
Entre el Deber Ser y la Praxis:

*Los cuestionamientos a la Regularidad de la Ejecución**

Eugenia Ariano Deho

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

1. Premisa: el «mandato ejecutivo» como expresión del enjuiciamiento sobre la procedencia de la ejecución

En nuestro ordenamiento procesal el proceso de ejecución presenta una nota característica: la ausencia *inicial* de contradictorio, en cuanto, frente a la presentación de la demanda de ejecución por parte del ejecutante, el juez *inaudita altera parte* (la ejecutada), tiene que pronunciarse sobre la procedencia de la ejecución.

La ausencia de contradictorio inicial encontraría su fundamento en la fuerza dada por el ordenamiento jurídico a los títulos (entre nosotros divididos «nominativamente» en ejecutivos o de ejecución), por cuanto el propio legislador al darle tal calidad, habría ya considerado que ellos son idóneos para ofrecer la *suficiente* certeza de la existencia de la obligación a ejecutar, excluyendo así toda necesidad tanto de la audición previa del ejecutado como cualquier otra indagación fuera del título mismo¹.

La ausencia del contradictorio inicial se aprecia en los tres (llamados) «procesos de ejecución» que se regulan en el CPC vigente, y con particular claridad en el supuesto del (llamado) proceso ejecutivo, que tiene la regulación más «detallada» al respecto.

Es así que, conforme a la combinación de lo dispuesto en los arts. 695-697-699 CPC, se puede

establecer que frente a la presentación de la demanda ejecutiva el juez puede:

- a) emitir el llamado «mandato ejecutivo», si es que considera que concurren los «requisitos formales» del título; o
- b) denegar «de plano» la ejecución, cuando «el título ejecutivo no reúne los requisitos formales».

Si bien el CPC señala que el juez, tanto para emitir el «mandato ejecutivo» como para «denegar la ejecución», deba limitar su juicio a «verificar» la concurrencia de los «requisitos formales» del título, hay que considerar que el objeto de enjuiciamiento es mucho más vasto: se trata de determinar si, en el concreto, se presentan todos los presupuestos para la que ejecución sea procedente. ¿Y cuáles son estos presupuestos?

En mi concepto, el juicio del juez sobre la procedencia de la ejecución debe formarse en base a la *verificación sucesiva* (siempre en el concreto) de los siguientes elementos (que constituyen los presupuestos específicos de la ejecución):

- a) La *tipicidad legal* del documento adjuntado como título, en cuanto el art. 688 CPC indica que sólo se puede promover ejecución «en virtud» de un «título ejecutivo» o un «título de ejecución», lo que significa analizar si el documento presentado se encuadra dentro de

* Quizá convenga aclarar que el presente artículo constituye, con ligeros cambios, la parte «abstracta» de un informe sobre un caso concreto que se me consultó. Se trataba de un «proceso» de ejecución judicial de laudo arbitral, en el que los ejecutados habían pedido la declaración de nulidad del «mandato de ejecución» fundándose básicamente en la incompetencia territorial del juez. La pregunta en concreto era si el «pedido de nulidad» era el medio «adecuado» para «impugnar» el mandato. La respuesta, por las razones que están escritas en el texto, fue no.

1 En Satta-Punzi, *Diritto processuale civile*, 13a ed., Cedam, Padova, 2000, p. 575, y s., se señala que el proceso de ejecución «difiere profundamente por función y por estructura» del proceso de cognición, en cuanto mientras «en el proceso de cognición se trata de establecer una normatividad (del caso concreto), en el proceso de ejecución se trata de adecuar la realidad a una normatividad ya establecida, sustituyendo la voluntad del deudor, o más en general del obligado, en el cumplimiento de un acto (...). El carácter no contradictorio del proceso de ejecución encuentra en esto su razón: y no se trata de carácter meramente formal, sino sustancial, porque el contradictorio es la resultante de la combinación entre acción y excepción, y la excepción expresa la absoluta libertad del demandado frente a la postulación del actor, que aquí por definición no existe». En similar sentido, Monteleone, *Diritto processuale civile*, 2ª ed., Cedam, Padova, 2000, p. 875 y s. indica que el proceso ejecutivo «no esta regido por el contradictorio, ni es la forma



- alguno de los que *la ley* reconoce como tal (en el art. 693 y art. 713 CPC, o en alguna ley especial);
- b) Validez formal del documento específico, en tanto y en cuanto la propia ley regule sus elementos formales (p.e., que tratándose de un testimonio de escritura pública, tenga todos los requisitos exigidos por la Ley del Notariado);
 - c) La concurrencia de los requisitos de fondo (o sustanciales) del título, en cuanto el art. 689 CPC establece que para que la ejecución proceda en el concreto se requiere que «la obligación contenida en el título» sea cierta, expresa y exigible;
 - d) La legitimación activa y pasiva *in executivis* en base al título, en cuanto el art. 690 CPC establece quienes están legitimados para promover la ejecución (ejecutante) y para soportarla (ejecutado).

