

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO



EL EJERCICIO ABUSIVO DE DERECHO COMO SUSTENTO DE
CONTRADICCIÓN EN LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN DE
GARANTÍAS REALES

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE
ABOGADO

AUTOR
JOSE LUIS RODRIGUEZ VALLEJOS

ASESOR
JAVIER HILDEBRANDO ESPINOZA ESCOBAR

<https://orcid.org/0000-0002-9906-0526>

Chiclayo, 2019

En agradecimiento a mi asesor Javier H. Espinoza Escobar por su tiempo, esfuerzo e interés en la realización del presente trabajo.

De igual manera, agradezco a mi padre, Magistrado E. José Rodríguez Tanta, por su ayuda en esta investigación y permitirme conocer más sobre la materia.

Dedico este trabajo a mis padres José e Hilda, por su inmenso amor y apoyo en todo momento. Además, por siempre confiar en mí.

A mis hermanos Yahaira y Joaquín, sobrino Óscar, así como a Nadia, por acompañarme diariamente en este trayecto de vida.

INDICE

RESUMEN.....	6
ABSTRACT	6
I. INTRODUCCIÓN	7
II. MARCO TEÓRICO	10
CAPÍTULO I: LA CONTRADICCIÓN EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS REALES	10
1.1 EL PROCESO ÚNICO DE EJECUCIÓN.....	10
<i>1.1.1 Características esenciales</i>	<i>10</i>
<i>1.1.2 Finalidad del proceso.....</i>	<i>13</i>
<i>1.1.3 Tipos de proceso de ejecución.....</i>	<i>14</i>
<i>1.1.4 Aspectos procedimentales comunes.....</i>	<i>16</i>
1.2 EL PROCESO DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS REALES.....	21
<i>1.2.1 Antecedentes históricos.....</i>	<i>21</i>
<i>1.2.2 Aspectos esenciales</i>	<i>24</i>
<i>1.2.3 Requerimientos procesales especiales</i>	<i>26</i>
1.3 LA REGULACIÓN DE LA CONTRADICCIÓN EN EL PROCESO ÚNICO DE EJECUCIÓN.....	29
<i>1.3.1 Concepto y naturaleza jurídica.....</i>	<i>29</i>
<i>1.3.2 Causales de contradicción</i>	<i>30</i>
1.3.2.1 La inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título	31
1.3.2.1.1 Tratamiento doctrinal	31
1.3.2.1.2 Tratamiento jurisprudencial	32
1.3.2.2 Nulidad formal o falsedad del título, o título valor completado en forma contraria a los acuerdos adoptados	33
1.3.2.2.1 Tratamiento doctrinal	33
1.3.2.2.2 Tratamiento jurisprudencial	34
1.3.2.3 Extinción de la obligación exigida.....	34
1.3.2.3.1 Tratamiento doctrinal	34
1.3.2.3.2 Tratamiento jurisprudencial	35

CAPÍTULO II: PROTECCIÓN DEL EJECUTADO EN UN PROCESO DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS REALES	36
2.1 CUESTIONES PREVIAS: LA RELACIÓN JURÍDICA SUSTANTIVA	36
<i>2.1.1 Celebración del contrato de mutuo</i>	<i>36</i>
<i>2.1.2 La causa en el contrato de mutuo</i>	<i>39</i>
<i>2.1.3 Constitución de la garantía real</i>	<i>40</i>
<i>2.1.4 Derechos propios del deudor pasibles de vulneración</i>	<i>45</i>
2.2 INCIDENCIAS EN LA VÍA JUDICIAL: LA RELACIÓN JURÍDICA PROCESAL	46
<i>2.2.1 La infracción de intereses y derechos en el proceso judicial</i>	<i>46</i>
2.2.1.1 El debido proceso	46
2.2.1.2 Consecuencias de afrontar el proceso judicial	51
<i>2.2.2 Formas de advertir el perjuicio al ejecutado dentro del proceso</i>	<i>53</i>
2.2.2.1 En el ejercicio del derecho de defensa del ejecutado	53
2.2.2.2 El uso de la facultad jurisdiccional de pruebas de oficio	57
 CAPÍTULO III: EL EJERCICIO ABUSIVO DE DERECHO EN LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS	 60
3.1 EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO	60
<i>3.1.1 Reflexiones generales</i>	<i>60</i>
<i>3.1.2 Características</i>	<i>62</i>
3.1.2.1 De un acto lícito a un acto ilícito	62
3.1.2.2 Concepción subjetiva u objetiva del ejercicio abusivo	63
3.1.2.3 Límite en el ejercicio del derecho subjetivo	64
<i>3.1.3 Problemática</i>	<i>66</i>
3.2 EL EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO Y LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS	67
3.3. EL EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO Y EL FRAUDE A LA LEY	68
3.4. LA DEFENSA SUSTANTIVA Y PROCESAL FRENTE AL EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO ..	69
<i>3.4.1 Defensa sustantiva</i>	<i>69</i>
<i>3.4.2 Defensa procesal</i>	<i>73</i>
3.5. EL EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL Y LOCAL	77
3.6 PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN DE NORMA	82

III. CONCLUSIONES.....86

LISTA DE REFERENCIAS.....88

RESUMEN

La presente investigación tiene como finalidad realizar una adecuada interpretación del artículo 690-D del Código Procesal Civil, a efectos de incluir el abuso de derecho como sustento de contradicción de los procesos de ejecución de garantías reales, otorgándose así una adecuada tutela jurisdiccional al ejecutado, y generándose un criterio judicial sistemático para su identificación y posterior sanción.

Palabras Clave: interpretación, abuso de derecho, contradicción.

ABSTRACT

The purpose of this investigation is to make an adequate interpretation of article 690-D of the Civil Procedure Code, in order to include the abuse of law as a basis for contradiction of the processes of execution of real guarantees, thus granting adequate judicial protection to the executed, and generating a systematic judicial criterion for its identification and subsequent sanction.

Keywords: interpretation, abuse of rights, contradiction.

I. INTRODUCCIÓN

La relación entre los sujetos de derecho debe encontrarse en un contexto de buena fe, es decir, ciñendo sus conductas a valores como la confianza, lealtad, credibilidad, razonabilidad, solidaridad, entre otros. Se trata de un principio matriz, del que se deriva el ejercicio abusivo del derecho, siendo este último un principio reconocido en la Constitución y Código Civil peruano. El mercado es una búsqueda dinámica y, ciertamente, agresiva del propio interés, no pudiendo funcionar sin una lealtad básica, o excediendo los límites socialmente permitidos del ejercicio de un derecho subjetivo.

La controversia se suscita en cuanto a que, una vez realizada la identificación del acto ilícito que constituye un ejercicio abusivo de derecho, es necesario dotar de protección al titular de la situación jurídica subjetiva afectada. Se representa un peligro de lesividad mayor, o concreción de este, si se tiene en cuenta que no existe una tutela específica regulada en una norma jurídica. Dado ese vacío adjetivo, el Juez debe recurrir a criterios indeterminados en el caso en concreto, que bien pudiera ofrecerle la ley, jurisprudencia y doctrina, a efectos de contrarrestar las consecuencias de un acto abusivo. Es necesario avocarse a la proscripción de un ejercicio abusivo de derecho en el proceso de ejecución de garantías reales, lo cual no resulta una materia analizada en la doctrina, debiéndose generar un criterio judicial que pueda replicarse en otros casos, interpretando adecuadamente la norma procesal e identificando el acto configurativo; máxime si no se trata de un proceso de conocimiento para evidenciar con claridad tal pretensión irregular.

Ante el panorama descrito, nos planteamos como objetivo general del presente trabajo establecer cómo debe interpretarse la contradicción contemplada el artículo 690-D del Código Procesal Civil para dotar de garantías al ejecutado y evitar el abuso de derecho del ejecutante. Los objetivos específicos son los siguientes: analizar los supuestos que constituyen causal de contradicción en los procesos de ejecución de garantías reales, identificar los intereses y derechos del ejecutado pasibles de perjuicio en un proceso de ejecución de garantías reales, y determinar la configuración del ejercicio abusivo del derecho en el proceso de ejecución de garantías reales.

La investigación es de tipo básica o fundamental, ya que se obtendrá conocimiento teórico a partir de análisis de conceptos doctrinarios. Por los datos empleados, es una investigación cualitativa, por tratarse de fenómenos imposibles de cuantificar. El diseño es descriptivo, analítico, causal - explicativo porque lo que se busca es establecer, describir, analizar, interpretar y explicar de

manera correcta el abuso de derecho como sustento de contradicción en los procesos de ejecución de garantías reales, para finalmente, llegar a conclusiones y recomendaciones y contribuir a que dicha figura, institución o regulación se aplique de forma efectiva.

Como hipótesis planteamos que la contradicción contemplada en el artículo 690-d del Código Procesal Civil debe ser interpretada no de manera restrictiva, sino de manera amplia, en la que se incluyan aquellos supuestos de afectación a intereses o derechos del ejecutado que puedan identificarse dentro de la institución jurídica del abuso de derecho. Adicionalmente, la protección de la parte más débil de la relación jurídica, en el entendido de una asimetría jurídica, no solo debe ser de apreciación del Juzgador del proceso de ejecución, sino también de un efectivo control de la pretensión procesal. Consecuentemente, es imperante la dotación de herramientas al Juez para eliminar los efectos de un ejercicio abusivo de derecho del ejecutante; la unificación o integración de criterios jurisprudenciales para la identificación de ejercicio abusivo de derecho, la efectiva aplicación del artículo II del Título Preliminar del Código Civil y el empleo del Juez de sus facultades de director del proceso para identificar los casos de abuso de derecho aun en ausencia de contradicción del mandato de ejecución son las vías para la solución de este problema.

El trabajo está estructurado en tres capítulos. En el primero se presentarán las características, finalidad, tipos y aspectos procedimentales comunes del proceso único de ejecución, para luego detallar los antecedentes, aspectos esenciales y requerimientos procesales especiales del proceso de ejecución de garantías reales, culminando con las causales de contradicción y su tratamiento en la doctrina y jurisprudencia. En el segundo se explicarán las cuestiones previas que conciernen a la relación jurídica sustantiva (celebración del contrato de mutuo, causa del contrato, constitución de la garantía real y derechos propios del deudor pasibles de vulneración), y las incidencias en la vía judicial (infracción de intereses y derechos en el proceso judicial y formas de advertir el perjuicio al ejecutado). En el tercer y último capítulo se precisarán los rasgos del ejercicio abusivo de derecho (reflexiones, características y problemática), lo compararemos con otras figuras jurídicas y se explicará su aplicación como defensa sustantiva y procesal; además, indicaremos cómo viene pronunciándose la judicatura nacional y local al respecto, y presentaremos una propuesta de interpretación del 690-D del Código Procesal Civil.

En suma, esperamos que el presente trabajo ayude a comprender mejor el principio del ejercicio abusivo de derecho, identificándolo como sustento de contradicción del ejecutado en un proceso

de ejecución de garantías reales, para así dotar de garantías al emplazado y contrarrestar los efectos negativos del acto abusivo efectuado por el ejecutante.

II. MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO I: LA CONTRADICCIÓN EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS REALES

1.1 El proceso único de ejecución

1.1.1 Características esenciales

El Código Procesal Civil de 1993 estructuró en el Título V de la Sección Quinta los procesos de ejecución, o como actualmente se denomina a raíz de la modificación realizada con el Decreto Legislativo N.º 1069, Proceso Único de Ejecución. Este puede comprenderse conceptualmente desde la dimensión de complementariedad, dado que la tutela judicial efectiva no acaba con la temática de un proceso de conocimiento, sino también requiere la materialización del resultado, a lo que puede denominarse el proceso de ejecución.

A efectos de la interiorización a este esquema procesal, resulta ilustrativa la noción alcanzada por Ledesma (2010):

(...) podemos señalar que proceso de ejecución es aquella actividad con la cual los órganos judiciales tratan de poner en existencia coactivamente un resultado práctico, equivalente a aquel que habría debido producir otro sujeto, en cumplimiento de una obligación jurídica. Es, pues, el medio por el cual el orden jurídico reacciona ante la transgresión de una regla jurídica concreta, de la cual surge la obligación de un determinado comportamiento de un sujeto a favor de otro.
(p. 37)

Dicho esto, es preciso advertir que la tutela efectiva requiere siempre una conducta posterior para el cumplimiento de un derecho que ha sido constituido o declarado en una decisión judicial definitiva. Por ejemplo, se tiene el reconocimiento de una suma debida hacia una persona determinada, pues es necesario realizar una conducta posterior como el cobro efectivo de la acreencia, pudiendo ser de manera voluntaria o forzosa, con los mecanismos que otorga la norma adjetiva civil.

Se accede a dicho proceso solo si es que el ejecutante, quien inicia el funcionamiento del órgano de tutela jurisdiccional, cuenta con un título ejecutivo de naturaleza judicial o extrajudicial. Es importante mencionar que, antes de la modificación del Código Procesal Civil vigente con el Decreto Legislativo N.º 1069, se hacía una distinción entre título ejecutivo y título de ejecución,

conteniéndose en el primero los títulos valores, documento privado de transacción extrajudicial, testimonio de escritura pública, entre otros, y, en el segundo, se encontraban expresamente las resoluciones judiciales firmes, laudos arbitrales firmes, actas de conciliación fiscal y los que la ley señalara. En la actualidad, no subsiste tal distinción, siendo recogidos en un solo artículo, conforme se expresará más adelante.

No cabe duda que las condiciones de la acción (interés para obrar, legitimidad para obrar y voluntad de la ley) están presentes en el título ejecutivo. Prueba de ello es que en el artículo 690 del Código Procesal Civil se establece la legitimidad para iniciar un proceso de ejecución, relacionada a aquel justiciable que tenga reconocido un derecho a su favor en el título ejecutivo, y dirigida la pretensión contra aquel que tenga la condición de obligado y así haya sido reconocido también en él; y de igual modo, en el artículo 690-A, al prescribirse que en la demanda se acompañará el título ejecutivo, además de los requisitos y anexos previstos para dicho acto procesal de forma genérica en los artículos 424 y 425.

La discusión a nivel doctrinario se centra en la naturaleza jurídica del proceso de ejecución, existiendo posturas divergentes que ameritan ser tratadas porque es posible cierta incidencia en la práctica judicial. Se tienen las referidas a un proceso de cognición sumaria, un proceso propiamente ejecutivo, y de naturaleza mixta, es decir, un proceso de cognición y ejecutivo.

La postura consistente en que el proceso de ejecución no es más que uno de cognición sumaria, ha sido tratada de la siguiente manera, como expone Casassa (2010):

Esta postura se apoyaba entre otros fundamentos en que por su estructura la finalidad de dicho juicio ejecutivo radicaba en la creación de un verdadero título de ejecución, ya que los documentos privilegiados por ley para iniciar la tutela ejecutiva únicamente permitían la entrada al juicio, pero sería la sentencia –a expedirse en dicho proceso- el verdadero título. (p. 4)

Para otro sector de la doctrina, el proceso ejecutivo tiene su naturaleza propia, es decir, no concurre cognición alguna en el entendido que no existe modificación al título ejecutivo, ni tampoco discusión sobre la existencia de la obligación, por el contrario se busca el cumplimiento, sea voluntario o forzado, de ella; de allí que no exista sentencia, sino un auto final que prosigue con la ejecución forzada apercibida desde un primer momento por el juez, siempre que el ejecutado no haya honrado su deuda en el plazo concedido en vía judicial.

En relación a la tercera postura, el proceso de ejecución sería de naturaleza mixta por concurrir rasgos de un proceso de conocimiento y a la vez un proceso de ejecución. Es importante lo manifestado por Carrión (2009) al respecto:

Sostienen que el proceso contiene una fase de cognición, la que se ubica en la contradicción que se puede proponer contra el mandato de ejecución, pues, al existir posiciones encontradas entre el demandante y el demandado, el juez no solo se limitará a dar por válido y cierto el contenido del título de ejecución, sino que analizará también los fundamentos expuestos por el ejecutado y el medio probatorio presentado por este, pudiendo declarar fundada la contradicción y por concluido el proceso. (p. 7)

Resulta también interesante la opinión de este último autor, en cuanto plantea una nueva calificación a la naturaleza jurídica del proceso de ejecución. Expone que este es de naturaleza singular por el hecho que en la práctica se discute la eficacia tanto del título de ejecución como de la obligación contenida en él, por lo que sí se evidencia una participación limitada de contradicción, sin restar su trámite breve, expeditivo y coercitivo (Carrión, 2009).

En nuestra opinión, resulta trascendental determinar la naturaleza del proceso único de ejecución por el hecho que incide directamente en su estructura. De considerarse únicamente un proceso de naturaleza ejecutiva, no solo se disminuiría de alguna manera el control que pueda hacer el ejecutado mediante el derecho a contradecir, sino también daría paso a que en ciertas ocasiones se materialicen injusticias en su contra; afectándose, además, la finalidad concreta y abstracta del proceso, como es resolver un conflicto de intereses y lograr la paz social en justicia, respectivamente.

Consideramos que el proceso de ejecución presenta ambivalencias en el contexto de lo reflejado en la práctica judicial, pues si bien en algunos casos es factible que, al no haber contradicción, solo corresponda la orden del magistrado de llevar adelante la ejecución¹, en otros, también se requiere un análisis fáctico y probatorio, pues la contradicción formulada acorde al artículo 690-D de la norma adjetiva civil admite cuestionamientos de forma (nulidad formal del título o su falsedad) o de fondo (inexigibilidad, iliquidez y extinción de la obligación); y en el peor de los casos, no habiendo contradicción, el juzgador puede, en el auto final, desestimar la pretensión ejecutiva si es

¹ Parte última del artículo 690-E del Código Procesal Civil.- “(...) Si no se formula contradicción, el juez expedirá un auto sin más trámite, ordenando llevar adelante la ejecución”.

que advirtiese una irregularidad que merezca ser sancionada y no haya sido apreciada al momento de la emisión del mandato ejecutivo, atendiendo a lo consagrado en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil².

1.1.2 Finalidad del proceso

Antes de definir cuál es el fin o fines del proceso único de ejecución, es necesario establecer cuál es la finalidad de un proceso judicial en general. Es posible entender que un mecanismo jurisdiccional se inicia con el afán de lograr la justicia material, esto es, aquellos derechos sustanciales que buscan ser efectivizados en aplicación del debido proceso, pero cerrando espacios a los excesivos formalismos.

Dicho esto, el proceso jurisdiccional asume como tarea impartir justicia en base a criterios objetivos, como son la justicia material conexos a los principios de nivel constitucional relacionados con los derechos sustanciales y procesales; no puede, de ninguna forma, buscar la simple aplicación literal de la norma jurídica, ni tampoco basar sus decisiones en elementos subjetivos, como la posición económica, social o jurídica del justiciable. Es en ese contexto que el legislador procesal ha dispuesto reconocer los fines del proceso en el Título Preliminar de la norma adjetiva civil, y así se encuentra establecido en el artículo III, prescribiéndose que “el juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia”.

En cuanto a lo que se refiere al objeto o fin que persigue el proceso de ejecución, ahora denominado por nuestra legislación “proceso único de ejecución”, no es, como se podría pensar, declarar un derecho alegado en la pretensión procesal y que en su oportunidad fue probado. Por el contrario, de acuerdo a la regulación actual, se busca activar el sistema judicial para realizar un conjunto de actos destinados a la satisfacción del interés jurídicamente relevante y merecedor de ser tutelado por la razón que el accionante cuenta con un título que se presume cierto porque así fue declarado en la vía judicial o porque la ley le da mérito ejecutivo; teniendo como consecuencia el menoscabo patrimonial del deudor y la efectividad de los derechos sustanciales del acreedor.

² Artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil de 1993: “El juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social es justicia”.

En la misma línea de entendimiento, Carrión (2009) explicó el objeto del proceso de ejecución, manifestando que:

Debemos señalar que el proceso único de ejecución, en términos generales, tiene por objeto hacer efectivo, en forma breve y coactiva, el cumplimiento de la o las obligaciones contenidas en un título que, por mandato de la ley, ameritan un proceso del tipo que ahora estudiamos, o el cumplimiento de prestaciones no patrimoniales contenidas en el título, que también ameritan un proceso de ejecución. Concretamente, el proceso único de ejecución tiene por objeto que el deudor, en su acepción genérica, dentro de una relación de orden obligacional, cumpla con dar, hacer o no hacer algo en favor de su acreedor, en la forma y en los términos previstos por la ley o en el pacto celebrado entre las partes. (p. 5)

1.1.3 Tipos de proceso de ejecución

El Código Procesal Civil de 1993 estructuró en el Título V de la Sección Quinta, capítulos II, III y IV, los tipos o clases de proceso de ejecución. Antes de hacer referencia a ello, cabe mencionar la clasificación de los títulos ejecutivos (antes diferenciados en títulos de ejecución y títulos ejecutivos), recogidos en nuestra legislación de la siguiente manera:

Artículo 688.- (...) Son títulos ejecutivos los siguientes:

1. Las resoluciones judiciales firmes;
2. Los laudos arbitrales firmes;
3. Las Actas de Conciliación de acuerdo a ley;
4. Los Títulos Valores que confieran la acción cambiaria, debidamente protestados o con la constancia de la formalidad sustitutoria del protesto respectiva; o, en su caso, con prescindencia de dicho protesto o constancia, conforme a lo previsto en la ley de la materia;
5. La constancia de inscripción y titularidad expedida por la Institución de Compensación y Liquidación de Valores, en el caso de valores representados por anotación en cuenta, por los derechos que den lugar al ejercicio de la acción cambiaria, conforme a lo previsto en la ley de la materia;
6. La prueba anticipada que contiene un documento privado reconocido;
7. La copia certificada de la Prueba anticipada que contiene una absolución de posiciones, expresa o ficta;

8. El documento privado que contenga transacción extrajudicial;
9. El documento impago de renta por arrendamiento, siempre que se acredite instrumentalmente la relación contractual;
10. El testimonio de escritura pública;
11. Otros títulos a los que la ley les da mérito ejecutivo.

Así, es importante mencionar los títulos que la ley les concede mérito ejecutivo porque permite realizar la distinción en función a la prestación que debe realizar el deudor o en la calidad del título ejecutivo.

En cuanto a la distinción por la prestación que debe realizar el deudor, el proceso único de ejecución puede estar basado en una prestación de dar un bien de connotación claramente patrimonial, o también en desplegar una conducta activa y omisiva, cuando se realicen prestaciones de hacer o no hacer. En el primer caso, consiste en una prestación de dar un bien dinerario (suma de dinero), aludiéndose a la moneda nacional o extranjera, consignándose dichos elementos en el título ejecutivo correspondiente, siendo lo más común que concurren en los títulos valores, debiendo satisfacer las exigencias del artículo 689 del Código Procesal Civil³, o también una prestación de dar bien mueble determinado, conforme a la prerrogativa del artículo 704 de la citada norma⁴.

En el segundo caso, el deudor despliega prestaciones de hacer, en razón que el órgano jurisdiccional ordena que realice una obra que fue prometida al acreedor, o en caso de incumplimiento, puede ser realizado por un tercero que el juez determinará si así fue solicitado⁵. Tratándose de una prestación de no hacer, el ejecutante deberá designar a la persona (ejecutado) a la cual se le ordenará deshacer

³ Artículo 689 del Código Procesal Civil.- “Procede la ejecución cuando la obligación contenida en el título es cierta, expresa y exigible. Cuando la obligación es de dar suma de dinero, debe ser, además, líquida o liquidable mediante operación aritmética”.

⁴ Artículo 704 del Código Procesal Civil.- “Si el título ejecutivo contiene obligación de dar bien mueble determinado, el proceso se tramitará conforme a las disposiciones generales, con las modificaciones del presente Subcapítulo. En la demanda se indicará el valor aproximado del bien cuya entrega se demanda”.

⁵ Artículo 707 del Código Procesal Civil.- “El mandato ejecutivo contiene la intimación al ejecutado para que cumpla con la prestación dentro del plazo fijado por el juez, atendiendo a la naturaleza de la obligación, bajo apercibimiento de ser realizada por el tercero que el juez determine, si así fue demandada. En caso de incumplimiento, se hará efectivo el apercibimiento”.

lo hecho o abstenerse de seguir desplegando la misma conducta, bajo apercibimiento de deshacerlo forzosamente, pudiéndose también designar un tercero para deshacer lo hecho⁶.

Puede también realizarse una distinción con base en la calidad del título ejecutivo, en cuanto se han regulado dos procesos de ejecución con requerimientos especiales, como son el proceso de ejecución de garantías reales y el proceso de ejecución de resoluciones judiciales. En el primer caso procede cuando la obligación garantizada esté contenida en el documento o en cualquier otro que tenga mérito ejecutivo (es el caso de los títulos complejos por razón de hipotecas de tipo sábana); y en el segundo, cuando exista una resolución judicial o laudo arbitral firme con exigencia patrimonial (el legislador hace mención a cantidad líquida o ilíquida, y en este último con la respectiva liquidación) o no patrimonial, sea nacional, o también extranjera si cumple con los requisitos de observancia obligatoria que establece el Código Civil para su reconocimiento en los tribunales nacionales.

1.1.4 Aspectos procedimentales comunes

El título ejecutivo en la actual regulación del proceso de ejecución reviste naturaleza judicial o extrajudicial, empero, de acuerdo al texto normativo, no se hace una distinción teórica sobre ello (como sí se hizo antes de la modificación del Código Procesal Civil actual); por el contrario, se le da un tratamiento igualitario. Entonces, habiéndose unificado los títulos ejecutivos por su obtención, mediante mecanismos judiciales o extrajudiciales, el artículo 688 de la norma adjetiva pretende también ratificar el principio de legalidad, toda vez que solo la ley será la encargada de señalar cuándo se brindará mérito ejecutivo a un título en específico.

