

LA EJECUCIÓN DE GARANTÍAS Y ALGUNOS DE SUS (MUCHOS) PROBLEMAS

Eugenia Ariano Deho^(*)

I.- La ejecución «*sine titulo*» durante la vigencia del CPC de 1912 y el (absoluto) principio «*nulla executio sine titulo*» del CPC de 1993

Si se compara la fórmula del art. 688 del CPC vigente con la del art. 590 del viejo código, se advertirá una gran diferencia. Así, mientras este último otorgaba «acción ejecutiva» tanto «al acreedor que presenta(ba) un título que apareja(ba) ejecución» como a aquél al cual «*se la ac(ordab)a especialmente la ley*»¹, el primero consagra, sin excepciones, el principio de que «*nulla executio sine titulo*».

La diferencia entre una y otra fórmula no es de poca monta pues la vieja permitía que aun cuando no hubiera un «título que aparejara ejecución» era posible otorgarle, por ley, a un acreedor (o mejor, a una categoría de acreedores) «acción ejecutiva», pese a no existir «título», que era lo que ocurría, entre otros casos, con el «pago de arrendamientos» (art. 598 CPC '12²). Cosa que hoy, a estar a la inequívoca fórmula del art. 688 CPC '93 ya no parecería posible, salvo entrar en una antinomia³.

Ergo, no debería haber duda alguna: para poder ingresar a la ejecución (cualquiera) hoy se requiere un «título». Pero, nótese, de acuerdo al dato normativo para que la ejecución sea posible se requiere:

(*) Profesora de Derecho Procesal en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Universidad de Lima.

¹ El D.L. 20236, de 1973, que derogó los arts. 590 al 611; 661 al 682; del 721 al 741 del Código de Procedimientos Civiles de 1912, en su art. 1° establecía prácticamente lo mismo que el original art. 590 CPC del '12: «La acción ejecutiva compete al acreedor que presenta título que apareja ejecución, o a quien se la conceda especialmente la ley».

² En D.L. 20236 el tenor del art. 598 CPC '12 se encontraba en su art. 11: «La acción de pago de arrendamientos de bienes inmuebles es ejecutiva, sea cual fuere la forma en que se hubiere celebrado la locación, si el demandante afirma que el arrendatario ocupa actualmente el bien». Para los muebles se requería presentar sí el contrato de arrendamiento escrito.

³ Que es lo que ocurre con el pago de las primas impagas (segundo párrafo del art. 330 de la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y Sistema de Seguros) y con el pago de los denominados «dividendos pasivos» en las sociedades anónimas (art. 80 LGS), en los que no se indica cuál sea el «título», sino que sólo se abre la «vía ejecutiva». Ciertamente tales fórmulas habrían sido del todo compatibles con el art. 590 CPC de 1912 (y luego con la del art. 1° D.L. 20236) pero ya no con la del art. 688 CPC, que estaba ya vigente al momento de la emanación de la Ley de Bancos y de la Ley General de Sociedades. Obviamente el legislador de la una y de la otra no advirtió el cambio (y la consecuente antinomia).

- 1.- Que quien demanda la ejecución esté en posesión de algunos de los «títulos» (o sea de un específico documento —o a veces «acto-documento»— llamado por la ley «título») indicados respectivamente por los arts. 693 y 713 del CPC;
- 2.- Que el «título» (o sea el «documento» o «acto-documento», señalado por la ley) «contenga» una obligación cierta, expresa y exigible (art. 689 CPC);
- 3.- Que quien demanda la ejecución sea el acreedor *ex titulo* (art. 690 CPC).

Si en el concreto faltara alguno de estos elementos se podría «promover» efectivamente la «ejecución» pero el acto de «promoción» (o sea la demanda) se estrellaría en una segura declaración de improcedencia (art. 699 CPC para el ejecutivo, para la ejecución de «resoluciones judiciales» no se nos indica) por defecto (formal o sustancial) en el título o por defecto de legitimación.

La intención del legislador parecería (al menos a mí me lo parece) clara: el título señalado como tal por la ley es la *condición necesaria y suficiente* para iniciar la ejecución y proseguirla hasta el final, pues él determina tanto al ámbito subjetivo como objetivo de la ejecución: de él (y sólo de él) se debe desprender el concreto derecho (y su concreto titular) a satisfacer a través de la actividad ejecutiva señalada por la ley.

Ergo, desde 1993 ya no más ejecuciones basadas en meros «dichos», sino certeras ejecuciones fundadas sólo en el «título legal», programa y metro de la tutela ejecutiva a acordarse. En tal sentido podría decirse que «lo que no está en el título no está en este mundo...».

2.- La incertidumbre del «título» en la «ejecución de garantías». a) El documento que «contiene la garantía».

