

Hermes Jeremy Saavedra Palacios*

La responsabilidad civil del tercero retenedor por el incumplimiento de la ley de procedimiento de ejecución coactiva.

1. Introducción

La Administración, por medio del procedimiento de ejecución coactiva, ejerce autotutela para la ejecución de sus decisiones previamente resueltas al interior de un procedimiento administrativo. Así, culminado el procedimiento con una resolución que “causa estado”, la Administración inmediatamente se encuentra facultada para hacer cumplir su decisión “forzosamente”.

El actuar de la Administración en ejercicio de la autotutela concedida por el ordenamiento jurídico deberá ser acorde con lo prescrito por la Ley del Procedimiento Administrativo General “Ley N° 27444 (LPAG), con la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva “Ley N° 26979” (LEC) (Texto Único Ordenado dado por el Decreto Supremo N° 018 – 2008 –JUS publicado el 06 de diciembre de 2008) y su Reglamento (RLEC). Siendo, que, según lo señala la ley, la vulneración de la normatividad genera responsabilidad de la Administración (ejecutor) en los auxiliares coactivos y en el tercero retenedor.

Como en toda materia procesal, la Ley faculta a la Administración a trabar medidas cautelares sobre el ejecutado con el fin de lograr resguardar la “eficacia” de sus decisiones. De esta manera, una de las medidas cautelares típicas utilizadas en estos procedimientos, son los embargos en forma de retención sobre los bienes y créditos del ejecutado en posesión de terceros.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Derecho Empresarial y Derecho Administrativo.

Por un lado, en un embargo en forma de retención, la Administración ordena a aquella persona que es titular de un débito o que posee un bien del ejecutado, retener (es decir, no entregarlos al ejecutado) los mismos, debiendo ser entregados posteriormente a la Administración. En caso que el retenedor no cumpliera con lo ordenado por la Administración, siendo que paga al ejecutado; entonces podrá aplicarse el “doble pago”, figura por la cual la Administración podrá requerir al retenedor cumplir con el depósito del débito a título personal.

Siendo así, el comportamiento del retenedor en un procedimiento de ejecución coactiva deberá cumplir con deberes específicos frente al ejecutado, como son: (i) Detener el embargo ante la presentación de una revisión de legalidad, medida cautelar que lo ordene dentro de un proceso contencioso administrativo, o por un mandato judicial expreso; siempre que se tome conocimiento de cualquiera de las resoluciones anteriores bajo las formalidades establecidas por la ley. (ii) Notificar al afectado en cuanto se produzca la retención o la entrega y (iii) Cerciorarse que los auxiliares coactivos se encuentran debidamente acreditados.

El presente trabajo intenta estudiar los efectos sobre las relaciones jurídicas entre el retenedor y el ejecutado que generan el incumplimiento de los deberes impuestos por la ley al tercero retenedor frente al ejecutado.

60

2. De las situaciones jurídicas subjetivas del retenedor

La profesora italiana Lina Bigliazzi en su clásica obra colectiva “*Derecho Civil*”, ha desarrollado la denominada teoría de las situaciones jurídicas subjetivas, en la cual, intenta sistematizar las distintas “posiciones” en las cuales un sujeto de derecho puede ubicarse frente a las normas y frente a otro sujeto de derecho.¹

Asimismo, debemos recordar que en la concepción de la teoría de las situaciones jurídicas subjetivas propugnada por Bigliazzi, a cada situación de ventaja le corresponde una de desventaja. Así, por ejemplo al derecho que es la situación de ventaja clásica le corresponde el deber que es la situación de desventaja, también clásica. Finalmente, recordemos las principales situaciones jurídicas, las cuales constituyen una relación “*numerus apertus*” dentro de las cuatro combinaciones establecidas ventaja activa, ventaja inactiva, desventaja activa y desventaja inactiva:

- a) Situaciones Jurídicas de Ventaja.
 - a.1) Situaciones Jurídicas de Ventaja Activas. Como lo son: el poder, el derecho o el derecho potestativo.
 - a.2) Situaciones Jurídicas de Ventaja Inactivas. Como lo es el interés legítimo.
- b) Situaciones Jurídicas de Desventaja.
 - b.1) Situaciones Jurídicas de Desventaja Activas. Como lo son: el deber, la carga² o la potestad.
 - b.2) Situaciones Jurídicas de Desventaja Inactivas. Como lo es la sujeción.

Es importante, en este punto señalar que compartimos aquella posición de la doctrina que tiene al concepto de situación jurídica como el gran “megaconcepto” a partir del cual se construye el discurso jurídico. En palabras de Fernández Cruz “*el derecho se vale de dos supra-conceptos para desarrollar un lenguaje jurídico, cuales son, los de situación jurídica y relación jurídica.*”³ Desde esta concepción del Derecho Civil patrimonial, la relación jurídica no es otra cosa que una situación jurídica especial a través de la cual se vinculan situaciones jurídicas subjetivas. Finalmente, la denominada situación jurídica obligación debe entenderse como relación jurídica, la cual a su vez vincula dos situaciones jurídicas subjetivas (crédito y débito).

