio María Navarrete⁽²²⁾ como la realización

(14) Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo IX. 1980. Buenos Aires, p. 823

(15) MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional II*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1997, p. 475

(16) OLCESE, Juan. “El Nuevo Código General del Proceso de la República Oriental de Uruguay” En el Libro *Homenaje al XXV aniversario del Colegio de Abogados de San Isidro de Argentina*. Editorial Estudios de Derecho Procesal, p. 320

(17) MORENO CATENA, Víctor. *Derecho Procesal Civil*. Editorial Tirant lo Blanch. Madrid. 1995. p. 367

(18) ROCCO, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil III*. Parte Especial. Proceso de Cognición. Editorial Temis de Palma. Bogotá, 1976. p. 198

(19) En Italia la ASI civil puede ser concedida de oficio, en la misma sentencia.

(20) CARNELLUTTI, Francisco. *Instituciones del Proceso Civil*. Volumen II. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1973, p. 136

(21) GOZAÍNI, Ob. cit., p. 81

(22) LORCA NAVARRETE, Antonio María. *La Teoría y Práctica del Proceso Civil y su concordancia con el proceso laboral y contencioso administrativo*. Editorial Dykinson. Madrid. 1997, p. 879

inmediata de la condena contenida en la resolución judicial en el supuesto de que el órgano jurisdiccional estime que el perjuicio que pudiera irrogarse con su ejecución no sería irreparable. Por ello, la ASI solo puede ser aplicada en sistema procesal que contenga la institución de la pluralidad de instancias, pues en el supuesto de la instancia única, la ejecución no sería provisional sino definitiva. También sucedería lo mismo, en los supuestos del consentimiento, de la renuncia a recurrir y del desistimiento del recurso. En este sentido, Leonardo Prieto-Castro Ferrandiz⁽²³⁾, señala que en el supuesto de existir la vía de los recursos, que un fallo ya existente al menos es un humo de derecho, la ley puede autorizar la ejecución de ese fallo sujeto a impugnación. Agrega que solo de manera excepcional, se admite que la firmeza de la sentencia no es condición necesaria para la ejecutabilidad. De otro lado, José Levitán⁽²⁴⁾ conceptualiza a esta figura como posibilidad de pedir la ejecución de la sentencia no obstante la posibilidad de recurriría, siendo imprescindible que concurren dos instancias coincidentes. La tendencia general de la sentencia estimativa es la confirmación más que la revocación, debido a que ya existe un pronunciamiento en ese sentido. Por ello, el profesor soviético M. A. Gurvich⁽²⁵⁾, indica que a veces es necesario admitir la ejecución compulsiva de la sentencia del tribunal antes de que esta adquiera ejecutabilidad, es decir la firmeza; esto, en los supuestos en que la revocación parezca ser poco probable y en el que la pretensión del demandante tenga carácter de inaplazable; así, en algunos casos el magistrado está obligado a prestar la ejecución inmediata y en otros a solicitud del actor. Por su parte, James Goldschmidt⁽²⁶⁾, considera que la EPS es la actuación de la sentencia definitiva antes de que haya adquirido firmeza en sentido formal. La principal virtud de la ASI es la anulación del efecto suspensivo de la apelación. Así, Caballo⁽²⁷⁾ define a la ejecución provisional como la institución procesal por la que se atribuye eficacia a una resolución definitiva sobre el fondo carente de firmeza, quedando subordinada la permanencia de los efectos producidos a lo que resulte del recurso. Agrega que con la ASI se consiguen actuar los efectos que la sentencia produciría si fuera firme. Mayormente, en el Derecho Comparado⁽²⁸⁾, la ASI es aplicable a sentencias de condena. Por esto, el profesor Julio De Gregorio Lavie⁽²⁹⁾, conceptualiza esta institución como la posibilidad que tiene el acreedor para ejecutar la sentencia antes de que se resuelva la apelación que haya interpuesto el ejecutado. Agrega que esto

(23) Prieto Castro Ferrandiz Leonardo. *Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal Civil*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, p. 517

(24) LEVITÁN, José. *Recursos en el Proceso Civil y Comercial*. Ordinarios y Extraordinarios. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1986, p. 332

(25) M.A. Gurvich. *Derecho Procesal Civil Soviético*. Editorial del Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1971, p. 336.