Integra este juicio sobre la procedencia de la ejecución la verificación de la competencia del propio juez para llevar adelante la ejecución demandada (principio de la *Kompetenz-Kompetenz*), pero con la precisión de que conforme al art. 35 CPC (en el texto original y el modificado por la Ley N° 28544²) el juez solo puede apreciar de oficio su propia competencia en razón de la materia, de la cuantía y del territorio cuando sea improrrogable, lo que significa que, al momento de determinar su competencia *no puede* apreciar de oficio su competencia territorial, pues ello solo puede ser posible si es que la propia parte demandada (en el caso de la ejecución, la ejecutada) promueve el correspondiente cuestionamiento a través de los medios indicados por la propia ley (sobre el punto regresaré luego).

Y si esto vale para el llamado «proceso ejecutivo», también vale para los otros «procesos de ejecución» previstos en el CPC, es decir, tanto en relación a la (llamada) «ejecución de resoluciones judiciales», como en la «ejecución de garantías», en donde para emitir el «mandato de ejecución» ya sea *ex art. 715* o *ex art. 721* CPC, se precisa que el juez verifique la concurrencia de todos los presupuestos generales y específicos para que la ejecución sea procedente.

2. Efectos de la emisión de los «mandatos» de ejecución del CPC

Pero, he aquí lo importante, una vez que el juez emite su resolución, ya sea en sentido positivo (expresada en el mandato ejecutivo o de ejecución) o negativo (denegatoria de la ejecución), *agota su poder de pronunciarse sobre la procedencia de la ejecución*, no pudiendo más adelante, *de oficio*, regresar sobre sus pasos y reenjuiciar tal procedencia, quedando vinculado a lo previamente declarado (y, en su caso, ordenado)³.

Ello debería ser evidente en el llamado proceso ejecutivo, en el que, la propia ley señala que de no haberse promovido la llamada «contradicción», el juez debe expedir sentencia «sin más trámite, ordenando llevar adelante la ejecución» (segundo párrafo del art. 701 CPC), pero también en la ejecución de garantías, pues de no mediar la (también) llamada contradicción «el juez, sin trámite previo, ordenará el remate de los bienes dados en garantía» (art. 723 CPC)⁴. No es, en cambio, tan visible, en la «ejecución de resoluciones judiciales», en el que reina el silencio total sobre el qué hacer *post* emisión y notificación del «mandato de ejecución». Pero la solución es obvia: si no se promueve la llamada «contradicción» *ex art. 718* CPC, la ejecución (ya considerada procedente) debe simplemente seguir.

jurídicamente organizada de él como para el proceso de cognición, porque la ejecución forzada presupone siempre y en todos los casos una normatividad, que fije, más o menos incuestionablemente, un derecho, el cual, por tanto, en los preludios de la ejecución está asistido de un grado de certeza, que puede ser relativa o absoluta pero que implica en todo caso la superación de la fase procesal de cognición dirigida a su adquisición. Al inicio del proceso ejecutivo no hay, como en el de cognición, dos pretensiones contrapuestas que tengan el mismo valor jurídico (de allí el proceso en contradictorio para determinar cuál sea la fundada), sino un derecho normativamente prevaleciente y una correspondiente obligación ya en concreto por ley determinados».

2 Los arts. 36 a 42 CPC han sido modificados por la Ley N° 28544, publicada en *El Peruano* del 16 junio 2005. El nuevo art. 35, señala prácticamente lo mismo que señalaba el primer párrafo del texto del art. 35 CPC entrado en vigencia el 28 de julio de 1993. En efecto, el «nuevo» texto establece que «La incompetencia por razón de materia, cuantía, grado, turno y territorio, esta última cuando es improrrogable, se declarará de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, sin perjuicio de que pueda ser invocada como excepción». Los nuevos arts. 35 a 46 CPC y el inc. 6° del art. 451 CPC, se aplican solo a los procesos iniciados con posterioridad a la vigencia de la Ley N° 28544 (o sea, iniciados *post* 17 de junio del 2005). Sobre esta modificación, cfr., mi, *Cambiando todo para que nada cambie: la Ley N° 28544 y la «nueva» disciplina de la «contienda» de competencia*, en *Actualidad Jurídica*, N° 139, junio 2005, pp. 65 y ss.

3 Que es lo que he sostenido reiterada veces, y en particular en mi *Las vías procesales para el ejercicio de la «acciones cambiarias»*, en *Tratado de Derecho Comercial*, Vol. II, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 296, para el juicio ejecutivo, en el sentido de que «cuando el juez considera procedente la ejecución (y por ello emite el mandato *ex art. 697* CPC) agota su poder de declarar lo contrario (la improcedencia). Por tanto, habiéndose enjuiciado (en el mandato ejecutivo) la procedencia de la ejecución, el juez no podrá (solitariamente) ya más cambiar de «idea» y al momento de dictar la famosa «sentencia» *ex art. 701* CPC considerar «improcedente» la ejecución». Si ello es así en el proceso ejecutivo es mucho más evidente en los otros «procesos de ejecución», en los que, a diferencia del ejecutivo, la ley no le ha impuesto al juez dictar la (pseudo)sentencia del art. 701 CPC.

