

Consideraciones sobre el título ejecutivo, la contradicción y la *pluspetición*

Eugenia Ariano Deho*

Profesora de Derecho Procesal Civil en la UNMSM

SUMARIO:

1.- Premisa	423
2.- La <i>pluspetición</i> en el derecho histórico: de la Ley Toledana de 1480 a la LEC 2000	424
3.- La <i>pluspetición</i> en el Código de 1912 y en el D.L. 20236. La denominada "multa" por <i>pluspetición</i>	427
4.- La supresión de la <i>pluspetición</i> en el CPC de 1993. Repercusiones	429
5.- Análisis de la jurisprudencia. La Casación N° 3147-98/ La Libertad	431
6.- La Casación N° 1123-2000/Ica	433
7.- La Casación N° 142-2000/Lima	434
8.- La Casación N° 3096-2000/Lambayeque	435
9.- Cuadro comparativo	436
10.- El proceso ejecutivo y la Casación N° 697-98	437
11.- Título ejecutivo, derecho sustancial y contradicción ..	440
12.- Conclusiones: hacia una solución racional del (falso) problema	441

1.- Premisa

El Código Procesal Civil (CPC) Peruano, promulgado en marzo de 1992, y entrado en vigencia el 28 de julio de 1993, trajo algunas "sorpresas" en materia de ejecución. *In primis*, nos reguló tres (llamados) "procesos de ejecución": el proceso ejecutivo, el de ejecución de resoluciones judiciales y el de ejecución de garantías. Pero mientras que los primeros se podían reconducir al "juicio ejecutivo" y a la "ejecución de sentencia" del derogado CPC de 1912, el tercero era, a nivel general, nuevo "de paquete", pues antes sólo existía para algunos acreedores específicos, no para todos los acreedores que contaran con alguna garantía real (prenda, hipoteca o anticresis).

* El presente trabajo es el resultado del Estudio de Investigación aprobado por el Consejo Superior de Investigaciones de la UNMSM con el N° 020201035, llevado a cabo durante el año 2002.

Pero también nos trajo otras “sorpresas”: la tradicional “oposición a la ejecución” (planteable, antes, sólo en el “juicio ejecutivo” más no en la denominada “ejecución de sentencia”), fue extendida a todos los “procesos” de ejecución y “rebautizada” con el equívoco término de “contradicción” (lo que, por cierto tiene relativa importancia), y, asimismo, se limitaron sus “motivos” y pruebas utilizables (lo que sí tiene gran importancia).

Eso era nuevo, al menos en nuestro ordenamiento procesal, pues tanto el CPC de 1912, como la ley que en 1973 lo había parcialmente modificado (D.L. 20236) permitían alegar en la oposición todo lo que quisiera el ejecutado (entre ellas, como veremos, expresamente, la denominada “*pluspetición*”) y que sus afirmaciones fueran probadas por cualquier medio probatorio. Con el CPC de 1993 las cosas cambiaron sustancialmente. Se limitaron taxativamente los “motivos” de “contradicción” (y las pruebas utilizables) y, curiosamente, se eliminó como motivo la “*pluspetición*” (o sea alegar que se está pidiendo más de lo que realmente se debe).

Esta omisión ha provocado efectos muy curiosos en la práctica, pues la ley procesal en los tres “procesos” regulados permite alegar expresamente la “extinción” de la obligación, pero no permitiría alegar la —llamémosla así— “extinción parcial” de dicha obligación.

El presente trabajo tiene como objetivo verificar cómo esa omisión del legislador de no incluir expresamente a la (plurisecularmente llamada) “*plus-petición*” como motivo de contradicción en los procesos de ejecución ha dado lugar a una serie de (falsos y absurdos) problemas en la práctica cotidiana.

Como veremos, en el fondo, esos problemas que se han creado en la práctica, encuentran su causa en una errónea concepción del “título ejecutivo” (y su papel en la ejecución) por parte de los operadores prácticos, y de los nexos que existen entre éste y la “contradicción” que el ejecutado puede (si quiere) plantear.

Pero el presente trabajo también se propone como objetivo el dar una racional solución al falso problema, una solución que pasa por redefinir el papel del título ejecutivo y de la “contradicción”, y todo ello dentro la propia normativa procesal y sustancial vigente.

2.- La *pluspetición* en el derecho histórico: de la Ley Toledana de 1480 a la LEC 2000.

Que el ejecutado en un proceso de ejecución (ejecutivo, de ejecución de garantías o de resoluciones judiciales, entre nosotros) alegue como motivo de

oposición ("contradicción" en la terminología del CPC de 1993) el haber realizado "pagos parciales" (o pagos a cuenta o amortizaciones, etc.) implica alegar que se pretende más de lo que realmente se debe. Eso por tradición, como dijimos, se ha llamado, desde siempre en el derecho hispánico (y como tal también en Latinoamérica), *pluspetición*.

Ahora bien, esta posibilidad de que un acreedor-ejecutante pretenda en base a lo que se desprende de su *título ejecutivo* más de lo que realmente tiene derecho, sin duda preocupó a los legisladores de todos los tiempos. Buena muestra de ello es una ley dictada en Toledo en 1480 por los Reyes Católicos, don Fernando y doña Isabel, cuyo tenor era el siguiente:

*"Cuando el acreedor pidiere execucion de alguna deuda de que estuviera alguna parte pagada, ordenamos, que el deudor no pague más derechos de la execucion, que montare lo que verdaderamente debe, ni el executor lo pida ni lleve, mas que el acreedor, que pidiere execucion injustamente por mas de lo que se debia, pague la demasia con otro tanto; y para evitar malicias, mandamos, que cuando el acreedor pidiere execucion de su deuda, que antes que se de mandamiento para ello, le tome el juez, que lo hubiere de dar, juramento, quanta cuantía es la que verdaderamente se debe, y para aquello se le de mandamiento y no más"*¹.

En sustancia esta "pragmática" nos evidencia, por un lado, que en todas las épocas (ayer, hoy y seguramente mañana) habrá siempre la posibilidad de que uno que otro acreedor pida más de lo que tiene derecho y, por el otro, que frente a esa realidad se trató de encontrar una salida "para evitar malicias": la "multa" y el juramento que debía prestar el ejecutante de no pedir de más².

