

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 3681-2009

LIMA

Lima, diez de mayo del dos mil diez.-

VISTOS;

y,

CONSIDERANDO:

-----**PRIMERO.-** Que, viene a conocimiento de esta Sala Suprema el recurso de casación interpuesto por el demandado Carlos Alberto Gonzáles Barzotti, para cuyo efecto se procede a calificar los requisitos de admisibilidad y procedencia de dicho medio impugnatorio establecidos por los artículos 387 y 388 del Código Procesal Civil conforme a las modificaciones dispuestas por la Ley 29364.-----

SEGUNDO.- Que, para la admisibilidad del recurso de casación debe considerarse lo previsto en el artículo 387 del Código Procesal Civil, que establece su interposición: **1)** Contra las sentencias y autos expedidos por las Salas Superiores que, como órganos de segundo grado, ponen fin al proceso; **2)** Ante el órgano jurisdiccional que emitió la resolución impugnada o ante la Corte Suprema, acompañando copia de la cédula de notificación de la resolución impugnada y de la expedida en primer grado, certificada con sello, firma y huella digital por el abogado que autoriza el recurso y bajo responsabilidad de su autenticidad; **3)** Dentro del plazo de diez días, contado desde el día siguiente de notificada la resolución que se impugna, más el término de la distancia cuando corresponda; y, **4)** Adjuntando el recibo de la tasa judicial respectiva; siendo que dichos requisitos deben presentarse copulativamente a fin de admitir el presente recurso.-----

TERCERO.- Que, como se constata en autos, la impugnante presenta su recurso ante la Segunda Sala Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, que emitió la resolución impugnada que pone fin al presente proceso. Dicha resolución le fue notificada el diez de agosto del dos mil nueve, conforme se verifica del cargo de fojas quinientos veintiocho, siendo presentando el recurso con fecha veinticuatro de agosto del mismo año, como se aprecia del sello de recepción consignado en el mismo y el cargo de ingreso de escrito de fojas quinientos treinta y uno, por tanto, se encuentra dentro del plazo establecido en la norma; adjuntando el recibo de la tasa judicial,

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

CAS. N° 3681-2009

LIMA

consecuentemente el recurso cumple con los requisitos de admisibilidad descritos en el considerando precedente.-----

CUARTO.- Que, en cuanto a los requisitos de fondo, el impugnante no consintió previamente la resolución adversa de primera instancia, cuando esta ha sido confirmada por la resolución objeto del recurso, por lo que satisface el requisito de procedencia a que se refiere el inciso 1 del artículo 388 del Código Procesal Civil.-----

QUINTO.- Que, según Monroy Cabra.- “Se entiende por causal (de casación) el motivo que establece la ley para la procedencia del recurso....”¹. A decir de De Pina.- “El recurso de casación ha de fundarse en motivos previamente señalados en la ley. Puede interponerse por infracción de ley o por quebrantamiento de forma. Los motivos de casación por infracción de ley se refieren a la violación en el fallo de leyes que debieran aplicarse al caso, a la falta de congruencia de la resolución judicial con las pretensiones deducidas por las partes, a la falta de competencia etcétera; los motivos de la casación por quebrantamiento de forma afectan (....) a infracciones en el procedimiento”². En ese sentido Escobar Fornos señala.- “Es cierto que todas las causales suponen una violación de ley, pero esta violación puede darse en la forma o en el fondo”³. Que, en el presente caso se denuncia la infracción normativa procesal que incide directamente sobre la decisión de la resolución impugnada.-----

SEXTO.- Que, el recurrente señala en su recurso que existe infracción normativa procesal de los artículos VII del Título Preliminar, 212, 122 inciso 4, 147 del Código Procesal Civil, argumentando que: **a)** El Juez de la causa ha omitido pronunciarse sobre los extremos de su recurso de apelación consistentes en: **a1)** la carta notarial del Banco Continental su fecha veinticuatro de setiembre de dos mil siete, dirigida al recurrente donde se señala que la garantía otorgada en el primer contrato de mutuo dinerario por

¹ Monroy Cabra, Marco Gerardo, principios de derecho procesal civil, Segunda edición, Editorial Temis Librería, Bogotá Colombia, 1979, p. 359

² De Pina Rafael, Principios de derecho procesal civil, Ediciones Jurídicas Hispano Americanas, México D.F., 1940, p. 222

³ Escobar Fornos Iván, Introducción al proceso, Editorial Temis, Bogota, Colombia, 1990, p. 241