A pesar de que el art. 688 CPC (dentro de las «disposiciones generales», o sea aplicables a toda ejecución, luego también a la «de garantías»), se señala que sólo se puede promover ejecución «en virtud» de «título ejecutivo» o «título de ejecución», el artículo 720 CPC, a diferencia del arts. 693 (para el ejecutivo) y el art. 713 (para la «ejecución de resoluciones judiciales»), no nos indica cuál es el «título» «en virtud» del cual se podría «promover» la denominada ejecución de garantías, a estar a que sólo nos señala una serie de documentos que se deben «acompañar» a la demanda, sin que se indique que (algunos de) esos documentos sean «el título»⁴.

Frente a esta no pequeña omisión del legislador, nuestra jurisprudencia en lugar de exigir, a estar al inequívoco texto del art. 688 CPC, que a la demanda se acompañe, junto con todos los documentos indicados en el art. 720 CPC (o sea requisitos

⁴ No creo que esté de más señalar que otros Códigos procesales de nuestra área que han consagrado ejecuciones especiales (hipotecarias o prendarias) exigen siempre, además del acto constitutivo de la garantía específica que se presente «el título». Así el colombiano en su art. 554 señala que «La demanda para el pago de una obligación en dinero con el solo producto de los bienes gravados con hipoteca o prenda, además de cumplir los requisitos de toda demanda ejecutiva, deberá especificar los bienes objeto del gravamen./ *A la demanda se acompañará título que preste mérito ejecutivo...*». Por su parte, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española (LEC 2000), en sus disposiciones particulares de la ejecución «sobre bienes hipotecados o pignorados», señala en su art. 685.2 que a la demanda «se acompañarán el título o títulos de crédito, revestidos de los requisitos que esta Ley exige para el despacho de la ejecución». Y es obvio porque en estas ejecuciones la peculiaridad estriba en que el bien sobre el cual se desplegará la actividad ejecutiva está predeterminado al proceso, pero ello no significa que no deba haber «título», porque el título es el establece la obligación por la cual se procede sobre esos bienes.

especiales cuando se pretenda la ejecución sobre los bienes hipotecados o prendados), uno de los títulos indicados por el art. 693 CPC⁵, ha establecido que —como ya lo resalté en otras ocasiones⁶— el «título ejecutivo» (o «de ejecución») lo constituyen «copulativamente» «el documento que contiene la garantía» y «el estado de cuenta de saldo deudor», sin que se requiera más⁷, dando lugar a que la más de las veces se pueda iniciar (y proseguir) la ejecución sin un verdadero título (legal).

Y digo la más de las veces porque la denominada «ejecución de garantías» sólo se debería (legítimamente) iniciar con un «título» (alguno, repito de los del art. 693 CPC) cuando «el documento que contiene la garantía» no sea, a su vez, él «per se» un «título», es decir cuando ese documento además de ser el «contenedor» de la garantía, sea además uno de aquellos que enumera el art. 693 CPC y «contenga» la obligación «cierta, expresa y exigible» (que es la que se trata de satisfacer con la ejecución). Es decir, por ejemplo y para entendernos, si se trata de una obligación garantizada con hipoteca se debería presentar «testimonio de escritura pública» (y no simple copia legalizada del mismo⁸); si de obligación garantizada con prenda se trata, se debería presentar o testimonio de escritura pública o documento privado reconocido conforme al art. 693 inc. 3 CPC, o si lo que se garantiza con la prenda es la obligación que se desprende de una transacción extrajudicial un mero documento privado, etc.

Si ello no fuera así, si del «documento que contiene la garantías» no reviste la formalidad exigida para ser «título» y/o no contiene la consabida «obligación cierta, expresa y exigible», debería ser inevitable que se acompañe «el título» (repito, por última vez, cualquier título de los enumerados en el art. 693) para estar en presencia de una ejecución que pueda legítimamente iniciarse⁹.

⁵ Digo art. 693 CPC porque aquellos allí indicados (más los que se encuentran dispersos por el ordenamiento) son los que permiten ingresar a la ejecución sin una previa cognición judicial; los del art. 713 CPC o presuponen la previa cognición judicial o un equivalente (proceso arbitral o procedimiento conciliativo extrajudicial).

⁶ V. mi *Título, partes y terceros en la denominada «ejecución de garantías»*, en *Cuadernos Jurisprudenciales*, N° 7 (suplemento de *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 40, enero 2002), p. 3 y ss.

⁷ Lo mismo ha sido «acordado» en el Pleno Jurisdiccional 1999 en el que se llegó a establecer «por consenso» que «no es exigible título valor o el documento que acredite la obligación; basta el documento que contiene la garantía y el estado de cuenta del saldo deudor. *Sin embargo, el juez puede exigir excepcionalmente el título valor o el documento que acredite la obligación cuando lo considere necesario como director del proceso*» (el cursivo es mío). Sobre este «Sin embargo» v., más adelante, en el texto.