En España esta ley fue derogada recién por su Código Civil³, quedando únicamente en la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881 la "plus petición" como motivo de oposición del ejecutado en el juicio ejecutivo.

Es así que en su artículo 1.466 LEC 1881 expresamente se disponía:

¹ Así, véase en la Ley VI, Título XXVIII, Libro XI de la Novísima Recopilación.

² La imposición del juramento del demandante (de no decir mentira, o "de calumnia") era muy típica en el medioevo europeo. Que sirviera muy poco se desprende de lo dicho en el Siglo XIV por Baldo degli Ubaldi: "...este juramento hoy es tan poco temido que no vale ni una moneda: hemos devenido todos despreciadores de Dios y de la religión" (cfr. en CLERICI, *Verità e lealtà nel processo: qualche spunto dall'istituto dello iusiurandum propter calumniam dandum*, en *Rassegna forense*, 2001, n.3, pág. 599).

³ Lo recuerda SERRA DOMÍNGUEZ, *Juicio ejecutivo*, en *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, pág. 527.

"También podrá el ejecutado fundar su oposición alegando la plus petición o el exceso en la computación a metálico de las deudas en especies".

Tal motivo expreso de oposición a la ejecución por parte del ejecutado, como lo evidenciaba SERRA DOMINGUEZ, constituía el único motivo de oposición *parcial* que permitía la LEC de 1881, equivalente a un reconocimiento de la deuda hasta una cierta cuantía, "vinculándose al juez a dictar sentencia condenatoria y reduciendo la discusión únicamente en lo que respecta al 'quantum'"⁴.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española (LEC 2000), pese a haber eliminado el tradicional "juicio ejecutivo"⁵, tratándose de títulos "no judiciales ni arbitrales", al indicar en su art. 557 en qué puede fundar la oposición a la ejecución el ejecutado, expresamente incluye a la "pluspetición" (numeral 3º) y establece en su art. 558.1:

"La oposición fundada exclusivamente en la pluspetición o exceso no suspenderá el curso de la ejecución, a no ser que el ejecutado ponga a disposición del tribunal, para su inmediata entrega al ejecutante, la cantidad que considere debida. Fuera de este caso, la ejecución continuará su curso, pero el producto de la venta de bienes embargados, en lo que exceda de la cantidad reconocida como debida por el ejecutado, no se entregará al ejecutante mientras la oposición no haya sido resuelta".

Ciertamente con esta disposición se concilian en la mejor de las formas los intereses contrapuestos de las partes: de un lado no se impide al ejecutado (faltaría) cuestionar con la oposición el cuánto se debe; del otro, desde el momento que el deudor reconoce ser deudor, la oposición no suspende la ejecución, pero hasta en tanto no se decida la oposición la suma cuestionada no se entregará al ejecutante. Si en cambio, opuesta la pluspetición y la suma que el deudor considera que es la debida se pone "a disposición del tribunal, para su inmediata entrega al ejecutante", la ejecución sí se suspende hasta que la oposición sea resuelta.

⁴ SERRA DOMINGUEZ, *Sobre el juicio ejecutivo*, cit., pág. 533.

⁵ Con la LEC 2000 el "juicio ejecutivo" ha efectivamente pasado a mejor vida, pero en el remozado proceso de ejecución español se ha mantenido una de sus características esenciales del viejo "juicio": la sumariedad del incidente de oposición (en cuanto a los motivos y las pruebas). Es así que tanto para los títulos que la LEC 2000 llama "judiciales o arbitrales" (art. 556) como los "no judiciales ni arbitrales" (art. 557) se limitan tanto los motivos como las pruebas, y si se ha adoptado que la resolución de la oposición se haga sólo mediante "auto" "a los solos efectos de la ejecución" (art. 561). Con lo cual, en este aspecto, nos movemos, en estricto, dentro del molde del viejo *processus executivus* en el que la oposición a la ejecución era un *mero incidente* a los efectos de determinar (sólo) si se seguía o no con la ejecución, sin ninguna pretensión de resolver en forma definitiva el problema de fondo o sea de si el título ejecutivo reflejaba o no la realidad sustancial, que sí es una de las características de las oposiciones a la ejecución en los ordenamientos de derivación francesa.

Pero, la nueva LEC española ha además regulado un supuesto que, como veremos luego nos atañe de cerca: la alegación de la *pluspetición* en las ejecuciones en las que se procede "sobre saldos de cuentas e intereses variables" (reguladas en los arts. 572 y 574 de la LEC 2000).

En efecto, en el art. 558.2 se establece:

"En los casos a los que se refieren los artículos 572 y 574, sobre saldos de cuentas e intereses variables, podrá el tribunal, a solicitud del ejecutado, designar mediante providencia perito que emita dictamen sobre el importe de la deuda. En tal caso, se dará traslado del dictamen a ambas partes y la vista no se celebrará hasta pasados diez días a contar desde el día siguiente a dicho traslado".

Lo que significa que en estos casos (si no entendemos mal) la oposición si suspende la ejecución pues en estos casos todo el *quantum debetur* está en duda.

Pero además la LEC ha establecido el contenido del auto que resuelve la oposición cuando ésta se funde en la *pluspetición* (art. 561):

- 1) Si se desestima totalmente declara "procedente que la ejecución siga adelante por la cantidad que se hubiese despachado";
- 2) Si se desestima parcialmente, "la ejecución se declarará procedente sólo por la cantidad que corresponda";
- 3) Si se considerare enteramente fundada la *pluspetición* que se hubiere admitido conforme al art. 558 "declarar que no procede la ejecución"⁶.

Así pues, lo que queda claro es que la nueva LEC española no ha considerado una "antigualla" a la *pluspetición*, sino un actualísimo supuesto de oposición a la ejecución que bien merece estar regulado.