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 3681-2009

LIMA

sesenta mil dólares americanos, según escritura pública del veinticuatro de julio de dos mil dos; no obstante el banco ejecutante al absolver la contradicción señala que ejecutaba el segundo contrato de mutuo dinerario por ochenta y tres mil dólares americanos, celebrado el treinta de junio del dos mil tres; **a2)** La contradicción se sustentaba en que la carta notarial no expresa cual de los dos contratos de préstamo dinerario se pretende dar por concluido; **a3)** En el Juez de la causa incurren error al señalar que el contrato de mutuo dinerario del treinta de junio de dos mil tres, es una ampliación del contrato de mutuo dinerario del veinticuatro de junio de dos mil dos; **b)** la resolución de vista recurrida en su décimo segundo considerando señala que la denuncia formulada al Juez sobre la omisión de pronunciarse sobre la suspensión del proceso, subsanación del defecto o hacer efectivo el apercibimiento decretado por la Resolución dieciséis, no existió porque mediante Resolución diecisiete fue resuelta, sin considerar que esta última resolución es un decreto de mero trámite, el que carece de motivación; **c)** La Sala Superior considera en el auto recurrido que si bien es cierto el contenido de la resolución diecisiete, debió notificársele en forma previa a la resolución dieciocho, dicha omisión no acarrea la nulidad del referido auto porque la subsanación del vicio incurrido no influirá en el sentido de la decisión final, resultando de aplicación el principio de subsanación. Al respecto añade el recurrente que entonces el Juzgador puede cometer un vicio procesal y este no origine una nulidad en aplicación del principio de subsanación. Añade que además al notificársele la resolución diecisiete y dieciocho, el mismo día se ha recortado su derecho de defensa porque sólo pudo cuestionar la resolución diecisiete dentro de la apelación del auto definitivo; **d)** ha denunciado que el Juez de la causa no se pronunció sobre el apersonamiento del nuevo apoderado de la entidad ejecutante, en el decreto diecisiete ni en el auto definitivo número dieciocho, no obstante la Sala Superior va más allá de lo pretendido por el banco ejecutante y califica la capacidad de representación no invocada por el recurrente al momento de denunciar la omisión advertida en su recurso de apelación; **e)** La Sala de vista establece en el décimo cuarto considerando del auto recurrido que un decreto

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 3681-2009

LIMA

de mero trámite puede resolver el mandato ordenado en un auto y permite al mismo decreto incorporar implícitamente a un nuevo apoderado al proceso; además que dicho decreto fue consentido tácitamente por no haber sido impugnado, sin considerar que cuestionó la Resolución diecisiete en la apelación del auto definitivo por haber sido notificado ambas resoluciones el mismo día.-----

SETIMO.- Que, respecto a las alegaciones contenidas en el **punto a)** del recurso, se advierte que el la Sala ha expuesto en el considerando octavo del auto de vista recurrido, las extensas alegaciones del recurso de apelación del recurrente, las mismas que han sido absueltas en los considerandos siguientes, por ende, dicha resolución ha sido expedida de conformidad con el principio "tantum devolutum quantum appellatum", dado que se ha expedido pronunciamiento en función a los agravios, errores de hecho y derecho, así como los sustentos de la pretensión impugnatoria que expuso el recurrente en su escrito de apelación; no siendo atendibles sus alegaciones en este extremo.-----

OCTAVO.- Que, en cuanto a las argumentaciones contenidas en el **punto b)** se debe destacar que el la Sala ha cumplido en absolver cada uno de los agravios que considera el recurrente como una omisión del Juez de la causa y por ello el Juez expide la resolución diecisiete; consecuentemente, *donde no hay indefensión no hay nulidad*. No siendo amparables sus fundamentos en este extremo.-----

NOVENO.- Que, sobre las alegaciones contenidas en el **punto c)**, se debe precisar que en efecto el estado de la nulidad procesal no puede afectar el debido proceso ya sea por ser subsanable el vicio, por convalidación, o porque el acto ha cumplido su finalidad y además el agravio que se produzca en el proceso a las partes debe ser trascendente, toda vez que el núcleo de la nulidad es el perjuicio cierto e irreparable. Bajo ese contexto el criterio de las nulidades procesales deber ser restrictivo ya que la declaración de nulidad es un remedio excepcional de última ratio y sólo debe ser aplicado cuando aparezca una infracción insubsanable de algún elemento esencial de un acto

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

CAS. N° 3681-2009

LIMA

procesal, lo cual no ha sucedido en el presente caso, pues el acto ha logrado su finalidad; no siendo atendibles sus alegaciones tampoco en este extremo.---

DECIMO.- Que, las alegaciones del **punto d)**, no pueden prosperar en aplicación del *principio de trascendencia* de la nulidad, pues como se ha expresado la declaración de nulidad es un remedio excepcional de *última ratio*, lo que implica que la Sala Superior al absolver la omisión de pronunciamiento del Juez de la Causa, respecto al apersonamiento del nuevo apoderado del ejecutante no va más allá del petitorio sino por el contrario absuelve la denuncia del recurrente con la finalidad de no generar un estado de indefensión y que no constituya una agravio que acarree nulidad alguna.-----

DECIMO PRIMERO.- Que, las alegaciones del **punto e)** tampoco pueden prosperar porque constituyen una reiteración de los fundamentos que sustentan el agravio contenido en el punto c), el mismo que no ha sido amparado.-----

Por estas consideraciones y en aplicación del artículo 392 del Código Procesal Civil; declararon: **IMPROCEDENTE** el recurso de casación de fojas quinientos treinta y dos interpuesto por Carlos Alberto Gonzáles Barzotti contra la resolución de vista de fojas quinientos catorce de fecha diecisiete de julio de dos mil nueve; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “*El Peruano*”, bajo responsabilidad; en los seguidos por el Banco Continental con Carlos Alberto Gonzáles Barzotti sobre ejecución de garantía hipotecaria; intervino como ponente, el Juez Supremo León Ramírez.-

SS.

ALMENARA BRYSON

LEON RAMIREZ

VINATEA MEDINA

ALVAREZ LOPEZ

VALCARCEL SALDAÑA

cnm/igp