⁸ En la Cas. N° 2946-99/Huaura, del 10 de diciembre de 1999 (auto de improcedencia), en *El Peruano*, 7 de abril 2000, en una ejecución de garantía en la que se había «anexado» copia certificada del «documento» que «contenía» la garantía se señala que conforme al art. 235 CPC «la copia de un documento público tiene el mismo valor que el original si está certificada», por lo que «bajo este aspecto la Ley no exige que necesariamente tenga que anexarse a la demanda el documento original». Lo cierto es que el inc. 7 del art. 693 CPC establece que el título ejecutivo lo constituye el «testimonio de escritura pública» (*ergo*, ningún otro tipo de copia del acto notarial), y ello también debe valer cuando en la ejecución de garantías el «documento» que la «contiene» sea —a su vez— el título. Invocar el art. 235 CPC constituye un error pues tal artículo está hace referencia a las copias de documentos-prueba, a utilizarse en un proceso declarativo; en el caso del «documento que contiene la garantía», para ser «título» idóneo para abrir la ejecución (y no mera prueba de un hecho) debe revestir la forma prevista por la ley para ser tal, o sea, «testimonio» bajo las reglas del art. 83 de la Ley N° 26002, Ley del Notariado.

⁹ La interpretación que hacemos en el texto debería estar confirmada por el motivo de contradicción indicado en el art. 722 CPC: «nulidad formal *del título*» y no «nulidad formal de los documentos indicados en

Sin embargo, todos sabemos que —pese al hecho de que una hipoteca puede bien haberse constituido para «garantizar» una obligación meramente determinable e incluso «futura o eventual» (art. 1099 inc. 2 y 1104 CC), y que una prenda puede terminar garantizando una «deuda» distinta de aquella para la cual se constituyó (art. 1063 CC), por no hablar de la «garantía sábana» del art. 172 de la Ley de Bancos¹⁰ — esto no es lo que ocurre desde hace más de diez años en que, los jueces, en todos sus niveles, por lo general, dan por bueno, sin más, el «documento que contiene la garantía» aún cuando no «contenga» la obligación, lo que es la fuente de (casi) todos los problemas que se presentan en nuestra ejecución de garantías.

3.- Sigue. b) El «estado de cuenta de saldo deudor»

En cuanto al «estado de cuenta de saldo deudor» como segundo elemento (según la jurisprudencia) del supuesto «título», hay que decir que tal «documento» no es otra cosa que *un acto unilateral de liquidación* del propio acreedor-ejecutante, o sea, que a lo más determina «cuantitativamente» lo que el deudor (a mero criterio del acreedor) debería, o sea que haría «líquida» una obligación «liquidable» (que debería ser la indicada en el «documento que contiene la garantía» si el vale como título o, de no ser así, en el «título» propiamente dicho).

el art. 720». Sin embargo, todos los jueces consideran que la «nulidad formal» hace referencia a los dos primeros documentos del art. 720 CPC, cosa que la ley no dice.

¹⁰ Como es sabido por Ley N° 27871, publicada en *El Peruano* el 22 de octubre del 2002, se reintrodujo en nuestro sistema la posibilidad de otorgar garantías «omnibus» (*vulgo*, «sábana») a favor de las empresas del sistema financiero. En efecto, con la citada ley se modifica (sólo) el art. 1° de la Ley 27682, publicada el 9 de marzo del 2002, ley que modificando el texto original del art. 172 de la Ley 26702 (Ley de Bancos) había proscrito la posibilidad del otorgamiento de este tipo de garantías (*v. mi Sobre la modificación del artículo 172° de la Ley de Bancos y la ejecución de garantías*, en *Advocatus. Nueva Época*, N° 6, 2002, p. 314 y ss.) lo había hecho en forma muy equívoca pues estableciendo que «Los bienes dados en hipoteca, prenda o warrant a favor de una empresa del sistema financiero, sólo respaldan las deudas y obligaciones expresamente asumidas para con ella por quien las afecta en garantía» había metido en un mismo saco tanto al *otorgante-deudor* (o sea el «otorgante-cliente» de la institución financiera) como al *otorgante-tercero* (que sería un «otorgante-no cliente»). La nueva redacción del art. 172 reabre la posibilidad del otorgamiento de una garantía «abierta» (vale decir, sin indicación expresa de las obligaciones que el bien garantiza), pero con una serie de limitaciones: 1) mientras antes la garantía *omnibus* funcionaba *ex lege*, es decir que bastaba que la hipoteca, prenda o warrant fueran otorgados a favor de una institución financiera para que garantizara «todas las deudas y obligaciones» «asumidas para con ella», hoy se requiere el pacto expreso; 2) mientras antes la garantía *omnibus* lo era en relación a todas las obligaciones «directas e indirectas» «asumidas para con ella por quien los afecte en garantía o por el deudor», hoy sólo puede ser para asegurar «las deudas y obligaciones propias» «asumidas para con ella por el deudor». Esto último es lo esencial de la neo-garantía «sábana»: los bienes hipotecados o prendados sólo responderán por las obligaciones «propias» del deudor, vale decir, ya no responderán por las «deudas indirectas», como se decía antes, en sustancia cuando el mismo «sujeto-deudor» sea, a su vez y por ejemplo, fiador de otro deudor de la misma institución financiera. De estas obligaciones «de garantía» no responderán ya los bienes hipotecados o prendados.