3.- La *pluspetición* en el Código de 1912 y en el D.L. 20236. La denominada "multa" por *pluspetición*

Pues bien, vista, a grandes rasgos la situación de la *pluspetición* en la madre patria, hay que decir que nosotros cuando vivíamos en la barbarie "precientífica"

⁶ No es ciertamente mi misión la de interpretar la LEC española, pero para lo que a nosotros nos puede ser útil, considero que el supuesto indicado en el texto es aquél en el cual se hubiera planteado una oposición fundada en la *pluspetición* y se hubiera puesto a disposición del tribunal la suma que el deudor considere la debida. Así se explica que se considere que "no procede la ejecución" por cuanto la suma ya determinada como debida es la misma puesta a disposición del ejecutante por el ejecutado. Resulta obvio que ya no hay necesidad de ejecución pues la suma debida está a disposición del ejecutante.

del Código de Procedimiento Civiles, vale decir antes de la entrada en vigencia del “científico” Código Procesal Civil de 1993 — aquél que nos hizo pasar “de la educación primaria a la universidad” (y que nos lanzó “hacia el futuro”), en el que todas sus instituciones fueron “creadas y desarrolladas” para “evitar que el proceso sea moroso, aleatorio y antieconómico”⁷—, cuando sólo existía a nivel general el denominado “juicio ejecutivo”, si alguien era demandado en esa “vía” y consideraba que debía menos de lo indicado por el ejecutante (y de lo que se desprendía del título), no había dudas: se oponía a la ejecución planteando “plus petición” y si el ejecutante negaba haber recibido “alguna cantidad a cuenta” y la oposición era estimada, la sentencia aparte de ordenar que se siguiera la ejecución sólo por la “reducción lograda”, exoneraba de las costas al ejecutado y se condenaba al imprudente acreedor al pago de una suerte de multa “equivalente al doble de la cantidad indebidamente reclamada”.

Es así que el Código de Procedimientos Civiles de 1912, en su redacción original señalaba:

“Art. 663.— Si el demandado se opone á la ejecución, debe proponer todas las excepciones que le favorecen, exponiendo los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya.

También puede deducir la nulidad ó falsedad de la obligación ó del título ejecutivo, la plus petición y el exceso en la reducción á que se refiere el artículo 608”.

“Art. 676.— Si se manda adelantar la ejecución por suma menor que la demandada, en virtud de la defensa hecha por el ejecutado, queda éste exento del pago de las costas causadas hasta que se ejecutorie la sentencia; pero son de su cargo las posteriores”.

Art. 679.— El que (...) interpone demanda ejecutiva para el pago de una deuda que personalmente ha cancelado, ó niega alguna cantidad que ha recibido por cuenta de ella, será condenado á pagar una multa equivalente al valor de la deuda ó de la cantidad recibida”.

Así las cosas con las reformas (es un decir) introducidas al régimen del “juicio ejecutivo” por el Decreto Ley 20236, no se cambió casi nada en el tratamiento de la “pluspetición” como motivo de oposición a la ejecución.

En efecto tal ley de reforma establecía:

“Art. 25.— Si el demandado formula oposición a la ejecución, debe proponer al formularla todas las excepciones que le favorecen y/o deducir la

⁷ Todas las frases entrecomilladas pertenecen a JUAN MONROY GÁLVEZ, *A cinco años de vigencia del Código Procesal Civil*, en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° 3, 1999, pág. 189.

nulidad o falsedad de la obligación o del título ejecutivo, la plus petición y el exceso en la conversión, a que se refiere el art. 21, exponiendo los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya”.

“Art. 34.- Si en la sentencia se manda pagar suma igual a la demandada, quedo obligado el ejecutado al pago de todas las costas, sin que el Juez pueda eximirlo de este pago. Si se manda adelantar la ejecución por suma menor que la demandada, en virtud de la defensa hecha por el ejecutado, queda ésta exenta del pago de las costas, en proporción a la reducción lograda; pero son de su cargo la totalidad de las que se originen posteriormente”.

“Art. 38.— El que (...) interponga demanda ejecutiva para el pago de una deuda que personalmente ha dado por cancelada, o niega alguna cantidad que ha recibido por cuenta de ella, será condenado a pagar al demandado una multa equivalente al doble de la cantidad indebidamente reclamada (...).”

Así pues tanto en su redacción original como en la versión “reformada” por el D.L. 20236 (regulador de una parte del “juicio ejecutivo” desde 1973 hasta 1993), no sólo se establecía expresamente la posibilidad de la alegar la “pluspetición” como motivo de oposición a la ejecución sino también sus efectos: que en caso de estimación se siguiera la ejecución por la suma que correspondiera con expresa exoneración proporcional de la costas y con la posibilidad de imponer lo que se denominó “multa por pluspetición” (en realidad sólo pena pecuniaria, porque favorecía al ejecutado) para el supuesto en el cual el ejecutante hubiera negado haber recibido a una “suma a cuenta”, o sea manteniendo aquella sanción establecida por los reyes católicos en 1480 en la Ley Toledana y que fuera suprimida por los españoles por disposición de su Código civil.

4.- La supresión de la pluspetición en el CPC de 1993. Repercusiones

Y así con un ordenamiento que expresamente consagraba a la pluspetición como motivo de oposición a la ejecución y con eventual “multa” para el caso de estimación llegamos al 28 de julio de 1993, fecha de entrada en vigencia del CPC “científico”, el cual, como sabemos, sin exposición de motivos, lisa y simplemente suprimió a la pluspetición de la lista (ahora taxativa) de motivos de (lo de allí en adelante se llamaría) la “contradicción” en los tres (es un decir) “procesos” de ejecución que terminó regulando.

De hecho en vano buscaríamos en el art. 700 (para el “proceso” ejecutivo), en el art. 718 (para el “proceso” de ejecución de resoluciones judiciales) o en el art. 722 (para el “proceso” de ejecución de garantías) nuestro secular motivo de oposición. Con el agravante de que nuestro legislador estableció un (siempre es un decir) “proceso” como el de “ejecución de garantías” en el que desde el momento en que el ejecutante tiene que hacer un acto liquidativo (totalmente unilateral y ni

siquiera recepticio) que (en casi todos los casos) presupone la existencia de “pagos parciales” (o “a cuenta”, o “amortizaciones”, o pago de armadas, o de cuotas, etc.) cual es el “estado de cuenta de saldo deudor” no se estableció siquiera que en ese específico caso se pudiera cuestionar con un expreso motivo de “contradicción” el que se hubiera liquidado mal el “saldo”⁸, o sea el que el acreedor ejecutante hubiera incurrido en pluspetición, con todo lo que ello significa en términos de derecho de defensa del ejecutado.