4 Suele considerarse que esa resolución es un auto. Sin embargo, a estar a su contenido, no debería haber duda: es un decreto. Ahora, el considerar que la resolución que haciendo efectivo el apercibimiento contenido en el «mandato de ejecución» ordena el remate es un auto (a la sazón «el definitivo»), trae una consecuencia: se la considera «apelable» y —tal cual ocurre con la (pseudo) sentencia del ejecutivo (la «sentencia» *ex* párrafo final del art. 701 CPC) — la que se emite en apelación, se considera susceptible de recurso de casación. Que esto último ocurra es un hecho. Al respecto vale la pena leer

Como fuere, debe quedar claro que el juez cuando emite un mandato ejecutivo (o «de ejecución»), no emite una simple resolución «admisoria de la demanda» asimilable a la que se dicta en el proceso declarativo, y como tal, no vinculante para él⁵, sino que es una resolución que lo vincula, en el sentido de que, habiendo ya juzgado la procedencia de la ejecución, *ex post* ya no puede (salvo, ciertamente que medie la llamada «contradicción») volver, menos que nunca de oficio, a pronunciarse sobre ello.

3. Impugnación y cuestionamiento de la legitimidad y justicia de la ejecución

Ahora bien, la circunstancia que el proceso de ejecución no exija de la previa audición del ejecutado a los efectos de determinar la procedencia de la ejecución, no significa que el ejecutado no pueda realizar acto alguno para cuestionar tanto la corrección de la resolución que considera procedente la ejecución, como la legitimidad y justicia de la misma.

A estar a nuestro ordenamiento, los *medios específicos* para cuestionar la regularidad, legitimidad y justicia de la ejecución resultan ser sustancialmente dos:

- a) La apelación del mandato ejecutivo (o de ejecución);
- b) La promoción del incidente (llamado) de «contradicción».

4. Sigue. Apelación del mandato ejecutivo (o de ejecución) y sus fundamentos

Desde el ángulo formal, el mandato ejecutivo (o de ejecución) debe ser emitido a través de un auto, por lo que, siendo así debe ser apelable (art. 365 inc. 2° CPC).

El que el ejecutado pueda apelar del mandato ha sido previsto expresamente solo en relación al que se dicta en el proceso ejecutivo. Así el segundo párrafo del art. 697 CPC establece que «el mandato ejecutivo es apelable sin efecto suspensivo», agregando que la apelación «sólo podrá fundarse en la falta de requisitos formales del título».

Si bien se observa, cuando el art. 697 CPC indica que «sólo podrá fundarse en la falta de requisitos formales del título ejecutivo», lo hace porque el primer párrafo reduce a ello la «verificación» que debe realizar el juez. Si partimos de la premisa de que la emisión del mandato ejecutivo no sólo presupone la verificación de la «concurencia» de los requisitos «formales» del título, sino de todos los presupuestos de la ejecución, lo que el segundo párrafo del art. 697 CPC ha querido decir es que la apelación del

“El que el ejecutado pueda apelar del mandato ha sido previsto expresamente solo en relación al que se dicta en el proceso ejecutivo.”

ejecutado *sólo se puede fundar en los errores cometidos por el juez al determinar la procedencia de la ejecución*, vale decir, que o ha errado en calificar al documento como título ejecutivo, o en considerar su validez desde el ángulo formal, o en la determinación de la concurrencia de los requisitos del art. 689 CPC, o,

la Cas. N° 2554-03-Lima, del 17 de agosto del 2004, en *Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia*. Centro de Investigaciones Judiciales, N° 8. Abril-Julio 2005, p. 211 y ss., que justamente se pronuncia sobre un recurso de casación planteado en contra de la resolución de vista que confirmando la apelada disponía el remate del bien «dado en garantía». El recurso es estimado y se dispone la nulidad de todo y que el *a quo* emita un nuevo «mandato de ejecución». Vale decir, pese a que el mandato había quedado firme (pues no se apeló) y que no medió «contradicción» del ejecutado, en sustancia, *ex post* la Corte Suprema lo declaró nulo.

5 Sobre que el que el llamado «auto admisorio» del declarativo no sea absolutamente vinculante para el juez que lo emite cfr. la Cas. N° 1534-03, del 15 de octubre del 2003, en *Diálogo con la jurisprudencia*, 75, diciembre 2004, p. 144 y ss., que expresamente señala que «la facultad de rechazar la demanda en nuestro ordenamiento procesal civil, no se limita al inicio del proceso, sino que incluso puede realizarse al momento de emitirse la decisión final, inhibiéndose el juzgador de emitir un pronunciamiento respecto del fondo de la controversia. Esta facultad es coherente con las nuevas tendencias de la Teoría General del Proceso que conciben al juez como director del mismo y no como mero espectador, mostrándose como una manifestación controladora de la actividad judicial, razón por la cual puede juzgador examinar —en cualquier estado del proceso— que la demanda puesta en su consideración sea adecuada para obtener un pronunciamiento final». En similar sentido, la Cas. N° 1012-2003-Lambayeque, en *El Peruano*, 31 marzo 2004, p. 11643 s. Sobre los problemas que ello acarrea v. mi *¿Jueces «directores» o jueces «Penélope»? (Reflexiones sobre las vicisitudes de las excepciones procesales, el sancamiento y el contradictorio en el CPC de 1993)*, en *Diálogo con la jurisprudencia*, 43, abril 2002, p. 59 ss. [y en mi *Problemas del proceso civil*, Jurista, Lima, 2003, p. 83 y ss.].



finalmente, en la determinación de la legitimación activa o pasiva. No hay que olvidar que la apelación es una impugnación devolutiva⁶, por lo que, en virtud de ella se traslada al *ad quem* la competencia para conocer de lo que fue resuelto por el *a quo* a los efectos de que se emita una resolución que la *sustituya*, o sea, en nuestro caso, a los efectos de que se declare la improcedencia de la ejecución.