Pero la esencia de la remozada garantía *omnibus* está en que ella estaría abierta sólo para que sea constituida por el propio deudor de la institución financiera. Por lo que parece cuando es un tercero el que otorga la garantía ésta sólo aseguraría aquellas obligaciones expresamente indicadas en el acto constitutivo. Sin embargo, cabe preguntarnos: ¿Sería posible que al constituirse la garantía se pacte que el bien del «deudor» también responda por lo que el viejo texto llamaba «deudas indirectas»? ¿Podría, cuando el constituyente es un tercero, pactarse que el bien responda por otras obligaciones además de las expresamente señaladas? En suma, ¿los dos párrafos del remozado art. 172 de la Ley de Bancos contienen normas imperativas? Yo creo que no, pues a diferencia del texto sustituido por la Ley N° 27871, ya no aparece el consabido «es nulo todo pacto en contrario», por lo cual, dentro del ámbito de la autonomía contractual yo creo que nada impide que el constituyente (deudor o tercero) de la garantía amplíe el ámbito de la «sábana». Ergo, el problema indicado en el texto subsiste.

Naturalmente hace excepción el supuesto en el cual el ejecutante sea una institución financiera, pues desde el momento que sus «liquidaciones de saldo deudor» (que en sustancia son lo mismo que los «estados de cuenta de saldo deudor») constituyen según la ley (art. 132 inc. 7, Ley de Bancos) títulos ejecutivos ellas no sólo son un acto liquidativo, sino que son (nos guste o no) «el título»¹¹.

Lo que debe quedar claro es que tal acto liquidativo no constituye «parte» del título en esta ejecución, sino que constituye un acto del acreedor ejecutante que es instrumental a la ejecución misma, en cuanto, desde la propia demanda el acreedor procedente fija el *quantum* de lo debido hasta ese momento, y nada más.

4.- Desviaciones prácticas: la exigencia de «acreditar» la existencia de la obligación

Sin embargo, pese a que la *communis opinio* atribuye a los dos primeros documentos señalados en el art. 722 CPC el de ser «copulativamente» «el título» en la ejecución de garantías, algunos jueces (no todos) exigen, antes de emitir el denominado «mandato de ejecución» del art. 721 CPC, que el ejecutante «le acredite» la obligación, estableciéndose en la ejecución de garantías un anómalo subprocedimiento entre juez y ejecutante enderezado a que éste se «convenza» de la existencia de la obligación (y de su cuantía). Pero, nótese, no es que se exija la presentación de un «título ejecutivo» (algunos de los indicados en el art. 693 CPC), sino cualquier «documento que acredite la obligación»¹² a valorarse por el juez con total discrecionalidad.

Pero es aquí donde se advierte el por qué me causa alarma el que el juez pueda pedir al ejecutante «que le acredite» la obligación: todo ello se hace a espaldas del «ejecutado», el que «a juez convencido» (y lo está porque emite el «mandato»), se encuentra con las manos atadas porque esos documentos «adicionales» no siendo el «título», sino las «pruebas» presentadas (y valoradas) porque el juez consideró que el que debería ser «el título» era para él «insuficiente», se encuentra en una situación en la que el juez ha formado su «convicción» a sus espaldas y sin siquiera poder (luego) hablar.