Y así huérfanos de disposición normativa sobre la *pluspetición*, en los “neo” procesos de ejecución *ex* CPC '93, frente a la tan sencilla alegación del ejecutado de deber de menos, comenzó la anarquía.

En efecto, y como veremos en seguida, si bien los ejecutados, ya vigente el CPC, como es obvio, siguieron alegando el que los ejecutantes pretendían de más (o sea, ya sin llamarla así, seguían alegando la pluspetición), en vista que “el pretender de más” no estaba previsto como motivo de contradicción comenzaron las dudas: ¿dónde encuadrar la alegación de que se pretende de más (o que se debe de menos)?, ¿dónde encuadrar la alegación de un exceso en la liquidación del saldo deudor en las ejecuciones de garantía?, ¿el pretender de más será acaso un supuesto de “inexigibilidad”?, ¿lo será de “extinción” parcial?, ¿cómo conciliar el problema procesal de la taxatividad de motivos de contradicción con un supuesto sustancial (el pago parcial) que es más que es posible que ser haya verificado en la vida de la obligación? Y si se alega y admite la contradicción en ello fundada ¿cómo resolver?, ¿si se declara fundada cuál es su consecuencia?, ¿será improcedente la ejecución?

En suma, tantas interrogantes frente a algo muy sencillo como lo es la alegación de deber de menos.

De allí que la omisión del legislador puso (y se pone aún) en crisis a los jueces que como por encanto olvidaron lo que por siglos y siglos ocurría cuando los ejecutantes pedían más de lo que se les debía y los ejecutados no negaban ser deudores (o sea, no negaban el *an*) sino sólo el serlo por el monto pretendido por el ejecutante (o sea, negaban el *quantum*). Todo ello gracias a un Código de vanguardia, que según algunos el mundo entero nos envidia...⁹.

⁸ Son sinónimos de “saldo”: “resto”, “remanente”, “sobrante”, o sea como dice el Diccionario de la Lengua Española “Cantidad positiva o negativa que resulta de una cuenta”.

⁹ Así PEYRANO, *Breve estudio crítico del Código procesal civil del Perú*, en *Código Procesal Civil*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, pág. 5.

5.- Análisis de la jurisprudencia. La Casación N° 3147-98/La Libertad

Visto esto vamos a la jurisprudencia que se ha ido formando sobre este espinoso tema.

Como notaremos los problemas mayores (y las mayores incertidumbres) se han presentado (y se presentan) en la denominada "ejecución de garantías". De hecho cuatro de las cinco casaciones que se analizarán se han dictado en ese (hay que denominarlo de alguna forma) "proceso", poniéndose así en evidencia que uno de los mayores problemas que ha creado el CPC de 1993 se encuentra justamente en haber introducido a nivel general esta ejecución desprovista de un auténtico título ejecutivo y con una incomprensible comprensión del derecho de defensa que lo hace intolerable desde el punto de vista constitucional.

Sin duda alguna la sentencia que, en mi concepto, ha evidenciado cuán absurdo es toda la ejecución de garantías regulada en el CPC de 1993 es la Casación N° 3147-97/La Libertad¹⁰.

Dicha sentencia de casación se emitió en una ejecución de garantías iniciada por un banco el que en su demanda anexó el respectivo "estado de cuenta de saldo deudor", por cuyo monto se expidió el "mandato de ejecución"; una de las co-ejecutadas contradijo alegando la "inexigibilidad" de la obligación por cuanto lo que pretendía el ejecutante había sido objeto de transacción extrajudicial celebrada con otra de las co-ejecutadas, y reconoció que existía un determinado "saldo pendiente de pago"; la ejecutante, al absolver la contradicción admitió que efectivamente "la deudora sólo est[aba] obligada" a pagar la suma indicada en la contradicción y presentó un nuevo "estado de cuenta de saldo deudor"; frente a ello el juez declaró *infundada* (!) la contradicción y ordenó seguir adelante la ejecución por el nuevo monto; la resolución fue confirmada por la Sala Superior.

El recurso de casación fue interpuesto por la misma co-ejecutada que contradijo y se fundó en la violación del debido proceso pues "la relación procesal se ha establecido entre las partes con el objeto de cobrar el monto contenido en el petitorio de la demanda, y en tal sentido, se ha dictado el mandato de ejecución", pero "se ha dispuesto en forma tácita se proceda al remate del bien dado en garantía basado en otra suma dineraria, sin que exista mandato que disponga el pago de dicho monto", infringiéndose el artículo 428 CPC pues la demanda podría modificarse sólo hasta antes de ser notificada, "ya que después de ello se concretiza la relación procesal", por lo que todo era nulo.

¹⁰ El texto de la sentencia puede leerse en *Diálogo con la jurisprudencia*, N°15, diciembre 1999, pág. 179 y ss.

La sentencia casatoria acogió todos los argumentos del impugnante. Es así que en ella se establece que “no obstante que el Banco ejecutante reconoce los fundamentos de la contradicción, las instancias de mérito, sin que se haya modificado la demanda conforme al artículo cuatrocientos veintiocho del Código adjetivo, *adecuan tácitamente la ejecución* al cobro de la suma (...) que la contradictoria ha reconocido como saldo pendiente (...), lo que ocasiona una afectación al derecho a un debido proceso, por cuanto sin preexistir un mandato de ejecución por la suma indicada, la recurrida estima como válida la rectificación de liquidación del saldo deudor (...) dando lugar a que implícitamente la ejecución recaiga sobre ese monto”; y agregó que, en consecuencia, “no existe correspondencia entre el saldo deudor que ha servido de base al mandato ejecutivo con el título de ejecución, que en este caso viene a ser escritura pública de Transacción extrajudicial y otros, lo cual vicia la relación procesal (...), de modo que al haberse expedido un mandato de ejecución por una suma de dinero distinto al saldo deudor y a su vez distinto al título de ejecución, se infringe el principio de legalidad y formalidad de los actos procesales, y por ende de un debido proceso”, llegando a afirmar que “no puede admitirse una *corruptela* procesal, como la que ha sido tolerada por las instancias de fallo”. Dicho lo cual declaró fundado el recurso, nulo todo lo actuado e improcedente la demanda.