También se han establecido requisitos para los títulos ejecutivos, y así estos puedan ser insertados en un proceso y cumplan la finalidad de efectivizar los derechos de la parte ejecutante. El artículo 689 del Código Procesal Civil⁷ prescribe que las obligaciones materia de ejecución deben tener un contenido de certeza y exigibilidad, además de ser expresas, y en caso de versar sobre una pretensión de dar suma de dinero, el monto exigido deberá ser líquido, o de lo contrario, liquidable. Una obligación es cierta cuando se ha determinado con claridad la prestación que debe cumplirse,

⁶ Artículo 712 del Código Procesal Civil.- “Designada la persona que va a deshacer lo hecho y determinado su costo, sea por el presupuesto presentado por el ejecutante o por una pericia ordenada por el juez, se proseguirá la ejecución dentro del mismo proceso, conforme a lo establecido para las obligaciones de dar suma de dinero”.

⁷ Artículo 689 del Código Procesal Civil.- “Procede la ejecución cuando la obligación contenida en el título es cierta, expresa y exigible. Cuando la obligación es de dar suma de dinero, debe ser, además, líquida o liquidable mediante operación aritmética”.

así como si identifica a los sujetos de la relación jurídica obligacional, pudiendo apreciarse dichos elementos en el título ejecutivo. Será exigible cuando se concrete la modalidad del acto jurídico, esto es, se venza el plazo o concurra el cumplimiento de alguna condición, o también cuando se efectúe la contraprestación. La obligación será expresa si consta en el mismo título materia del proceso de ejecución, no admitiéndose su deducción de una ley o en vía de interpretación de esta. Será líquida si la obligación, al ser pecuniaria, tiene su monto debidamente determinado, y en caso esto no sucediera, procederá su cumplimiento si puede ser determinada realizando una operación aritmética, como así lo regula el precepto normativo analizado.

Otro aspecto común es la legitimación para iniciar un proceso de ejecución y los derechos de terceros respecto a este, recayendo un interés que ha convenido tutelarse en el precepto legal para su activa participación y defensa en el litigio. De esa manera, podrá ser considerado como parte ejecutante, de conformidad con el artículo 690 del Código Procesal Civil, aquel que tenga un derecho a su favor en los títulos con mérito ejecutivo regulados en el artículo 688 de la norma procesal; y como parte ejecutada, aquel que sea reconocido como obligado en el título ejecutivo. También se ha regulado el caso de terceras personas que constituyan la garantía de un bien sujeto a afectación materia del proceso único de ejecución, quienes deberán concurrir conjuntamente con el deudor como un litisconsorte necesario⁸, a efectos de la validez de la relación jurídica procesal. Además, los terceros que sean fiadores o avales se adherirán a la relación procesal únicamente empleando la figura de la denuncia civil, mas no de litisconsorcio necesario.

El artículo 690-A de la norma adjetiva civil dispone que la demanda debe ir acompañada del título ejecutivo, además de los requisitos y anexos generales regulados en los artículos 424 y 425 de dicho Código, incluyendo las especificaciones que se dicten en disposiciones especiales. Cabe rescatar del mencionado artículo que el legislador infra constitucional ha impuesto una trascendental importancia al título ejecutivo, pues depende de su presentación para la procedencia del proceso ejecutivo; consecuentemente, a nuestro entender se trata de un presupuesto procesal frente a la procedencia de la pretensión ejecutiva, que a la vez determinará en quién recaerá la posibilidad de acceder al órgano jurisdiccional para reclamar sus derechos.

⁸ Artículo 93 del Código Procesal Civil.- “Cuando la decisión a recaer en el proceso afecta de manera uniforme a todos los litisconsortes, sólo será expedida válidamente si todos comparecen o son emplazados, según se trate de litisconsorcio activo o pasivo, respectivamente, salvo disposición legal en contrario”.

Sobre la competencia judicial, el legislador procesal ha precisado en el artículo 34 de la norma adjetiva civil⁹ que los procesos de ejecución seguirán las reglas generales de competencia salvo regulación contraria. Quiere decir, entonces, que resulta aplicable en mejor orden el artículo 690-B del Código, disponiéndose lo siguiente:

Es competente para conocer los procesos con título ejecutivo de naturaleza extrajudicial el Juez Civil y el de Paz Letrado. El Juez de Paz Letrado es competente cuando la cuantía de la pretensión no sea mayor de cien Unidades de Referencia Procesal. Las pretensiones que superen dicho monto son de competencia del Juez Civil. Es competente para conocer los procesos con título ejecutivo de naturaleza judicial el Juez de la demanda. Es competente para conocer los procesos de ejecución con garantía constituida, el Juez Civil.

Adicionalmente, se tiene en cuenta que, si bien en el citado artículo se ha establecido con claridad la competencia por cuantía y grado, no sucede lo mismo con la competencia territorial. Por ello, si fuera el caso que el demandado o ejecutado sea una persona natural, será competente el juez de su domicilio, conforme al artículo 14 del Código Procesal Civil¹⁰; en cambio, si se trata de una persona jurídica, se sigue lo prescrito en el artículo 17 de la citada norma¹¹, siendo competente el juez del domicilio de la sede principal, de los establecimientos o sucursales periféricos o donde se pueda ejecutar la pretensión reclamada. Finalmente, también puede aplicarse al caso lo regulado en el artículo 24 sobre competencia facultativa, dejándose a elección del demandante dicho aspecto.

El artículo 690-C de la norma procesal ha regulado lo concerniente al mandato ejecutivo, en donde se ordenará al obligado o parte ejecutada del proceso que, en un plazo establecido por ley, deberá cumplir con su prestación asumida en la relación sustantiva, incluyendo los intereses o gastos en

⁹ Artículo 34 del Código Procesal Civil.- “Los procesos de ejecución se someten a las reglas generales sobre competencia, salvo disposición distinta de este Código”.

¹⁰ Artículo 14 del Código Procesal Civil.- “Cuando se demanda a una persona natural, es competente el Juez del lugar de su domicilio, salvo disposición legal en contrario. Si el demandado domicilia en varios lugares puede ser demandado en cualquiera de ellos. Si el demandado carece de domicilio o este es desconocido, es competente el Juez del lugar donde se encuentre o el del domicilio del demandante, a elección de éste último. Si el demandado domicilia en el extranjero, es competente el Juez del lugar del último domicilio que tuvo en el país. Si por la naturaleza de la pretensión u otra causa análoga no pudiera determinarse la competencia por razón de grado, es competente el Juez Civil”.

¹¹ Artículo 17 del Código Procesal Civil.- “Si se demanda a una persona jurídica, es competente el Juez del domicilio en donde tiene su sede principal, salvo disposición legal en contrario. En caso de contar con sucursales, agencias, establecimientos o representantes debidamente autorizados en otros lugares, puede ser demandada, a elección del demandante, ante el Juez del domicilio de la sede principal o el de cualquiera de dichos domicilios en donde ocurrió el hecho que motiva la demanda o donde sería ejecutable la pretensión reclamada”.

que se haya incurrido si es que así se demandó; de lo contrario, se aplicará una sanción consistente en el inicio de la ejecución forzada. En ese sentido, debe apreciarse que el juez tiene la habilitación legal no solo para prevenir con el apercibimiento, sino que, no habiéndose cumplido con lo ordenado, puede efectivizar su apercibimiento con la ejecución propiamente dicha. Por otro lado, puede ocurrir que, dentro del plazo otorgado en el mandato ejecutivo para el cumplimiento de la obligación, el ejecutado se apersona al proceso y realice dicha conducta, teniendo como consecuencia que se haya logrado la finalidad del funcionamiento del sistema judicial y, por lo tanto, se concluya el proceso. En caso de una exigencia que no sea patrimonial, como puede ocurrir en el ámbito de las relaciones familiares, el apercibimiento de ejecución forzada debe adecuarse a la naturaleza específica del conflicto de intereses.

La norma procesal civil ha establecido el segmento o etapa de contradicción en el proceso único de ejecución que pueda promover el ejecutado en aras de su derecho de defensa, y que estará fundada, únicamente en las siguientes causales:

Artículo 690-D.- Contradicción: (...) La contradicción solo podrá fundarse según la naturaleza del título en: 1. Inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título; 2. Nulidad formal o falsedad del título; o, cuando siendo este un título valor emitido en forma incompleta, hubiere sido completado en forma contraria a los acuerdos adoptados, debiendo en este caso observarse la ley de la materia; 3. La extinción de la obligación exigida.

Además, es importante rescatar que el legislador hace mención a la contradicción que pueda efectuarse contra un título ejecutivo que revista naturaleza judicial, pues solo podrá ser invocada por motivos de la extinción de la obligación pactada por las partes; y, por otro lado, es posible proponer excepciones procesales, reguladas en el artículo 446 del Código Procesal Civil, o defensas previas previstas en las normas de carácter sustantivo¹². Con ello, se refuerza la idea de una norma imperativa que restringe el derecho de defensa del ejecutado, quien deberá limitarse a solamente argumentar su contradicción en base al precepto legal antes citado, e inclusive ofrecer como medios probatorios únicamente la declaración de parte, documentales y pericia; de lo contrario, su acto procesal será rechazado de plano por el juez de primera instancia.

¹² Artículo 455 del Código Procesal Civil.- “Las defensas previas como el beneficio de inventario, el beneficio de excusión y otras que regulen las normas materiales, se proponen y tramitan como excepciones”.

En relación al artículo 690-E del Código Procesal Civil, se ha regulado el trámite general del proceso único de ejecución. El legislador ha convenido que la parte ejecutada contradiga la ejecución, o en todo caso, interponga excepciones procesales o defensivas previas; aunque nada obsta para que puedan ser interpuestas conjuntamente. Luego, se las tendrá por interpuestas y se correrá traslado a la parte ejecutante, quien podrá absolver lo que a su derecho sea conveniente. Transcurrido el plazo legal, el juez de primera instancia se pronunciará respecto a la contradicción o excepción propuesta en el auto final, declarando fundada o infundada según sea el caso, y pudiendo detener la ejecución forzada, solo si se ampara la oposición efectuada por el ejecutado. Es posible también que el juez, de considerarlo necesario, señale fecha para la realización de audiencia, actuándose los medios probatorios pertinentes, como podría ser la declaración del ejecutante o ejecutado. También puede ocurrir que, al no existir impedimento alguno, la parte ejecutante interponga el remedio procesal de cuestión probatoria, esto es, tacha u oposición, y siguiendo los parámetros establecidos en el artículo 300 del Código Procesal Civil¹³.

En la parte última del artículo 690-E de la norma adjetiva civil se ha establecido que “si no se formula contradicción, el juez expedirá un auto sin más trámite, ordenando llevar adelante la ejecución”. Tal regulación puede traducirse en que el proceso de ejecución no es declarativo o de cognición, sino que empieza con el mandato ejecutivo, pues desde allí se da por válido el título y precedente la pretensión ejecutiva. Entonces, será la contradicción la que genere un incidente de cognición sumaria, pues implica la revisión del título ejecutivo a solicitud del ejecutado; de tal manera que, de no generarse esta contienda, le corresponde al juez solamente emitir un decreto ordenando la continuación de la ejecución, dado que la verificación de las condiciones de la acción y presupuestos procesales se configuraron en el mandato ejecutivo.

Asimismo, el artículo 690-F del Código Procesal Civil regula que “si el título ejecutivo no reúne los requisitos formales, el juez de plano denegará la ejecución. El auto denegatorio solo se notificará al ejecutado si queda consentido o ejecutoriado”. Este precepto manifiesta la potestad jurisdiccional para declarar la improcedencia de la pretensión ejecutiva si concurren cualidades en el título ejecutivo que no sean pasibles de subsanación, coadyuvando de esa manera al funcionamiento del órgano jurisdiccional ante causas que sí resulten amparables; por ejemplo, se

¹³ Artículo 300 del Código Procesal Civil.- “Se puede interponer tacha contra los testigos y documentos. Asimismo, se puede formular oposición a la actuación de una declaración de parte, una exhibición, a una pericia o a una inspección judicial. También pueden ser materia de tacha y de oposición los medios probatorios atípicos”.

aplicaría la citada norma si el ejecutante presenta un título que la ley no le otorga mérito ejecutivo, o cuando inicie el proceso una persona que la Ley y el título ejecutivo no lo habilite para efectuar dicha actividad (falta de legitimidad para obrar). En cuanto a los cuestionamientos al auto que deniega la ejecución, es posible que el ejecutante interponga apelación con la finalidad que el Colegiado Superior sea el encargado de revisar los eventuales vicios o errores cometidos por el juez de primera instancia, concediéndose el medio impugnatorio con efecto suspensivo¹⁴ y sin necesidad de la intervención de la parte ejecutada, quienes serán notificados únicamente cuando el auto quede consentido, si es que no se interpuso medio impugnatorio, o ejecutoriado, cuando no procedan más mecanismos de impugnación que los ya interpuestos. También el auto final que resuelve la contradicción es apelable con efecto suspensivo¹⁵.

1.2 El proceso de ejecución de garantías reales

1.2.1 Antecedentes históricos

Históricamente, el proceso de ejecución de garantías mereció revisiones de connotación política y jurídica de turno por la gran importancia que tiene el intercambio económico en el desarrollo de un país. De hecho, la sola adquisición de un bien inmueble tiene rasgos constitucionales, civiles, tributarios, entre otros; de allí que, justamente, para plasmar tal acto se requiere muchas veces asumir obligaciones, teniendo como correlato derechos de terceros que asumen un riesgo determinado por ciertas operaciones. Es la reducción de dichos riesgos que nuestra legislación actual y legislaciones anteriores han pretendido prescribir con la dación de mecanismos adecuados a favor de los acreedores: un proceso judicial célere y eficaz para el cobro de sumas de dinero adeudadas.

La forma cómo se estructuró el proceso de ejecución de garantías reales en el pasado dista de su actual conformación. El Código de Procedimientos Civiles de 1912 regulaba un trámite genérico, el denominado “juicio ejecutivo”, sin hacerse distinciones en torno a la acreencia, siendo indiferente si es que se contaba con una hipoteca o prenda (garantía mobiliaria). De tal manera que,

¹⁴ Artículo 371 del Código Procesal Civil.- “Procede la apelación con efecto suspensivo contra las sentencias y autos que dan por concluido el proceso o impiden su continuación, y en los demás casos previstos en este Código”.

¹⁵ Artículo 691 del Código Procesal Civil.- “El plazo para interponer apelación contra el auto, que resuelve la contradicción es de tres días contados, desde el día siguiente a su notificación. El auto que resuelve la contradicción, poniendo fin al proceso único de ejecución es apelable con efecto suspensivo. En todos los casos que en este Título se conceda apelación con efecto suspensivo, es de aplicación el trámite previsto en el artículo 376. Si la apelación es concedida sin efecto suspensivo, tendrá la calidad de diferida, siendo de aplicación el artículo 369 en lo referente a su trámite”.

en este tipo de proceso judicial genérico, solo se requería presentar título extrajudicial con vocación ejecutiva para dar lugar a lo prescrito en el artículo 612¹⁶, esto es, una medida de embargo que, en caso hubieran bienes hipotecados o en prenda, se dirigía principalmente contra ellos para cubrir la deuda, y de no haber garantía, contra cualquiera de los bienes muebles, inmuebles, derechos o acciones del deudor.

Paralelamente, existía una regulación asignada a determinadas situaciones específicas, cuando se trataba de actos jurídicos de comercio. Estamos hablando de la ejecución extrajudicial de la prenda mercantil, tal como lo regulaba el artículo 317 del Código de Comercio de 1902¹⁷, al disponer que el acreedor puede vender la prenda según la estipulación de las partes en el contrato. Así, también cabía la posibilidad de un escenario en donde las partes no pactaban la ejecución o venta extrajudicial de la prenda por el acreedor. En ese caso, debía seguir un procedimiento judicial especial en el cual un juez autorizaba la venta sin que el deudor pudiera plantear oposición o excepción alguna.

La denominada prenda mercantil quedó sin vigencia al emitirse el Código Civil de 1984, con el cual la obligación era común, sin hacerse distinciones por su naturaleza civil o mercantil; y de igual modo, el acreedor prendario podía acceder a una ejecución extrajudicial del bien siempre que hubiera pacto entre las partes. De lo contrario, se recurría a un proceso judicial de ejecución especial, diferenciándose del Código de Comercio en tanto se permitía que el deudor se opusiera en vía judicial siempre que su recurso se sustentara en prueba instrumental o documental, conforme a la prerrogativa contenida en el artículo 1069 del Código Civil¹⁸ en mención.

¹⁶ Artículo 612 del Código de Procedimientos Civiles de 1912: “Si el demandado no paga la deuda dentro del término señalado, el escribano, sin necesidad de mandamiento especial, trabará embargo, en cuerda separada, en los bienes hipotecados o dados en prenda, y en su defecto, en los pertenecientes al deudor que el acreedor señale, sean muebles, inmuebles, derechos o acciones”.

¹⁷ Artículo 317 del Código de Comercio de 1902: “Vencido el plazo del préstamo sin haberse pagado, el acreedor podrá proceder a la venta de la prenda en la forma estipulada en el contrato respectivo, que se celebrará por escrito”.

¹⁸ Artículo 1069 primigenio del Código Civil de 1984. “Vencido el plazo sin haberse cumplido la obligación, el acreedor puede proceder a la venta de la prenda en la forma pactada al constituirse la obligación. A falta de este pacto, se procede a la venta por el acreedor, previa notificación judicial con anticipación de ocho días calendario. El juez no puede admitir recurso de oposición del deudor, salvo cuando se sustente en prueba instrumental, en cuyo caso se sigue la causa por las reglas del juicio de menor cuantía”.

Asimismo, nuestro sistema jurídico nacional también contemplaba herramientas jurídicas teniendo en consideración la calidad especial del acreedor, antes de entrar en vigencia el Código Procesal Civil de 1993. Resulta importante lo señalado por Bueno (2017) a continuación:

(...) el trámite procesal especial célere de ejecución de una garantía era privativo de las entidades del sistema financiero, las que en principio tenían su propio mecanismo de ejecución. Luego, este procedimiento privativo se mantuvo bajo la vigencia del Decreto Legislativo N.º 637, de mayo de 1991 (Ley General del Sistema Bancario, Financiero y de Seguros), hasta el 28 de julio de 1993, fecha en la que entró en vigencia el Código bajo comentario. (p. 70)

En efecto, si bien es cierto con la Ley de Bancos de 1931, el acreedor bancario de una deuda garantizada con prenda requería la intervención judicial para proceder a la enajenación del bien sujeto a dicha garantía real; también lo es que con la dación de la Ley de Bancos Hipotecarios de 1889, que se muestra un contexto distinto en cuanto a las hipotecas, pues en dicho caso, en caso de incumplimiento del obligado, había un procedimiento a cargo del Banco para proceder a la venta del bien hipotecado, y es así como se regulaba en el artículo 44. De esa manera, se fue reconociendo la tutela ejecutiva extrajudicial en posteriores leyes, como es la Ley N.º 6126 a favor del Banco Hipotecario del Perú, Ley del Banco Hipotecario de 1928 que sirvió de sustento para otras leyes que favorecían a la banca estatal de fomento, entre otras.

Posteriormente, en el año 1981 se emitieron diversos Decretos Legislativos que introducían la proscripción de la autotutela ejecutiva a favor de la banca de fomento. De hecho, la procesalista Ariano Deho (2016) sostuvo que:

(...) vistos en su conjunto, a la par de confirmar a favor de las entidades allí reguladas procedimiento ad hoc para la ejecución de garantías reales, marcaron un viraje fundamental respecto de lo que fue la tendencia reseñada en las secciones anteriores: la judicialización de los procedimientos de ejecución especiales de las garantías reales. (p. 86)

Los Decretos Legislativos más importantes de la época, y que la autora también destaca, son los siguientes: el Decreto Legislativo N.º 201, Ley Orgánica del Banco Agrario del Perú; el Decreto Legislativo 202, Ley Orgánica del Banco Industrial del Perú; el Decreto Legislativo N.º 2013, Ley Orgánica del Banco de la Vivienda del Perú; el Decreto Legislativo N.º 204, Ley Orgánica del Banco Central Hipotecario del Perú y el Decreto Legislativo N.º 215, Ley de ejecución de garantías.

En 1991, se emite la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros, Decreto Legislativo N.º 637, que establecía en su artículo 190¹⁹ el supuesto de venta de los bienes ante el vencimiento de la obligación garantizada por prenda o hipoteca, indicándose que la solicitud debía realizarse ante el Juez de primera instancia. De esa manera, se advierte que hubo una tutela jurisdiccional especial para los acreedores que fueran Bancos o Financieras, avizorándose sustanciales cambios a raíz del contexto político que se vivía en el país.

Finalmente, se emite el Código Procesal Civil de 1993 (su promulgación fue en el año 1992 e inició su vigencia el 28 de julio de 1993), con el cual se eliminaba toda forma procedimental especial a favor de los Bancos para el pago de obligaciones, entendiéndose también la ejecución judicial de garantías. Esto tuvo su razón de ser en que el legislador procesal había introducido un procedimiento específico para la ejecución de garantías reales, sin hacer distinción de la calidad del acreedor, pues estaba dirigida para todo acreedor que tuviera una deuda garantizada.

1.2.2 Aspectos esenciales

El proceso de ejecución de garantías reales ha merecido un tratamiento diferenciado no tanto por la particularidad de determinar el título ejecutivo, sino porque la obligación objeto de satisfacción en el proceso ejecutivo tiene a su favor una garantía de naturaleza real, esto es, una garantía hipotecaria o mobiliaria (también conocida como prenda). A efectos de mayor ilustración, Ledesma (2010) ha sostenido lo siguiente:

El proceso de ejecución de garantía es aquella acción que corresponde al titular del derecho real para hacer efectiva la venta de la cosa, por incumplimiento en la obligación garantizada, lo que se despacha en virtud de un título de ejecución que debe contener un derecho cierto, expreso y exigible (ver artículo 689 CPC). (p. 73)

En ese escenario, el proceso judicial señalado constituye uno de característica especial, al haberse regulado al margen del proceso único de ejecución, aunque aplicando sus disposiciones generales; y también es procedente para todo tipo de acreedor (sea persona natural o jurídica) que tenga un derecho a su favor reconocido en un título ejecutivo y que, a su vez, se encuentre garantizada con

¹⁹ Artículo 190 del Decreto Legislativo N.º 637, Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros: “Vencida la obligación garantizada por prenda o hipoteca, la empresa bancaria o financiera en cuyo favor haya sido constituido el gravamen podrán solicitar la venta de los bienes ante el Juez de Primera Instancia, aun cuando no hubiere estipulación al respecto en el contrato”.

una hipoteca o prenda. Así, Ariano (2016) ha indicado que el Código Procesal Civil de 1993 introdujo un procedimiento de ejecución de garantías novedoso, en el entendido que era la primera vez en la historia procesal del Perú que aquel era especial y general a la vez, pues difirió del procedimiento general de ejecución y no previó para una clasificación especial de acreedores, sino que cualquier acreedor que tenga una obligación garantizada podía acudir a la vía judicial para interponer su pretensión ejecutiva.

El proceso de ejecución de garantías reales ha ido variando en cuanto a su estructura y funcionamiento por políticas de Estado. En relación a la garantía mobiliaria, en el año 2006 hubo la dación de la Ley 28677, Ley de Garantías Mobiliarias, estableciéndose un mecanismo extrajudicial ejecutivo, sin que de por medio haya intervención de un juez; de igual modo, con el actual Decreto Legislativo N.º 1400 que aprueba el régimen de garantía mobiliaria y sustituye a la Ley 28677, se mantiene la idea de una ejecución judicial o extrajudicial de la garantía mobiliaria, pudiendo recurrirse a la vía judicial-proceso sumarísimo para la incautación del bien afectado con el gravamen.

Los cambios más importantes se realizaron con la promulgación del Decreto Legislativo N.º 1069 con fecha 28 de junio del 2008, pues modificó el Código Procesal Civil para permitir, en primer lugar, que la persona que constituyó la garantía real sea parte del proceso como litisconsorte necesario, así como notificar a terceros que tengan la posesión del bien materia de ejecución. En segundo lugar, acrecentó la defensa del ejecutado, dado que le permitía alegar como supuesto de contradicción la falsedad del título ejecutivo, adicionándose que era posible ofrecer como medios de prueba la declaración de parte y pericia. En tercer lugar, se introdujo una medida que es acorde al principio de economía procesal, pues permitía que el saldo adeudado, luego de producida la ejecución del bien en garantía y el pago al ejecutante, pueda ser ejecutado en el mismo procedimiento, sin necesidad de iniciarse otro proceso para el cobro de la acreencia que no pudo ser cubierta con el bien en garantía.

Sobre el objeto del presente proceso, y conforme a lo antes expuesto, es posible entender en primer orden, que si bien es cierto el proceso de ejecución de garantías se circunscribe a la ejecución forzosa del bien en garantía, también lo es que la puesta en funcionamiento del órgano jurisdiccional se debe al interés del ejecutante de ver satisfecho su derecho de crédito reconocido en un título ejecutivo.

1.2.3 Requerimientos procesales especiales

El actual texto del artículo 720 del Código Procesal Civil enumera un conjunto de requisitos para la procedencia del proceso de ejecución de garantías. Con el primer numeral se pretende que la constitución de la garantía real satisfaga las formalidades establecidas por la norma sustantiva, y la obligación garantizada esté consignada en el documento de la constitución de la garantía real, o se ubique en otro título ejecutivo. Por ejemplo, puede ser el caso de una hipoteca constituida con escritura pública y el contrato de mutuo contenido en ella; o también, tratándose de una hipoteca sávana (obligaciones futuras), se adjunte en el proceso un pagaré que acredita la existencia de la obligación garantizada.

Una cuestión de debate en los procesos de ejecución de garantías reales, y que guarda relación con el numeral mencionado, es determinar cuál o cuáles son los documentos que constituyen título ejecutivo. El Sexto Pleno Casatorio Civil ha establecido en sus consideraciones sobre el caso -de una manera poco clara o fundamentada- que hay una suerte de título compuesto, constituido por el documento que contiene la garantía real y el estado de saldo deudor, adicionándose, de ser el supuesto, otro título ejecutivo que consigne la obligación garantizada si es que esta no se halla en el documento de la garantía real. Con tal premisa, cabría entender que en los casos donde la obligación garantizada se encontrara, por ejemplo, en un título valor, la ejecución se realizaría en virtud de tres títulos ejecutivos, ejerciéndose la acción cambiaria. Así concluyen los magistrados suscribientes en el citado pleno al sostener en el fundamento cincuenta y nueve que:

Es absurdo considerar que cuando la obligación está contenida en un título valor y se pretende la ejecución de la garantía (sávana o no) no se ejercita la “acción cambiaria” (rectius, cartular): la acción cambiaria (rectius, cartular) implica el ejercicio del derecho incorporado al documento, nada más.