(26) GOLDSCHMIDT James. *Derecho Procesal Civil*. Editorial Labor S.A. Barcelona, 1936, p. 542

(27) Caballo. Ob. cit., p.47.

(28) Supra

(29) DE GREGORIO LAVIE Julio. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Tomo II. Editorial Ediar. Buenos Aires, 1987, p. 566

es posible a través de la solicitud al juez para que conceda la apelación sin efecto suspensivo para lo cual otorgará fianza.

4. Presupuestos de la actuación de la sentencia impugnada

Los presupuestos que en la doctrina atribuyen a la ASI son básicamente coincidentes. Y son los siguientes:

Primero.- La expedición de una sentencia estimativa de la demanda

La ejecución de una sentencia está referida solamente a la que declara fundada la demanda. El fundamento radica en la presencia del mandato jurisdiccional en la resolución sentencial.

Segundo.- Pendencia recursal

La pendencia recursal es lo que determina que la ejecución sea provisional, ya que en el supuesto de que no existiese pendencia, la ejecución sería definitiva, sea por el consentimiento, por el desistimiento del recurso o por la renuncia a impugnar.

Tercero.- Perjuicio irreparable

La ASI nace con la necesidad de evitar un perjuicio irreparable generada por la interposición de un recurso dilatorio. En efecto, en la doctrina se señala que es necesario que el tiempo que implique la pendencia recursal de la sentencia estimatoria de la demanda genere un perjuicio irreparable al demandante, pues en el supuesto contrario no existiría justificante alguno que determine que se anticipe la tutela jurisdiccional efectiva. Sin embargo, la NLPT no exige el cumplimiento de este presupuesto.

Cuarto.- Pedido de parte

Aunque una de las modalidades de la ASI prescrita en determinadas legislaciones radica en que puede ser concedida de oficio, hay varios países que determinan que tiene que ser peticionada por el mismo demandante, por lo menos en los procesos civiles. Por lo que en este contexto, este presupuesto no llega a ser un requisito general, sino específico para cada legislación y situación en particular.

Quinto.- Garantía

Estimo que hay un intercambio de la garantía de la suspensión (generada por la doble instancia) del demandado, por una garantía pecuniaria que otorga el demandante, por lo menos así funciona en algunos procesos civiles extranjeros, a diferencia del nuevo proceso laboral en el que es el mismo ejecutado el que debe otorgar la fianza. Al respecto, cabe precisar que la garantía es exigible cuando así lo determina la ley. En este contexto, si la ley no exige el otorgamiento de una garantía, la ASI se concede sin la concurrencia de este presupuesto. El fundamento de esta excepción se basa en la debilidad económica del beneficiado por la sentencia recurrida.

III. LA ACTUACIÓN DE LA SENTENCIA RECURRIDA EN CASACIÓN

El profesor Juan Monroy dijo en 1,994 en una conferencia dictada en el Colegio de Abogados de La Libertad que la regulación de la actuación de la sentencia impugnada casi se introdujo en el Código Procesal Laboral, pero esto no concretizó porque esta figura era demasiado adelantada para ese momento. Luego de ello, se afianzó una tendencia de retirar el efecto suspensivo a la casación. Al respecto, tanto los Doctores Nelson Ramírez Jiménez y Juan Monroy Gálvez, sustentaban tal propuesta de modificatoria al proceso civil que hasta la fecha no se ha dado, pero sí en el proceso laboral.

Ramírez Jiménez, en la ponencia presentada en el primer Congreso de Derecho Procesal desarrollado en la Universidad Católica a inicios de esta década, sostenía que: “Si nos encontramos ante un recurso extraordinario que no abre una tercera instancia, carece de lógica el que al ser admitido se deje en suspenso la ejecución de la sentencia, según lo dispone el Artículo 393 del código Procesal Civil. En efecto, otros sistemas casatorios niegan esa posibilidad (...) Como se aprecia de los antes señalado, a la luz del Derecho comparado no existe razón alguna para que en nuestro país la casación tenga efecto suspensivo. Ello, a la vez de quebrar razonabilidad del recurso, genera su masiva interposición en busca de la paralización in debida de la ejecución de la sentencia de mérito. La estadística de la Sala Civil de la Corte Suprema es elocuente, tanto en lo que respecta al número de expedientes ingresados como al número de improcedencias e inadmisibilidades que declara. Sin embargo, con el fácil expediente de interponer el recurso de casación, el litigante de mala fe ha logrado su objetivo, pues paraliza la ejecución durante el tiempo que la corte Suprema demore en resolver el recurso (aproximadamente un año). Por ello, considero que debe modificarse este aspecto del trámite, debiendo concederse sin efecto suspensivo”.