La solución es de lo más extraña, tanto que provoca mareos: el garante hipotecario (*rectius*, por lo que se entiende, el propietario de los bienes hipotecados) dice en su contradicción: yo he garantizado una deuda de 50, se pretende 100, la obligación es “inexigible”(?). La ejecutante contesta (a la contradicción): sí la co-ejecutada tiene razón me deben 50 (más intereses), y el juez *a quo* pese a que el “garante” dice se debe 50, el acreedor dice sí me deben 50 (cuando yo dije que me debían 100), ¡declara infundada la contradicción!, y ordena que se siga la ejecución por 50 (más intereses)! La corte superior confirma y la Corte Suprema considera que se ha violado el debido proceso porque considera que al haberse adecuado “tácitamente” la ejecución (a lo realmente debido) se ¡ha viciado la relación procesal!, ni más ni menos porque las demandas no pueden variarse después de notificadas y declara nulo todo e improcedente la ejecución.

Si hubiera existido la *pluspetición* como causal de contradicción estoy segura que no se habrían dictado esta seguidilla de resoluciones absurdas: la coejecutada habría dicho exactamente lo que dijo (menos que la obligación era inexigible); la ejecutante habría dicho lo que efectivamente dijo y el juez *a quo* habría declarado fundada la (hoy llamada) “contradicción” y dispuesto que se procediera al remate del bien por la suma aceptada por (ambas) partes.

Pero como la *pluspetición* no existe más se cae en estos absurdos y se declara (en definitiva) improcedente una ejecución cuando existe una obligación

por un monto que ambas partes (en el caso la “garante”, o sea la propietaria del bien a rematar) están de acuerdo.

6.- Un caso similar motivó la expedición de la Sentencia de Casación N° 1123-2000/ ICA¹¹.

En una ejecución de garantías el ejecutado plantea “contradicción” fundándose (también) en la “inexigibilidad” de la obligación. Dicha “inexigibilidad”, al parecer, se derivaría del hecho de que pese a que él había realizado “pagos” parciales éstos no fueron tenidos en cuenta por la ejecutante al momento de elaborar su “estado de cuenta de saldo deudor”; la contradicción se declara fundada y como consecuencia se declara la improcedencia “de la demanda” por cuanto habiéndose probado los “pagos” parciales la obligación era —según el juez— “inexigible”; el auto del *a quo* fue confirmado por el *ad quem*; el ejecutado interpone recurso de casación fundándose en el inc. 3 del art. 386 del CPC, alegando que, entre otros motivos, no se había respetado “el principio de vinculación y formalidad establecido por el artículo IX del T.P. del CPC para las normas procesales, al ampararse la contradicción en la supuesta ineficacia de la liquidación que no está comprendido (*sic*) como causal válida para contradecir”.

La sentencia de casación, considerando que “la resolución recurrida ha(bía) contravenido las normas que garantizan el derecho a un debido proceso”, declaró fundado el recurso, casó la resolución de vista, declaró insubsistente la apelada y ordenó al *a quo* que expida nueva resolución, por cuanto:

- a) si bien las instancias “inferiores” habían concluido que el ejecutado había realizado “pagos” parciales, ello no determinaba que la obligación fuera inexigible, sino sólo que había sido “pagada” parcialmente (!);
- b) la inexigibilidad implica que el crédito no es reclamable por no haber vencido el plazo, por no ser oponible por razón de territorio, por pacto entre los contratantes o por “no ser la vía de ejecución la idónea para el cumplimiento de la obligación”;
- c) si bien nuestro ordenamiento procesal civil no contempla el supuesto de “cancelación parcial de obligaciones” como causal de contradicción, si dichos pagos no son cuestionados ni negados por la ejecutante, “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”.

¹¹ El texto puede leerse en *Diálogo con la jurisprudencia*, N° 39, diciembre de 2001, pp. 159-160.

Ergo, la sentencia casatoria aún partiendo de la premisa de que en nuestro ordenamiento procesal no se contempla como “causal” de contradicción la “cancelación *parcial* de obligaciones”, señala que de establecerse la existencia de tales “pagos” “haciendo uso de la actividad judicial de la valoración de prueba bajo las reglas de la sana crítica”, los jueces pueden ordenar “la deducción de dichos pagos al realizarse el pago de la deuda total a la entidad ejecutante”.

El señalamiento de la Suprema no puede ser más sorprendente pues si realmente nuestro ordenamiento no contemplara como causal de contradicción la “cancelación *parcial* de obligaciones”, esa premisa simplemente conduciría a la declaración de improcedencia de la contradicción (art. 722 para la ejecución de garantías, art. 700 para el ejecutivo). Y si la contradicción fuera improcedente toda alegación relativa a “pagos” parciales simplemente en el proceso no existiría, por lo cual sería imposible cualquier “actividad judicial de valoración de prueba”, pues en el proceso de ejecución (cualquiera: ejecutivo, de resoluciones judiciales o de garantías) la “actividad judicial de valoración” está referida a las pruebas de los hechos alegados por el ejecutado en su contradicción, y no habiendo sido ésta “admitida” el juez no podría tomar en cuenta prueba alguna respecto a un hecho que no es tema de prueba porque no hay nada alegado.

Pero lo que hay que resaltar es que dos jueces (el civil y la sala superior) consideraron que la alegación de “pagos” parciales (y su prueba) conducen a estimar que la “obligación es inexigible” y, siendo así, la ejecución improcedente. Mientras que la Corte Suprema (implícitamente) consideró que ello no hace improcedente a la ejecución sino que deberá procederse a “la deducción de dichos pagos al realizarse el pago de la deuda total a la entidad ejecutante”, sin indicarle al juez como pronunciarse respecto a la contradicción (que era sobre lo que se pronunciaba la resolución impugnada en casación).

Si hubiera existido la pluspetición como motivo de contradicción, se hubiera mucho más fácilmente llegado a dónde se llegó: el *a quo* habría declarado fundada la contradicción y en vez de considerar improcedente la ejecución, habría ordenado seguir adelante con ella con la ulterior “deducción de dichos pagos al realizarse el pago de la deuda total a la entidad ejecutante”.

7.- Otro caso similar motivó la emisión de la Sentencia de Casación N° 142-2000/Lima, del 4 de mayo del 2000¹².