Sin embargo, tal criterio resulta contradicho tres años después con la Casación 1930-2015-Arequipa expedida con fecha cuatro de abril del dos mil dieciséis, al indicar el propio Colegiado Supremo que en innumerables ocasiones ha sostenido que el proceso de ejecución de garantías reales se promueve en virtud del título de ejecución constituido por el documento que contiene la garantía y el estado de cuenta de saldo deudor. Asimismo, en el fundamento sexto expone lo siguiente:

(...) la obligación que se está garantizando conste en el mismo documento que contiene la constitución de la garantía real o en todo caso en cualquier otro título ejecutivo, lo cual no supone, en este último supuesto que se esté exigiendo que se verifique si tal título confiere acción cambiaria o no, ya que solamente está regulando que la fuente de la obligación de donde deriva la constitución de la garantía real aparezca anotado en uno u otro documento antes mencionados, que en caso se trate de un título ejecutivo, aquel debe ser considerado como un medio probatorio que coadyuvará al amparo de la pretensión que se instaure en el marco de un proceso de ejecución de garantías, desde un aspecto meramente instrumental, mas no como un título ejecutivo sobre el cual se promueve ejecución.

Este razonamiento ha conllevado a preguntarnos: ¿Cuál es el título ejecutivo que permite la procedencia del proceso de ejecución de garantías reales? Atendiendo a que no existe una posición definida de la Corte Suprema de Justicia, nosotros nos adscribimos a esta última, pues estimamos que el título ejecutivo es de naturaleza compleja, estando conformado solamente por el documento que contiene la garantía real y el estado de cuenta de saldo deudor²⁰. La razón radica en que la regulación desarrollada por el legislador infraconstitucional está destinada a que la obligación garantizada sea materia de acreditación, y que bien puede serlo mediante un título ejecutivo, pero no significa que esta va a poder ser ejercida como tal, sino que únicamente cumplirá una finalidad probatoria documental; conclusión que puede ser asimilada con una interpretación sistemática del numeral 1 y 2 del artículo 720 del Código Procesal Civil.

Retomando el análisis de los requisitos de procedencia, el numeral 2 del artículo 720 del Código Procesal Civil denota básicamente la propuesta formulada en el párrafo anterior, por lo que el ejecutante deberá anexar a su demanda el documento que contiene la garantía real y el estado de cuenta de saldo deudor. Debe tener en consideración, además, el precedente vinculante constituido

²⁰ La jurisprudencia nacional ha desarrollado que el estado de cuenta de saldo deudor forma parte del título ejecutivo en virtud del cual se promueve el proceso de ejecución de garantías. Sin embargo, es necesario advertir que aquel, de forma independiente, no tiene mérito ejecutivo si es que han sido emitidas por sujetos de derecho que no pertenecen al sistema financiero, ni tampoco puede ser reconocido así mediante un pronunciamiento judicial, dado que existe una reserva legal para ello, prescrita en el numeral 11 del artículo 688 del Código Procesal Civil. Esta situación es distinta para las empresas del sistema financiero, pues el artículo 132 de la Ley 26702 regula lo siguiente: "En aplicación del artículo 87 de la Constitución Política, son formas mediante las cuales se procura, adicionalmente la atenuación de los riesgos para el ahorrista: (...) 7. El mérito ejecutivo de las liquidaciones de saldo deudores que emitan las empresas".

en el Sexto Pleno Casatorio, dado que difiere la exigencia normativa en cuanto a la calidad del ejecutante, esto es, en la medida que sea ajeno o pertenezca al sistema financiero.

Los numerales 3 y 4 del artículo 720 de la norma adjetiva citada versa sobre la tasación comercial de bienes muebles e inmuebles, documento suscrito por profesionales (ingenieros, arquitectos) que debe estar actualizado a efectos de que, en la posterior ejecución forzada, no se le perjudique al ejecutado con una valorización menor al que correspondía realmente al momento de la venta. No es necesario presentar una tasación nueva si es que los justiciables, en la relación material, han decidido establecer un valor actualización del bien. Sin perjuicio de ello, el juez, de oficio o a pedido de parte, está facultado para ordenar una nueva tasación solo si es que aprecia que el valor pactado por las partes no está actualizado, conforme al artículo 729 del citado Código.

Finalmente, el numeral 5 del artículo 720 del Código Procesal Civil prescribe la carga del ejecutante de presentar certificado de gravamen. En este se apreciarán las afectaciones al bien materia de remate, mas no la historia o antecedentes del bien, razón por la cual se dificulta cumplir a cabalidad lo dispuesto en el artículo 734 del Código citado, sobre todo la información concerniente al bien materia de remate. Sin embargo, sí podrá apreciarse con este documento si la garantía real se encuentra debidamente inscrita, aspecto esencial que justifica la necesidad de exigencia de este requisito. Además, podrá denotarse la existencia de terceros que tengan a su favor cargas o gravámenes sobre el bien materia de ejecución forzada, hecho que generará la aplicación del artículo 690 de la norma civil adjetiva, es decir, su notificación con el mandato de ejecución para que puedan hacer valer su derecho conforme corresponda.

El legislador ha establecido que, en los procesos de ejecución de garantías, el ejecutado puede cumplir con el pago de lo adeudado dentro de los tres días de notificado con el mandato de ejecución, o ejercer su derecho de defensa formulando contradicción, excepciones o defensa previa, de lo contrario se iniciará el procedimiento de remate del bien en garantía (artículos 721, 722 y 723 del Código en comentario). El plazo otorgado para estos casos discrepa del proceso de ejecución en general, pues en este se otorga el plazo de cinco días para las acciones antes reseñadas.

La última disposición especial a comentarse es la contenida en el artículo 724, recibiendo su última modificación con la Única Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N.º 1231, publicado el veintiséis de septiembre del dos mil quince. Pues bien, dicho artículo primigeniamente no permitió que el ejecutante pueda tener una solución célere cuando el monto

del gravamen sea menor a lo adeudado, dado que lo obligaba a iniciar un nuevo proceso ejecutivo para el cobro del saldo no cubierto. Luego, con el Decreto Legislativo N.º 1069, publicado en el diario oficial “El Peruano” con fecha veintiocho de junio del dos mil ocho también se modificó este artículo, favoreciendo al ejecutante al establecer que el saldo deudor podía verse cubierto en el mismo proceso bajo las reglas de las obligaciones de dar suma de dinero. Por último, con el Decreto Legislativo N.º 1231, publicado en el diario oficial “El Peruano” el veintiséis de septiembre del dos mil quince, el ejecutante tiene dos opciones: proseguir con la ejecución del monto de saldo deudor en el mismo proceso con las reglas de las obligaciones de dar suma de dinero, o iniciar un nuevo proceso de ejecución para tal fin.

1.3 La regulación de la contradicción en el proceso único de ejecución

1.3.1 Concepto y naturaleza jurídica

De conformidad con el Diccionario de la lengua española, el vocablo “contradicción” es definido como una acción y efecto de contradecir, oposición (decir lo contrario o algo antagónico), o el derecho de una parte, en el contexto de un proceso judicial o procedimiento administrativo, a conocer escritos y pruebas de su contraparte, para formular sus alegatos y ofrecer otras pruebas. Puede ser incluido como un principio implícito al derivar de la tutela judicial efectiva, fundamentándose en la necesidad de un previo conocimiento oportuno de la contraparte de los actos que se configuran en un proceso o procedimiento, y así poder ejercer adecuadamente su defensa.

El término contradicción, en materia del proceso civil peruano, es ambivalente. Encontramos, por un lado, que los artículos 2 y 3 de la norma adjetiva civil prescriben expresamente al derecho de contradicción del emplazado como una expresión del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, comúnmente entendida como la contestación de demanda regulada en el artículo 442 del Código Procesal Civil. Es decir, de inicio solo es una locución asimilada al ejercicio del derecho de defensa en un proceso de carácter declarativo.

Sin embargo, como expone la reconocida procesalista Ariano (2017), la contradicción en el marco de un proceso de ejecución tiene una connotación distinta, pues no se dirige a negar o desmentir una demanda en un proceso declarativo, sino que versa sobre un acto perteneciente exclusivamente al ejecutado que generará una incidencia declarativa y sumaria en el mismo proceso, suspendiendo

la ejecución hasta que haya pronunciamiento judicial que ampare o desestime su formulación, ya sea total o parcialmente.

Bajo esa premisa, resulta discutible considerar que el vocablo “contradicción” sea el más adecuado para referirnos a la defensa que ejerce el ejecutado en un proceso de ejecución, dado que es posible la confusión terminológica e inclusive conllevaría a generar errores en el juzgador, quien puede considerar erradamente que se está en un proceso ordinario donde la resolución final sea la sentencia, esto es, declarando fundada o infundada la demanda presentada por el ejecutante. Por tal motivo, Franciskovic (2017) sugiere que se reemplace dicho vocablo por el de “oposición”, siendo este último una expresión del derecho de contradicción, en el que se pueda entender de forma más apropiada la defensa del ejecutado consistente en los supuestos del tercer párrafo del artículo 690-D del Código Procesal Civil.

1.3.2 Causales de contradicción

Como se había expuesto, la contradicción forma parte de la estructura del proceso de ejecución como una incidencia. Sin embargo, atendiendo a su naturaleza sumaria, el legislador infraconstitucional no solo estableció limitaciones al ofrecimiento probatorio, sino también elaboró una enumeración cerrada de causales para contradecir. Consecuentemente, atendiendo a que la norma procesal contenida en el artículo 690-D es de carácter imperativo²¹, no correspondería integrar-vía interpretación extensiva- causales no contempladas en su redacción actual. Los supuestos alegables en la contradicción son:

“Artículo 690-D.- Contradicción: (...) La contradicción solo podrá fundarse según la naturaleza del título en: 1. Inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título; 2. Nulidad formal o falsedad del título; o, cuando siendo este un título valor emitido en forma incompleta, hubiere sido completado en forma contraria a los acuerdos adoptados, debiendo en este caso observarse la ley de la materia; 3. La extinción de la obligación exigida”.

Evidentemente, el juez debe evaluar cada situación en concreto y definir si los argumentos del ejecutado se subsumen en los supuestos detallados, pues no basta solo la literalidad del posible

²¹ Artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil: “Principios de Vinculación y de Formalidad.- Las normas procesales contenidas en este Código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario. Las formalidades previstas en este Código son imperativas. Sin embargo, el Juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso. Cuando no se señale una formalidad específica para la realización de un acto procesal, éste se reputará válido cualquiera sea la empleada”.

supuesto que de parte se enuncie en la contradicción, sino que de su contenido o fundamentación se evidencie ello. De no ser positivo este control, lo que corresponderá es la declaración liminar de improcedencia de la contradicción, conforme a la parte última del artículo en comentario.

En relación al trámite procesal, la contradicción en el proceso de ejecución de garantías reales se interpone dentro de tres días de notificado el ejecutado con el mandato de ejecución. Luego, se corre traslado a la parte ejecutante quien puede absolver y ofrecer medios probatorios, desencadenando la emisión de un auto final que se pronunciará sobre esta incidencia cognitiva sumaria. Por otro lado, si no se formula contradicción, solo le corresponderá al juzgador competente expedir un auto que ordene llevar adelante la ejecución (artículo 690-E del Código Procesal Civil).

1.3.2.1 La inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título

1.3.2.1.1 Tratamiento doctrinal

La inexigibilidad de la obligación es un supuesto de contradicción por motivos sustanciales utilizados por los ejecutados en el marco de un proceso único de ejecución, regulado en el artículo 690-D del Código Procesal Civil. Como manifiesta Sevilla (2017), “entendemos que el medio de ataque a la ejecución cuestiona la obligación contenida en el título ejecutivo; es decir, cuestiona al acto contenido en aquel y no al documento que lo contiene” (p. 55). Se dirige a cuestionar la ejecutabilidad del título por carecer de una prestación cierta, expresa y exigible. Resulta ser cierta cuando la prestación esté señalada en el título, expresa cuando figura allí mismo y no es materia de interpretación o presunción, y exigible en tanto la modalidad (condición, plazo o modo) sujeta a la prestación se ha cumplido. La obligación es ilíquida cuando su monto no se encuentre determinado; es liquidable mediante una simple operación aritmética, por lo que la previa liquidación configura la cuantía de la obligación cuyo pago se pretende.

Siendo así, en principio no solamente es inexigible una obligación cuando es modal, es decir, cuando está sujeta a condición (suspensiva o resolutoria), plazo o cargo; también lo es cuando se trata de “una obligación prescrita y que dicha prescripción ha sido declarada judicialmente-ya sea en vía de proceso autónomo o en vía de excepción-, deviniendo dicha obligación en inexigible ya que la posibilidad de solicitar su cumplimiento judicialmente se ha extinguido” (Sevilla, 2017, p. 56). Dicho esto, cabe hacer la distinción con la causal de extinción de la obligación, pues esta

última indica la disolución de una relación jurídica, enmarcada por los supuestos de pago, novación, compensación, condonación y consolidación regulados en el Código Civil.

Hurtado (2017) indicaba que en el proceso de ejecución solo se puede demandar obligaciones exigibles, esto es, cuando se haya vencido el plazo para cumplirla, cuando se convenga una condición y no se cumpla, o cuando se haya formulado un cargo; añade que la obligación es exigible aun cuando se interpone demanda ante un juez incompetente por razón del territorio, dado que es prorrogable y, en todo caso, le corresponde a la contraparte, vía excepción, cuestionar la competencia, pero que no desvirtúa la exigibilidad de la obligación.

1.3.2.1.2 Tratamiento jurisprudencial

En la Casación N.º 1262-2013-Lima, expedida el veintisiete de mayo del dos mil catorce, se resuelve la controversia entre el ejecutante Bruno Dueñas y las co-ejecutadas Espectáculos S.A. y Distribuidora Cinematográfica S.A., peticionándose el pago de la suma ascendente a US\$ 835,033.99 (ochocientos treinta y cinco mil treinta y tres Dólares americanos con noventa y nueve centavos), y en caso de incumplimiento, solicita se proceda al remate del bien inmueble otorgado en garantía. Los autos de primera y segunda instancia declararon infundadas las excepciones y contradicción propuestas por la ejecutada Espectáculos S.A., razón por la cual interpuso recurso de casación contra el auto de vista. En la fundamentación del recurso extraordinario, la ejecutada indicó que la pretensión del demandante habría prescrito porque la garantía se suscribió el veintiséis de junio de mil novecientos noventa y ocho, y se le notificó con la demanda el cinco de julio del dos mil diez (luego de doce años y nueve días). En ese escenario, el Colegiado Supremo consideró que la deuda no resulta exigible desde el momento de la celebración de la garantía hipotecaria y, por tanto, no se puede iniciar proceso de ejecución; agregó que mientras no se pueda ejercitar la acción no es necesario recurrir a instancias judiciales, en amparo del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, que señala el fin abstracto del proceso.

En la Casación N.º 4371-2013-Lima, emitida el once de septiembre del dos mil catorce, se resuelve la controversia entre el ejecutante Banco República en liquidación y las co-ejecutadas Santa Graciela Sociedad Anónima, Contratistas Generales y otros, peticionándose el pago de la suma ascendente a US\$ 548,668.71 (quinientos cuarenta y ocho mil seiscientos sesenta y ocho Dólares americanos con setenta y un centavos), y en caso de incumplimiento, solicita se proceda al remate del bien inmueble otorgado en garantía. Los autos de primera y segunda instancia declararon

infundadas las excepciones y fundada la contradicción propuestas por la parte ejecutada, razón por la cual el ejecutante Banco República en liquidación interpuso recurso de casación contra el auto de vista. En la fundamentación del recurso extraordinario, el ejecutante indicó que existe una infracción normativa del artículo 720 inciso 1 del Código Procesal Civil, pues acreditó debidamente el monto adeudado por los ejecutados con la escritura pública, al ser un título ejecutivo. En dicho contexto, el Colegiado Supremo consideró que la obligación no puede estar acreditada con la sola presentación del estado de saldo deudor, dado que se trata de un documento redactado de forma unilateral por el acreedor y no configura manifestación de voluntad por parte de los ejecutados; agregó que la obligación de pago sería inexigible por inexistente.

En la Casación N.º 3123-2015-Arequipa, expedida el veintidós de marzo del dos mil dieciséis, se resuelve la controversia entre los ejecutantes Víctor Llerena y Nora Flor María Pastor Yáñez y los co-ejecutados María Antonieta Pinto de Rodríguez y Elisban Mariano Rodríguez Rodríguez, peticionándose el pago de la suma ascendente a S/. 12,000.00 (doce mil Soles), y en caso de incumplimiento, solicita se proceda al remate del bien inmueble otorgado en garantía. Los autos de primera y segunda instancia declararon infundada la contradicción sustentada en la inexigibilidad de la obligación propuesta por la parte ejecutada, razón por la cual interpuso recurso de casación contra el auto de vista. En la fundamentación del recurso extraordinario, los co-ejecutados indicaron que existe inexigibilidad porque no se habría cumplido con la condición pactada en el Acta de Conciliación suscrita por las partes. En ese sentido, el Colegiado Supremo consideró que en las cláusulas se estipuló que el pago de la obligación estaba sujeto a la venta del inmueble de propiedad de los obligados, y a la vez que la obligación sería cancelada indefectiblemente el veintiséis de septiembre del dos mil diez, por lo que los accionantes se encontraban habilitados para recurrir a la instancia judicial; sin embargo, añadió que la cláusula que contiene la condición (venta del inmueble propiedad de los obligados) es inviable de acuerdo al artículo 172 del Código Civil, que prescribe la nulidad de dicho acto jurídico.

1.3.2.2 Nulidad formal o falsedad del título, o título valor completado en forma contraria a los acuerdos adoptados

1.3.2.2.1 Tratamiento doctrinal

En cuanto a la segunda causal, está referida al documento (mas no al acto) que no cumple con la forma prescrita por la ley. Por ejemplo, se da en los casos en que un título valor no cuenta con los

requisitos esenciales, cuando el documento constitutivo de la garantía no cumple con la forma prescrita por Ley para generar efectos, o también si el título valor emitido por una persona jurídica solo es suscrito por uno de los dos representantes (cuando el poder consignaba que ambos debían emitir títulos conjuntamente).

La falsedad implica situaciones anómalas relacionadas a la falta de declaración de voluntad del obligado o a la alteración del contenido del documento, teniéndose como ejemplo común la firma falsificada del obligado y consignada en un título. Seguidamente, el título valor incompleto llenado de forma contraria a los acuerdos pactados es un supuesto acorde a la Ley de Títulos Valores, Ley N.º 27287, en sus artículos 10 y 19, correspondiendo la carga de la prueba de los acuerdos transgredidos al ejecutado, quien debe adecuar su ofrecimiento probatorio solamente a documentos; por ejemplo, cuando se aplica una tasa de interés diferente a la empleada en el contrato, siendo un cuestionamiento que también se hace extensivo a la liquidación efectuada por la ejecutante.

1.3.2.2 Tratamiento jurisprudencial

En el Exp. N.º 1471-1998-Lima, se precisó que, para efectos de contradecir por la causal de nulidad formal y falsedad del título ejecutivo, era irrelevante el no haberse interpuesto tacha contra el título ejecutivo (Mesinas, 2008).

En el Exp. N.º 711-2005-Lima, se indica que la causal de falsedad del título ejecutivo se opone cuando este no sea auténtico (cuando el contenido no corresponde a la realidad del acto jurídico producido, o cuando la firma no pertenece a quien se atribuye la obligación), contrariando a la verdad o adulterándose su contenido. Esta causal se acreditará por el ejecutado, pues es el sujeto procesal en el que recae la carga probatoria de conformidad con el artículo 196 del Código Procesal Civil (Mesinas, 2008).

1.3.2.3 Extinción de la obligación exigida

1.3.2.3.1 Tratamiento doctrinal

Finalmente, la extinción de la obligación implica que el vínculo obligatorio se ha disuelto porque el deudor ha cumplido con su prestación debida, o también por otros supuestos establecidos en el Código Civil, que son: dación en pago, condonación, novación, compensación, transacción, mutuo disenso, consolidación. En el mismo sentido se pronuncia Cárdenas (2018), al referir que los

hechos extintivos para la invocación de la presente causal no tienen discrepancia con las reguladas para las obligaciones del derecho común.

1.3.2.3.2 Tratamiento jurisprudencial

En el Exp. N.º 1340-2005-Lima, se precisa que “las obligaciones se extinguen, ordinariamente, mediante el pago, llamado también *solutio*, por la cual el deudor solo queda liberado si cumple exactamente con la prestación debida. No otra, sino aquella en la que tiene interés el acreedor” (Mesinas, 2008, p. 589). El ejecutado debe acreditar la afirmación amparada en la causal de extinción de la obligación, dado que sobre él recae la carga probatoria.

En la Casación N.º 2142-2000-Cono Norte, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el primero de marzo del dos mil, la Corte Suprema refirió que la contradicción prevista en el artículo 722 del Código Procesal Civil (ahora inciso 3 del artículo 690-D), tiene como supuesto, entre otros, el pago de la obligación entendido como cumplimiento íntegro, mas no como pago a cuenta.

CAPÍTULO II: PROTECCIÓN DEL EJECUTADO EN UN PROCESO DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS REALES

2.1 Cuestiones previas: la relación jurídica sustantiva

2.1.1 Celebración del contrato de mutuo

De conformidad con el Diccionario de la lengua española, el vocablo “crédito” es definido como una cantidad de dinero, o cosa equivalente, que alguien debe a una persona o entidad, atribuyéndose al acreedor el derecho de exigir y cobrar. Las relaciones de intercambio o económicas requieren de la disponibilidad de un sujeto determinado de contar con suficiente capacidad adquisitiva de bienes y servicios; una situación distinta implicaría buscar medios o soluciones para satisfacer las necesidades del consumidor. Justamente en el fenómeno económico actual es donde se aprecia en mayor medida el crédito, siendo este la forma de expresión del contrato de mutuo que ha regulado nuestro Código Civil.

Si bien es cierto nuestro sistema jurídico permite la participación de personas naturales y jurídicas en la celebración de este contrato al no hacer distinción alguna en cuanto a la calidad de los sujetos, también lo es que la práctica comercial permite comprobar que la fuente de financiamiento por excelencia es el mutuo o préstamo bancario. Tal es así que la praxis bancaria emplea el término genérico “crédito” para designar al préstamo, con ofertas de productos denominados “créditos personales”, “créditos hipotecarios” o “créditos vehiculares”, pero que finalmente funcionan como un contrato de mutuo por disponer un monto de dinero determinado a un cliente en un solo acto (Betancourt, 2012).

Sobre la definición de contrato de mutuo, Gutiérrez y Castro (2007) manifiestan:

El mutuo es el principal contrato de préstamo, pero este no solo es celebrado por los agentes involucrados en el sector bancario y financiero. El mutuo es un contrato que connota prácticamente todos los aspectos de la vida diaria, siendo empleado en diversos ámbitos y por diferentes clases de sujetos, desde una gran empresa hasta un individuo común y corriente. (p. 444)

Por ello, el legislador infraconstitucional optó por derogar el contrato de mutuo comercial que en su momento fue regulado por el Código de Comercio de 1902 (Título I, Sección Quinta, Libro Segundo), con el fin de incluirlo en la disposición normativa del Código Civil de 1984.

De esta forma, el artículo 1648 de la citada norma define al contrato de mutuo como aquel en el que “el mutuante se obliga a entregar al mutuuario una determinada cantidad de dinero o de bienes consumibles, a cambio de que se le devuelvan otros de la misma especie, calidad o cantidad”. Del dispositivo legal se puede deducir que ambas partes tienen obligaciones recíprocas. Por un lado, el mutuante está obligado a cumplir con su prestación de dar un bien consumible o dinero en el plazo y condición pactados; y por otro, el mutuuario deberá devolver el dinero o los bienes en el plazo pactado, en su misma especie, calidad o cantidad.

Como elemento característico del contrato de mutuo se tiene, en primer orden, al bien, que es en otras palabras el objeto de la prestación. Este puede ser dinero o cualquier otro bien consumible que es aquel que se agota en su primer uso y no puede distinguirse de manera individual ante la desposesión. Los bienes consumibles por excelencia son los alimentos y el dinero; también pueden ser los insumos para la fabricación o producción de otros bienes, ya que al transformarse, estos se extinguen con el primer uso. Asimismo, dada la enunciación legislativa de devolución de los bienes en la misma especie, calidad o cantidad, corresponderá considerar a los bienes fungibles, pues no es posible que el objeto del contrato de mutuo sea un bien que no pueda ser sustituido por otro semejante.

Otro elemento concordante a la celebración del contrato en mención es el interés. Como expone Piazza (2017), se trataría de la cláusula más importante de este contrato, comprendiendo el beneficio que obtiene el acreedor por el costo de oportunidad, lo que significa que la ganancia debe ser mayor a la que pudo haber obtenido de utilizarse el bien dinerario o consumible para otros propósitos. El interés puede ser convencional (fijado *inter partes*) o legal (si no hay acuerdo, se pagará por efecto de la norma legal), y en cualquiera de estos casos, el interés es compensatorio y moratorio. Sin embargo, no hay que olvidar que esta no es una premisa absoluta, permitiéndose que las partes puedan pactar expresamente la prohibición de pago de intereses, en aplicación del artículo 1663 del Código Civil.

El artículo 1249 del Código Civil establece la limitación al anatocismo. Esta es una figura legal que resulta siendo una cláusula contractual, con la implicancia de la capitalización de intereses; es decir, que los intereses se integran al capital adeudado y sobre el monto resultante se aplicará nuevos intereses. La limitación está referida a que el anatocismo se encuentra prohibido de

convenirse al momento de contraerse la obligación²², salvo que versen sobre cuentas bancarias, mercantiles o análogas.