Por su parte, Monroy Gálvez, en la misma tendencia pero con la variante de que solo podrían ser objeto de ejecución provisional las sentencias de vista confirmatorias de sentencias estimativas, dentro del conjunto de propuestas de reforma al Código Procesal Civil, señalaba que: “La que sigue probablemente sea la propuesta más importante y por ello la más discutible. Empezaremos afirmando que en la práctica son escasos los sistemas casatorios que ordenan la suspensión de los efectos de la resolución impugnada como consecuencia de la procedencia del recurso de casación. (..) Así, el foro nacional parece no haber advertido al carácter extraordinario del recurso, razón por la que muchos consideran que el recurso de casación es una prolongación más o menos natural de casi todos los procesos, exactamente como ocurrió durante 81 años de este siglo con el llamado recurso de nulidad que, salvo escasísimos casos excluidos por *razón* de la cuantía, permitiría el acceso más o menos libre a la Corte Suprema.(...) En otras palabras, cuando se presente el recurso de casación en un proceso en donde se hayan expedido dos resoluciones conformes, aquel no suspenderá la ejecución de la resolución impugnada. El fundamento no es otro que la presunción de certeza que puede extraerse sin dificultad

del hecho de contar con dos decisiones judiciales conformes, a pesar de haber sido expedidas por órganos jurisdiccionales diferentes”.

Como se ve, esta tendencia que no es nueva, pero ha tenido su primer eco en el proceso laboral como veremos más adelante.

IV. ALGUNAS FORMAS DE ACTUACIÓN DE SENTENCIAS APELADAS Y DOS FORMAS DE ACTUACIÓN DE SENTENCIA DE VISTA IRRECURRIBLES.

1. En primera instancia.

Primera.- La sentencia estimativa de alimentos: El artículo 566 del Código Procesal Civil regula la ejecución provisional de la sentencia estimativa de alimentos. De esta forma es posible ejecutar la sentencia apelada en este tipo de pretensiones, disponiéndose el pago inmediato de la pensión desde el momento en que es expedida la sentencia.

Segunda.- La concesión de la apelación de la apelación de la sentencia estimativa del proceso ejecutivo de dar suma de dinero de la Ley Procesal del Trabajo: Las resoluciones estimativas de las demandas ejecutivas en materia laboral son apelables con efecto suspensivo. Sin embargo, el artículo 74 de la LPT regula un presupuesto adicional para la concesión de la apelación: la consignación judicial del monto demandado (hubiera sido más propio que la Ley señale en todo caso el monto declarado por la sentencia y no el demandado) o en su defecto el ofrecimiento de una carta fianza por el mismo monto.

Tercera.- La sentencia estimativa del proceso de tenencia: El Artículo 82 del Código del Niño y Adolescente establece que la sentencia que estima la demanda de tenencia puede ser ejecutada de inmediato, siempre que se encuentre en peligro la integridad del niño o adolescente.

Cuarta.-Expropiación: La pretensión en el proceso de expropiación es la de transferir la propiedad de un bien perteneciente a un particular al Estado. De esta forma, la sentencia –en buena cuenta- dispondrá la constitución de una nueva relación jurídica entre el bien expropiado y el nuevo propietario estatal. Ahora, uno de los atributos del derecho de propiedad es la posesión. Precisamente, el artículo 530 del Código Procesal Civil concordante con el artículo 24 de la Ley General de Expropiación, posibilita anticipar los efectos de la sentencia únicamente en el sentido de adelantar la posesión del bien a expropiar, siendo procedente pedir esta posesión provisional aun en el caso que la sentencia fuese apelada.