Por otro lado, hay que tener muy en cuenta que la apelación a la que se refiere el art. 697 CPC es una apelación «sin efecto suspensivo», lo que significa que le es aplicable el art. 377 CPC, y como consecuencia el penúltimo párrafo del art. 376 CPC, que establece que «es inadmisibles la alegación de hechos nuevos».

Ergo, la apelación del auto que contiene el mandato ejecutivo provoca ante el juez de la apelación una mera «revisión» (al estado de los autos), de la resolución que consideró procedente la ejecución, sin que pueda alegarse como su fundamento otros hechos que no se desprendan de la propia demanda y sus anexos, vale decir, de aquello que tuvo a la vista el juez *a quo* para la emisión de la resolución.

En tal sentido, p.e., no podría ponerse como fundamento de la apelación que ya se extinguió la obligación o que ella es inexigible por la existencia de una prórroga del plazo para su cumplimiento, si es que ello no se desprende de la propia demanda ejecutiva o de los documentos anexados a ella.

Ahora, si bien nuestro CPC ha establecido expresamente la apelabilidad del mandato *ex art.* 697 CPC, no ha hecho lo propio respecto de los otros «mandatos», o sea de aquellos indicados en el art. 715 (en la ejecución de resoluciones judiciales) y en el art. 721 (en la ejecución de garantías). Sin embargo, desde el momento que los tres mandatos cumplen la misma función dentro de la estructura del procedimiento, y que los tres mandatos se expiden a través de un auto, no se debe tener duda de que también los «mandatos» de los arts. 715 y 721 CPC están sometidos al mismo régimen impugnatorio que el previsto específicamente para el ejecutivo: vale decir, que son apelables «sin efecto suspensivo», y, como consecuencia, bajo las reglas del art. 377 CPC.

Ello conlleva a que la apelación pueda servir de *medio* para cuestionar ante el juez *ad quem* la legitimidad de la ejecución, *siempre que no se funde en hechos distintos* de los que ya han sido aportados por el ejecutante, y como tal apreciados (o con posibilidad de ser apreciados) por el juez.

5. *Sigue. La contradicción como incidente obstativo a la prosecución de la ejecución*

Dado que la apelación tiene un ámbito operativo muy restringido para evitar una ejecución irregular, ilegítima o injusta, nuestro ordenamiento prevé además la posibilidad de que, al interior del propio proceso de ejecución, el ejecutado promueva un incidente enderezado a evitar o que la ejecución ha lleve adelante o que se lleve adelante tal como se ha dispuesto en el mandato ejecutivo (o de ejecución).

Este es el denominador común de todas las «contradicciones» previstas por nuestro legislador en el CPC vigente en sus arts. 700-701 (para el ejecutivo), art. 718 (para la ejecución de resoluciones judiciales) y 722 (para la ejecución de garantías): la de ser un incidente cognitivo interno a la ejecución enderezado a evitar (o limitar) la prosecución (y ulterior consumación) de la ejecución⁷.

Sin embargo, si la finalidad de los incidentes de contradicción es común, nuestro ordenamiento ofrece un trato diferenciado en cuanto se refiere a lo que en concreto puede ser alegado por el ejecutado en las tres «contradicciones» previstas respectivamente en los arts. 700, 721 y 718 CPC. Así, se va de menos a más: la que puede ser planteada en la (llamada) ejecución de resoluciones judiciales *ex art.* 718 CPC es muy limitada; la de la (llamada) ejecución de garantías *ex art.* 722 CPC lo es un tanto menos y la del (llamado) proceso ejecutivo *ex art.* 700 CPC es mucho más amplia. Pero todas, nótese, están gobernadas por un principio: *la taxatividad de sus motivos*. Y no solo, pues además existe una limitación de los medios probatorios que se pueden ofrecer, actuar y valorar a los efectos de resolverla.

Como consecuencia, los tres casos de contradicción del ejecutado, dan lugar a un *incidente declarativo (o cognitivo) sumario* al interior de la

6 «Devolutivo» en el sentido de «traslativo». Tal como lo señala Cerino Canova cuando se alude al carácter *devolutivo* o *no devolutivo* de una impugnación «no se entiende aludir a la superioridad o bien a la identidad del juez de la impugnación respecto al órgano *a quo* sino «a la diferencia entre un remedio que traslada al conocimiento del juez de impugnación el íntegro de las cuestiones surgidas en el procedimiento anterior, y un remedio con cognición circunscrita sólo a las censuras formuladas por el impugnante»: *Impugnazioni civili*, en *Studi di diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1992, p. 248.