Surge de esto la siguiente interrogante: ¿la operación activa bancaria consistente en el mutuo se encuadra en el supuesto de hecho normativo “cuentas mercantiles o bancarias”? La respuesta es ambivalente, pues, por un lado, no se deben confundir a las actividades de las entidades adscritas al sistema financiero con este tipo de cuentas, dado que estas fueron pensadas para la configuración de operaciones bancarias pasivas (captación de dinero del público), como las cuentas de los ahorristas. Por otro lado, aun cuando no puedan equipararse dichos términos, el artículo 9 de la Ley General del Sistema Financiero²³ ha regulado la libertad de las empresas del sistema financiero para fijar intereses a sus operaciones con observancia de los límites que establezca el Banco Central de Reserva; siendo esta institución la que, mediante la Circular N.º 021-2007-BCRP del veintiocho de septiembre del dos mil siete, ha dispuesto que las tasas deben ser fijadas en términos efectivos anuales, esto es, la inclusión del concepto de capitalización de intereses o anatocismo desde la celebración del contrato.

El plazo también es un elemento característico del contrato de mutuo. La regla general en materia de obligaciones es que, en el supuesto que las partes no hubieran pactado el plazo para el pago, la obligación es exigible desde el momento que se contrae la obligación²⁴. Empero, la regulación especial del contrato de mutuo ha permitido que, ante la ausencia de acuerdo, el dinero o bien consumible similar deba devolverse treinta días después de la entrega, conforme al artículo 1656 de la norma sustantiva civil.

Finalmente, el Código Civil ha permitido la libertad de forma para la celebración y validez del contrato de mutuo, pudiendo ser incluso un contrato verbal; empero, un actuar diligente de los sujetos contratantes consistiría en hacer constar la operación económica en un documento para

²² Sin embargo, es válido que luego de haberse contraído la obligación, las partes puedan convenir la capitalización de intereses siempre que haya transcurrido por lo menos un año de atraso en el pago de intereses, según el artículo 1250 del Código Civil.

²³ Artículo 9 de la Ley N.º 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.- “Las empresas del sistema financiero pueden señalar libremente las tasas de interés, comisiones y gastos para sus operaciones activas y pasivas y servicios. Sin embargo, para el caso de la fijación de las tasas de interés deberán observar los límites que para el efecto señale el Banco Central, excepcionalmente, con arreglo a lo previsto en su Ley Orgánica. (...)”

²⁴ Artículo 1240º del Código Civil.-Plazo para el pago: “Si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación”.

efectos de dotarle seguridad jurídica, más aun si se tiene en consideración que el valor de los bienes podría caracterizarse por ser excesivamente oneroso. Comentario aparte merece el mutuo entre cónyuges, pues la norma sustantiva ha configurado una excepción al exigir que el contrato conste en escritura pública bajo sanción de nulidad cuando el valor del bien exceda el límite previsto en el artículo 1625. La remisión a dicho artículo permite advertir una falta de concordancia normativa y, por tanto, un vacío legal, originado por la modificación del texto original con el artículo 1 de la Ley 26189, por lo que actualmente ya no se requiere de dicha formalidad y será válida la celebración del contrario incluso de manera verbal.

2.1.2 La causa en el contrato de mutuo

En la doctrina, la causa es desarrollada de una manera amplia, incluyendo tipos y teorías. Sin embargo, a efectos de la presente investigación, consideramos el tratamiento que ha merecido en la regulación nacional. Por ello, la causa se encuentra plasmada en la codificación civil mediante la terminología “fin lícito” del numeral 3 del artículo 140²⁵, lo que implica su consideración como requisito de validez del acto jurídico (que incluye al contrato de mutuo), y siendo su antagónico el fin ilícito, este tendrá como consecuencia la nulidad del acto jurídico.

Entonces, la causa es plasmada por nuestro legislador en el sentido que manifiesta la razón de ser del negocio jurídico, así como la finalidad de haber declarado una voluntad, correspondiendo a una causa-fin. De tal manera que, con dicho contexto, Juanes (2012) manifestaba lo siguiente:

De las varias acepciones de la palabra causa, interesa la de “causa final”. Cuando la doctrina jurídica moderna plantea la cuestión de la causa, alude a la “causa fin” y a sus límites, es decir a la determinación del concepto de causa fin como elemento del acto jurídico. En este caso, se la refiere especialmente al ámbito de los contratos, como el más típico acto jurídico bilateral. En tal sentido se habla de la causa del acto jurídico en general y de los contratos en especial, y no de la causa de las obligaciones. (p. 43)

No se ha desarrollado, de forma específica y unificada, el contenido de la causa entendida como fin. Sin embargo, es posible remitirse no solo a la finalidad propia del acto jurídico contemplada en el artículo 140 del Código Civil, que es crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas,

²⁵ Artículo 140 del Código Civil.- “El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:1.- Agente capaz. 2.- Objeto física y jurídicamente posible. 3.- Fin lícito. 4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad”.

sino también al derecho consagrado en el artículo 2 numeral 14 de la Constitución peruana, que es el de contratar con fines lícitos, sin lesionar las normas de orden público.

La finalidad lícita requiere que la manifestación o declaración de voluntad de un sujeto determinado esté dirigido a la generación de efectos jurídicos del negocio jurídico. Es evidente que todo negocio jurídico que vulnere el orden público y las buenas costumbres no tendrá amparo en el ordenamiento jurídico. En consecuencia, el contrato debe cumplir una finalidad que sea socialmente aceptada, digna y razonable, acorde a los valores y normas jurídicas.

Por tales consideraciones, la finalidad lícita del contrato de mutuo incide en su validez, por lo que requiere ser delimitada. De ese modo, normalmente la celebración del contrato de mutuo tiene como finalidad otorgar crédito de consumo, mediante el cual se pueden satisfacer las necesidades de los consumidores-personas naturales (contar con una vivienda, un medio de transporte, etc.) o consumidores comerciantes o empresarios, que buscan el financiamiento de sus actividades y su desarrollo en el mercado. Circunscribiéndose la finalidad del contrato de mutuo a lo antes reseñado, permite advertir de inicio que cumple con el requisito para su protección por el ordenamiento jurídico, pues de lo contrario, si se celebrara un contrato reprochable por el supuesto normativo (por ejemplo, en el caso que el contrato tenga como finalidad coadyuvar a la comisión de un delito), se configura una ineficacia estructural.

Este fin lícito debe mantenerse en la ejecución del contrato, de lo contrario se vulnerarían los derechos de la contraparte. Atendiendo a la exigencia de declarar una voluntad conforme a los valores y normas, su inobservancia en la relación material del ejecutante y ejecutado generará una posterior afectación si es que, bajo el sustento de dicha declaración de voluntad, se inicia un proceso judicial de ejecución de garantías reales enmarcado por la mala fe de una de las partes.

2.1.3 Constitución de la garantía real

En términos breves, Álvarez (2015) define al derecho real de garantía como “la vinculación pública de un bien al cumplimiento de una obligación, vinculación que se manifiesta en la facultad de instar la enajenación jurisdiccional del mismo en caso de incumplimiento de la obligación garantizada” (p. 339). En ese sentido, los derechos reales de garantía, como la prenda, anticresis e hipoteca, son aquellos que existen con base en un derecho de crédito, al cual se encuentran ligados y evidencian su carácter accesorio. Además, también se caracterizan por ser limitados, pues se trata de un

derecho sobre un bien ajeno (recae la propiedad en persona distinta al acreedor), y el propietario concede al acreedor la posibilidad de disponer del valor económico del bien.

El derecho real de garantía tiene como finalidad salvaguardar el cumplimiento de una obligación generada a favor del acreedor, siendo este el titular del derecho real de garantía. Con ello, se confiere al acreedor un status de seguridad frente a lo que pueda ocurrir en la relación obligacional, esto es, un eventual incumplimiento del deudor. Aunque, también es importante mencionar que con la garantía real no se está concediendo la posibilidad al acreedor del uso y goce del bien (a excepción de la anticresis), sino de vender el bien mueble o inmueble, si se trata de una garantía mobiliaria o hipoteca, en caso se verifique que el deudor no honre sus obligaciones; en el caso de la anticresis, la consecuencia de la constitución de la garantía consiste en que el acreedor podrá percibir los frutos que devenguen del bien inmueble de propiedad del deudor.

El presupuesto para la constitución de una garantía real radica en la propiedad. En efecto, según la definición legal contenida en el artículo 923 del Código Civil, la propiedad consiste en un poder jurídico que permite el uso, disfrute, disposición y reivindicación del bien. Sin embargo, el elemento que nos interesa es el de disposición, dado que con este el titular del derecho de propiedad está habilitado para constituir los derechos reales de garantía; significa, entonces, que el propietario cuenta con la facultad para vender sus bienes, y consecuentemente, también puede gravarlos.

Sin perjuicio de reconocer la existencia de la hipoteca legal (artículo 1118 del Código Civil) e hipotecas reguladas en normas especiales, centramos nuestro análisis en la hipoteca predial de carácter convencional (hipoteca común), regulada por el Título III, Sección cuarta del Libro V sobre derechos reales. Entonces, para que la hipoteca tenga existencia jurídica debe cumplir con lo dispuesto en los artículos 1098 y 1099 del Código Civil, referidos a la formalidad y requisitos de validez.

En el caso de la formalidad de la hipoteca, el legislador ha dispuesto que esta se constituya por escritura pública, salvo disposición diferente de la ley. Empero, no pocas veces se ha confundido esta regulación en la jurisprudencia, dando lugar a que la Corte Suprema tenga dos posturas distintas. La primera está referida al establecimiento de la formalidad de la hipoteca, constituyéndose por escritura pública (*ad solemnitatem*), y luego, advirtiéndose en el artículo 1099 numeral 3 de la norma sustantiva la exigencia de su inscripción en el registro de la propiedad inmueble, la validez o existencia de la hipoteca estará supeditada a su configuración por escritura

pública y se proceda a la inscripción en los Registros Públicos²⁶. La segunda postura consiste en que, al no haberse sancionado con nulidad la inobservancia de la formalidad (escritura pública), la forma es *ad probationem*²⁷ y, por tanto, el acto jurídico es válido²⁸.

Al menos en el plano doctrinario el tema parece estar zanjado, a diferencia del plano jurisdiccional, pues en este aún se discute dicha controversia, razón por la cual en el mes de noviembre del año dos mil dieciocho se realizó el Encuentro Jurisdiccional Nacional de Jueces Especializados en Materia Civil en la ciudad de Lima, teniendo como uno de sus temas el de “la hipoteca y el otorgamiento de escritura pública”. En ese sentido, Pasco (2018) explicaba que el hecho de regular en un solo artículo los supuestos requisitos de validez de la hipoteca no ha permitido distinguir con claridad los elementos de validez del contrato de hipoteca, los elementos de eficacia del contrato de hipoteca y el requisito de existencia del derecho real de hipoteca. Por tanto, concluye el autor que el artículo 1099 del Código Civil no exige como elemento de validez del contrato a la inscripción, sino que esta solamente resulta imprescindible para dar origen al derecho real. Tal conclusión también es compartida por Álvarez (2015), al referir sobre los caracteres de los derechos reales de garantía en el Código Civil Español, que la publicidad es exigida para la existencia y subsistencia del derecho real de garantía, a diferencia del contrato, que es obligatorio en cualquiera forma en la que se haya celebrado.

Entonces, los denominados “requisitos de validez de hipoteca” regulados en el artículo 1099 del Código Civil, deberían consignarse de forma separada como elementos del contrato de hipoteca y requisito para la existencia del derecho real. En el primer rubro, se tienen a los elementos de validez y eficacia, consistentes en asegurar una obligación determinada o determinable, y afectar el bien del propietario o quien esté autorizado conforme a ley, respectivamente. En el segundo rubro, está la inscripción de la hipoteca en el registro de la propiedad inmueble.

Según Castillo (2014), una obligación es determinada cuando existe una plena individualización de la prestación por las partes desde el inicio; es determinable cuando se pueda individualizar con posterioridad, verbigracia, mediante elementos objetivos (cuantía en función al mercado, valor en

²⁶ Postura contenida en la Casación N.º 2638-2002-Puno de fecha veintisiete de febrero del dos mil tres.

²⁷ La formalidad *ad probationem* implica que el legislador no sanciona con nulidad la inobservancia de una forma, primando la libertad de forma, es decir, la forma empleada servirá como un medio de prueba del negocio jurídico, no siendo un elemento requerido para su validez.

²⁸ Postura contenida en la Casación N.º 1618-99-Lima, publicado en el diario oficial “El Peruano” el 18 de diciembre de 1999, y la Casación N.º 1276-2001-Lima, de fecha diez de septiembre del dos mil uno.

bolsa o liquidación de saldo deudor en una operación bancaria) o cuando verse sobre obligaciones alternativas²⁹. También es posible incluir como elemento de validez al gravamen de cantidad determinada o determinable. De acuerdo a Hurtado (2014), será determinado cuando se ha fijado el límite por el cual bien será afectado con la ejecución, y será determinable cuando no se precise un monto fijo que permita dilucidar cuál es el monto del gravamen. En cuanto al elemento de eficacia, es claro que si el propietario (aun cuando fuera una obligación de tercero) no celebra el contrato de hipoteca, este será válido pero no surtirá efectos jurídicos. Finalmente, y como ya se había mencionado, se requiere la inscripción en el Registro Público para la existencia del derecho real de garantía, con lo cual, la publicidad registral da origen a la hipoteca.

Un aspecto controvertido emana de lo regulado en el artículo 1106 del Código Civil, al establecer el legislador que la hipoteca no se puede constituir sobre bienes futuros; por lo tanto, de inicio podría suponerse que en los supuestos en donde solo se hipotecó el terreno o suelo, la edificación de existencia posterior no se incluiría en la garantía real. Sin embargo, este dispositivo legal debe ser interpretado sistemáticamente, razón por la cual se le debe otorgar el siguiente sentido: los bienes futuros son los adquiridos por el deudor con posterioridad al origen de la garantía, mas no las construcciones efectuadas con posterioridad en el bien afectado en garantía, pues estas no constituyen bienes futuros. Por ello, la edificación posterior encuentra respaldo en el artículo 1101 del Código Civil, al prescribir la extensión de la hipoteca a las partes integrantes del bien hipotecado, así como a sus accesorios, salvo que las partes hayan prohibido tal posibilidad.

En torno a la constitución de la garantía mobiliaria, la Ley 28677, Ley de Garantías Mobiliarias, en su artículo 17, ha establecido que el acto jurídico constitutivo deberá constar por escrito y podrá instrumentarse (mediante telefax, correo electrónico, entre otros) con la finalidad de dejar constancia de la voluntad del otorgante. Luego, el artículo 19 de la citada Ley prescribe el contenido mínimo del acto jurídico constitutivo de la garantía mobiliaria, que en síntesis es el siguiente:

²⁹ La obligación es alternativa cuando, existiendo varias prestaciones, el deudor deberá cumplir con una de ellas. La elección de la prestación a satisfacerse la realiza el deudor, salvo pacto en contrario. Puede elegirla también el acreedor, un tercero o el juez, de conformidad con los artículos 1162 y 1163 del Código Civil.

1. Información referida a la identificación del constituyente, acreedor garantizado y deudor. Se requiere la firma escrita o electrónica de, por lo menos, el constituyente, exigencia que es acorde a la idea de un acto jurídico constitutivo de carácter unilateral o plurilateral.
2. Declaración jurada del constituyente relacionada con su condición de propietario del bien mueble afectado en garantía, cuando se traten de bienes no registrados. Con ello, se busca que el constituyente asuma las consecuencias negativas de una posible declaración falsa o inexacta.
3. El valor del bien mueble afectado en garantía, que bien puede ser fijado convencionalmente o por un tercero. Asimismo, y al igual que la hipoteca, se requiere el monto determinado o determinable del gravamen, a efectos de dilucidarse los límites de una posible ejecución.
4. Identificación y descripción, ya sea de forma genérica o pormenorizada (queda a criterio de las partes), del bien mueble gravado y la obligación garantizada.
5. La fecha cierta del acto jurídico constitutivo y el plazo de vigencia de la garantía mobiliaria. Según Castillo (2008), la fecha cierta que reguló el legislador “no otorga la seguridad jurídica que podría sugerir una lectura superficial. La noción que se maneja de fecha cierta no otorga certeza alguna sobre la legalidad o validez del acto jurídico mismo” (p. 10).
6. La forma y condiciones de la ejecución del bien mueble afectado en garantía, dado que, de conformidad con el artículo 47 de la Ley de Garantía Mobiliaria, Ley 28677, la venta del bien mueble afectado en garantía puede realizarse en vía extrajudicial o judicial.
7. Cuando se trate de un bien mueble registrado, deberá consignar los datos referentes a su inscripción.

Además, la Ley de garantía mobiliaria vigente permite la pre constitución de una garantía mobiliaria, que quiere decir la posibilidad de afectar un bien mueble antes que el deudor o constituyente adquiera la propiedad de dicho bien. De esa manera, la eficacia de la garantía mobiliaria estará supeditada a las condiciones *sine qua non* que seguidamente se citan: de acuerdo al artículo 21 de la citada Ley, en el caso de un bien mueble ajeno, el constituyente deberá adquirir la propiedad del bien mueble; y, si se trata de un bien mueble futuro, la condición para la eficacia de la garantía consiste en la posterior existencia del bien mueble.

2.1.4 Derechos propios del deudor pasibles de vulneración

Hablar de derechos nos remite necesariamente a hablar de intereses. En el marco del Derecho, el mercado juega un papel imprescindible, pues en este escenario se desarrollan los innumerables intercambios económicos de la sociedad. Estos responden, básicamente, a necesidades e intereses. Escobar (1996) mencionaba que, antes de precisar el concepto de interés, se debe explicar qué significa la necesidad; define a esta última como aquella exigencia de la vida humana, denotando un actual estado de insatisfacción del cual la persona proyecta salir.

Con ello, el mencionado autor refiere que el interés es una situación de tensión entre la persona y el bien idóneo para la satisfacción de sus necesidades. No debe interpretarse a este estado como uno estático, sino el requerimiento, como presupuesto, de una valoración o determinación por parte de la persona, con la finalidad de convencerse que con un bien específico va a satisfacer su necesidad. Dicho esto, es válido señalar: cuando se transgreden derechos, implícitamente también se transgreden intereses. Es así porque estos no solo son presupuestos de aquellos, sino también adquieren relevancia jurídica a partir de su reconocimiento en el ordenamiento jurídico, y que finalmente dan lugar a los derechos subjetivos. De esa manera, ante su trascendencia jurídica, en el escenario de una transacción económica, es probable su afectación a través de las actuaciones de los sujetos intervinientes.

Habiendo mencionado al mercado, y sin pretender un análisis económico del derecho, es preciso indicar que en este escenario los sujetos negocian, pactan o transfieren derechos sobre las cosas; en el caso del contrato de mutuo, no es la excepción. El derecho sobre las cosas, o mejor dicho, la titularidad del derecho de propiedad recaído sobre bienes, implica siempre un riesgo (de pérdida, deterioro, desvalorización, etc.), empero, en el marco de las relaciones de intercambio, también se asumen situaciones posiblemente negativas para los involucrados, sobre todo para los deudores quienes son, en la mayoría de casos, la parte más vulnerable en una relación obligacional. Así, por ejemplo, las obligaciones originadas por un contrato de mutuo suelen tener una fuerte intensidad económica, pues no solo existe una carga respecto a la cobertura del capital e interés adeudado, sino también la disposición potencial de la propiedad, mediante la asunción de un gravamen. Consecuentemente, el derecho de propiedad de un bien puede verse afectado en una relación sustantiva, sea legítima o ilegítimamente, para lo cual existen los mecanismos jurídicos destinados a su protección.

Por otro lado, el derecho personal o de crédito -que al igual que el derecho de propiedad forman parte del género “derechos patrimoniales”- implica el origen de una relación obligacional entre un sujeto activo y un sujeto pasivo, exigiendo aquel el cumplimiento de la prestación debida (dar, hacer o no hacer). Cabe recordar que no solo el acreedor cuenta con derechos, sino también con obligaciones respecto del deudor, convirtiéndose este último en sujeto activo de dichas obligaciones. Por ejemplo, el acreedor puede obligarse a no aumentar la tasa de interés mientras esté vigente la deuda, o a no ejecutar una determinada cláusula contractual mientras no se cumpla con la condición o plazo. Es evidente, entonces, que para estos casos el deudor no solo asume obligaciones, pues también cuenta con derechos que pueden ser exigidos al haberse pactado, o al estar regulados en la Ley.

2.2 Incidencias en la vía judicial: la relación jurídica procesal

2.2.1 La infracción de intereses y derechos en el proceso judicial

2.2.1.1 El debido proceso

El Estado tiene el deber de generar mecanismos adecuados para la solución de conflictos intersubjetivos de intereses con relevancia jurídica, para efectos de tutelar al ciudadano y mantener la paz social en justicia. Por tanto, más allá de las críticas que pueda recibir nuestro alicaído servicio de justicia, el legislador nacional ha optado por reconocer como principio del proceso civil (que incluye al proceso de ejecución de garantías), a la tutela jurisdiccional efectiva, siendo un derecho constitucional de los justiciables. Con el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, se prescribe que a toda persona se le atribuye el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, con la finalidad de ejercer o defender de sus derechos o intereses, sometiéndose a un debido proceso.

Este principio de carácter procesal tiene su reconocimiento en el artículo 139 numeral 3 de la Constitución peruana, estableciéndose que la función jurisdiccional debe observar el debido proceso y la tutela jurisdiccional. Aproximándonos a un alcance de la jurisdicción, es aquella potestad que el Estado confiere a ciertas entidades (en este caso, los órganos del Poder Judicial) para constituir o declarar un derecho, o en general, resolver una cuestión controvertida de trascendencia jurídica, siendo las decisiones de característica irrevisable porque adquieren calidad de cosa juzgada. El límite de la jurisdicción está referida a la competencia, por razón de territorio, especialidad o materia, grado, etc.

Con lo expuesto, se colige que el desarrollo de ese poder por parte de los magistrados del Poder Judicial necesariamente considerará a la tutela jurisdiccional y el debido proceso, por mandato constitucional. Sin embargo, ocurre que se ha pretendido diferenciar conceptualmente a estos derechos-principios, indicando el Tribunal Constitucional, por ejemplo, que la tutela jurisdiccional sería el derecho de acceder a los órganos jurisdiccionales, así como asegurar el cumplimiento de la decisión final; y por otro lado, el debido proceso sería la observancia de reglas dentro del proceso judicial para proteger derechos subjetivos³⁰.

Lo cierto es que, ante controversias surgidas dentro de la convivencia social, lo ideal sería su superación dentro de un espacio de razonamiento (sin uso de la fuerza) y justicia, acercando a la verdad procesal lo más próximo posible a la verdad material. Por lo tanto, bien este mecanismo que recoge una serie de actos puede catalogarse únicamente como debido proceso. Cabe mencionar que autorizada doctrina reflexiona en el mismo sentido, considerando al debido proceso como un bien humano:

(...) cuando el Constituyente hace referencia como derecho relacionado a la función jurisdiccional, tanto al debido proceso como a la tutela jurisdiccional efectiva, está haciendo referencia al mismo bien humano descrito anteriormente; pero lo hace desde ópticas distintas. Con la expresión “debido proceso” alude a la dimensión dinámica y subjetiva del bien humano, es decir, al conjunto de fases procesales que hay que seguir desde el acceso a la justicia hasta la ejecución eficaz y oportuna de la decisión justa; mientras que con la expresión “tutela jurisdiccional” alude a la dimensión estática y objetiva del bien humano, es decir, a la situación de hecho conseguida por la desaparición plena de la controversia. (Castillo, 2013, p. 61)

Al menos en el plano infraconstitucional, el legislador procesal civil ha optado por perdurar la distinción entre tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso. Pero, en nada modifica la tesis de la doctrina mayoritaria en favor de considerarlos como componentes del derecho al debido proceso; en contra de la tesis minoritaria, que consiste en:

El derecho a la tutela jurisdiccional despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada sentencia la plena efectividad de sus

³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente N.º 09727-2005-PHC/TC de fecha seis de octubre del dos mil seis. Fundamento jurídico número siete.

pronunciamentos. Acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia. (González, 2001, p. 57)

Indistintamente de las posiciones sobre el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, ambos constituyen principios de naturaleza adjetiva, de aplicación imperativa y siempre orientada a la solución de conflictos de intereses. Con la evolución del entendimiento del proceso civil, el contenido infranqueable de los mencionados principios ha sufrido una dinámica de elasticidad o flexibilización, arribándose en la experiencia peruana, por ejemplo, que las pretensiones sobre derecho de familia deban ser tramitadas en un procedimiento adecuado para afrontar el problema humano.

Esta experiencia, en el ámbito del proceso ejecutivo, precisamente el de garantías reales, no ha sido replicada. De hecho, podría decirse que es el proceso más formalista del sistema procesal civil, pues tiene requisitos especiales, plazos perentorios o preclusorios que no admiten mayor discusión, limitaciones en la contradicción y ofrecimiento de la prueba, entre otras características que reafirman nuestra premisa. La razón del excesivo formalismo radica en la búsqueda de solución de la *litis* con la mayor celeridad posible, logrando un impacto positivo sobre la eficiencia económica. También tiene sustento en la aparente carencia de discusión sobre los derechos sustantivos, al exigirse judicialmente solo el cumplimiento de estos; pero, como ya habíamos mencionado anteriormente, no suscribimos tal idea porque sí hay cierta controversia en el proceso de ejecución de garantías, manifestada a través del ejercicio de la contradicción por parte del ejecutado y la subsecuente constitución de una incidencia cognitiva.

La profusa formalidad del proceso de ejecución de garantías reales no admitiría discusión si aceptáramos aisladamente las razones antes expuestas. Sin embargo, se requiere ver más allá de simples sustentos económicos y legales, o de fundamentos superfluos, carentes de una acepción integral. Por tanto, corresponde que el debido proceso sea interiorizado como derecho humano³¹ (a su vez, como bien humano), cubriendo exigencias y necesidades propias de la naturaleza humana, con el propósito de alcanzar el respeto de la dignidad de la persona y su perfeccionamiento.