En esta ocasión (siempre en una ejecución de garantías) uno de los ejecutados había alegado la extinción (total) de la obligación. Al contestar la contradic-

¹² El texto de la sentencia puede leerse en *Diálogo con la jurisprudencia*, N° 38, noviembre 2001, pp. 164-167

ción el ejecutante niega tal extinción pero, a la par, señala que el saldo de capital pendiente de pago es menor al señalado en la demanda (por lo que obviamente reconoce que hubo “pagos a cuenta”). El *a quo* declara infundada la contradicción y ordena que se siga la ejecución por el monto indicado en el mandato de ejecución. La resolución es confirmada por el *ad quem*.

Interpuesto recurso de casación la Corte Suprema lo declara fundado y nulo todo lo actuado para que el “juez provea con arreglo a ley la demanda exigiendo bajo plazo la subsanación”. ¿Qué debía subsanarse? Pues el “estado de cuenta de saldo deudor”.

O sea que en este caso pese a que la propia ejecutante aceptó que se le debía de menos el *a quo* declaró infundada la contradicción y ordenó que se siguiera la ejecución por un monto que ¡ni siquiera el ejecutante consideraba que era lo que se le debía! La Suprema en este caso recorrió a una “nueva vía”: la declaración de nulidad de todo para que se “subsane” presentándose un nuevo saldo deudor.

Aquí se bordea la locura. El ejecutado (o co-ejecutado) dice yo ya no debo (cosa que tiene que probar), el ejecutante dice no es que ya no me deba pero me debe menos; el juez (*a quo* y *ad quem*) dice deberá de menos pero “el título es el título” que se siga por la suma original; y la suprema dice nulo todo nuevo saldo deudor.

Si la razón funcionara de vez en cuando se debería declarar fundada en parte la contradicción y que se siga por la suma reducida. ¿Es tan complicado? ¿Por qué anular todo si la contradicción está prevista para eso?

8.- El caso que motivó la emisión de la sentencia de casación N° 3096-2000/Lambayeque del 16 de febrero del 2001¹³

Es muy parecido al anterior, pero la solución dada por los jueces lambayecanos es bastante distinta a la de sus colegas limeños.

Siempre en un proceso de ejecución de garantías los ejecutados alegan pagos parciales por lo que la obligación sería “inexigible”. El juez, de oficio, dispone una pericia contable (que dicho sea de paso el “garantista” CPC de 1993 no le permite a la partes ofrecer) y luego declara fundada la contradicción e “infunda-

¹³ El texto de la sentencia puede leerse en *Diálogo con la jurisprudencia*, N° 38, noviembre 2001, pp. 148-149.

da" (?) la demanda; la Sala Superior declara nulo el auto apelado, nulo todo lo actuado e improcedente la demanda porque "la obligación contenida en el saldo deudor (*sic*) anexada a la demanda resulta inexigible y que la vía de ejecución de garantías no es la pertinente para resolver la controversia".

Interpuesto recurso de casación la Corte Suprema lo declara fundado y nula (solamente) la resolución de vista a estar a que "cuando el estado de cuenta del saldo deudor no es el correcto, no se puede definir que dicha vía no es la pertinente y declarar improcedente la demanda, sino haciendo uso del [inc. 2° del art. 426 del CPC], declarar inadmisibile la misma para que se anexe un nuevo estado de cuenta con arreglo a Ley".

En suma la Suprema terminó resolviendo igual que en la sentencia anterior, sólo que dejó a la Corte Superior la tarea de "anular" todo lo actuado y que el ejecutante presente nuevo estado de cuenta de saldo deudor.

9.- Cuadro comparativo

Como se ve en cuatro casos en los que los ejecutados alegaron prácticamente lo mismo (y en casi todos se encuadró como un supuesto de "inexigibilidad de la obligación"), se resolvió de cuatro formas distintas y todo ello en sendas "ejecuciones de garantías".

Para orientarnos bien vale hacer un cuadro comparativo que nos permite ver el caos en el cual nos movemos:

Contradicción fundada en "pagos parciales"

Ejecución de garantías	1° instancia	2° instancia	Casación
3147-97/ La Libertad	Infundada la contradicción (pese a que el ejecutante admitió que se le debía de menos), que se siga la ejecución por monto ajustado	Confirma	Fundado el recurso, nulo todo, improcedente la demanda
1123-2000/ Ica	Fundada la contradicción, improcedente la ejecución	Confirma	Fundado el recurso, que se tenga en cuenta los pagos parciales al momento de disponer el pago al ejecutante

N° 142-2000/ Lima	Infundada la contradicción, que se siga por monto original (pese a que el ejecutante acepto la existencia de pagos parciales)	Confirma	Fundado el recurso, nulo todo hasta la admisión, presentación de nuevo estado de cuenta de saldo deudor
3096- 2000/ Lambayeque	Fundada la contradicción, infundada la demanda	Nula la apelada, nulo todo, improcedente la demanda	Fundado el recurso, nula la de vista para que se disponga que se reponga el proceso al momento de la admisión previa presentación de nuevo estado de cuenta de saldo deudor

La constatación no puede ser más sorprendente y pone en evidencia cuán errado estuvo el legislador:

- 1) al no establecer con claridad que para iniciar (y proseguir) la denominada "ejecución de garantías" se requiere de un "título ejecutivo" (alguno de los indicados en el art. 693 CPC), de lo cual nuestros jueces han inferido que basta presentar el documento que "contiene" la garantía (y no necesariamente la obligación) y un estado de cuenta de saldo deudor como acto liquidativo del acreedor, unilateral no recepticio, permitiendo una ejecución la más de las veces sin título ejecutivo¹⁴;
- 2) al no prever como motivo de contradicción el cuestionamiento del acto liquidativo (bajo la denominación de *pluspetición* o cualquier otra).

La consecuencia de todo ello es que los ejecutados se defienden como pueden y cuando alegan que se está demandando de más, porque el acto liquidativo es arbitrario, suelen encuadrar (a falta de "motivo" específico) su alegación en la inexigibilidad de la obligación, y frente ello los jueces no saben cómo comportarse: dar cuatro soluciones (diametralmente) distintas es definitivamente demasiado.

10.- El proceso ejecutivo y la Casación N° 697-98

Al parecer, sin embargo, en los procesos ejecutivos parece primar la sensatez. Como ejemplo, para levantarnos el ánimo, está la Casación N° 697-98/LA LIBERTAD, que bien merece ser transcrita en su integridad.