7 Sobre la función de la (llamada) contradicción cfr. mi *Ejecución injusta, proceso penal y enriquecimiento sin causa*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 58, julio 2003, p. 63 y ss. [y en *Problemas del proceso civil*, cit., p. 565 y ss.]

ejecución y de cuya resolución depende la prosecución de la ejecución (que en el entretanto está legalmente suspendida).

Así, si se declara fundada la contradicción (salvo el supuesto de la alegación de un pago parcial⁸) la consecuencia será la declaración de improcedencia de la ejecución; si se declara infundada (o improcedente) la contradicción, el juez debe disponer que de la ejecución se siga adelante.

6. ***Sigue. La contradicción en la ejecución de laudos arbitrales entre el CPC y la LGA***

Para el caso específico de la ejecución de resoluciones judiciales, según el art. 718 CPC, el ejecutado solo puede alegar «el cumplimiento de lo ordenado o la extinción de la obligación». Respecto a las pruebas se limita a la documental, la cual debe anexarse al escrito de contradicción, caso contrario «ésta se declarará inadmisibles».

Para el caso (más) específico de la ejecución de un laudo arbitral, el art. 84 LGA señala que la única «oposición» (*oposición y contradicción* son lo mismo) del ejecutado es aquella que se fundamente en que el laudo no está firme, o sea que está pendiente la apelación ante una segunda instancia arbitral o la apelación o anulación ante el Poder Judicial, en cuyo caso el juez debe suspender la ejecución. Sin embargo, el art. 84 LGA agrega (algo incoherentemente) que «El juez, bajo responsabilidad, sin trámite alguno, declarará improcedente de plano cualquier otra oposición, basada en razones distintas *al cumplimiento*» (¿?).

Ergo, de la combinación de lo dispuesto en el art. 718 CPC y art. 84 LGA los motivos de oposición (o, en la terminología del CPC, «contradicción») a la ejecución en base a un laudo arbitral resultan ser tres: a) cumplimiento; b) extinción de la obligación por otra causa; y c) no firmeza del laudo.

La contradicción que se funde en otro motivo, según la ley, debe ser declarada improcedente.

7. **Alternatividad entre apelación y contradicción**

La existencia de dos medios para cuestionar la regularidad, legitimidad o justicia de la ejecución hace surgir la pregunta de si ellos son alternativos, en el sentido de que la promoción del uno excluye la promoción del otro.

En principio, se puede decir que no existe ninguna carga para el ejecutado de promover el uno o el otro. Ello dependerá del motivo en que se funde y del «tipo» de proceso de ejecución en el que nos encontremos.

Si por ejemplo, nos encontramos en un proceso ejecutivo, desde el momento que la contradicción puede basarse en bastante amplios motivos, que comprenden tanto el cuestionamiento de la existencia de los requisitos formales y sustanciales del título (inc. 1 y 2 del art. 700 CPC) como la alegación de otros hechos ajenos al tenor textual del título (inc. 3 del art. 700 CPC), la apelación del mandato concurre con la promoción de la contradicción a los efectos de cuestionar la existencia de los presupuestos de la ejecución. Así, el ejecutado podría (si quiere) alegar como fundamento de la apelación que el juez erró al analizar el tenor textual del título ejecutivo pues de él se aprecia que la obligación es inexigible o que el documento-título padece de una «nulidad formal». En cambio, no podría fundar su apelación en que el documento-título, p. ej., es falso o que la obligación se ha extinguido por novación, porque ello no se aprecia del título mismo, por lo que mal podría el juez haber cometido un error al determinar la procedencia de la ejecución. Ello solo puede alegarse en la contradicción. Pero, el ejecutado podría no apelar y limitarse a «contradecir», sin que ello precluya la posibilidad de alegar en la contradicción lo que habría podido alegar como fundamento de la apelación.

Sin embargo, lo que no es posible es que planteándose apelación y contradicción, *se reproduzcan en una los fundamentos que se invoque en la otra*.

Ese es el «espíritu» del art. 360 CPC cuando prohíbe a la parte interponer «dos recursos contra una misma resolución», y aunque la contradicción no es propiamente un «recurso», es sí un medio para cuestionar la regularidad, legitimidad o justicia de la ejecución dispuesta con el mandato ejecutivo, que puede concurrir con la apelación (que sí es un recurso) de éste, por lo que no es posible que en la una y en la otra se alegue lo mismo. Si así se hace, la que se promueva *después* será *improcedente*.

Pero si esto puede postularse en el proceso ejecutivo (y en parte para la ejecución de garantías), en donde sí es legalmente factible que apelación y contradicción se funden en lo mismo, no ocurre lo propio en el caso de la ejecución de resoluciones judiciales en donde los motivos de contradicción están en extremo limitados.

8 Sobre la problemática del «pago parcial» cfr. mi *Título ejecutivo, contradicción y pluspetición*, en *Problemas del proceso civil*, cit., p. 507 y ss.