³¹ Artículo 8 de la Convención Americana sobre derechos humanos: “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Tal es así que el proceso debe cumplir con un estándar desde la persona, evitando incluir como fines a otras realidades. Al respecto, Castillo (2010) sostuvo:

La persona es un absoluto en la medida que es fin en sí misma y no en relación a nada externo a ella. Todo lo demás, el Estado, la sociedad, la economía, etc., cumple la función de medio a servicio del fin que es la persona. Es en esto que consiste su valor como persona, es decir, su dignidad. (p. 10)

La noción del proceso como una exigencia natural de la persona para su perfeccionamiento debe comprenderse en su contexto más amplio, esto es, que no se basa en un conjunto de reglas o parámetros sin mayor contenido, sino que, indefectiblemente, debe tener un sentido axiológico. Nos referimos a un proceso caracterizado por conllevar a una solución justa de los conflictos, respondiendo en la medida de lo posible a la verdad material, donde se le entregue a cada quien lo que le corresponde. Esta propuesta busca la máxima realización de la persona, el respeto de su dignidad y una mejor convivencia social. Como menciona Castillo (2010), una solución ligada a la justicia requiere dos elementos:

Primero, que la solución venga justificada en la razón de las cosas y no en la fuerza. La fuerza no necesariamente conlleva soluciones injustas, pero las posibilita en una muy alta probabilidad lo que exige descartarla como mecanismo de solución. Segundo, que la solución venga a ser resultado de un proceso en el cual se presenten una serie de elementos que en la mayor medida de lo posible aseguren racionalmente que la decisión a la que se llegue será justa. (p. 12)

Cuando hablamos del debido proceso, al menos en el plano formal, nos referimos a un conjunto de disposiciones constitucionales o constitucionalizadas, explícitas o implícitas, que forman parte de su contenido esencial. Así, por ejemplo, en la Constitución peruana se tienen contempladas: la jurisdicción exclusiva del Poder Judicial (con excepción de la jurisdicción arbitral y militar)³², garantía de un juez independiente³³, el respeto y obediencia de la cosa juzgada³⁴, la debida

³² Artículo 139.1 de la Constitución.- “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación”.

³³ Artículo 139.2 de la Constitución.- “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones”.

³⁴ Artículo 139, numeral 2 y 13 de la Constitución.- “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 2. (...) Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos

motivación de las resoluciones judiciales³⁵, el derecho a la pluralidad de instancias³⁶, el deber de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley³⁷, el derecho a la defensa en el proceso³⁸, la gratuidad del servicio de justicia³⁹, entre otras aplicables a las controversias penales.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha reconocido garantías constitucionales de carácter implícito, adscritas al contenido del derecho al debido proceso. Por ejemplo, el derecho de acceso a la justicia⁴⁰, el derecho a la ejecución de resoluciones judiciales⁴¹, el derecho de acceso a los recursos⁴², el derecho a la prueba⁴³, el derecho de igualdad procesal de las partes⁴⁴, entre otros.

Las garantías en mención forman parte del debido proceso, entendido en su dimensión formal o procesal. Así, el máximo intérprete de la Constitución ha determinado una ambivalencia del derecho al debido proceso, en cuanto manifiesta se trata de un derecho “continente”, comprendiendo un conjunto de garantías (procesales o materiales) de distinta naturaleza, y que en su integridad garantiza un proceso judicial caracterizado por la tutela y respeto de los derechos que se vean comprometidos en él⁴⁵.

en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución (...) 13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada”.

³⁵ Artículo 139.5 de la Constitución.- “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”.

³⁶ Artículo 139.6 de la Constitución.- “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 6. La pluralidad de la instancia”.

³⁷ Artículo 139.8 de la Constitución.- “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario”.

³⁸ Artículo 139.14 de la Constitución.- “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso”.

³⁹ Artículo 139.16 de la Constitución.- “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 16. El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala”.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente N.º 0010-2001-AI/TC, de fecha veintiséis de agosto del dos mil tres.

⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional en los expedientes acumulados N.º 015-2001-AI/TC, 016-2001-AI/TC y 004-2002-AI/TC, de fecha veintinueve de enero del dos mil cuatro, fundamentos 8 y 9.

⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente N.º 09285-2006-PA/TC del diez de enero del dos mil siete, fundamento jurídico 2.

⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente N.º 06712-2005-HC/TC del diecisiete de octubre del dos mil cinco, fundamento jurídico 15.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente N.º 06135-2006-PA/TC de fecha diecinueve de octubre del dos mil siete, fundamento jurídico 5.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente N.º 07289-2005-PA/TC, de fecha tres de mayo del dos mil seis, fundamento jurídico número 5.

Sobre el ámbito formal del debido proceso, el Tribunal Constitucional ha sostenido que comprende una serie de derechos y ante su inobservancia, el proceso se vuelve irregular; además, las reglas deben garantizar un estándar de participación justa o debida en el trámite del procedimiento o proceso⁴⁶. A diferencia de la dimensión sustancial, la cual implica que la decisión judicial debe cumplir con un estándar de justicia, conformada por la razonabilidad y proporcionalidad⁴⁷. Entonces, se procurará con el aspecto material que el proceso resuelva un conflicto de intereses mediante una decisión digna, y por tanto, justa; mientras tanto, surge la posibilidad del cumplimiento de formas de los actos procesales, sin que se obtenga una decisión justa.

Teniendo una síntesis del contenido constitucionalmente protegido del debido proceso, nosotros formulamos la posibilidad de vulneración de este derecho en el proceso de ejecución de garantías. Se vulnera en la medida que es ejercido abusivamente por el ejecutante (debido proceso formal), y trasladándose esta afectación al ejecutado, se incumple con el estándar de justicia que debería contener toda resolución judicial. Desde luego, implica resolver una controversia amparando el interés de una de las partes, en detrimento del otro, sin que exista una fundamentación con base en la justicia y la paz social.

2.2.1.2 Consecuencias de afrontar el proceso judicial

Como en todo proceso judicial, el litigante asume un costo que puede ser o no ser razonable, justo o injusto. Así, por ejemplo, se tienen a los gastos que asume por la activación y funcionamiento del aparato jurisdiccional (costas procesales), y los gastos relacionados con la contratación de un profesional del derecho para la asistencia o asesoría técnica en el proceso judicial instaurado (costos procesales). Empero, la parte ejecutada también obtiene otras consecuencias, de carácter patrimonial o no patrimonial.

Nos referimos, en el aspecto patrimonial, a la posible vulneración del derecho de propiedad del ejecutado. La propiedad es el más importante de los derechos reales, recogiendo los siguientes poderes económicos que una persona puede ejercer respecto de un bien, según el Código Civil⁴⁸: usar, disfrutar, disponer y reivindicar. Es aplicable, en el ámbito privado, el precepto normativo

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente N.º 00579-2013-PA/TC, de fecha veinticuatro de octubre del dos mil catorce, fundamento jurídico número 5.3.1

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente N.º 9727-2005-PA/TC, de fecha seis de octubre del dos mil seis, fundamento jurídico número 7.

⁴⁸ Artículo 923 del Código Civil.- “La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la Ley”.

constitucional consistente en la posibilidad de la persona de hacer lo no prohibido⁴⁹, aplicándose al propietario, que puede ejercer el derecho de propiedad respecto del bien según le parezca, salvo la existencia de norma prohibitiva de cierta conducta. Se expresa en los cuatro poderes señalados, dado que el propietario goza del bien (usar), saca provecho de él (disfrutar), recupera el bien cuando sea despojado o puede defenderse de agresiones por parte de terceros (reivindicar), y está facultado para transferir el derecho total o parcialmente a terceros (disponer), aunque también puede no hacer nada sobre el bien, siendo el acto omitivo una decisión del propietario que forma parte de sus atributos.

No versa sobre un derecho absoluto, pues existen normas regulatorias que generan restricciones al ejercicio del dominio, además de la observancia al bien común. A pesar de ello, se trata de un instrumento destinado a alcanzar el desarrollo económico y bienestar, aunque también puede ser un medio de destrucción de la vida social (Mejorada, 2004). Esto último es lo controvertido frente al proceso judicial de ejecución de garantías reales, toda vez que es probable la pérdida de la titularidad del derecho de propiedad del bien en caso se declare infundada la contradicción al mandato ejecutivo, o en su defecto, no se interponga contradicción, conllevando a la ejecución forzada de los bienes otorgados en garantía de un mutuo.

Entonces, como consecuencia de afrontar el proceso judicial de ejecución de garantías, la parte ejecutada, sea una persona natural o jurídica, se encuentra en riesgo de perder su propiedad, traduciéndose en una consecuencia patrimonial de carácter negativo en su esfera personal. En caso la decisión judicial fuese injusta, esta tendría una implicancia trascendental en la sociedad, pues al ser la propiedad un elemento fundamental para el desarrollo y generación de recursos, su pérdida significaría la carencia de protección a la inversión privada y, consecuentemente, ausencia de garantía del ejercicio de la libertad económica conforme a los intereses de las personas.

Por otro lado, sobrellevar un proceso judicial de garantías reales también tiene consecuencias extrapatrimoniales. Por el hecho de ser personas, tenemos atributos espirituales que no se ubican en un espacio físico determinado; a diferencia de los bienes materiales. De esa manera, se advierte un menoscabo moral en el justiciable, toda vez que afrontar una decisión contraria a sus intereses

⁴⁹ Artículo 2, inciso 24, literal b de la Constitución peruana: “Toda persona tiene derecho: (...) 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.

le puede causar detrimentos contra su integridad, salud mental y psicológica. Es una consecuencia común, frente a un proceso judicial, el grado de incertidumbre del litigante sobre los resultados de la controversia, posibilitándose un cuadro de estrés, ansiedad o, incluso, depresión. Pero, asumir la pérdida del bien de su propiedad que garantiza la deuda, indudablemente generará una aflicción o malestar psicológico de mayor intensidad.

2.2.2 Formas de advertir el perjuicio al ejecutado dentro del proceso

2.2.2.1 En el ejercicio del derecho de defensa del ejecutado

Cuando hacemos referencia al derecho de defensa en el proceso, desde la óptica constitucional⁵⁰, se deben hacer la siguiente precisión: la jurisprudencia⁵¹ es uniforme en el sentido de considerar una dimensión material y formal, consistiendo la primera en el derecho del demandado o imputado de ejercer su defensa desde que conoce la atribución de la comisión de un hecho delictivo, y la segunda en el derecho del justiciable a contar con una defensa técnica (abogado defensor) durante todo el proceso.

Sin embargo, esta concepción del derecho de defensa debe adecuarse a los efectos de la presente investigación. Por tanto, concordamos con lo expuesto por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia⁵², en el sentido que no solamente es un derecho destinado a prohibir las ocasiones de indefensión, sino también, un principio de contradicción de los actos procesales, siempre que estos tengan relación con la situación jurídica de las partes en el proceso, o de un tercero con interés en las resultas de la *litis*. Bajo esa percepción es que quisiéramos ahondar el tema, pues la forma principal de manifestarse el ejecutado en el proceso de ejecución de garantías reales es mediante la contradicción.

En ese contexto, el principio de contradicción o bilateralidad significa que las partes, previo a la emisión de una decisión definitiva, deben ser escuchadas por el juzgador. Su ejercicio no es absoluto, en el entendido que existen parámetros legales para formular este principio, tal y como manifiesta Morales (2005):

⁵⁰ Artículo 139 inciso 14 de la Constitución peruana.- “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso”.

⁵¹ Sentencias en los expedientes 01147-2012-AA/, 06260-2005-HC/TC, entre otras.

⁵² Sentencias en los expedientes 05871-2005-AA/TC, 00579-2013-AA/TC, 02659-2003-AA/TC, 0649-2002-AA/TC, entre otras.

Esto significa que el o los demandados deben ser notificados de la existencia del proceso, a fin de que hagan valer su derecho de defensa en la forma que prescribe la ley. Esta constituye una carga procesal, ya que si bien no está obligado a defenderse, el no hacerlo le va a traer consecuencias procesales en su contra (rebeldía), y ello no ocasiona la nulidad del proceso. La garantía es brindarle la oportunidad de defensa, dependerá de su propia voluntad hacerlo o no. (p. 43)

En el caso del proceso civil peruano, el derecho de contradicción deriva del principio-derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, así reconocido en el Título Preliminar⁵³ y en el Título Primero de la Sección Primera⁵⁴ del Código Procesal Civil. Se trata de un principio esencial del sistema procesal que sirve de orientación o directiva para la interpretación del resto de reglas procesales, o también para integrar los vacíos que presente la regulación legal.

En doctrina, el principio de contradicción se ha comprendido con base en los derechos o intereses en conflicto, siempre desde la vista del debido proceso o la tutela jurisdiccional efectiva, pero no implica que su inteligibilidad no haya evolucionado en el tiempo.

A modo ejemplificativo, el clásico principio de contradicción y aún más su versión constitucional del derecho de defensa en juicio, tiene hoy otra connotación distinta del tradicional derecho del demandado a ser oído. Una nueva concepción derivada y niveladora del derecho de defensa exige hoy la equiparación de la posición del actor y que se asegure también la garantía de ser oído con la satisfacción de su reclamo dentro de un plazo razonable. (Yedro, 2012, p. 271)

Esta premisa también es alcanzada por autorizada opinión nacional, en cuanto se manifiesta la vinculación del principio de contradicción con el principio dispositivo⁵⁵, sin dejar de lado el

⁵³ Artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil.- “Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso”.

⁵⁴ Artículo 2 del Código Procesal Civil.- “Por el derecho de acción todo sujeto, en ejercicio de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y en forma directa o a través de representante legal o apoderado, puede recurrir al órgano jurisdiccional pidiendo la solución a un conflicto de intereses intersubjetivo o a una incertidumbre jurídica. Por ser titular del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el emplazado en un proceso civil tiene derecho de contradicción”.

⁵⁵ Artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil.- “El proceso se promueve solo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar. No requieren invocarlos el Ministerio Público, el procurador oficioso ni quien defiende intereses difusos”.

principio de socialización del proceso⁵⁶, por el que se deben evitar las desigualdades entre las partes (Morales, 2005). Este tema será desarrollado en el siguiente apartado.

Considerando que el derecho de contradicción, así como el derecho de acción, son expresiones del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (o del debido proceso), tienen relevancia constitucional, y por tanto, se tratan de prestaciones plenamente exigibles al Estado (Poder Judicial). La contradicción se ha caracterizado por ser un derecho subjetivo, público, abstracto y autónomo, como así lo expresa Monroy (1996):

Lo de subjetivo se advierte en el hecho de que es inherente a un sujeto de derecho por la sola circunstancia de serlo. Es público en tanto el sujeto pasivo del derecho de contradicción es el Estado, siendo en este aspecto exactamente igual que el derecho de acción. Es abstracto porque consiste en la oportunidad que el Estado debe otorgarle al emplazado para que se defienda, con absoluta prescindencia de si lo hace o no. Finalmente, es autónomo porque existe con total independencia de que lo que expresa el emplazado tenga sustento real o fundamento jurídico. (p. 283-284)

Nos habíamos manifestado en torno al derecho de contradicción como no absoluto, es decir, presenta límites o formas en su ejercicio⁵⁷. De esa manera, el legislador infraconstitucional ha contemplado expresamente la fórmula legal para que los requisitos procesales sean observados ineludiblemente⁵⁸. Más allá de las disposiciones legales con las que se expresa el derecho de contradicción, debe atenderse, por encima de todo, a la finalidad abstracta del proceso civil.

En cuanto al fin que con él (derecho de contradicción) se persigue es, por una parte, la satisfacción del interés público en la buena justicia y en la tutela del derecho objetivo y, por otra parte, la tutela del derecho constitucional de defensa. (Devis, 1984, p. 223)

⁵⁶ Artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Civil.- “El juez debe evitar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso”.

⁵⁷ Artículo 3 del Código Procesal Civil.- “Los derechos de acción y contradicción en materia procesal civil no admiten limitación ni restricción para su ejercicio, sin perjuicio de los requisitos procesales previstos en este Código”.

⁵⁸ Artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil.- “Las normas procesales contenidas en este código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario. Las formalidades previstas en este código son imperativas. Sin embargo, el juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso. Cuando no se señale una formalidad específica para la realización de un acto procesal, este se reputará válido cualquiera sea la empleada”.

¿Qué sostiene la Corte Suprema sobre el derecho de contradicción? De manera uniforme, indica en sus ejecutorias⁵⁹ que el derecho de contradicción deriva de la tutela jurisdiccional y le es atribuida a toda persona que ha sido demandada en el proceso, ejerciéndose de manera concreta a través de medios de defensa de fondo (oposición a la pretensión interpuesta por el demandante), medios de defensa de forma (cuestionamiento a la relación jurídico procesal por defecto en una condición de la acción o presupuesto procesal) y defensas previas (no se ha cumplido con un requisito de procedibilidad para iniciar válidamente el proceso civil). En el supuesto caso que no se ejercite la facultad de contradecir, el emplazado deberá someterse a las consecuencias de su inacción procesal.

Ahora, en el plano del proceso de ejecución de garantías reales, precisamente el ejecutado puede efectuar tales defensas, pero adecuándolas a preceptos de carácter imperativo. Así, por ejemplo, el ejecutado puede advertir al juzgador las afectaciones a sus derechos o intereses, sustentando su contradicción o ejercicio de derecho de defensa en argumentos de fondo, argumento de forma (excepciones) y defensas previas, tal y como prescribe el artículo 690-D y 722 del Código Procesal Civil.

Empero, la argumentación de fondo que se pueda manifestar en la incidencia cognitiva del proceso presenta sus límites. Como es sabido, el proceso de conocimiento se caracteriza por permitir una defensa total, es decir, una amplia apertura para contradecir con arreglo a las circunstancias que deriven de las relaciones personales. Sin embargo, en el proceso de ejecución de garantías reales, las reglas varían: solo se permite una defensa sobre el fondo sustentada en la inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título, nulidad formal o falsedad del título, llenado del título valor incompleto en forma contraria a los acuerdos adoptados y la extinción de la obligación exigida.

¿Puede el ejecutado hacer valer su defensa sustentándose en la relación personal que tiene con el tenedor del título valor? En la Ley de Títulos Valores⁶⁰ se permite que el deudor pueda contradecir

⁵⁹ Casación Número 4831-2013-Santa, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el treinta de enero del dos mil quince. Casación Número 4140-2013-Ica, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el dos de marzo del dos mil quince. Casación Número 1936-2000-Ucayali, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el treinta de abril del dos mil uno.

⁶⁰ Artículo 19 de la Ley de Títulos Valores, Ley N.º 27287.- "El deudor también puede contradecir al tenedor del título valor, proponiendo las defensas que se deriven de sus relaciones personales y las que resulten procedentes, según la ley procesal".

las pretensiones cambiarias fundándose en las relaciones personales, y en apariencia, esto resultaría aplicable en la contradicción del proceso de ejecución de garantías reales. Lamentablemente, la jurisprudencia mayoritaria niega esta posibilidad, toda vez que en el proceso de ejecución de garantías reales no se ejercita la acción cambiaria (título valor no constituye el título ejecutivo). Por el contrario, el título ejecutivo está conformado por el testimonio de escritura pública y el estado de cuenta de saldo deudor que emita una entidad adscrita al Sistema Financiero. Esto no quiere decir que lo sostenido sea correcto; nosotros consideramos que recorta el derecho de defensa del ejecutado, favoreciendo al ejecutante con un proceso célere y sin mayores dilaciones.

Aunado a los plazos sumarísimos, el derecho de defensa también se ve considerablemente limitado en su vertiente probatoria. El segundo párrafo del artículo 690-D del Código Procesal Civil establece que solo en el escrito de contradicción se presentarán los medios probatorios pertinentes, bajo apercibimiento de declararse inadmisibles su pedido. Por otro lado, los medios probatorios que pueden ser introducidos al proceso solo pueden ser de tres tipos: declaración de parte, documentos y pericia. Esta limitación también afecta indudablemente los intereses del ejecutado, pues se reducen sus posibilidades de poder contradecir exitosamente el mandato ejecutivo. Bajo la mencionada regla procesal, se prohíbe, por ejemplo, la citación de testigos, que bien podrían acreditar los argumentos del ejecutado respecto a la obligación garantizada.

2.2.2.2 El uso de la facultad jurisdiccional de pruebas de oficio

Habíamos manifestado en el apartado anterior que en nuestro sistema procesal civil existe una vinculación del principio de contradicción con el principio dispositivo, sin dejar de lado el principio de socialización del proceso. En ese sentido, la actividad procesal, en principio, debe ser desplegada por las partes. Pero, el legislador infraconstitucional ha mantenido ciertos rasgos del sistema publicístico o inquisitivo, verbigracia, la prueba de oficio.

Desde la óptica privatística o dispositiva, es el actor quien debe probar los hechos que afirma en su demanda, y a la vez, el demandado debe acreditar sus argumentos contrarios al del accionante. Por ese motivo, no se admite que el juzgador reemplace a algunas de las partes en la carga procesal que les corresponde a ellos.

El principio dispositivo prohíbe que el juez lleve a cabo indagaciones de oficio o se sirva de su conocimiento privado y reserva a la parte la iniciativa de acopiar el material fáctico y probatorio (*iudex iudicare debet secundum allegata et probata*). (Correia, 2017, p. 31-32)

Su antagónico resulta ser el sistema publicístico o inquisitivo. Al respecto, Alvarado (2004) manifiesta que “es un método de enjuiciamiento unilateral mediante el que la propia autoridad-actuando como pretendiente- se pone en el papel de investigado, de acusador y de juzgador” (p. 38). Por ejemplo, la implementación de este sistema trae como consecuencia que el juez sea el que, de oficio, comience el proceso; se encarga de investigar y encontrar las pruebas que le puedan convencer respecto al tema controvertido y finalmente juzgue.

A decir verdad, este sistema se adopta con la finalidad de conseguir la justicia a toda costa, evitando así las desigualdades que puedan existir entre las partes. Como sostiene Monroy (1996):

La trascendencia social del proceso, expresada en la presencia exclusiva y hegemónica del Estado, determinó que se advirtiera el carácter público de aquel. Pero no solo eso. Muy pronto se constató que lo más importante en el proceso no es que los particulares resolvieran su conflicto sino que, a través de él, el derecho objetivo -creado por el propio Estado- se tornara eficaz y respetado, y asimismo, a través de la exigencia judicial del cumplimiento del derecho objetivo, se lograra la paz social en justicia. (p. 71-72)

Aun cuando pudiera negarse la existencia de un sistema mixto⁶¹, lo cierto es que en el caso peruano se presentan rasgos inquisitivos. La prueba de oficio demuestra ello. ¿Cómo ejercita esta facultad el juzgador? Teniendo en cuenta el artículo 194 del Código Procesal Civil⁶², solamente puede ser ejercido excepcionalmente, siempre que los medios probatorios aportados en el proceso no sean suficientes para convencer al juzgador de las alegaciones, y en tanto, garantizar una decisión final arreglada a justicia. Se exige legalmente la citación de la fuente de prueba (realidad anterior y exterior del proceso) por las partes en el proceso.

¿Cómo incide esta facultad en el advertimiento de las afectaciones al ejecutado? Téngase en cuenta la exigencia de una debida motivación para ordenar pruebas de oficio, pues su ejercicio implica de

⁶¹ Alvarado (2004) manifiesta que los sistemas dispositivo e inquisitivo son absolutamente antagónicos y, por tanto, no puede hablarse de convivencia entre ellos, aunque pueden alternarse en el tiempo conforme a las políticas imperantes de un determinado territorio.

⁶² Artículo 194 del Código Procesal Civil.- “Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el juez de Primera o de Segunda Instancia ordenará la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia, siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso. Con esta actuación probatoria el juez cuidará de no reemplazar a las partes en su carga probatoria, y deberá asegurarles el derecho de contradicción de la prueba”.

cierto modo reemplazar la carga procesal del ejecutado en aras de la finalidad abstracta del proceso: lograr la paz social en justicia. De ese modo, por ejemplo, se puede requerir a la ejecutante que presente documentos relacionados a la exigencia de la obligación (carta notarial de requerimiento de pago o de vencimiento de plazos), o en todo caso, ordenar la declaración de las partes, para efectos de resolver la controversia.

CAPÍTULO III: EL EJERCICIO ABUSIVO DE DERECHO EN LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS

3.1 Ejercicio abusivo del derecho

3.1.1 Reflexiones generales

Como idea inicial, nos remitimos al diccionario de la RAE. Esta define al “abuso” como el uso excesivo, injusto o indebido de algo o alguien. Quiere decir que el ejercicio abusivo de derecho implica el mal uso de este, atendiendo a un fin distinto para el que fue concebido, o empleándolo de un modo inadecuado. Este concepto abarca una teoría de particular atención de los especialistas del derecho en los últimos tiempos.

Corresponde hacer una síntesis del contexto histórico del ejercicio abusivo de derecho para su mayor entendimiento. Después de un estudio de las fuentes de derecho en Roma, Fernández (1992) concluye que en la época antigua no es claro o preciso advertir la existencia de una teoría general del abuso del derecho, pues “los prudentes juristas romanos abordaron y resolvieron, dentro del principio de la equidad, cuestiones muy concretas en las cuales percibieron ciertos matices de un uso anormal de los derechos” (p. 98). Tampoco en la edad media se aprecia la creación o empleo de un principio jurídico relacionado al ejercicio abusivo de derecho (o comúnmente denominado abuso de derecho).