2. En segunda instancia.

Primera.-La ejecución de la sentencia de vista estimativa en los procesos constitucionales: La diferencia de este tipo de ejecución con la ejecución de la

sentencia recurrida en casación, radica en la firmeza de la primera y la provisionabilidad de la segunda. No obstante, la similitud radica en que se ejecuta una sentencia de vista que ha sido analizada dos veces por dos órganos jurisdiccionales distintos, con lo que la posibilidad del acierto es elevada.

Segunda.- La ejecución de las sentencias en vista en los procesos laborales.- El artículo 55 de la LPT establece que el recurso de casación se concede contra resoluciones condenatorias que contengan un mandato o discutan una controversia superior a un determinado monto de dinero, de modo que el recurso se concede entre otros supuestos –cuando se interpone contra sentencias expedidas en procesos en la que la cuantía que se discute exceda las 100 Unidades de Referencia Procesal.

V. LA ACTUACIÓN DE LA SENTENCIA IMPUGNADA EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Mención aparte merece la actuación de la sentencia apelada en los procesos constitucionales. Al respecto, cabe señalar que en el Expediente 00607-2009-PA, el Tribunal Constitucional señaló que a diferencia del modelo procesal que recogía la derogada Ley N° 23506, el Código Procesal Constitucional, ha incorporado en su artículo 22, segundo párrafo, el régimen de actuación inmediata de sentencias estimatorias para los procesos constitucionales de la libertad. En consecuencia, el juez constitucional se encuentra habilitado en estos casos para ejecutar los mandatos contenidos en su sentencia estimatoria, independientemente de la existencia de mecanismos de acceso a la instancia superior. En tal contexto, el TC ha determinado que a diferencia de lo que sucede con la actuación inmediata en relación al derecho a la tutela judicial efectiva, el efecto suspensivo de los recursos no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pluralidad de instancias.

VI. LA ACTUACIÓN DE LA SENTENCIA IMPUGNADA EN EL NUEVO PROCESO LABORAL

Luego de lo expuesto, se puede entender mejor al cambio introducido por el art. 38 de la NLPT. Como se ve, la tendencia doctrinal de hace 16 años atrás ha tenido eco en el proceso laboral, sin embargo nuestro sistema procesal ya contaba con varios antecedentes al respecto, lo cual nos hace pensar que quizá no falte mucho para que otros procesos de nuestro ordenamiento nacional tengan la misma característica no suspensiva de la casación del proceso laboral, máxime si el TC ha establecido que el efecto suspensivo no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pluralidad de instancias. De la lectura del artículo 38 se puede advertir que el legislador proyecta que la revisión de la Corte Suprema dura un año puesto que la carta fianza debe incluir a los intereses que se generan durante ese lapso, amén de los costos y costas. La carencia del art. 38 es no haber regulado la hipótesis del éxito de la casación, pues en ese caso la fianza otorgada ha generado un perjuicio al ejecutado. En todo caso, considerando que estamos ante una ley

joven, este supuesto podría agregarse en una eventual modificatoria de la misma. Finalmente, con esta importante herramienta laboral, es posible pronosticar que el número de casaciones va a disminuir debido a que el dilema de impugnar o pagar es bastante simple de resolver.

VII. CONCLUSIONES

Primera.- La mejor forma de prevenir la interposición de una impugnación dilatoria es que el propio impugnante lo decida así ante la imposición legal de anticipar los efectos de la sentencia. Así lo ha entendido la NLPT.

Segunda.- En varios sistemas procesales la actuación de la sentencia impugnada es solicitada por el demandante y es este el que otorga la fianza para evitar el perjuicio irreparable. En el nuevo proceso laboral es el ejecutado el que la otorga.

Tercera.- La NLPT no regula el supuesto de la estimación de la casación, lo que implicaría que el otorgamiento de la fianza ha podido generar un daño al ejecutado. Valdría la pena dictar una norma adicional al respecto.

Cuarta.- El TC ha establecido que el efecto suspensivo no es un derecho constitucional.

Quinta.- Existen varias fórmulas legales para ejecutar sentencias de primera instancia.

Sexta.- Con la NLPT, el número de casaciones va a disminuir.