Así, dado que, como ya se dijo, la contradicción solo se puede fundar en el cumplimiento o en la extinción de la obligación (y tratándose de un laudo arbitral, además, en su no «firmeza»), la apelación *se vuelve el único medio* para cuestionar la concurrencia de los presupuestos de la ejecución (y más en general, todos los presupuestos procesales que en negativo están expresados en el art. 426 y 427 CPC) siempre que, obviamente, se alegue que el juez erró en la apreciación de tales presupuestos. Y en el caso en que no se plantee la apelación, *precluye* para el ejecutado el cuestionamiento de la concurrencia de tales presupuestos, aun cuando el juez haya errado en su apreciación. No está de más decir que el juez de la ejecución, como se expresó más arriba, no puede, *ex post* y *ex officio*, volver a pronunciarse sobre los presupuestos de la ejecución, pues él agotó su poder de verificar la concurrencia de éstos con la emisión del mandato, un poder que sólo puede pasar a otro juez (al juez de apelación), si es que oportunamente el ejecutado apela del auto que contiene el mandato de ejecución. Hace excepción a esto último, el supuesto de la incompetencia por razón de materia, cuantía y territorio improrrogable, pues según el art. 35 CPC (viejo y nuevo y texto) ella puede apreciarse de oficio por el juez «en cualquier estado y grado del proceso».

La indicada preclusión parece excesiva pero es lo que se desprende de nuestro ordenamiento, nos guste o no⁹.

Ergo, en el caso de la ejecución de resoluciones judiciales, a diferencia que en el ejecutivo (y en parte, repito, en la ejecución de garantías), *no existe una concurrencia (alternativa) entre la apelación y la contradicción*, pues la primera resulta ser el único medio para cuestionar el juicio del juez sobre la concurrencia de los presupuestos de la ejecución, mientras que la segunda es el único medio que permite al ejecutado alegar que la ejecución es ilegítima o injusta por haberse extinguido ya la obligación (o, para el caso del laudo,

que este no está aún firme, por lo que no puede ejecutarse).

8. Otros medios para cuestionar la regularidad de una ejecución. El cuestionamiento de la competencia territorial

La pregunta que sigue es si además de la apelación y la contradicción existen otros medios para cuestionar la regularidad, legitimidad o justicia de la ejecución.

En mi concepto la respuesta es negativa, salvo en para un supuesto: la competencia territorial.

En efecto, en nuestro ordenamiento no siendo la competencia territorial apreciable de oficio (según el ya recordado art. 35 CPC, en su vieja y nueva redacción), está en la disponibilidad del demandado hacer valer o

no la vieja regla de que el juez competente es el de su domicilio (art. 14 CPC, para las personas naturales, art. 17 para las personas jurídicas y art. 18 para los entes no personalizados).

Como compensación a la no apreciabilidad de oficio de la competencia territorial, nuestro ordenamiento le da aún (reiterado con la Ley N° 28544) al demandado dos medios concurrentes (y excluyentes) para hacer valer (si quiere) la regla del *forum rei*: o a través de la excepción de incompetencia (la tradicionalmente

conocida *declinatoria*) a plantearse ante el propio juez que está conociendo del proceso; o, la *inhibitoria* (ahora impropriamente «rebautizada» por la Ley N° 28544, como «contienda de competencia»¹⁰) a plantearse ante el juez que el demandado considere territorialmente competente.

Los dos medios siempre han sido alternativos: «elegida una vía no podrá utilizarse la otra» (así, el art. 37 CPC original, hoy en el art. 38, tal como reformado por la Ley N° 28544¹¹), con lo cual, queda confirmado que en nuestro ordenamiento *nunca* pueden utilizarse

“(...) en nuestro ordenamiento nunca pueden utilizarse conjuntamente dos medios previstos por él para obtener el mismo resultado. El uno excluye al otro.”

9 Yo he manifestado en miles de oportunidades, por escrito y en mis clases, que las limitaciones de los art. 700, 718 y 722 CPC son inconstitucionales, en cuanto impiden que el ejecutado pueda eficazmente evitar una ejecución ilegítima o injusta. Por lo que sé, ningún juez de la República, ha considerado que tales disposiciones colisionen con la Constitución. Es más, yo soy enemiga del sinnúmero de preclusiones (en particular de alegación, y sobre todo, de prueba) que pueblan nuestro CPC. Pero ellas existen, y tampoco ningún juez de la República ha considerado jamás que ellas sean inconstitucionales.

10 La denominación es impropia porque la «contienda» solo surge cuando el juez requerido para su inhibición, no se inhibe, sino que se considera competente, por lo que dado el «conflicto» entre jueces, un tercero, debe resolverlo.

11 Que expresamente establece: «La incompetencia territorial relativa puede ser invocada, *excluyentemente*, como excepción o como contienda» (cursiva).

conjuntamente dos medios previstos por él para obtener el mismo resultado. El uno excluye al otro.

Pues bien, tratándose de la ejecución en tema de alternatividad entre excepción/inhibitoria hay que distinguir.

Así, tratándose del proceso ejecutivo, la alternatividad es total, pues conforme al art. 700 CPC, en la contradicción se pueden plantear las excepciones (y defensas previas) del art. 446 CPC (entre las que se encuentra la excepción de incompetencia). Como consecuencia, en un proceso ejecutivo, o el ejecutado cuestiona la competencia territorial a través de la excepción de incompetencia como motivo de contradicción (y no en acto aparte) o promueve, ante el juez que él considera competente la respectiva «inhibitoria» (hoy llamada «contienda»).