Entonces, como menciona Obando (2017), el surgimiento de la figura del abuso de derecho se dio mediante una creación jurisprudencial francesa en la segunda mitad del siglo XIX y comienzos del siglo XX, siendo recogido posteriormente por los ordenamientos jurídicos nacionales. A decir de Fernández (1992), con el paso del tiempo los jueces franceses entendieron la necesidad de armonizar el derecho subjetivo con el interés social, pues la comunidad y la conciencia jurídica colectiva advertían que la legislación vigente consagraba prerrogativas a favor del individuo sin límite alguno:

La jurisprudencia francesa, dentro de este contexto, intenta atenuar los “excesos” cometidos por los individuos en la “legítima” actuación de sus derechos subjetivos, así como reparar los perjuicios irrogados con tal comportamiento. De este modo, se producen las primeras aproximaciones a lo que, con el correr del tiempo, se convertiría en la autónoma y discutible figura del abuso del derecho. (p. 108)

En ese orden histórico, las sentencias de Colmar y de Lyon, de 1855 y 1856, respectivamente, establecen la figura del abuso del derecho frente al, hasta ese entonces, absolutismo de los derechos subjetivos. Los jueces enuncian que el ejercicio del derecho subjetivo tiene como límite la satisfacción de un interés serio y legítimo. Asimismo, fijan como criterio general la valoración del comportamiento humano, desde el punto de vista moral, psicológico, económico o social, para identificar la conducta constitutiva del abuso de derecho.

El “abuso del derecho” ha sido tratado desde sus inicios como un componente de la responsabilidad civil, a tal punto que la jurisprudencia francesa no se limitó a contrarrestar el ejercicio abusivo del derecho; por el contrario, dejaba a salvo el derecho del accionante para solicitar el resarcimiento del daño causado. Sin embargo, en la actualidad, es considerado como una institución perteneciente a la teoría general del derecho, de tal manera que puede ser aplicado al ámbito civil, procesal civil, comercial, administrativo, entre otros. Tal idea es desarrollada por Loutayf (2015):

Se trata de un postulado general, con aspectos comunes, y otros específicos según la rama a que se refiera. El hecho que haya sido desarrollada particularmente por el Derecho civil no importa apropiación del instituto, ni significa que resulte inaplicable a las demás ramas del Derecho; en todo caso, en cada materia presentará sus variantes propias. (p. 13)

El Código Civil peruano de 1936 fue el primero, al menos en Latinoamérica, en acoger la expresión “abuso del derecho”, ubicándolo en su Título Preliminar, en clara alusión a que la Ley no ampara el abuso del derecho. Esta fórmula legal ha sido modificada con el actual texto del Código Civil de 1984 solo respecto a su literalidad, puesto que en esencia es lo mismo.

Aproximándonos a una definición, sostenemos que el abuso de derecho, entendido con mayor claridad como el ejercicio abusivo del derecho, es un evento jurídico particular manifestado en una conducta humana, sea activa u omisiva, y en base a un derecho subjetivo, que se configura en un ilícito al lesionar un deber jurídico genérico, sin importar el daño causado y la intencionalidad que tuvo el agente a quien se le atribuye la acción.

Como hemos señalado, no solo se produce un abuso de derecho cuando se ejercita un derecho subjetivo de modo agravante en relación con un interés ajeno, sino que también cabe referirse a esta figura en el caso de omisión en la actuación de un derecho que, si bien no reportaría daño alguno para el titular, resultaría siendo lesivo para otro u otros sujetos. Así tenemos que

comprende la expresión “ejercicio” de los derechos subjetivos como de la “omisión” en el ejercicio de un derecho. (Obando, 2017, p. 96)

3.1.2 Características

El concepto de abuso es difícil de definir de manera literal, porque decir solamente que abuso es el uso u omisión excesiva y arbitraria de un derecho, no es una descripción que agote el contenido de este término. Una lectura literal del artículo II del Título Preliminar del Código Civil⁶³ y 103 de la Constitución peruana⁶⁴ no aporta mucho a la definición del ejercicio abusivo de derecho. Entonces es necesario presentar sus características esenciales, con la finalidad de comprender de mejor manera esta institución.

3.1.2.1 De un acto lícito a un acto ilícito

La ilicitud, según Espinoza (2015), se configura con la transgresión de una norma jurídica, o cuando se contravienen los valores de la convivencia social, generándose situaciones de injusticia. En otras palabras, el acto ilícito es un acto prohibido por el ordenamiento jurídico, pues se lesionan deberes generales.

Sostenemos que el ejercicio de un derecho subjetivo es un acto perteneciente al campo de la licitud. Empero, cuando se transgreden normas fundamentales de convivencia social en la ejecución de este acto, se le ubica en el ámbito de la ilicitud. El ejercicio abusivo de un derecho implica traspasar el límite de la licitud por contravenirse un principio general del derecho, perjudicándose el interés ajeno. En el mismo sentido se pronuncia Rubio (2008):

Así, el abuso del derecho consistiría en un acto en principio lícito, pero que por una laguna específica del Derecho es tratado como no lícito al atentar contra la armonía de la vida social. Tal calificación no proviene ni de la aplicación de las normas sobre responsabilidad civil, ni de otras normas expresas restrictivas de la libertad, sino que se realiza por el juez aplicando los métodos de integración jurídica. (p. 29)

⁶³ Artículo II del Título Preliminar del Código Civil: “La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”.

⁶⁴ Artículo 103 de la Constitución peruana: “(...) La Constitución no ampara el abuso del derecho”.

3.1.2.2 Concepción subjetiva u objetiva del ejercicio abusivo

Pabón y Mora (2014) sostienen que el ejercicio abusivo del derecho debe cometerlo el titular de este, presentándose dos supuestos: se configura con la intención de dañar a otro (responsabilidad por conducta dolosa), o con la negligencia, impericia o imprudencia del titular del derecho, traspasando sus límites. Esta expresión resume la concepción subjetiva que caracteriza al ejercicio abusivo del derecho.

Dentro del sistema o concepción subjetiva, se ha comprendido el ejercicio abusivo desde la intencionalidad del agente, es decir, cuando se advierte que el titular del derecho tiene la intención de perjudicar el interés del prójimo. En ese contexto, Moisset (2002) expone que “se trata, pues, de una actitud dolosa de quien ejercita las prerrogativas o facultades que surgen de la norma con el propósito de causar daño a un tercero” (p. 27). Sin embargo, desde esta perspectiva, se critica la dificultad para probar el dolo o la intención de generar perjuicio en terceros.

En el mismo sistema subjetivo, el ejercicio abusivo del derecho también es apreciado desde la negligencia del agente. Aquí ya no es posible referirse al dolo. Al contrario, la conducta abusiva se presenta sin que haya ánimo, intención o interés del titular del derecho de generar un perjuicio al resto. Moisset (2002) concuerda con esta idea:

Un segundo sistema, expuesto por muchos autores franceses y aceptado frecuentemente en la jurisprudencia de ese país, requiere solamente que el actuar del sujeto, al ejercitar su derecho y ocasionar con ello un perjuicio a otro, sea de carácter culposo; no se exige ya la prueba de la “intención” de perjudicar, sino que basta la conducta negligente. (p. 28)

En cambio, la concepción objetiva permite apreciar el ejercicio abusivo del derecho desde otra óptica: la vulneración de la finalidad o funcionalidad del derecho subjetivo. Fernández (1992) sostiene que esta posición aparece con el propósito de superar las deficiencias del sistema subjetivo:

Según esta tendencia, el abuso del derecho no se definiría por la intención de perjudicar de parte del titular del derecho, por la presencia de la culpa o por la ausencia de un interés serio y legítimo, sino más bien por la gravitación de un elemento objetivo, como es el manifiesto ejercicio anormal de un derecho subjetivo. Así, ya no se trataría de indagar fundamentalmente por las intenciones del sujeto, por la ausencia de un interés serio y legítimo o de un beneficio

personal, sino que para identificar el abuso del derecho se aplicaría un criterio de carácter objetivo como es el de la función o finalidad socio-económica de cada derecho. (p. 129)

También es ilustrativa la descripción de este sistema realizada por Loutayf (2015), quien menciona que el ejercicio anormal de un derecho no se limita al criterio finalista o funcional, añadiendo el criterio ético, basado en la vulneración de la buena fe, moral y buenas costumbres. Este autor añade otro aspecto dentro de la concepción objetiva: la ruptura del equilibrio de intereses de los sujetos vinculados a partir de la conducta del agente.

Con el fin de apaciguar esta doble visión del ejercicio abusivo de derecho, se plantea su comprensión conjunta (no se oponen, sino se complementan), atribuyéndose al juez el deber de determinar su configuración en cada caso concreto. Fernández (1992) expone qué situaciones debe valorar el juez para condenar el ejercicio abusivo de derecho:

El juez debería tener en consideración la existencia de diversas situaciones, como son: 1) la intención de dañar; 2) ausencia de interés; 3) si se ha elegido, entre varias maneras de ejercer el derecho, aquella que es dañosa para otros; 4) si el perjuicio ocasionado es anormal o excesivo; 5) si la conducta o manera de actuar es contraria a las buenas costumbres; 6) si se ha actuado de manera no razonable, repugnante a la lealtad y a la confianza recíproca. Habría que añadir, además, que el magistrado debe tener en cuenta si el comportamiento del agente no concilia con la finalidad económico-social del derecho que la ley le concede. (pp. 134-135)

3.1.2.3 Límite en el ejercicio del derecho subjetivo

El ejercicio de un derecho subjetivo tiene como límite diversos deberes jurídicos, siendo uno de ellos el de una actuación conforme a la buena fe. Esta se puede definir, también, con las expresiones de confianza, lealtad, comportamiento normal y ausente de fines ulteriores, sinceridad, asistencia, razonabilidad, colaboración, entre otras.

No todas las definiciones son, sin embargo, coincidentes porque, por ejemplo, el “deber de asistencia y fraternidad”, que solo es reconocido por un autor (Corfu), responde a una idea de contrato muy alejada del modelo clásico-confrontacional. Los demás autores, en cambio, no parecen llegar tan lejos, limitándose a señalar ciertos valores como la lealtad y la confianza que, a diferencia de la “asistencia y fraternidad”, sí son compatibles con algunas tendencias del

modelo clásico de contrato, que toleran una exigencia moderada de buena fe. (Zusman, 2005, p.23)

Puede deducirse, entonces, que la buena fe tiene una definición compleja, más aun si los tratadistas omiten pronunciarse acerca de ciertos modelos, estando en vigencia que la buena fe denota en realidad un hombre honrado universal.

El Código Civil peruano reconoce a la buena fe de forma expresa en los artículos 168 u 1362, en referencia a que los actos jurídicos deben interpretarse de acuerdo al principio de la buena fe, y los contratos se negocian, celebran y ejecutan según las reglas de la buena fe y común intención de las partes. Sin embargo, si bien la buena fe tiene una definición compleja, sí se pueden asumir conceptos generales, como es el caso de Obando (2017), quien expone que “la buena fe expresa la confianza y esperanza en una actuación correcta de otro. La buena fe objetiva (comportamiento); la buena fe subjetiva (creencia)” (p. 97).

Conforme se aprecia de nuestra regulación jurídica nacional, la naturaleza del abuso de derecho es la de un principio general del derecho, ligado indudablemente al principio matriz o base de la buena fe. Así, no solo tiene asidero en la doctrina o jurisprudencia, sino también se encuentra consagrado principalmente en el artículo 103 de la Constitución peruana, y el artículo II del Título Preliminar del Código Civil de forma expresa.

Aunado a ello, de acuerdo a su naturaleza, el abuso de derecho en una relación jurídica no se condice necesariamente en las disposiciones legales o el derecho positivo; importa, en todo caso, una trasgresión a los cimientos del ordenamiento jurídico, refiriéndonos a los valores de justicia, seguridad, buena fe, solidaridad y moral. De allí que deba precisarse que una conducta puede encontrarse conforme a un artículo de la Ley, pero resulta evidente su contrariedad a los principios generales del derecho que inspiran el sistema jurídico nacional.

Se entiende que el mercado es una búsqueda dinámica y, ciertamente, agresiva del propio interés, no pudiendo funcionar sin una lealtad básica. “La buena fe, dentro de su acepción clásica de honestidad fundamental, de razonable inocencia y de coherencia en la actuación es, sin duda, un principio esencial dentro del Derecho moderno” (De Trazegnies, 2005, p. 37). De allí que, justamente sin buena fe, el Derecho se configuraría en una regla de juego no respetada.

Está claro que los valores jurídicos, como la justicia, seguridad, solidaridad y otros, se subsumen en una vida en colectividad; esto es, dentro de una comunidad de personas existe una conciencia jurídica colectiva de que esto es así. Fernández (1992) menciona:

La conciencia jurídica colectiva reclama, en términos generales y más allá de la vigencia de normas específicas dentro del ordenamiento positivo, el que en las relaciones humanas intersubjetivas se vivencien los valores ínsitos en los principios generales del derecho, como el de la buena fe, el orden público y el de las buenas costumbres. (p. 28)

La exigencia social o comunitaria es, entonces, que los comportamientos humanos sociales efectivamente se subsuman o adecuen en los principios generales del derecho, pudiéndose determinar qué conductas están prohibidas o permitidas en relación a una temática axiológica.

3.1.3 Problemática

Existen situaciones controvertidas que se presentan en la práctica judicial, en las cuales se denota un ejercicio abusivo del derecho por parte de un sujeto (demandante); y el demandado, como sujeto que recibe esta conducta contraria al principio de buena fe. Para tal efecto, en el caso del proceso de ejecución de garantías reales, no se cuentan con medios técnicos de defensa procesal definidos, pues nuestro país ha adoptado solamente una cláusula general prohibitiva del ejercicio abusivo de derecho en la Constitución y legislación civil.

Dicho de otro modo, el problema se suscita debido a que, una vez realizada la identificación del acto ilícito que constituye un ejercicio abusivo de derecho, es necesario dotar de protección al titular de la situación jurídica subjetiva afectada. Se representa un peligro de lesividad mayor, o concreción de este, si se tiene en cuenta que en el caso peruano no existe una tutela específica regulada en una norma jurídica.

Por lo tanto, se puede apreciar que el Código Procesal Civil no prevé un tratamiento específico en caso de hallarse un ejercicio abusivo de derecho; dada esa laguna del derecho adjetiva, el Juez debe recurrir a criterios indeterminados en el caso en concreto, que bien pudiera ofrecerle la ley, jurisprudencia y doctrina, a efectos de determinar la existencia de un acto abusivo.

El tema bajo estudio se encuentra en conocimiento de los operadores jurídicos, en lo que respecta al abuso de derecho, pues es una institución muy tratada en la doctrina; empero es necesario avocarse a la proscripción de un ejercicio abusivo de derecho en el proceso de ejecución de

garantías reales, lo cual no resulta una materia analizada en la doctrina, debiéndose generar un criterio judicial que pueda replicarse en otros casos. En relación a esto, Vargas (2015) sostiene que en nuestro sistema jurídica solo existen fórmulas normativas de carácter general, sin definirse supuestos específicos del ejercicio abusivo de derecho, y por, otro lado, que a nivel de doctrina no hay una definición de la naturaleza jurídica del abuso de derecho que impide la unificación de criterios jurisdiccionales para resolver procesos afines.

3.2 El ejercicio abusivo del derecho y la doctrina de los actos propios

La doctrina de los actos propios (*venire contra factum proprium*), según Castillo y Sabroso (2017), es una regla de derecho derivada del principio general de la buena fe, consistente en la inadmisibilidad de contradecir una conducta anterior por ser contrario a la lealtad que se exige en una relación jurídica. Esta doctrina admite excepciones⁶⁵, razón por la cual se erige como una regla de derecho, mas no como principio general. Con relación al fundamento de esta doctrina, O'Neill (2005) manifiesta que el concepto encuentra su mayor sustento en la buena fe:

El sustento de la doctrina de los actos propios es el principio de la buena fe porque su propósito es fomentar que las personas actúen de modo coherente, sancionando a quienes incurran en contradicciones. Algunos autores distinguen a la coherencia de la buena fe, invocando ambos conceptos como fundamentos de la doctrina de los actos propios que operan de forma autónoma e independiente. (p. 47)

Es pacífica la idea en doctrina de considerar tres presupuestos para la generación de esta figura: conducta vinculante, pretensión contradictoria e identidad de sujetos. Sin embargo, como toda regla, tiene límites y características de observancia en cada caso concreto. Por ejemplo, Padilla (2013) expone que la doctrina de los actos propios tiene carácter residual o subsidiaria, por lo que, si existe otra institución que explique la imposibilidad de contradicción de un sujeto, corresponderá aplicar esta en primer orden.

Así, aunada a su aplicación residual, también se ha señalado su aplicación especial, pues es probable que para una determinada situación puedan confundirse el abuso del derecho y la doctrina de los actos propios. Jaramillo (2012) refiere que ante la incoherencia o contradicción en el

⁶⁵ La norma civil peruana legitima ciertas conductas contradictorias. Por ejemplo, cuando el oferente se retracta de la oferta antes de ser aceptada por el destinatario (artículos 1374, 1384 y 1385 inciso 3 del Código Civil), cuando se revoca un poder o mandato (artículos 149, 151 y 1808 del Código Civil), entre otros supuestos de hecho.

comportamiento, defraudando la confianza, se debe aplicar la doctrina de los actos propios y no el abuso del derecho, salvo circunstancias especiales que ameriten la aplicación de esta última:

Es posible, *in abstracto*, que en un asunto determinado haga presencia el abuso, frente a lo cual fungirá de mero detonante de la contradicción y correlativamente del quiebre de la confianza, *quid del venire*. Ello obedece, precisamente, a que es un instituto de naturaleza singular, motivo por el cual se debe aplicar de preferencia al abuso del derecho, más general, y en ningún caso su fuente generatriz, desde luego cuando resulte aplicable, pues bien se sabe que la procedencia de este tipo de remedios es limitada y sujeta a precisas oportunidades. (p. 239)

En ese contexto, consideramos que la confusión radicaría en la fuente común de ambas figuras: la buena fe. Empero, con el propósito de diferenciarlas, Brenes (s.f.) sostiene que la buena fe, en la doctrina de los actos propios, se expresa en la conducta recta y sin contradicciones en las relaciones jurídicas; en cambio, la buena fe, en el abuso de derecho, implica la proscripción de ejercer los derechos subjetivos de manera abusiva, sin importar la inexistencia de norma expresa al respecto.

Finalmente, sostenemos que el ejercicio abusivo de derecho y la doctrina de los actos propios también se asemejan en los efectos del ejercicio de los derechos subjetivos. Bullard (2010) manifiesta que “la consecuencia lógica derivada del hecho que alguien pretenda contradecir su conducta anterior será que su pretensión -la misma que entrará en contradicción con la conducta previamente desarrollada- resultará desestimada por los tribunales, es decir, perderá todo amparo legal” (p. 61). Esta consecuencia puede ser válidamente replicada en el ejercicio abusivo de derecho, tratándose de una vulneración común al principio de la buena fe.

3.3. El ejercicio abusivo del derecho y el fraude a la ley

Picó (2003) sostuvo que el fraude a la ley aparece cuando el acto realizado al amparo del texto normativo persigue un resultado contrario al ordenamiento jurídico. Se manifiesta de forma subjetiva cuando hay una intención del fraude, razón por la cual el acto obtiene el carácter ilícito; y de forma objetiva cuando solo basta apreciar la vulneración indirecta de la ley. El citado autor también expone que en esta figura se presentan dos normas: una es la que pretende aplicarse (norma de cobertura), y la otra es la realmente aplicable (norma evitada con fraude).

Asimismo, el fraude a la ley también se plasma en el ámbito procesal. El fraude procesal constituye una de las conductas contrarias al principio de buena fe, usándose el engaño para obtener un

beneficio ilícito en perjuicio de terceros. La doctrina establece una distinción en el tratamiento de este instituto, comprendiéndolo como fraude en el proceso y fraude por el proceso. En el primer supuesto, la conducta fraudulenta se manifiesta en un acto procesal concreto en el trámite de la *litis*. Priori (2008), señala al respecto:

En estos casos el proceso se ha hecho con el firme propósito de demandar y existe contenido en él una verdadera y real controversia, sin embargo uno de los actos de ese proceso se realiza de manera fraudulenta sea por un acto unilateral (como cuando el demandado contesta sobre la base de hechos falsos o adulterando ciertos documentos) o por un acto bilateral o acuerdo ilícito (es el caso del peritaje obtenido por corrupción). (p. 334)

En el segundo supuesto, el fraude aparece con el proceso comprendido en su integridad, de tal manera que es usado para un fin ilícito con apariencia de legalidad, perjudicándose a terceros. Sobre este punto, Priori (2008) sostiene:

En este caso la sola existencia del proceso se funda en una conducta fraudulenta provocada sobre la base de crear una situación aparentemente conflictiva e iniciar un proceso con el propósito de beneficiarse de la legalidad que sus decisiones ofrecen para perjudicar a un tercero. Ello puede deberse al acuerdo entre las partes de iniciar un proceso en esas condiciones o al actuar de una de ellas creando toda una situación aparente y previa al proceso con el propósito de crear las condiciones para el inicio de un proceso posterior que es realizado no con el propósito de obtener una protección a sus situaciones jurídicas, sino lesionar ilícitamente el derecho de un tercero. (p. 334)

En cuanto a su relación con el ejercicio abusivo de derecho, Díez-Picazo (1992) refiere que ambas figuras presentan en común la desviación del ordenamiento jurídico, tratándose de evitar resultados injustos. Se diferencian, según el autor, en la presencia del derecho y daño en el caso del abuso del derecho; en cambio, en el fraude a la ley no se exigen estos elementos, sino la idea de deber jurídico de observancia de una norma específica.

3.4. La defensa sustantiva y procesal frente al ejercicio abusivo del derecho

3.4.1 Defensa sustantiva

Asumimos un criterio de defensa “sustantiva” frente al ejercicio abusivo de derecho, con base en la relación jurídica previa al proceso de ejecución de garantías. En sí misma, la relación jurídica es

un instituto del derecho que rige las vinculaciones humanas y las vinculaciones entre el hombre y seres no sensibles (Escobar, 1998). Aunque es discutible denominar relación jurídica a la vinculación entre el hombre y una cosa, queremos centrar nuestro estudio a aquella relación que une situaciones jurídicas subjetivas, esto es, el vínculo entre personas (intersubjetividad). En ese contexto, Arjona (2004) considera cinco elementos de la relación jurídica: vínculo, sujetos, situación jurídica, objeto y hecho generador.

Particular interés genera el análisis del hecho generador. Evidentemente, este elemento asume de manera amplia varios acontecimientos, como son los hechos jurídicos en sentido estricto, el acto jurídico y el negocio jurídico. Por ejemplo, el contrato de mutuo o crédito garantizado con hipoteca constituye el hecho generador de la relación jurídica sustantiva, que luego se plasmará en el proceso de ejecución de garantías reales. Sin embargo, alejándonos del plano conceptual y acercándonos al aspecto empírico, ¿qué situaciones pueden devenir en la relación sustantiva para alegarse el ejercicio abusivo de derecho?

Loutayf (2015) menciona que la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, en el caso “Burman”, permitió la discusión del abuso de derecho en un proceso de ejecución hipotecaria de un bien que era la vivienda familiar, sustentado en hechos notorios (variaciones en la política económica), teoría de la imprevisión y ejercicio regular de derechos. Para estos casos, ante una emergencia económica que imponga una desigualdad en el valor de las prestaciones en un contrato de ejecución continuada o periódica (por ejemplo, el contrato de mutuo), se está ante un evento imprevisible que atañe al hecho generador de la relación jurídica sustantiva. Por lo tanto, cualquier ejercicio de derecho que pretenda aprovecharse de esta situación perjudicial, podría considerarse abusivo al vulnerarse la buena fe.

La jurisprudencia citada permite recordar la relativización del principio *pacta sunt servanda*, dando lugar a la cláusula *rebus sic stantibus*, mediante la cual se “estipula que las obligaciones contractuales pactadas deben ser cumplidas estrictamente, con la condición de que se mantuviera el contrato como se pactó originalmente” (Ruiz, 2006, p. 155). En ese escenario, toda causa sobreviniente e imprevisible que modifique la base del contrato amerita su revisión y reformulación en aras del equilibrio entre las partes. Para tal fin, la teoría de la imprevisión, en nuestro sistema

jurídico, está contemplada en el artículo 1440 del Código Civil⁶⁶, habilitándose a la parte perjudicada para que pueda solicitar al órgano jurisdiccional una especie de reestructuración del negocio jurídico, pues implicará la reducción o aumento de la contraprestación. En caso no sea posible esta mutabilidad, se optará por la resolución del contrato. Atendiendo a lo señalado, no consideramos que la reducción o aumento de la contraprestación y la resolución de contrato sean puntos que puedan discutirse en un proceso de ejecución de garantías; sin embargo, sí es posible que el juez aprecie los hechos imprevisibles y extraordinarios para efectos de emitir una decisión arreglada a derecho y justicia.

Otra cuestión importante que se viene suscitando en estos tiempos, es la relacionada a los desahucios en España⁶⁷. El primer antecedente lo encontramos en el año 2013, cuando el caso de un obrero de origen marroquí, expulsado de su vivienda en Barcelona, originó el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, declarando que las cláusulas de vencimiento anticipado eran contrarias al derecho comunitario. De esa manera, en España se modificó el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a través de la Ley 1/2013, constituyendo un cambio sustancial porque, para activar la cláusula de vencimiento anticipado, se requerían tres cuotas impagadas, mas no una, como originariamente se había planteado (Gil, 2018). Sin embargo, esta norma no es aplicable retroactivamente, subsistiendo las cláusulas anteriores a la fecha de su entrada en vigor (15 de mayo del 2013).

Surge la duda sobre si es posible considerar a la cláusula abusiva dentro del campo del ejercicio abusivo de derecho. En torno al fundamento de la cláusula vejatoria o abusiva⁶⁸, se han generado dos posiciones: la primera asume a la cláusula abusiva dentro de la teoría del abuso del derecho, pues la imposición de la parte fuerte frente a la parte débil para alterar el equilibrio jurídico del

⁶⁶ Artículo 1440 del Código Civil.- “En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad. Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas”.

⁶⁷ Para mayor entendimiento, el desahucio es el acto con el que se despoja a una persona la posesión de un bien, en razón de un proceso de ejecución hipotecaria. También se le denomina lanzamiento.

⁶⁸ El primer párrafo del artículo 46 de la resolución SBS N.º 1765-2005, define a las cláusulas abusivas como “todas aquellas estipulaciones no negociadas que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio de los usuarios, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Se considera que una cláusula no se ha negociado cuando haya sido redactada previamente y el usuario no haya podido influir en su contenido”.

contrato constituye el ejercicio abusivo de la libertad contractual, y la segunda posición la encuadra en el principio de buena fe, exigiéndose que los contratantes actúen con honestidad, diligencia, lealtad, probidad y responsabilidad en todas las etapas del iter contractual (Posada, 2015).