¹¹ De hecho el «título» previsto en el inc. 7 del art. 132 de la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y Sistema de Seguros (para abreviar, la «Ley de Bancos»), no ha gustado a nadie. Tanto que se ha dicho que «las liquidaciones de saldo deudor emitidas por [las empresas del sistema financiero] no tienen mérito ejecutivo por sí solas y se deben presentar copulativamente con los demás documentos señalados en la ley» (así Cas. N° 2380-98/Lima, publicada en *El Peruano, Sentencias de Casación*, 18 de diciembre de 1999, p. 4321 y ss) y que «las liquidaciones de saldo deudor que emiten las entidades del sistema financiero carecen de mérito ejecutivo» (así en el Pleno Jurisdiccional 1998). Lo que ha conducido a que, frente a un inequívoco texto legal los jueces o declaran «de plano» improcedente la ejecución o (si quieren) le exigen al ejecutante que previamente «les prueben» (y de cualquier forma) la obligación porque, diga lo que diga la Ley de Bancos, tales liquidaciones «emanan de un acto unilateral y por lo tanto arbitrario del acreedor, que no califican por sí solas como títulos ejecutivos» y que lo contrario sería reconocer «a las empresas que integran el sistema financiero la capacidad de crear títulos ejecutivos a su arbitrio, importa(ría) concederles un atributo de derecho público, contrario a su naturaleza privada y contrario al principio de igualdad ante la ley» (así, siempre la cit. Cas. N° 2380-98). Pero lo cierto, es que tales «liquidaciones» tienen «mérito ejecutivo» porque así lo señala la ley.

¹² Que es lo «acordado» en el Pleno Jurisdiccional 1999 citado en la nota 23. Hay que señalar que nuestro *conditor legis* JUAN MONROY GÁLVEZ, *Algunas interrogantes sobre el Código Procesal Civil peruano*, entrevista de NELSON LOZANO ALVARADO, en *Revista Jurídica del Perú*, Año XLVII, N° 13, oct.-dic. 1997, p. 35, ha considerado legítima esta praxis al decir que si bien en una ejecución de garantías «no hay absolutamente posibilidad de discutir nada», «si un juez considera que en un proceso hay que pedir todo, pues pide todo».

5.- Las limitaciones del ejecutado en la «contradicción»

En efecto, todos sabemos que a mandato expedido y notificado, el ejecutado puede hacer muy poco, pues nuestro legislador, distanciándose del sistema «ultragarantista» del CPC de 1912 que permitía cualquier alegación en la oposición a la ejecución, y en un exceso de *favor creditoris*, en aras de hacer «más efectivos» todos «sus» procesos de ejecución recurrió a una «técnica»: limitar los motivos que el ejecutado puede alegar en la denominada «contradicción». Es decir, no contento con poblar el ordenamiento de «títulos» de lo más dudosos (o no indicarnos cuál es el título), a su vez, limitó el ámbito (cuantitativo y cualitativo) de la reacción del ejecutado, creando para aquél una potencial situación doblemente infernal: verse envuelto en un proceso como ejecutado y no tener los mecanismos para defenderse cabalmente.

Y si ello es grave en el ejecutivo, en la ejecución de garantías es simplemente insufrible pues el ejecutado puede legítimamente alegar (y dentro del irrazonable plazo de tres días de notificado el mandato) «solamente» (tal es el inequívoco adverbio utilizado por el art. 722 CPC) la nulidad formal del «título», la «inexigibilidad» de la obligación, su extinción y la prescripción. Nada más. Pero, con el agravante de que aquello que la ley le permite tan «generosamente» alegar al ejecutado sólo lo puede probar con «documentos». ¿Que viene después? Un simple «traslado» al ejecutante (también por tres días) y luego el auto que resuelve la «contradicción».

Esta comprensión de lo alegable por el ejecutado en la denominada «contradicción» (y de los respectivos medios probatorios) que se suele justificar (abstractamente) con «la necesidad de acelerar la realización del derecho en aquellas situaciones que ofrezcan escaso nivel de discusión»¹³, no tiene ni esa ni cualquier otra justificación. No por nada en los ordenamientos procesales realmente modernos no existe nada siquiera parecido (ni podría haberlo porque sería inconstitucional¹⁴). Y no la tiene ciertamente en relación a la ejecución de garantías en la que la presencia de la

¹³ Así MONROY PALACIOS, *Bases para la formación de una teoría cautelar*, Comunidad, Lima, 2002, p. 111, quien señala que la previsión, en los procesos de ejecución, de «etapas cognoscitivas de carácter restringido» tienen por objeto «proteger el derecho de defensa del ejecutado y de garantizar un justo desarrollo de la fase de ejecución forzada». Cabe señalar que en el *processus executivus* medioeval (de donde derivan todos los juicios ejecutivos latinoamericanos y el nuestro, incluida la «ejecución de garantías» que es una variante) la oposición a la ejecución era un *mero incidente sumario de cognición* a los efectos de determinar (solo) si se seguía o no con la ejecución, sin ninguna pretensión de resolver en forma definitiva el problema de fondo o sea de si el título ejecutivo reflejaba o no la realidad sustancial, lo que siempre era posible en un juicio ordinario posterior. El mantenimiento en un ordenamiento procesal contemporáneo de «etapas cognoscitivas de carácter restringido» (o sea sumarias, no plenas) en el ejecutivo se justifica (solo) por razones históricas. Sobre ello es siempre saludable leer a LIEBMAN, *Sobre el juicio ejecutivo*, en *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, Ediar, Buenos Aires, 1945, p. 385 y ss.