No ocurre lo mismo en la ejecución de garantías y en la ejecución de resoluciones judiciales pues los arts. 722 y 718 CPC, respectivamente, establecen que la contradicción «solamente» podrá fundarse en los motivos allí previstos, y como en ellos no se prevé que la contradicción sea el medio para plantear las excepciones del art. 446 CPC (salvo, en el caso de la ejecución de garantías, la prescripción) la consecuencia es obvia: la incompetencia territorial no puede ser planteada en la contradicción, por lo que la *única* vía para cuestionar la competencia territorial, en estos procesos, resulta ser (nos guste o no) la «inhibitoria» (hoy «contienda»).

Y si no se promueve la inhibitoria (hoy, la «contienda») en los momentos que establece la ley procesal (art. 38 CPC texto original y el modificado) pues el efecto es la preclusión de su planteamiento y, como consecuencia, la prorrogación de la competencia territorial de conformidad con lo dispuesto en el art. 26 CPC.

9. El (viejo) incidente de nulidad

Es una (vieja) praxis corriente que las partes frente a cualquier resolución judicial que consideren errada en lugar de plantear las impugnaciones que corresponden recurran al «pedido» de nulidad ante el propio juez que ha emitido la resolución, dando lugar a un incidente con la estructura prevista en el art. 176 CPC.

Tal «praxis» no tiene base en el derecho vigente. En efecto, con demasiada claridad el art. 356 CPC

establece que en un proceso pendiente las resoluciones judiciales se impugnan (sea cual fuere el vicio o error del que padezcan, o mejor, que se dice que padecen) a través de los «recursos». Y como las resoluciones judiciales o son decretos, o son autos o son sentencias (art. 121 CPC), pues a cada una de estas resoluciones le corresponde legalmente un medio específico para impugnarlas: así los decretos se impugnan a través de la reposición (382 CPC); los autos y las sentencias a través de la apelación (incs. 1 y 2 del art. 365 CPC); los autos que deniegan el recurso de apelación o de casación se impugnan a través de la queja (art. 401 CPC); las sentencias y autos de segunda instancia que ponen fin al proceso se impugnan con el recurso de casación (art. 385 CPC). Y no hay más.

En consecuencia, en nuestro ordenamiento procesal tratándose de impugnación de resoluciones judiciales no existe posibilidad alguna de «conurrencia de medios», pues cada resolución tiene el propio. Por ello, cuando el art. 358 CPC establece que «El impugnante debe adecuar el medio que utiliza al acto procesal que impugna», está expresando una regla por demás obvia: cada resolución se impugna a través del recurso específico, y si se usa otro (p.e., apelar un decreto), pues la impugnación es improcedente.

Ergo, cualquier vicio o error que se considere que padezca cualquier resolución se debe hacer valer a través de los recursos (que, repito son reposición, apelación, queja y casación, y no más), sin que exista otra «vía alternativa».

Pero queda la duda de cuándo sea correcto el planteamiento de una cuestión de nulidad ante el juez. Por exclusión, debe referirse a actos del procedimiento que no sean resoluciones. Así podría cuestionarse a través del incidente de nulidad la validez una notificación (porque realizada en otro domicilio del que correspondía), del acto de audiencia (porque se realizó en fecha distinta de la señalada), del acto de ejecución de la conversión de embargo en forma de intervención a administración (porque la resolución de conversión fue apelada con efecto suspensivo), del acto de remate judicial (porque no se hicieron las publicaciones de ley o se hicieron defectuosamente), etc. Pero, en ningún caso, procede «pedir» la nulidad *ex* art. 176 CPC de la resolución que dispone el acto porque esa resolución se impugna a través del recurso que corresponda¹². Como dice Maurino: «La nulidad por vía de incidente

12 La afirmación contenida en el texto queda confirmada, con la propuesta de modificación de los arts. 362 y 363 CPC planteada por Juan Monroy Gálvez en el seno de la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS), propuesta en el sentido de ampliar el ámbito operativo de la reposición a fin de que proceda también contra los autos. Así se propone darle la siguientes redacción al art. 362: «A excepción de las resoluciones que concluyen el proceso, que resuelven una excepción o un pedido cautelar, procede recurso de reposición contra autos y decretos a fin



sólo procede contra actos procesales que no son decisorios o que no importan una resolución»¹³.

Naturalmente, en el proceso declarativo, la posibilidad de plantear el incidente de nulidad de los actos procesales (no resolutivos) tiene un momento preclusivo: expedida la sentencia en primera instancia, dado que el juez ha agotado su función, la nulidad del acto «sólo puede ser alegada expresamente en el escrito sustentatorio del recurso de apelación» (art. 176 CPC), con lo cual el motivo de nulidad se vuelve (aunque el vicio no esté en la sentencia, sino en algún acto del procedimiento que le precede) en motivo de impugnación.