En ambos casos, es posible contrastar el deber de las partes de actuar de manera correcta durante la vigencia de la relación sustantiva, evitando el beneficio indebido de uno a costa del perjuicio del otro, y proscribiendo el ejercicio abusivo de los derechos adquiridos a partir del perfeccionamiento del contrato. Al respecto, Arango (2016) sostiene que “cualquiera puede ser la causa del desequilibrio o conflicto: el abuso del derecho a contratar, la violencia, la inaplicación de una actitud recta y honrada, etc., pero solo una es causa de existencia de una cláusula abusiva” (p. 249). Sin que exista esta causa, puede predicarse un conflicto en la relación intersubjetiva, pero no una cláusula abusiva. Por eso, es importante el principio de la buena fe como determinador de las conductas transgresoras de los intereses individuales de las partes, y en tanto impone a la parte fuerte respetar la confianza otorgada por la parte débil respecto a un contenido justo del contrato celebrado.

Retomando el asunto de la problemática social en España a causa de los lanzamientos (ejecución de hipoteca) por cláusulas abusivas, el 26 de marzo del 2019 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dio respuesta a las cuestiones planteadas por el Tribunal Supremo de España y el juzgado de Primera Instancia número 1 de Barcelona a raíz de los litigios iniciados por Abanca Corporación Bancaria y Bankia contra sus clientes⁶⁹, partes vinculadas por la celebración de préstamos con garantía hipotecaria. La sentencia del TJUE aprueba que el juez utilice como remedio, frente a una cláusula abusiva de vencimiento anticipado, su sustitución por una prerrogativa de la legislación nacional, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pueda subsistir por la eliminación de la cláusula abusiva y la anulación íntegra del contrato sea perjudicial para el consumidor.

El Tribunal de Luxemburgo avala este criterio porque, de obligarse al juez a anular el contrato en su totalidad, el efecto inmediato es hacer exigible el saldo pendiente de devolución, siendo un

⁶⁹ En el caso de Abanca Corporación Bancaria, esta entidad desembolsó la suma ascendente a 100.000 euros a favor de su cliente (fijándose como plazo de devolución 30 años), pero el juez español determinó que era abusiva la cláusula que permitía el vencimiento anticipado del contrato y la exigencia de toda la deuda pendiente (incluyendo gastos e intereses) por el solo incumplimiento de una cuota. En cambio, en el proceso iniciado por Bankia tras el impago de 36 cuotas de un préstamo fijado a 37 años para la devolución, el juez declaró abusiva la cláusula de vencimiento anticipado que permitía a la entidad bancaria dar por vencido el préstamo si no se pagaba una, varias o todas las cuotas.

monto que, eventualmente, excedería la capacidad económica del deudor. Además, no constituiría una medida disuasoria, ya que la exigibilidad inmediata de lo adeudado perjudica más al consumidor que al prestamista. Sin embargo, la decisión del Tribunal, más que la sustitución de la cláusula abusiva, en la práctica, ha generado el archivamiento de las ejecuciones hipotecarias. Así, Missé (2019) informó para el diario “El País” un caso en particular:

Un juzgado de Mollet de Vallés (Barcelona) valoró que "no procede la continuación del procedimiento aplicándose supletoriamente norma de derecho nacional, habiendo ratificado su petición el consumidor de que se archive". El juez consideró que el impago de ocho cuotas "es nimio", pues sólo se había producido el incumplimiento del 1,54% del préstamo adeudado, por lo que estimó que la cláusula de vencimiento anticipado se "ha ejercitado de forma abusiva" y sobreseyó la causa.

Ante este escenario problemático, y en la espera del pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el legislador español emite la Ley 5/2019, Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, con entrada en vigor el dieciséis de junio del dos mil diecinueve, estableciendo la ampliación del plazo de tres a doce meses de incumplimiento en la primera mitad de vida del préstamo (o no pagarse el 3% del capital), y quince meses incumplidos en la segunda mitad (o no pagarse el 7% del capital) para permitirse el proceso de ejecución. Así, en la vía legal y jurisprudencial española se ha intentado frenar esta incidencia presentada en la relación material, protegiéndose a los consumidores frente al abuso del prestamista o ejecutante.

Como ha podido apreciarse a través de los ejemplos, existen situaciones negativas, producto del ejercicio abusivo del derecho, que se presentan en la relación sustantiva, específicamente en el hecho generador de la relación jurídica sustantiva, esto es, el contrato de mutuo o crédito garantizado con hipoteca. Sin duda alguna se pueden manifestar otros hechos, pero es necesario precisar que el ejercicio abusivo de derecho no solo se agota en esta etapa, sino que trasciende. Como veremos en el siguiente apartado, el proceso judicial es una instancia que también permite reconocer actuaciones contrarias a la buena fe comprendidas en la teoría del abuso del derecho, aunque ahora este presenta una connotación distinta.

3.4.2 Defensa procesal

Desde el marco del proceso de ejecución de garantías, el ejercicio abusivo de derecho asume otra connotación. Ya no es un abuso de derecho sustantivo, sino que se materializa en un abuso procesal,

y esto es válido porque el tema no es exclusivo del derecho civil (específicamente, responsabilidad civil), sino que, al pertenecer a la Teoría General del Derecho, resulta aplicable a cualquier rama del ordenamiento jurídico, derivando aspectos especiales según la rama a la que se haga referencia.

El abuso procesal es, en buena cuenta, toda conducta proveniente de las partes, el Juez y los auxiliares jurisdiccionales que lesiona la buena fe procesal, los deberes de lealtad y probidad en el ejercicio de las potestades, facultades, deberes y poderes de naturaleza procesal otorgados por el ordenamiento jurídico.

La conducta de las partes en el proceso constituye un tema cardinal para su buen desarrollo. La forma en la que los sujetos allí involucrados ejerciten sus derechos, deberes y poderes (conducta) debe orientarse conforme la finalidad que a cada uno de ellos el ordenamiento les ha reconocido y otorgado. Cuando el ejercicio del derecho, deber o poder se extralimita de ese marco, se configura un abuso. (Trigiani, 2017, pp. 3-4)

En el Código Procesal Civil peruano, específicamente el artículo IV del Título Preliminar⁷⁰, establece cómo debe ser la conducta de las personas intervinientes en un proceso judicial, y en caso no se cumpla con ello, el Juez está en la obligación de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria; también es recogido en el artículo 8 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁷¹. Se trata de un mandato general, aplicable a todo tipo de proceso (la norma no incluye excepciones), con un contenido claro, pero con sanciones que pueden variar en uno u otro caso, aspecto que será de apreciación por el juzgador. La labor judicial, ante estas situaciones, es la de declarar lo que es justo, y lo que no lo es, a partir de la valoración de los hechos y las pretensiones de las partes, siendo el proceso la instancia idónea para identificar conductas abusivas.

Determinar si una conducta se erige como trasgresora y abusiva del derecho es una labor propiamente jurídica, pues tiene lugar en el marco de un juicio, aspecto esencial de esta rama del conocimiento, y no encuentra razón de ser en la simple ley, que pertenecería a lo político. Fue cuando la ley, en tanto norma general y abstracta, resultó insuficiente para dar eficacia y

⁷⁰ Artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil.- “Las partes, sus representantes, sus abogados y, en general, todos los partícipes en el proceso, adecúan su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe”.

⁷¹ Artículo 8 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial.- “Todos los que intervienen en un proceso judicial tienen el deber de comportarse con lealtad, probidad, veracidad y buena fe. Los Magistrados deben sancionar toda contravención a estos deberes procesales, así como la mala fe y temeridad procesal”.

razón al actuar del sujeto que fue preciso adentrarse en el ámbito que resulta propiamente jurídico, esto es, en el juicio. (Miranda, 2016, p. 38).

Lógicamente, la conducta procesal se adecúa a deberes (lealtad, veracidad, buena fe) para conseguir el descubrimiento de la verdad sobre un determinado conflicto. El aparato jurisdiccional no debe ponerse en funcionamiento para solicitudes no conformes al ordenamiento jurídico, o lesivos al orden público y fines del proceso. Ante un contexto de antítesis de la moralización procesal (daño al proceso e injusticia) se requiere colocar en un segundo plano el principio dispositivo, con la finalidad de reforzar la idea de socialización y moralización al proceso, permitiendo adoptar las medidas correctivas en aras de una recta administración de justicia (Artavia & Picado, 2016).

En doctrina se han propuesto dos modalidades de abuso procesal: abuso con el proceso y abuso dentro del proceso. De forma resumida, el primero está referido, por ejemplo, al ejercicio abusivo del derecho de accionar. En cambio, el segundo consiste en un proceso iniciado válidamente, pero en su desarrollo se presentaron conductas abusivas. Interesa más que todo precisar la modalidad de abuso con el proceso, en tanto no solo comprende al ejercicio del derecho de acción, sino también, y de forma general, al derecho de acceso a la justicia o tutela jurisdiccional efectiva. Los mencionados derechos de incidencia procesal, al ser ejercidos de forma abusiva sin importar que haya mediado dolo o culpa, y ocasionando un daño, generan una consecuencia negativa que debe ser sancionada oportunamente.

Este tipo de abuso recaído en el sujeto activo (accionante), impide un resultado favorable para su interés ilegítimo. Artavia & Picado (2016) sostienen que, “sin caer en una casuística excesiva, podemos identificar como modalidades de abuso con el proceso a las demandas improponibles o proceso crasamente infundado, las demandas innecesarias, el proceso desviado, el fraude procesal y la estafa procesal” (p. 2). Los ejemplos citados denotan que el proceso es usado como un mecanismo para fines contrarios a la justicia, lealtad, buena fe, probidad y veracidad. En la opinión de Picó (2003), el abuso del derecho a litigar debe reducirse a su mínima expresión e identificarse excepcionalmente en el proceso, para no limitar de manera amplia el derecho a la tutela judicial efectiva.

En uno y otro caso, la imposición de medidas que neutralicen el ejercicio abusivo de derecho procesal exige que el Juez determine el cumplimiento de los presupuestos para su configuración, como son: a) conducta permitida por el ordenamiento jurídico; b) ejercicio contrario a los fines de

la norma, o a la buena fe, moral y buenas costumbres; c) daño ocasionado a otro sujeto. Como explicábamos anteriormente, cuando hacemos referencia a la conducta, esta debe ser entendida como una acción u omisión que expresamente sea acorde a la norma jurídica. El segundo elemento debe ser apreciado de forma objetiva, sin perjuicio de que en el proceso correspondiente en el que se reclame resarcimiento por los daños irrogados se verifique la intencionalidad del agente. Finalmente, sobre el tercer elemento, Loutayf (2004) ha sostenido lo siguiente:

Con relación al daño, el que justifica la aplicación del principio de la proscripción del abuso no es sólo el de carácter patrimonial que pueda sufrir alguna o ambas partes, sino que basta el daño procesal, es decir, la demora y el alargamiento de trámites, lo que también constituye un daño para la Administración de Justicia por la mayor atención jurisdiccional y el desgaste que ello conlleva. (p. 7)

Chiovenda (1954) sostiene que la buena fe asume las formulaciones genéricas de los deberes procesales, y son las siguientes: a) obligación de no sostener una tesis desprovista de fundamento; b) obligación de no sostener a sabiendas hechos contrarios a la verdad; c) obligación de conducirse con lealtad y corrección frente al juez y la contraparte. Conductas como las descritas en el derecho italiano, según el autor, ayudarían a identificar la mala fe procesal. Este aspecto, en la actualidad y para el caso peruano, no ha variado⁷², y por el contrario se reconocen expresamente los deberes procesales; ahora, lo que corresponde determinar es la sanción por un acto abusivo.

Monroy (1996) refiere que la imposición de deberes en la conducta procesal es la expresión del derecho público y la moralización del proceso, pues la sociedad tiene interés en la realización de un proceso civil correcto, expeditivo y adecuado. Como ya hemos precisado, el Título Preliminar del Código Procesal Civil recoge los principios de conducta procesal, y las medidas que puede adoptar el Juez para su cumplimiento se encuentran en el mismo cuerpo legal⁷³, o inclusive en la

⁷² Básicamente, los supuestos mencionados son similares a los comprendidos en el texto normativo del artículo 112 del Código Procesal Civil, en tanto recoge las conductas temerarias o de mala fe de las partes, abogados y apoderados en el proceso.

⁷³ “Artículo 52.- A fin de conservar una conducta procesal correspondiente a la importancia y respeto de la actividad judicial, los Jueces deben: 1. Ordenar que se suprima la frase o palabra expresada o redactada en términos ofensivos o vejatorios; 2. Expulsar de las actuaciones a quienes alteren su desarrollo. Si se trata de una de las partes, se le impondrá además los apercibimientos que hubieran sido aplicables de no haber asistido a la actuación; y 3. Aplicar las sanciones disciplinarias que este Código y otras normas establezcan”.

“Artículo 53.- En atención al fin promovido y buscado en el Artículo 52, el Juez puede: 1. Imponer multa compulsiva y progresiva destinada a que la parte o quien corresponda, cumpla sus mandatos con arreglo al contenido de su decisión. La multa es establecida discrecionalmente por el Juez dentro de los límites que fija este Código, pudiendo

Ley Orgánica del Poder Judicial⁷⁴. Más allá de la totalidad de medidas coercitivas que puedan imponerse, consideramos que la sanción idónea frente a un ejercicio abusivo del derecho de accionar es la de desestimar la demanda (por infundada o improcedente), sin perjuicio de la imposición de multas, costas y costos, y dejando a salvo el derecho del perjudicado para accionar judicialmente ante la responsabilidad civil por el daño causado⁷⁵.

Para el proceso de ejecución de garantías reales, somos de la opinión que también son aplicables estas medidas con la salvedad de analizar cada caso concreto, para efectos de imponer una sanción de manera proporcional al acto abusivo. A través de la contradicción, se pueden dar a conocer estas conductas, o en todo caso, el Juez en su calidad de director del proceso, también tiene el deber de adoptar decisiones que contrarresten los actos abusivos. Se cuestiona el deber de imparcialidad del juez si con el ejercicio de derecho de defensa no se alegan estos hechos; empero, concordamos con el criterio asumido por Picó (2012), por cuanto se requiere encontrar un relación de complementariedad entre el garantismo procesal y la eficacia de los derechos fundamentales que permita al Juez ejercer válidamente su facultad sancionadora, pues el “garantismo exacerbado puede originar la ineficacia del proceso, y la eficacia extrema puede propiciar la vulneración de las garantías básicas de la actividad del juez –con su deber de imparcialidad- y de las partes –con sus derechos a la defensa-” (p. 280).

3.5. El ejercicio abusivo del derecho en la jurisprudencia nacional y local

En la Casación N.º 2550-1999-La Libertad, publicada en el diario oficial “El Peruano” con fecha once de julio del dos mil, sobre un proceso de ejecución de garantías, la Corte Suprema indicó que si bien es cierto la Sala Superior había determinado que el inmueble materia de litis es de propiedad

reajustarla o dejarla sin efecto si considera que la desobediencia ha tenido o tiene justificación; y 2. Disponer la detención hasta por veinticuatro horas de quien resiste su mandato sin justificación, produciendo agravio a la parte o a la majestad del servicio de justicia. En atención a la importancia y urgencia de su mandato, el Juez decidirá la aplicación sucesiva, individual o conjunta de las sanciones reguladas en este Artículo. Las sanciones se aplicarán sin perjuicio del cumplimiento del mandato”.

⁷⁴ Artículo 9 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial.- “Los Magistrados pueden llamar la atención, o sancionar con apercibimientos, multas, pedidos de suspensión o destitución, o solicitar su sanción, de todas las personas que se conduzcan de modo inapropiado, actúen de mala fe, planteen solicitudes dilatorias o maliciosas y en general, cuando falten a los deberes señalados en el artículo anterior, así como cuando incumplan sus mandatos. Esta facultad comprende también a los abogados”.

⁷⁵ Sanción similar a lo establecido por el artículo 4 del Código Procesal Civil: “Concluido un proceso por resolución que desestima la demanda, si el demandado considera que el ejercicio del derecho de acción fue irregular o arbitrario, puede demandar el resarcimiento por los daños y perjuicios que haya sufrido, sin perjuicio del pago por el litigante malicioso de las costas, costos y multas establecidos en el proceso terminado”.

de la sociedad conyugal y ha sido gravado sin consentimiento del otro cónyuge, se trata de un argumento propio de una nulidad sustancial del título de ejecución, por lo que no debe ser tomado en cuenta para la contradicción. De esa manera, declara infundado el recurso de casación, no casa la resolución de vista que declaraba infundada la contradicción. Consideramos que la decisión se encuentra conforme a la norma procesal, específicamente el artículo 722 del Código Procesal Civil; sin embargo, se está permitiendo que mediante una resolución que adquiere calidad de cosa juzgada, se proceda a la ejecución forzada con el remate del bien otorgado en garantía, sin que esta haya sido constituida válidamente a sabiendas de la parte ejecutante. No nos parece que esto sea correcto desde el punto de vista de los fines del proceso.

En la Casación N.º 251-1998-Lima, de fecha veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, se resolvió un litigio iniciado por Banco Continental contra Consorcio Papelero S.A. sobre obligación de dar suma de dinero (se toma en cuenta por tener reglas comunes al proceso de ejecución de garantías). En esta resolución, la Corte Suprema estableció que “las liquidaciones efectuadas por las empresas emanan de un acto unilateral y por tanto arbitrario, que no califican por sí solas como títulos ejecutivos, pues la ley y la doctrina reservan esa calidad a determinadas situaciones convencionales, en cuya formación siempre tiene intervención el obligado”. Asimismo, indicó que solo tienen mérito ejecutivo en el proceso de ejecución de garantía real porque se presenta copulativamente con otros documentos requeridos en la Ley. Concuero en el hecho de que sí es posible que se generen abusos a partir de la liquidación, porque es el acreedor quien lo elabora unilateralmente, pero debería existir una causal de contradicción destinada a desvirtuarla. Tampoco es válido sostener que por ser elaborado unilateralmente esta necesariamente es arbitraria, o que ello sea razón suficiente para la pérdida de mérito ejecutivo. Así, por ejemplo, el artículo 688 del Código Procesal Civil regula que el documento impago de renta por arrendamiento es título ejecutivo, y este es elaborado por el arrendador unilateralmente; de igual forma, las liquidaciones para cobranza realizadas por las AFP's también tienen mérito ejecutivo, y no se les excluye por devenir de un acto unilateral. Por ello, es un craso error indicar que el mérito ejecutivo se reserva al documento en donde participe el acreedor y deudor.

En la Casación N.º 1969-1998-Sullana, publicada el veintiocho de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, se resolvió un litigio iniciado por Banco Continental contra José Alejandro Rugel Pacherez sobre ejecución de garantía hipotecaria. El cuestionamiento se centró en no haberse

presentado una tasación actualizada del bien inmueble otorgado en garantía. La Corte Suprema indicó que no era necesario porque ya se había convenido el valor actualizado del bien; sin embargo, precisa que a la fecha de la demanda, habían transcurrido dos años y dos meses desde la tasación convencional, por lo que, pese a haberse superado los dos años para ser considerada como actualizada, esta regla no es rigurosa, más aun si las partes efectuaron la tasación en moneda extranjera, y su valor se ha incrementado. Al respecto, sostenemos que la tasación actualizada debe apreciarse en cada caso conforme a sus particularidades para efectos de evitar abusos por parte de la entidad ejecutante, pero en este caso la Corte Suprema incurre en una motivación insuficiente, pues el solo hecho que se haya fijado el valor del bien en moneda extranjera no es por sí solo válido para considerarlo “actualizado”, al existir otros factores en el mercado que determinan el valor de un bien. Así, se evitaría generar un perjuicio económico al ejecutado, pues producto del remate se conseguiría un monto menor al que realmente corresponde.

En la Casación N.º 3147-1998-La Libertad, de fecha uno de junio de mil novecientos noventa y nueve, se resolvió el litigio iniciado por Banco Internacional del Perú (Interbank) contra Industrias Vegetales Sociedad Anónima, sobre ejecución de garantías. En este proceso, se emitió mandato ejecutivo por la suma de ciento tres mil quinientos sesenta y ocho dólares americanos con sesenta y ocho centavos de dólar (capital e interés); sin embargo, se menciona en la resolución casatoria que la ejecutada contradijo señalando que en realidad solo debía la suma de sesenta y siete mil doscientos cuatro dólares americanos con ochenta y ocho centavos de dólar, a raíz de un acuerdo plasmado en Escritura Pública con el acreedor, y este último, al absolver la contradicción, aceptó lo alegado y presentó una nueva liquidación de saldo deudor. Frente a los actuados procesales, la Corte Suprema declara fundado el recurso de casación interpuesto por la ejecutada, nula la sentencia de vista, nulo todo lo actuado e improcedente la demanda, sosteniendo que no existe correspondencia entre el estado de cuenta de saldo deudor que sirvió de base para emitir el mandato ejecutivo y el título de ejecución, y aun cuando el Banco haya tratado de variar la liquidación, “no puede admitirse una corruptela procesal como lo que ha sido tolerada por las instancias de fallo”. Consideramos que el término usado por la judicatura para anular todo lo actuado y declarar la improcedencia de la demanda, se refiere al abuso de derecho del ejecutante (recordemos la locución latina *Abusus non est usus, sed corruptela*, que equivale al español como el abuso no es uso sino corruptela); empero, no cita la norma jurídica que sustenta la improcedencia de la demanda, pues no amparó la contradicción ni tampoco existe una causal específica que subsuma lo alegado. Por

ello, debe entenderse que es una sanción por la conducta abusiva de la ejecutante al presentar un estado de cuenta de saldo deudor incompatible con el título de ejecución a sabiendas que se adeudaba un monto menor.

En la Casación N.º 1123-2000-Ica, de fecha veinticinco de octubre del dos mil, se trató el proceso iniciado por el Banco de Crédito del Perú-Sucursal de Ica contra Francisco Alejandro Paredes Morales sobre ejecución de garantías reales. Dentro del proceso, el ejecutado contradijo el mandato ejecutivo sustentándose en la causal de inexigibilidad de la obligación, indicando que ha realizado pagos parciales que no han sido tomados en cuenta en la liquidación. La primera instancia declaró fundada la contradicción e improcedente la demanda, decisión que fue confirmada por la Sala Superior. La Corte Suprema, por su parte, sostuvo que “las instancias de mérito, haciendo uso de la actividad judicial de la valoración de prueba bajo las reglas de la sana crítica, pueden ordenar la deducción de dichos pagos al realizarse el pago de la deuda total a la entidad ejecutante”; de esa manera, declaró fundado el recurso de casación interpuesto por la ejecutante, nula e insubsistente la resolución impugnada y ordenó se expida nueva resolución. En nuestra opinión, la Corte Suprema varía su criterio contenido en la Casación N.º 3147-1998-La Libertad, y ahora decide que se deduzcan los pagos al realizarse el pago de la deuda total a la ejecutante, empero, no solo no ha tenido en cuenta que no existe causal de contradicción sobre “extinción parcial de la obligación”, sino que tampoco valora la conducta de la ejecutante al no informar sobre dichos pagos y pretendiendo validarlos en un proceso ejecutivo. Evidentemente, esta es una conducta abusiva que debe sancionarse: si no es con la improcedencia de lo pretendido, mínimamente la imposición de una sanción pecuniaria (multa) y apercibimientos pertinentes para no incurrir en la misma conducta.

En la Casación N.º 1540-98-Lima, de fecha catorce de octubre de mil novecientos noventa y ocho, se advierte las actuaciones del proceso sobre ejecución de garantías reales iniciado por Banco Continental contra Carlos David Malone Salinas. El ejecutado sustentó su contradicción en que el banco ejecutante no cumplió con adjuntar a su demanda la tasación comercial actualizada del inmueble dado en garantía, declarándose infundada en primera y segunda instancia. La Corte Suprema señaló que en la cláusula octava del testimonio de escritura pública (título ejecutivo) las partes convinieron en tasar el inmueble en la suma de setenta y seis mil ochocientos noventa y cuatro dólares americanos, y si bien es cierto el numeral 4 del artículo 720 del Código Procesal

Civil regula que no será necesaria la presentación de una nueva tasación si las partes han convenido el valor del bien inmueble, también lo es que ello rige mientras se trate de una valoración actualizada, lo que no ocurrió en este caso por su antigüedad. Se declaró fundado el recurso de casación, nula la sentencia de vista y todo lo actuado hasta el estado en que se provea la demanda según lo considerado. Al respecto, coincidimos en la apreciación de la Corte Suprema, pues es común que la parte ejecutante, abusando del pacto contenido en el título ejecutivo y lo regulado en el artículo 720 numeral 4 del Código Procesal Civil, no presente una tasación actualizada, y por el contrario, pretenda prevalecer una valoración antigua que, por el paso del tiempo, ha ido variando de acuerdo a diversos factores. Sin lugar a dudas, en el supuesto de una subasta pública, el deudor que ha otorgado la garantía real se vería afectado por un valor que no corresponde al de su bien inmueble, conllevando inclusive a que no se pueda cubrir el íntegro de lo adeudado.