¹⁴ Cfr. VACCARELLA, *Diffusione el controllo del titoli esecutivi non giudiziali*, en *Rivista di diritto processuale*, 1992, p. 45 y ss. En el derecho italiano el problema (desde el punto de vista del «debido proceso», ahora constitucionalizado en el nuevo texto del art. 111 Const. italiana) no se da por una limitación de lo alegable en la oposición del deudor a la ejecución, pues esta oposición provoca un proceso ordinario de cognición plena y definitiva, sino en la suspensión (o no) de la ejecución como efecto de la promoción de la oposición. Sobre ello v. TARZIA, *Giusto processo di esecuzione*, en *Rivista di diritto processuale*, 2002, p. 347 y s.; CARPI, *Riflessioni sui rapporti fra l'art. 111 della Costituzione ed il processo esecutivo*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2002, p. 403 y ss.

«garantía real» no ofrece, *per se*, ni mínimamente aquél «escaso nivel de discusión» del derecho de crédito que con la realización del bien se tendería a satisfacer.

Pero lo cierto es que la limitación existe y, por lo que me consta, a nuestros jueces no les ha siquiera rozado por la mente considerar al art. 722 CPC como inconstitucional¹⁵.

Yo no sé si el lector alguna vez se ha puesto a pensar en cuál base racional se habrá fundado el CPC de 1993 para establecer los motivos (taxativos) de contradicción del art. 722 CPC. ¿Por qué esos y no otros? Pensemos. Según el art. 720 CPC el ejecutante debe «anexar» el «estado de cuenta de saldo deudor». La sola exigencia de este «anexo» nos denota que el legislador pensó que en esta ejecución se podía partir de un título «ilíquido», de allí que sea racional que no se incluya como motivo de contradicción el indicado en el inc. I del art. 700 CPC para el ejecutivo («iliquidez de la obligación contenida en el título»). Sin embargo, frente a una situación sin duda similar, el artículo 717 CPC señala que en la ejecución de «título de ejecución» que «condena al pago de cantidad ilíquida» (obviamente se está refiriendo a la sentencia), «el vencedor debe acompañar liquidación realizada siguiendo los criterios establecidos en el título o en su defecto lo que la ley disponga». Esta «liquidación» (unilateral, tan unilateral como el «estado de cuenta de saldo deudor» de la ejecución de garantías), determina que en el «mandato de ejecución» (art. 715) se ordene pagar la suma así liquidada, pero el ejecutado puede observarla «dentro de tercero día» (se entiende de notificado el mandato), tras lo cual el juez debe resolver aprobando o desaprobando (se entiende) la observación, y algo similar se establece en relación a la liquidación de las costas¹⁶. ¿No era racional que lo propio se estableciera en la ejecución de garantías? Sin embargo, absurdamente no se puede, lo que significa que el «estado de cuenta de saldo deudor» resulta ser mucho más «fuerte» (¿quién sabe porque?) que la propia liquidación de una sentencia o la liquidación de las costas de un proceso¹⁷.

Otro extraño contraste entre lo previsto para el ejecutivo y el de ejecución de garantías lo encontramos entre el inc. 2 del art. 700 y el relativo del 722. El primero

¹⁵ Como es sabido en el Pleno Jurisdiccional Civil de 1999 nuestros jueces superiores acordaron (por mayoría) que en los procesos de ejecución de garantías procede la deducción de las excepciones procesales del art. 446 CPC porque el art. 722 CPC «no limita la posibilidad de proponer(las)». Yo no creo que la interpretación sea correcta, porque el art. 722 CPC con su adverbio «solamente» es inequívoco al excluir cualquier otra cuestión no sea la mencionada en el propio texto de la disposición. Ciertamente otra cosa hubiera sido el considerar constitucionalmente ilegítimo el art. 722 CPC, en cuyo caso todas las limitaciones defensivas (de forma y de fondo) caerían.

¹⁶ El procedimiento de la liquidación de las costas es muy significativo. Según el art. 417 CPC el propio acreedor las liquida, de ella se corre traslado a la otra parte por tres días. Si se observa se corre traslado por tres días a la otra parte, tras lo cual se resuelve. Con la observación se puede ofrecer prueba pericial, que extrañamente, «podrá acompañarse hasta seis días después de haberse admitido». Del dictamen pericial se corre traslado por tres días y luego el juez resuelve (con una rara resolución inimpugnabile). El procedimiento no es que sea precisamente «garantístico» (pues también en él los plazos están muy comprimidos) pero hay contradictorio y posibilidad de presentar (como «única prueba») una pericia, que ya es todo decir, pues en la contradicción de la ejecución de garantías el «estado de cuenta de saldo deudor» (que es una liquidación) no es observable y no procede la pericia.