10. Excepciones y nulidad

Hay que partir de la premisa de que una cosa es la «nulidad» del acto procesal (que en materia procesal, como regla es siempre una «anulabilidad», pues la tendencia es a la conservación del acto aunque viciado) y otra es el medio para hacerla valer: la una es la «enfermedad» (el vicio), la otra el es «remedio» (el medio para «curarlo»). Tratándose de resoluciones, los «remedios»¹⁴, como ya dicho, son los recursos legalmente previstos. Tratándose de los demás actos, depende pues no siempre el camino es el «pedido de nulidad», pues la propia ley puede haber previsto un medio específico.

En el proceso declarativo, es lo que ocurre con los supuestos indicados en el art. 446 CPC, vale decir, el que el juez sea incompetente, la parte demandante o su representante sean incapaces, el demandante esté «defectuosa» o «insuficientemente» representado, la demanda sea ambigua u oscura o haya sido planteada por un sujeto no legitimado, etc., que son «vicios» que afectan la validez de la demanda como acto de inicio del proceso (lo que arrastra a todos los que le siguen), y esa invalidez solo puede ser alegada por el que tiene interés en ello (el demandado) a través de las excepciones

correspondientes, no pudiendo, ciertamente, utilizar, en alternativa al acto-excepción (como se suele hacer) el «pedido de nulidad» *ex art. 176 CPC* del llamado «auto admisorio» de la demanda. En esos casos, de dos una, o se apela del auto (alegando el error en el que habría incurrido el juez) o se plantea la excepción, en los modos y en los tiempos que la ley señala (art. 447 CPC). *Tertium non datur*.

Cuando el art. 454 CPC establece que «Los hechos que configuran excepciones no podrán ser alegados como causal de nulidad por el demandado que pudo proponerlas como excepciones», fija, por un lado, una preclusión de alegación del «hecho» una vez vencidos los plazos para el planteamiento del acto-excepción, pero además pone en evidencia que «los hechos que configuran excepciones» son vicios de nulidad de la demanda que se atacan ante el juez *a quo* con el específico medio llamado por nuestra ley «excepción» y ningún otro. Sin perjuicio, por cierto que el juez aprecie ese vicio (de la demanda) de oficio, ya sea al calificarla *ex art. 426 y 427 CPC*, al momento del «saneamiento» *ex art. 465 CPC*, o al momento de la emisión de la sentencia *ex art. 121 tercer párrafo in fine CPC*.

Ergo, en ningún caso, para «los hechos que configuran excepciones» que son los vicios que pueden afectar a la demanda-acto, puede plantearse en alternativa un (atípico) «pedido de nulidad» de la resolución del juez por la que se «admite» tal demanda.

Y si ello vale para el proceso declarativo, es idéntico en el caso de los procesos de ejecución, en los que (cuando la ley, lo permita) los «hechos que configuran excepciones» se convierten en motivo de contradicción, la cual debe ser promovida en los modos y en los tiempos previstos por la ley, no constituyendo su «alternativa» el «pedido» de nulidad del mandato ejecutivo (o de ejecución).

de que el Juez reexamine su decisión», mientras que con respecto al art. 363, se propone agregarle: «Reposición con apelación subordinada.— Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 360 (o sea la prohibición del doble recurso), procede acumular al recurso de reposición contra autos expedidos en primer grado, en el mismo escrito y subordinadamente, recurso de apelación. Los fundamentos de la apelación subordinada son los mismos de la reposición». La propuesta parte de que los autos son (solo) apelables, y permitiendo que contra ellas proceda reposición, se otorgaría al «juez de la resolución la oportunidad de reconsiderar su decisión luego de un brevísimo contradictorio y, si decide mantenerla, recién enviar los actuados al superior» (Cfr. en Monroy Gálvez, *Algunas reformas al Código Procesal Civil*, en *Derecho Procesal. III Congreso internacional*, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 2005, p. 278 y s.). *Ergo*, según Monroy Gálvez (y CERIAJUS) para poder impugnar ante el propio juez su auto se requiere de una modificación legal del recurso de reposición. Prueba probada que el camino actual es la apelación y no ciertamente un (atípico) pedido de nulidad.

13 Maurino, *Nulidades procesales*, Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 214.

14 Utilizo la palabra en su sentido corriente, no ciertamente en un sentido «técnico», que no lo tiene, aunque el art. 356 CPC parecería dárselo.

11. En la espera de tiempos mejores

En síntesis, en la espera de que algún día se permita al ejecutado alegar en su «contradicción» (*rectius*, «oposición») *todo aquello* que pueda conducir a evitar una ejecución irregular, ilegítima o injusta (como creo que deba ser si es que tenemos algún aprecio por el constitucional derecho de defensa), al ejecutado no le queda sino utilizar los medios disponibles en los *modos* y en los *momentos* que el ordenamiento procesal prevé, medios que no son otros que la apelación del «mandato» (ejecutivo o de ejecución), la llamada «contienda» (para

cuestionar la competencia territorial) y la contradicción, siempre en el entendido que lo que se alegue en uno no podrá fundamentar el otro.

Pero, en definitiva, lo que debe quedar claro es que la promoción del incidente de nulidad *ex art.* 176 CPC en contra del mandato ejecutivo (o de ejecución), no puede constituir un medio «alternativo» a ninguno de los previstos en la ley, pues el incidente de nulidad sólo se puede promover en contra de actos que no son resoluciones judiciales 