En el expediente 00885-2016, tramitado ante el Octavo Juzgado Civil sub especialidad Comercial de la Corte de Justicia de Lambayeque, Scotiabank Perú S.A.A. inició un proceso de ejecución de garantías contra Cristian Bernardo Becerra Carrasco y Sonia María Carrasco Balarezo. El mandato ejecutivo fue por la suma de US\$ 61,325.61 (sesenta y un mil trescientos veinticinco con 61/100 dólares americanos), más intereses (compensatorios y moratorios); la parte ejecutada presentó su contradicción sustentada en la inexigibilidad de la obligación y nulidad formal del título, y respecto a la primera, indicó que había cancelado la cuota número sesenta y cuatro con fecha trece de octubre del dos mil dieciséis (posterior a la carta notarial que daba por vencidos los plazos y resolvía el contrato), por lo que la obligación no se encontraba vencida al tratarse del pago de una cuota y no de un abono parcial. El *A Quo* declaró fundada contradicción sustentada en la causal de inexigibilidad de la obligación mediante auto final de fecha veintitrés de abril del dos mil dieciocho, exponiendo que “el vencimiento anticipado de todas las cuotas originalmente adoptado por la entidad ejecutante quedó sin efecto atendiendo a su propio comportamiento, pues si bien no está impedida de recibir pagos parciales a cuenta de la obligación adeudada, para mantenerse coherente con su posición, debió imputar estos pagos al total de la liquidación y no a las cuotas originalmente pactadas (...) (pues) al imputar los pagos al cronograma original otorgó nueva vigencia a este, debiendo respetarse sus plazos, hasta que, ante un nuevo incumplimiento de ejecutado, la ejecutante proceda conforme a lo pactado”. En su argumentación aplicó la doctrina de los actos propios y el artículo 1362 del Código Civil (buena fe, comportamiento leal y correcto de los sujetos intervinientes). Siendo apelada, la Segunda Sala Civil confirma la decisión de primera instancia

mediante auto de vista de fecha diecisiete de septiembre del dos mil dieciocho (con tres votos a favor y dos en discordia). El Colegiado replica la doctrina de actos propios para resolver la *litis*, pero refiere como cuestión adicional que el pagaré que acredita la obligación fue llenado con fecha anterior a la resolución de contrato (dos años antes), y por lo tanto, no se respetaron los acuerdos adoptados por las partes; este aspecto también fue advertido por el Dr. Carrillo Mendoza en su voto singular, pero calificándolo como ejercicio abusivo de derecho.

Según nuestro criterio, si bien es cierto es discutible que al caso concreto pueda aplicarse la doctrina de los actos propios, pero sí se advierte un ejercicio abusivo de derecho por la entidad ejecutante, al iniciar un proceso de ejecución cuando su comportamiento denotaba la vigencia de la obligación pactada en el contrato de mutuo respectivo. Esto es, tiene el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, siempre y cuando esta se ejerza conforme a su cauce regular; empero, su ejercicio respondió a un ánimo deliberado del cobro íntegro de la deuda, sin considerar que la parte ejecutada venía cumpliendo con pagar las cuotas antes del inicio del proceso, imputándose los pagos al cronograma original (según los vouchers que se adjuntaron en el escrito de contradicción). La ejecutante, con su comportamiento anterior al proceso, denotaba la voluntad de desconocer su propia carta notarial de vencimiento de plazos y resolución de contrato, razón por la cual la pretensión ejecutiva no tenía sustento fáctico.

3.6 Propuesta de interpretación de norma

El artículo 722 del Código Procesal Civil⁷⁶—aplicable solo al proceso de ejecución de garantías—plantea la remisión a las disposiciones generales para contradecir el mandato de ejecución. Entonces, el artículo 690-D de la norma citada contiene las causales específicas para la contradicción que ejercerá oportunamente la parte ejecutada. Si en un proceso de ejecución de garantías reales el ejecutado plantea argumentos alejados a las causales estrictamente contempladas por la Ley procesal, la consecuencia será el rechazo liminar de este acto procesal de defensa.

El sentido de esta regulación se condice con el favorecimiento al ejecutante para ver satisfecha su acreencia en el menor tiempo posible. De manera indirecta también sería positiva para mejorar las condiciones en el otorgamiento de un crédito (por ejemplo, a menor riesgo, menores tasas de interés). Sin embargo, ¿ello justifica válidamente la limitación del derecho de defensa del

⁷⁶ Artículo 722 del Código Procesal Civil.- “El ejecutado, en el mismo plazo que tiene para pagar, puede contradecir con arreglo a las disposiciones generales”.

ejecutado? No negamos que la parte ejecutante, en muchos casos, ejerce con buena fe y honestidad el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para materializar su interés económico. Sin embargo, en no pocos casos puede abusar de este derecho subjetivo, conociendo la situación jurídica del ejecutado a raíz de la perjudicial limitación legal del texto normativo del artículo 690-D del Código Procesal Civil.

En ese contexto, consideramos que el legislador ha regulado específicamente el proceso de ejecución de garantías para favorecer el cobro célere de lo adeudado al acreedor, a costa de dejar casi en la indefensión a la parte ejecutada, lo cual no solo es desproporcionado e irrazonable, sino también inconstitucional.

Desde el punto de vista de la efectividad, el ejecutado no puede defenderse ampliamente lo cual ya es un gravísimo problema que vulnera la Constitución. La situación es aún peor porque la legislación de derecho material, que distribuye y otorga posiciones jurídicas de ventaja y desventaja, permite un número mayor de defensas que la propia legislación procesal. De ello resulta que esta última está construida a espaldas de la primera, cuando en realidad debería reflejarla. (Cavani, 2014, p. 298)

Frente al desequilibrio advertido, no proponemos que la contradicción en el proceso de ejecución de garantías pierda su naturaleza cognitiva sumaria y se reemplace por una de cognición amplia (para sostener, por ejemplo, la nulidad de acto jurídico), pues de ser así ya no tendría mayor razón de ser el proceso ejecutivo. Sugerimos que, solo en casos excepcionales y cuando amerite, se pueda alegar el ejercicio abusivo de derecho del ejecutante y este pueda ser declarado y sancionado por el juez. Indistintamente de si corresponde subsumir al ejercicio abusivo de derecho en una de las causales de contradicción o valorarlo en forma aislada, el juzgador tiene el deber de reprimir esta conducta y no guiarse estrictamente por la literalidad de lo regulado en el artículo 690-D del Código Procesal Civil. Si la Constitución no ampara el abuso del derecho, con mayor razón las normas de inferior jerarquía lo repulsan.

Para ello, es necesario establecer dos métodos de interpretación jurídica: extensiva y sistemática. La primera “implica atribuir a un término legal un elevado número, sino el máximo, de acepciones permitidas por su tenor literal, que, y es preciso insistir en ello, no puede ser rebasado en ningún caso” (Ramón, 2014, p. 134). En cambio, la segunda “es la que busca extraer del texto de la norma un enunciado cuyo sentido sea acorde con el contenido general del ordenamiento al que pertenece”

(Anchondo, 2012, p. 41). Alejos (2018) refiere que no se puede eludir la interpretación sistemática, pues la norma jurídica no es un mandato solitario ni tampoco denota por sí solo los pilares del ordenamiento jurídico.

El artículo 690-D del Código Procesal Civil debe interpretarse, desde el método extensivo, como una contradicción que comprenda el ejercicio abusivo de derecho, atendiendo a que esta figura resulta de aplicación general en los procesos judiciales (no excluye al proceso de ejecución de garantías), y configura el límite en el ejercicio de derechos subjetivos de naturaleza sustantiva y procesal, situación que no puede ser tolerada por el órgano jurisdiccional. Por su parte, la interpretación sistemática del mencionado artículo conlleva a no restringirse a su literalidad, sino verificarse la complementariedad con otras normas del ordenamiento jurídico, como es el artículo II del Título Preliminar del Código Civil y artículo 103 de la Constitución. Ante las deficiencias en la legislación, el juez no debe recaer en ellas; por el contrario, debe emplear las herramientas con las que cuenta para alcanzar la finalidad concreta y abstracta del proceso.

Identificado el ejercicio abusivo de derecho, el juez cuenta con herramientas para eliminar sus efectos. El artículo II del Título Preliminar del Código Civil regula que, al demandarse indemnización o cualquier otra pretensión, “el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”, lo que en buena cuenta significa que el accionante puede solicitar al órgano jurisdiccional la eliminación del abuso de manera provisional hasta la emisión de la decisión judicial definitiva. Sin embargo, tratándose de un proceso de ejecución de garantías reales en donde es el ejecutado quien recibe los efectos negativos del ejercicio abusivo de derecho del ejecutante, es aquel quien debe advertir tal situación en la formulación de la contradicción. Con ello, esta oposición puede ampararse si es que es relacionada con alguna de las causales del artículo 690-D del Código Procesal Civil, o en todo caso, el juez puede disponer la nulidad de lo actuado y el archivamiento del expediente.

Asimismo, el juez puede emplear otras sanciones de connotación económica, como la multa a la parte, abogado o apoderado que actúe de mala fe, de conformidad con el artículo 110 del Código Procesal Civil. Con una actuación abusiva también se genera la posibilidad que la parte ejecutante sea demandada por responsabilidad civil ante los daños generados a la parte ejecutada dentro del proceso ejecutivo. ¿Qué ocurre si no se formula contradicción? Cuando la parte ejecutada no se apersona al proceso, o lo hace tardíamente, nada impide que el juez sancione el ejercicio abusivo

de derecho, pues en su calidad de director del proceso se le han reconocido legalmente las facultades para sancionar y prevenir este tipo de conductas, salvo que no existan suficientes elementos para determinar esta situación. Por ello, es trascendental superar los formalismos para alcanzar un debido proceso sustantivo, entendido según Gozaini (citado en Blancas, 2014) como “el derecho a la justicia lograda en un procedimiento que supere las grietas que otrora lo postergaron a una simple cobertura del derecho de defensa en juicio. No estaremos hablando más de reglas, sino de principios” (p. 199). Solo de esta manera se estarán salvaguardando los derechos de la parte ejecutada ante el ejercicio abusivo de derecho del ejecutante en un proceso de ejecución de garantías reales.

III. CONCLUSIONES

- 1) El proceso de ejecución de garantías reales, vertiente del género “proceso único de ejecución”, busca hacer efectivo el derecho de crédito del ejecutante a través de la ejecución forzada del bien otorgado en garantía, siendo el título ejecutivo de naturaleza compleja, pues está conformado por el documento que contiene la garantía real y el estado de cuenta de saldo deudor. Una vez emitido el mandato ejecutivo, el ejecutado puede pagar el monto adeudado o formular contradicción en el plazo de tres días, y en caso se configure la segunda opción, solo podrá sustentar su defensa en las causales establecidas en el artículo 690-D del Código Procesal Civil.
- 2) En la relación jurídica sustantiva (acreedor-deudor) se precisa la celebración del contrato de mutuo, causa lícita y la constitución de la garantía real, obteniéndose situaciones potencialmente negativas para los involucrados, sobre todo para los deudores, quienes asumen la afectación de su propiedad. En la relación jurídica procesal, se requiere que el debido proceso no sea comprendido como excesiva formalidad, sino como un derecho humano que respete la dignidad de la persona, alcanzando un estándar de justicia que proteja al ejecutado del ejercicio abusivo del derecho del ejecutante. Las consecuencias de afrontar el proceso judicial pueden ser de carácter patrimonial o extrapatrimonial; y las formas de advertir el perjuicio al ejecutado dentro del proceso, pueden ser desde el ejercicio del derecho de defensa a través de la contradicción, o a través del uso de la facultad jurisdiccional de pruebas de oficio.
- 3) El ejercicio abusivo de derecho es un principio general del derecho ligado al principio matriz de la buena fe, consagrado en el artículo 103 de la Constitución peruana y artículo II del Título Preliminar del Código Civil. El acto ilícito se puede presentar en el hecho generador de la relación sustantiva (contrato de mutuo o crédito garantizado con hipoteca) o en el proceso de ejecución de garantías, cuando se pone en funcionamiento el aparato jurisdiccional para solicitudes no conformes al ordenamiento jurídico, o lesivos al orden público y fines del proceso. En la jurisprudencia nacional y local se aprecian situaciones configurativas del ejercicio abusivo de derecho, como es la realización de las liquidaciones de saldo deudor por parte de las entidades bancarias, tasaciones convencionales desactualizadas, ejecución de una garantía que no fue constituida válidamente, o inicio del

proceso ejecutivo cuando la obligación aún estaba vigente, situaciones que fueron sancionadas con el archivamiento del proceso o la nulidad de lo actuado.

- 4) El desequilibrio en el proceso de ejecución de garantías reales en perjuicio del ejecutado se supera a partir de interpretar el artículo 690-D del Código Procesal Civil desde el método extensivo y sistemático, como una contradicción que comprenda el ejercicio abusivo de derecho, atendiendo a que esta figura resulta de aplicación general en los procesos judiciales (no excluye al proceso de ejecución de garantías), y configura el límite en el ejercicio de derechos subjetivos de naturaleza sustantiva y procesal, situación que no puede ser tolerada por el órgano jurisdiccional.

LISTA DE REFERENCIAS

LIBROS

1. Alvarado, A. (2004). *Debido proceso versus pruebas de oficio*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
2. Álvarez, J. (2015). *Derechos reales*. Lima, Perú: Jurista editores.
3. Carrión, J. (2009). *Tratado de derecho procesal civil*. Volumen V. Lima: Editorial Grijley.
4. Castillo, M & Sabroso, R. (2017). *La teoría de los actos propios*. Lima, Perú: Instituto Pacífico.
5. Chiovenda, G. (1954). *Instituciones de derecho procesal civil*. Madrid, España: Editorial Revista de derecho privado.
6. Espinoza, J. (2003). *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
7. Fernández Sessarego, C. (1992). *Abuso del derecho*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
8. Gutiérrez, W. & Castro, N. (2007). Definición de mutuo. En s.n. (Ed.), *Código Civil Comentado* (pp. 443-445). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
9. Mesinas, F. (Ed.).(2008). *El proceso civil en su jurisprudencia*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.
10. Moisset, L. (2002). El abuso del derecho. En Tinti, G. (Ed.), *El abuso en los contratos* (pp. 23-43). Buenos Aires, Argentina: Editorial Ábaco De Rodolfo Depalma.
11. Monroy, J. (1996). *Introducción al proceso civil*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
12. Morales, J. (2005). *Instituciones de derecho procesal*. Lima, Perú: Palestra Editores.
13. Picó I Junoy, J. (2003). *El principio de la buena fe procesal*. Barcelona, España: J.M. Bosch Editor.
14. Rubio, M. (2008). *El título preliminar del Código Civil*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

REVISTAS & ARTÍCULOS

15. Ariano, E. (2016). La ejecución de garantías reales en el Perú. Antecedentes olvidados y perspectivas de reformas. *Docentia et Investigatio*. Vol. 18(N.º 1), 79-103.

16. Ariano, E. (2017). Sobre la función de la (llamada) contradicción del proceso de ejecución. *Actualidad Civil*. N.º 37, 5-7.
17. Bueno, M. (2017). La problemática de la ejecución de garantías reales en el Perú. En s.n. (Ed.), *El proceso de ejecución de garantías en el derecho peruano, problemas y soluciones* (pp.69-94). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
18. Casassa, S. (2012). *La sumarización y nuestro indebido proceso de ejecución*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
19. Castillo, L. (2010). El significado iusfundamental del debido proceso. En s.n. (Ed.), *El Debido Proceso, estudios sobre derechos y garantías procesales* (pp. 9-31). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
20. Castillo, M. (2008). La constitución de garantía en la nueva Ley de Garantía Mobiliaria. *Ius et Praxis*. N.º 38-39, 63-74.
21. De Trazegnies, F. (2005). La verdad construida: algunas reflexiones heterodoxas sobre la interpretación legal. *Themis*, N.º 51, 31-42.
22. Espinoza, J. (2007). Ejercicio abusivo del derecho. En W. Gutiérrez. (Ed.), *Código Civil comentado* (pp. 22-29). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
23. Franciskovic, B. (2017). El principio de contradicción, el derecho de contradicción y la mal denominada “contradicción” en el proceso de ejecución. *Actualidad Civil*. N.º 37, 29-40.
24. García, S. (2017). La muerte de la buena fe: reflexiones en torno al rol de la buena fe en el derecho comparado. *Actualidad Civil*, N.º 37, 113-134.
25. Hurtado, M. (2017). La contradicción (rectius, oposición) en los procesos de ejecución. En s.n. (Ed.), *El proceso de ejecución de garantías en el derecho peruano, problemas y soluciones* (pp.43-67). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
26. Hurtado, M. (2014). Proceso de Ejecución de Garantía Hipotecaria ¿La Cobertura de la Hipoteca tiene como Límite al Monto del Gravamen?, *Derecho y sociedad*, s.n., 132-137.
27. Juanes, N. (2012). La causa del contrato. *Revista de la facultad*, Vol. III, N.º 51, 39-52.
28. Ledesma, M. (2010). Reglas actuales del proceso de ejecución en el Código Procesal Civil. En M. Torres (Ed.), *Manual de Actualización Civil y Procesal Civil* (pp.35-81). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
29. Obando, R. (2017). El abuso de derecho y la buena fe: principios generales del derecho. *Actualidad Civil*, N.º 37, 91-99.

30. Piazza, W. (2017). La regulación legal y los principales términos económicos en los contratos de préstamos modernos. *Actualidad Mercantil*. N.º 5, 39-52.
31. Sevilla, P. (2017). La ejecución de garantías: ¿acción real o personal? *Actualidad Civil*, N.º 42, 251-263.
32. Sevilla, P. (2017). Medida cautelar fuera del proceso y su formalización. *Actualidad Civil*, N.º 37, 49-60.
33. Zuzman, S. (2005). La buena fe contractual. *Themis*, N.º 51, 19-29.

REVISTAS & ARTÍCULOS ELECTRÓNICOS

34. Alejos, E. (2018, marzo, 06). ¿Sabes cuáles son los catorce métodos de interpretación jurídica? *Legis.pe*. Recuperado de <https://legis.pe/sabes-cuales-los-catorce-metodos-interpretacion-juridica-legis-pe/>
35. Anchondo, V. (2012). Métodos de interpretación jurídica. *Quid Iuris*, Vol. 16, 33-58. Recuperado de <https://biblat.unam.mx/hevila/Quidiuris/2012/vol16/3.pdf>
36. Arango, M. (2016). La causa jurídica de las cláusulas abusivas. *Estudios Socio-Jurídicos*. Vol. 18(N.º 1), 241-264. Recuperado de <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/4417/3188>
37. Arjona, C. (2004). Teoría general de la relación jurídica. En M. Atienza (Ed.), *Teoría del derecho y filosofía del derecho* (pp. 1-8). Madrid, España: Iustel. Recuperado de http://proxymy.esade.edu/gd/facultybio/publicos/1401458808507_1334246420575Teoria_general_de_la_relacion_juridica.pdf
38. Artavia, S. & Picado, C. (2016). Derechos y garantías de las partes y poderes del juez. *Master lex*. Recuperado de http://www.masterlex.com/descargas/PuntoJuridico/2016/.../Curso_Derechos_partes_Juez.pdf
39. Artavia, S. & Picado, C. (2016). El abuso procesal. *Master lex*. Recuperado de http://www.masterlex.com/descargas/PuntoJuridico/2016/Junio/Curso_%20Abuso_%20Fraude_Procesal.pdf
40. Betancourt, C. (2012). *Las operaciones bancarias activas en el Perú*. Lima. Recuperado de:

- [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/05EDEE22BF2868E005257A940076FB5B/\\$FILE/contratos_bancarios.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/05EDEE22BF2868E005257A940076FB5B/$FILE/contratos_bancarios.pdf)
41. Blancas, C. (2014). El amparo contra resoluciones judiciales. *Pensamiento Constitucional*, N.º 19, 193-206. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/12524>
 42. Brenes, T. (s.f.). La doctrina de los actos propios ¿modalidad de abuso procesal? *Brenesariasabogados*. Recuperado de <http://www.brenesariasabogados.com/contenido/wp-content/uploads/2016/10/la-doctrina-de-los-actos-proprios.pdf>
 43. Bullard, A. (2010). Los fantasmas sí existen: La doctrina de los Actos Propios. *Revista Ius et Veritas*, número 40, 50-62. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12140>
 44. Cárdenas, C. (2018, septiembre, 13). El proceso único de ejecución y sus principales características. *Legis.pe*. Recuperado de <https://legis.pe/proceso-unico-ejecucion-caracteristicas/>
 45. Cavani, R. (2014). Incoherencias del proceso de ejecución peruano: causales de contradicción y suspensión de la ejecución. Análisis desde el derecho fundamental a la tutela efectiva, adecuada y tempestiva. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N.º 14, 289-308. Recuperado de https://www.academia.edu/7557721/Proceso_de_ejecuci%C3%B3n_causales_de_contradici%C3%B3n_y_suspensi%C3%B3n_de_la_ejecuci%C3%B3n
 46. Correia, L. (2017). El dispositivo: un principio evanescente. *Revista de la Maestría en derecho procesal de la PUCP*. Vol. 07(N.º 2), 28-82. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/19693/19775>
 47. Díez-Picazo y Ponce de León, L. (1992). El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil Español y el problema de sus recíprocas relaciones. *Revista Ius et Veritas*, número 5, 5-14. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15338/15799>
 48. Escobar, F. (1998). El derecho subjetivo. Consideraciones en torno a su esencia y estructura. *Revista Ius et Veritas*, número 16, 280-298. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15781>

49. Escobar, F. (1998). Contribución al estudio de la relación jurídica-intersubjetiva. *Themis*, N.º 38, 15-30. Recuperado de http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art40.PDF
50. Espinoza, J. (2015). Sobre los denominados actos ilícitos dañosos. *Revista Ius et Veritas*, número 51, 116-122. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/15655/16092>
51. Fernández Fernández, C. (2017). La teoría de los actos propios y su aplicación en la legislación peruana. *Revista LUMEN*, número 13, 51-59. Recuperado de <http://www.unife.edu.pe/publicaciones/revistas/derecho/Lumen13/LA%20TEORIA%20E%20LOS%20ACTOS%20PROPIOS%20Y%20SU%20APLICACION.pdf>
52. Loutayf, R. (2004). El abuso procesal. “*Anales*” de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, tomo XLIII, 01-18. Recuperado de <http://www.riaj.com/sites/default/files/Abuso%20Procesal%20Argentina.pdf>
53. Loutayf, R. (2015, 17 de junio). Abuso del derecho. *Jurisprudencia Argentina*. Recuperado de www.acaderc.org.ar/abuso-del-derecho/at_download/file
54. Mejorada, M. (2004). La propiedad y el bien común. *Revista foro jurídico*, número 03, 128-131. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/viewFile/18345/18588>
55. Miranda, D. (2016). Hacia una delimitación del abuso del Derecho a partir de sus fundamentos. *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, N.º 44, 31-40. Recuperado de <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5144/documento/art02.pdf?id=6820>
56. Missé, A. (5 de mayo de 2019). Los jueces españoles empiezan a archivar desahucios tras la sentencia europea. *El País*. Recuperado de https://elpais.com/economia/2019/05/04/actualidad/1556967094_109510.html
57. O’Neill, C. (2005). “El cielo de los conceptos jurídicos” versus la solución de problemas prácticos. A propósito de la doctrina de los actos propios. *Themis*, N.º 51, 43-55. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/viewFile/8789/9178>
58. Pabón, C. & Mora, A. (2014). Límites al ejercicio abusivo del derecho de retracto. Inconstitucionalidad en la sobreprotección del consumidor. *Revista Con-texto*, número 41, 67-86. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/3853/4108>

59. Padilla, R. (2013). Por una correcta aplicación de la doctrina de los actos propios. *Revista Chilena de derecho privado*, N.º 20, 135-183. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722013000100004
60. Pasco, A. (2018, noviembre, 27). La escritura pública en el contrato de hipoteca: ¿formalidad solemne? A propósito del Encuentro Jurisdiccional Nacional de Jueces en Materia Civil. *Legis.pe*. Recuperado de <https://legis.pe/escritura-publica-hipoteca-formalidad-solemne/>
61. Peyrano, Jorge W. (1992). El abuso de derecho en el ámbito del proceso civil. *Revista de derecho Themis*, número 27-28, 19-27. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5109828>
62. Picó I Junoy, J. (2012). El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. *Revista Derecho y Sociedad*, número 38, 274-280. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13126/13737>
63. Posada, C. (2015). Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano. *Revista de derecho privado*. N.º 29, 141-182. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4328/5081>
64. Priori, G. (2008). El principio de la buena fe procesal, el abuso del proceso y el fraude procesal. *Revista Derecho y Sociedad*, número 30, 325-341. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17419/17699>
65. Ramón, E. (2014). Interpretación extensiva y analogía en el derecho penal. *Revista de derecho penal y criminología*, N.º 12, 111-164. Recuperado de http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2014-12-5010/Interpretacion_extensiva_analogia.pdf
66. Ruiz, N. (2006). La teoría de la imprevisión y su desarrollo internacional. *Derecho y Realidad*. Vol. 2(N.º 7), 153-165. Recuperado de https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/view/5183/4216
67. Trigiani, A. (2017). El abuso procesal. *Aequitas*. Vol. 11 (N.º 27), 1-15. Recuperado de <https://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitasvirtual/article/view/4321/5360>
68. Yedro, J. (2012). Principios procesales. *Revista Derecho y Sociedad*, número 38, 266-273. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/13125/13736>

TESIS

69. Asencio Díaz, H. (2017). *Abuso del derecho en la emisión de letras de cambio incompletas* (Tesis doctoral). Recuperado de <http://repositorio.upn.edu.pe/handle/11537/12540>
70. Gil, J. (2018). *Cláusula de vencimiento anticipado. La realidad problemática concerniente a su abusividad* (trabajo fin de máster). Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, España. Recuperado de <https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/33306/definitivo.%20TFM.%20clausula%20de%20vencimiento%20anticipado.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
71. Jaramillo, C. (2012). *La doctrina de los actos propios en el ámbito contractual* (Tesis doctoral). Recuperado de https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/123004/1/DDP_carlosjaramillo_doctrinaActosContractual.pdf
72. Rodríguez Rodríguez, M. (2005). *Abuso de derecho por parte de las empresas del sistema financiero en la ejecución de títulos valores dados en garantía Puno-2004* (Tesis de maestría). Recuperado de <http://repositorio.unap.edu.pe/handle/UNAP/803>
73. Vargas Flores, R. (2015). *Ejercicio abusivo del derecho y su influencia en el incremento de la carga procesal del poder judicial* (Tesis doctoral). Recuperado de <http://dspace.unitru.edu.pe/handle/UNITRU/5731>
74. Vásquez Paredes, A. (2017). *Abuso del derecho en los contratos de arrendamiento financiero o leasing* (Tesis de maestría). Recuperado de <http://repositorio.upao.edu.pe/handle/upaorep/3504>