¹⁷ Así se decidió en la Casación N° 186-96/Lima, publicada en *El Peruano, Sentencias de Casación*, 2 de mayo de 1999, p. 839 y s., que consideró que entre los motivos del art. 722 del CPC no se encuentra la de «ineficacia de la liquidación del estado de cuenta de saldo deudor».

permite que el ejecutado alegue tanto la «nulidad formal» como la «falsedad» del «título», en el segundo, sólo su «nulidad formal». ¿Es que acaso nuestro legislador llegó a la conclusión de que la posibilidad de que promuevan ejecuciones de garantías en base a «títulos» falsos era remotísima? Nada de ello. Es mi intuición que el que no se haya incluido este supuesto se deba a otro motivo: normalmente la falsedad documental (salvo que sea de palmaria evidencia) se prueba a través de una pericia, y no siendo la pericia una prueba de «actuación inmediata» (la famosa prueba *in continenti* o *prima facie* del medioevo) para no hacer admisible esta prueba excluyó el «motivo»¹⁸.

Luego, en mi concepto, no es que la sumariedad de la contradicción en la ejecución de garantías se fundamente en «el escaso nivel de discusión» del «derecho», sino que «el derecho» se hizo a la fuerza escasamente discutible no por la naturaleza de las cosas sino porque así lo quiso el legislador. «El derecho» (en concreto) puede bien presentar un «alto» nivel de discusión, pero el legislador quiso (en abstracto) que no se discutiera más allá de lo que él consideró que debía poder discutirse, porque se quería (también abstractamente) «acelerar la realización del derecho», discutible o no que fuera. *Ergo*, o el ejecutado alega lo que le permite la ley o su contradicción será «rechazada liminarmente», tras lo cual procederá el «acelerado» camino hacia la «realización» del derecho» devenido ya «indiscutible»¹⁹.

6.- La paradoja: la parte «limitada» y el juez que puede «pedir todo»

Así las cosas resulta que el ejecutado sólo puede alegar como motivo de contradicción lo que le permite la ley (entre los que no está siquiera la observación del «estado de cuenta de saldo deudor») y para probar lo poco que ésta le permite sólo se admiten los documentos. Como consecuencia, ciertamente, el ejecutado no puede ofrecer ningún tipo de prueba pericial (ni tampoco podría solicitar la «exhibición» de documentos en poder del ejecutante o de tercero²⁰).

¹⁸ Un dato para la Historia: en el texto original del CPC promulgado el 28 de febrero de 1992 los dos primeros supuestos de «contradicción» del art. 722 no eran el de «nulidad formal del título» y el de «la inexigibilidad de la obligación», sino el de la «falsedad del título» y el de la «inexistencia de la obligación» (así venía desde el Proyecto publicado en febrero de 1992). El cambio de «falsedad» por «nulidad» y de «inexistencia» por «inexigibilidad» se debió (cuando no) al (siempre olvidado y de anónima autoría) D.L. 25940, lo que hace tener la sensación que los motivos de contradicción de la ejecución de garantías son el resultado de una suerte de sorteo. Otro dato para la Historia: en el Proyecto publicado en febrero de 1992 lo que hoy llamamos «contradicción» se seguía llamando «oposición». Es en el paso del Proyecto al Código que opera el cambio del (secular) nombre.

¹⁹ Es en extremo alarmante que contra los «autos» que se pronuncian sobre la «contradicción» en la ejecución de garantías se admita que procede la denominada «nulidad de cosa juzgada fraudulenta» (así expresamente en la Casación N° 1365-96/La Libertad, *El Peruano*, *Sentencias de Casación*, 25 de abril de 1998, p. 764, e implícitamente en la Casación N° 3610-02, publicada en *Diálogo con la jurisprudencia*, N° 55, abril del 2003, p. 279), porque ello significa que ellos harían «cosa juzgada» (o sea que serían «inmutables», conforme lo establece el último párrafo del art. 123 CPC). Una cosa es decir que esos «autos» son en realidad «sentencias» (*rectius*, son el equivalente de la «sentencia» del ejecutivo) para permitir contra ellos el recurso de casación (cfr. mi *La Corte Suprema en el dilema entre la sustancia y la forma*, en *Diálogo con la jurisprudencia*, N° 47, agosto 2002, p. 46 y s.) y otra que sus efectos sean inmutables, porque siendo el resultado de una cognición sumaria, nunca deberían ser inmutables.