"Lima, veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en la causa vista en audiencia pública el veinticuatro de noviembre del año en curso emite la siguiente sentencia; con el acompañado.

1. MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del Recurso de Casación interpuesto por doña Beatriz Figueroa Osorio contra la sentencia de vista de fojas doscientos veinticuatro, su fecha veintinueve de enero de mil novecientos noventa y ocho, que confirmando en parte la sentencia apelada de fojas ciento sesenta y ocho, su fecha veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y siete, en cuanto declara fundada la demanda, la revoca en el extremo que ordena llevar adelante la ejecución hasta por la suma de un millón ochentisiete mil ochocientos dólares americanos con noventa y cinco centavos de dólar, y reformando dicho extremo ordena que la ejecución se lleve adelante hasta por la suma de quinientos cincuenta y tres mil trescientos ochenta y cinco dólares americanos con dieciocho centavos de dólar, la confirmaron con lo demás que contiene.

2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

La Corte mediante resolución de fecha quince de mayo de mil novecientos noventa y ocho ha estimado procedente el recurso por la causal relativa a la inaplicación de los Artículos dieciséis y noventa y seis de la Ley de Títulos Valores; que se sustenta en que cuando el cumplimiento de la obligación es parcial tal hecho deberá anotarse en el mismo título, y el tenedor no puede rehusar un pago parcial y en tal caso el que paga puede exigir que se le otorgue el recibo correspondiente; que en el presente caso, los presuntos pagos parciales consistentes en bolsas de azúcar no pueden servir de fundamento para disminuir la obligación, toda vez que no se trata de un proceso de conocimiento.

3. CONSIDERANDO:

Primero.- Que el pago es el modo normal de extinguir la obligación mediante el cumplimiento de la prestación objeto de la misma, que a diferencia del derecho común, en materia cambiaria, presenta algunas particularidades propias que lo distingue.

Segundo.- Que en efecto en el derecho común el acreedor no puede ser obligado a recibir pagos parciales en atención ni principio de integridad del pago, sin embargo, en materia cambiaria se establece una importante excepción al citado principio, regulado en el Artículo noventa y seis de la Ley de Títulos Valores, que prescribe que el tenedor no puede rehusar un pago parcial. El apuntado principio, señala Gómez Leo, tiene su fundamento en la posibilidad de librar al deudor del rigor cambiario, aunque su pago sea parcial, por la parte que paga (Manual de Derecho Cambiario, página doscientos treinta y nueve).

Tercero.- Que asimismo, conforme a lo regulado en la norma antes citada, en concordancia con la segunda parte del artículo dieciséis de la misma ley, se instituye el pago parcial como un derecho que corresponde al deudor, al cual el tenedor legítimo no se puede negar, por lo que, aquél tiene derecho

también a que se literalice en el documento cartular el pago efectuado y que además se le extienda el recibo correspondiente.

Cuarto.- Que, el derecho del deudor sobre la literalización del pago parcial en la letra de cambio obedece a la aptitud constitutiva y completa respecto del derecho de crédito que en ella se ha documentado, a fin de que produzca los efectos cambiarios pertinentes, de otro modo, si no se deja esa constancia documental, el tercero tenedor de buena fe de la cambial podría exigir la totalidad del importe.

Quinto.- Que, sin embargo, sobre la base de los hechos probados, la relación cambiaria materia de autos es homogénea, ya que las calidades de tenedor y obligado principal de las cambiales corresponden respectivamente al acreedor y al deudor de la relación causal de la que derivó las letras de cambio materia de la presente acción, por consiguiente, la demanda puede acreditar el pago parcial con los medios probatorios que cuenta para contradecir la ejecución, de conformidad con el Artículo setecientos del Código Procesal Civil.

Sexto.- Que, la recurrida ha considerado la existencia del pago parcial de la obligación mediante una prestación distinta a la que debía cumplirse, configurándose una típica dación en pago, forma especial de extinción de la obligación válidamente aplicable en materia cartular.

Sétimo.- Que, por consiguiente y de conformidad con lo dispuesto por el Artículo trescientos ochentisiete del citado Código Adjetivo cabe desestimar el recurso.

4. SENTENCIA

Estando a los considerandos que preceden, declararon INFUNDADO el Recurso de Casación interpuesto por doña Beatriz Figueroa Osorio; en consecuencia NO CASAR la sentencia de vista de fojas doscientos veinticuatro, su fecha veintinueve de enero de mil novecientos noventa y ocho; CONDENARON a la recurrente al pago de la multa de dos Unidades de Referencia Procesal, así como a las costas y costos originados en la tramitación del recurso; en los seguidos con la Cooperativa Agraria Azucarera Laredo Ltda. en transformación a Sociedad Anónima, sobre obligación de dar suma de dinero; DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad; y los devolvieron.

SS. PANTOJA; IBERICO; ORTIZ; SÁNCHEZ PALACIOS; CASTILLO L.R.S"

Como se ve esta sentencia fue expedida en un proceso ejecutivo en el que el título era una letra de cambio. Si bien en ella no se hace una referencia precisa a cómo se resolvió podemos considerar cierto que la ejecutada contradujo fundándose en la existencia de una dación en pago que "extinguió" parcialmente la obligación cambiaria. Es muy probable que en primera instancia se haya declarado in-

fundada la contradicción y “fundada” la demanda; la sentencia de vista debe haber revocado la apelada en cuanto a la contradicción (no se entiende sino cómo así pudo tener en cuenta la dación en pago “parcial”), y por ello reformó la apelada disponiendo que se siga la ejecución por el monto realmente debido, que es lo que la razón non dice que se deba hacer.

11.- Título ejecutivo, derecho sustancial y contradicción

Ahora bien, yo creo que, la fuente del caos en el que nos movemos, es, entre otras, el nexo: “título ejecutivo-mandato” y “contradicción-resolución que se pronuncia sobre la contradicción”, pues no parece tenerse ideas claras sobre la “función” del *título ejecutivo* a los efectos de iniciar el proceso de ejecución, con la emisión por parte del juez del *mandato* ordenando al ejecutado-deudor *ex título* el cumplimiento de lo que de él se desprende y lo que ocurre con aquél cuando el ejecutado cuestiona la legitimidad de la ejecución en base a *ese* título, que es el meollo de todo el problema.