²⁰ Así se estableció en la Casación N° 2496-99/Lima, en *El Peruano*, *Sentencias de Casación*, 23 dic. 1999, p. 4375 y s., en relación al ejecutivo (en el que, nótese, se admite en el incidente de «contradicción» pericia y declaración de parte, y en el que existe audiencia), en la que categóricamente se dice que «por

Y aquí viene la paradoja: el ejecutado no puede alegar todo lo que considera que debe alegar para evitar una ejecución injusta sino sólo lo que la ley le permite y para probar esas pocas afirmaciones que la ley le permite sólo puede ofrecer pruebas documentales, pues si no fuera así, se dice, «quedaría desvirtuada la estructura de un proceso que debe ser breve, que se inicia a partir de un derecho reconocido, y que termina por un auto»²¹, sin embargo, el juez sí podría hacer todo lo que el ejecutado no puede: podría, *de oficio*, pedir al ejecutante que le «exhiba» (si quiere, bajo el pretexto de que está calificando la admisibilidad de la demanda *ex art. 426 CPC*) cuántos documentos considere para «convencerse» de la existencia de la obligación (documentos que el ejecutado no podría luego siquiera cuestionar porque no siendo «el título» no se pueden objetar siquiera desde su punto de vista meramente extrínseco, o sea «la nulidad formal *del título*») y siempre *de oficio*, podría disponer que se actúe una prueba que el propio ejecutado no puede ofrecer²².

7.- Reflexiones finales

La efectividad de una ejecución (cualquier ejecución) debe partir de un claro «título» para proceder a ella, pues mientras más «certero» será éste será menor la posibilidad de una oposición (válida) a que la misma se lleve a cabo.

En la ejecución de garantías, bajo la falsa premisa de que bastaría la existencia de una garantía «real» (en el sentido de que recae en bienes específicos), para que la obligación sea «real» (en el sentido de «existente»), se ha descuidado el precisar cuál sea el «título» en los términos de los arts. 688 y 689 CPC, con el agravante de que el ejecutado ha sido limitado en su posibilidad de reacción frente a una ejecución iniciada (la más de las veces) sin un título.

Pero lo más curioso es que pese a que el ejecutado se encuentra más que limitado en su posibilidad de reacción, cuando reacciona «contradiendo» pueden pasar, no digo meses, sino años, discutiendo «sumariamente» lo poco que se puede «discutir» según la ley. Yo me pregunto: si hemos de perder años antes de llegar a la verdadera ejecución (o sea al remate del bien), ¿tiene sentido limitar el contenido de la contradicción? ¿No sería mejor que en la llamada «contradicción» se pudiera alegar (sin limitaciones legales) todo lo que el ejecutado tuviera que alegar? ¿No sería acaso mucho más funcional (y constitucional...) que en lugar de las limitaciones probatorias actuales se pudiera actuar todas las pruebas pertinentes a tales alegaciones? En suma, si

mandato expreso del [art. 700 CPC], en el proceso ejecutivo sólo son admisibles la declaración de parte, los documentos y la pericia», y en la Casación N° 2863-99/La Libertad, en *El Peruano, Sentencias de Casación*, 21 enero 2000, p. 4611, en relación a la ejecución de garantías en la que frente al ofrecimiento del ejecutado de pericia grafotécnica y exhibición de documentos se señaló tajantemente que «no resultan procedentes por cuanto en el proceso de ejecución de garantías solamente es admisible la prueba documentaria».

²¹ Así se lee en la Casación N° 2402-99/Lambayeque, del 7 de diciembre de 1999, que en el considerando séptimo afirma (sin el más mínimo rubor): «Conforme al segundo párrafo [del art. 722 CPC], para la contradicción sólo es admisible la prueba de documentos, lo que tiene que entenderse como prueba de actuación inmediata, pues de otro modo quedaría desvirtuada la estructura de un proceso que debe ser breve, que se inicia a partir de un derecho reconocido, y que termina por un auto».

²² Sin embargo, v. Casación N° 551-97/Lima, *El Peruano, Sentencias de Casación*, 15 set. 1998, p. 1589-1590, en la que se estableció que el juez *no puede ordenar de oficio* «la actuación de un medio probatorio que no esté permitido en un determinado proceso; y como el caso de autos se trata de un proceso de ejecución, por mandato expreso del [art. 722 CPC] sólo es admisible la prueba de documentos, la Sala al ordenar que se actúe una pericia ha infringido dicho artículo».

la cognición sumaria a que da lugar el planteamiento de la contradicción no evita que se gasten energías y tiempo, ¿no sería ya hora de cambiar ruta hacia la consagración de una oposición a la ejecución promotora de un proceso declarativo pleno y definitivo?

Lo que me queda claro es que hay que librarnos del equívoco de considerar que se protege mejor el crédito (y a los acreedores) limitando el derecho (constitucional) de defensa del ejecutado y confiando que esas limitaciones sean «paliadas» con intervenciones mesiánicas de los jueces, los que, por el contrario, deben contar con normas claras para su actuación.