Sobre ello quizá sea oportuno partir de la premisa de que sea cual fuere la concepción que se tenga del título ejecutivo, él es siempre una *creación normativa*, en el sentido de que no existen títulos ejecutivos “naturales” sino que todos ellos responden a una decisión del legislador¹⁵, que puede ser correcta o equivocada, pero una vez que la ley le da a un determinado documento (o conjunto de documentos) la calidad del título ejecutivo no hay sino que atenerse a las consecuencias: si el documento establecido *por la ley* (arts. 693 inc. 8 y 713 inc. 3 CPC) representa una obligación cierta y exigible (art. 689 CPC) será la condición necesaria y suficiente para iniciar y proseguir la ejecución.

Pero, si esto es verdad, también lo es que el título ejecutivo (o de ejecución, en la terminología legal nuestra) si efectivamente es la condición *necesaria y suficiente* para legitimar el inicio y prosecución de la ejecución, lo es hasta en tanto no sobrevenga la denominada “contradicción”, pues con aquella la aparente certeza de la existencia de crédito que nos daba el título ejecutivo hasta antes de su promoción, es puesta en duda por el ejecutado, el que, cuando alega motivos sustanciales (inexigibilidad o extinción *de la obligación*, p.e.) hace que se ponga nuevamente sobre el tapete el derecho sustancial que aparecía “cristalizado” en el título, poniendo, justamente, en crisis las apariencias que de él se derivaban¹⁶.

De allí que, si se prueban las alegaciones realizadas en la “contradicción” aún cuando haya un título del cual se desprende “x” o “z” obligación, y aún cuando, de lo que él se desprende se haya emitido el mandato ejecutivo (o de ejecución), será la contradicción y sus motivos (y la prueba de los mismos) la que

va a marcar el rumbo a seguir hacia el futuro: si se prueban las alegaciones del ejecutado-deudor, respecto, por ejemplo, a la *extinción* de la obligación, se deberá declarar fundada la contradicción, e improcedente la ejecución porque la apariencia de la existencia del crédito que daba el título ejecutivo ha quedado destruida. Lo propio ocurre si el ejecutado “contradice” alegando la *inexigibilidad* (una auténtica), fundada, p. e., en la concesión de un plazo para el cumplimiento que no aparece en el título ejecutivo. Si se prueba la afirmación, la contradicción será fundada porque *la obligación*, diga lo que diga el título, no es *aún* exigible, y como tal, no habiendo *aún* incumplimiento, la ejecución es improcedente.

Es, en ambos casos, la realidad sustancial la que rebrota: ¿no sería absurdo seguir una ejecución por un crédito ya extinguido, o aún no exigible, diga lo que diga el título, ordenado lo que se haya ordenado en el mandato?

Nos debería quedar claro que la “contradicción” es el vehículo previsto por el legislador para poner en crisis la aparente certeza de la existencia del crédito (en realidad de la entera relación obligatoria, con todos sus elementos), y que, aún dentro de los lamentablemente estrechos márgenes que nos permite nuestra ley procesal, hace rebrotar la realidad sustancial.

12.- Conclusiones: hacia una solución racional del (falso) problema.

Naturalmente en los supuestos mencionados (extinción, inexigibilidad) los efectos de acoger la contradicción son muy claros: la improcedencia de la ejecución por razones sustanciales (crédito “ya” extinguido, crédito “aún” no exigible). Pero, cuando, como en el supuesto que analizamos, tenemos un ejecutado que no alega no ser deudor (porque ya se liberó) o serlo pero que la obligación aún no le es exigible, sino que afirma serlo, pero por menos, surgen todos los problemas que hemos visto, y que sólo con un poco de sentido común se podrían resolver. Si el ejecutado reconoce ser deudor pero por menos (porque hizo “pagos parciales”, o por lo que fuera), se pone en crisis efectivamente la realidad reflejada en el título, y el derecho sustancial rebrota también en este caso. Pero, una cosa es decir yo no soy *ya* deudor o yo soy deudor pero *aún* no he incumplido porque hay un plazo de por medio aún no vencido y otra es decir, yo soy efectivamente deudor, pero debo menos de lo indicado en el título.

En esos casos, la solución elemental (y para ello no se requiere sino, como dijimos, tener algo de sentido común), es que frente al acto “confesorio” del ejecutado-deudor de deber menos de lo indicado en el título (pero deber al fin), si es que el acreedor acepta haber recibido tales “pagos” —que en buena sustancia es un “allanamiento” frente a la contradicción del ejecutado— o, inclusive, frente

a su negativa, se prueban dichos “pagos”, la contradicción es decididamente fundada¹⁷. Pero, a diferencia de los dos supuestos anteriores en los que el crédito o se había extinguido ya o aún no era exigible, la consecuencia *no puede ser* la improcedencia de la ejecución, sino que se siga la ejecución teniendo en cuenta dichos “pagos parciales” al momento en el que depositado el producto del remate del bien objeto de la ejecución (arts. 739 y 740 CPC) y se disponga hacer la liquidación (art. 746 CPC) —o bien cuando se adjudica el bien al acreedor (art. 744 CPC)— se *imputen* dichos “pagos” conforme a lo dispuesto en el artículo 1257 del Código Civil, o sea aplicando las reglas de imputación legal del pago.

¿Tan simple como eso? Pues así debería ser. Así se hacía, como hemos visto, antes que entrara en vigencia nuestro “muy técnico” y “científico” Código Procesal Civil, y que es lo más sensato (sin necesidad de mayor “técnica” o “ciencia”) que la razón nos aconseja.

Naturalmente, tenemos el obstáculo de encuadrar nuestros “pagos parciales” en algún supuesto de contradicción del CPC. Pero yo creo que los cultores del derecho de las obligaciones no se ofenderían mucho si es que, cerrando un ojo a la “técnica” y a la “ciencia”, consideramos al “pago parcial” como un supuesto de “extinción (parcial) de la obligación”, si con ello logramos que la realidad sustancial prime sobre las apariencias del título.

Lo contrario sería permitir que soluciones tan absurdas como las que hemos visto sigan siendo realidad cotidiana, en perjuicio, en algunos casos del ejecutante, y en otros de los ejecutados¹⁸.