Habiendo recordado estos conceptos básicos del Derecho, abordaremos las situaciones jurídicas subjetivas del tercero retenedor en el procedimiento de ejecución coactiva; las cuales, para efectos de su estudio, hemos dividido entre situaciones jurídicas que tienen como fuente la Ley de Ejecución Coactiva y situaciones jurídicas que tienen como fuente las relaciones jurídicas entre el retenedor y el ejecutado:

- a. Frente a la Ley de Ejecución Coactiva.-
 - La LEC establece los siguientes deberes del retenedor frente al ejecutado. Estas situaciones jurídicas son aplicables para obligaciones tributarias y no tributarias, siempre que sean de competencia de los gobiernos locales de acuerdo a la LEC:
 - Debe detener la retención y/o entrega de bienes en cuanto sea notificado por la Administración de la suspensión o término del procedimiento. (Artículo 16°. 2 de la LEC)

1. BIGLIAZZI, Lina y otros. *Derecho Civil Tomo I. Normas, Sujetos y Relación Jurídica*. Toma I. Volumen I. pp. 329-532.

2. En la concepción de BIGLIAZZI la carga nos es una situación jurídica subjetiva, sin embargo, para los fines del presente trabajo sin profundizar en nuestra posición consideraremos a la carga como una situación jurídica.

3. FERNÁNDEZ, Gastón. *La Obligación. Apuntes para una Dogmática Jurídica del Concepto*. En Themis. No. 27-28. Año 1994. pp. 41-56.

- Tiene el deber de detener la retención y/o la entrega de bienes en cuanto le sea alcanzado copia del mandato judicial de detención del procedimiento y/o copia de medida cautelar que tenga como objeto la detención del procedimiento. (Artículo 16°. 2 de la LEC y Artículo 31°. 4 de la LEC).
 - Tiene el deber de detener la retención y/o la entrega en cuanto le sea alcanzado por parte del obligado o el administrado copia simple del cargo de presentación de demanda de Revisión de Legalidad (Artículo 23°. 3 de la LEC).
 - Tiene el deber de exigir, bajo responsabilidad, al Ejecutor Coactivo que se acredite bajo la formalidad requerida por el Artículo 33° “A” de la LEC.
 - Tiene el deber de poner en conocimiento del ejecutado la existencia del embargo inmediatamente después de efectuada la retención; así como en los casos en que se produzca la eventual entrega de los fondos retenidos y/o recaudados. (Último párrafo del Artículo 33° de la LEC).
- b. Frente la relación jurídica Retenedor – Ejecutado.-

Como hemos adelantado en la introducción, el retenedor interviene en el procedimiento de ejecución coactiva en la medida que es titular de un “débito” frente al ejecutado; la misma que deviene de una relación jurídica ajena al procedimiento. De esta manera, por ejemplo, puede el retenedor haber suscrito previamente al procedimiento coactivo un contrato de servicio público, un contrato de compraventa, un contrato de cuenta corriente, etc.

La mencionada relación jurídica entre el ejecutado y el retenedor involucra, por un lado, una situación jurídica de ventaja denominada derecho de crédito, frente a una situación jurídica de desventaja denominada deber de débito, respectivamente.

Así, en los ejemplos que inicialmente dimos, tendríamos lo siguiente:

- 1.- Contrato de Servicio Público.- En un contrato de servicios telefónicos; por un lado, la empresa de telefonía está obligada a brindar el servicio frente al consumidor. Por otro lado, el consumidor está obligado frente a la empresa a pagar la renta fija mensual y los consumos adicionales.

Así, en el caso que el ejecutado sea una empresa de servicio público, es posible un em-

bargo en forma de retención donde el tercero retenedor será el consumidor del servicio.

- 2.- Contrato de Compraventa.- En un contrato de compraventa; por un lado, existe la obligación de transferir la propiedad de un determinado bien; por otro lado, el comprador está obligado frente al vendedor a pagar un precio.

Así, en el caso que el ejecutado sea un vendedor, es posible un embargo en forma de retención donde el tercero retenedor será el comprador del bien.

- 3.- Contrato de Cuenta Corriente.- En un contrato de cuenta corriente; por un lado, el consumidor está obligado al pago de un precio; por otro lado, la entidad financiera está obligada a “guardar” un monto dinerario y “retornarlo” a solicitud del consumidor.

Así, en el caso que el ejecutado sea un depositario financiero, es posible un embargo en forma de retención donde el tercero retenedor será una entidad financiera.

En todos los ejemplos expuestos encontramos que las relaciones jurídicas contienen las situaciones jurídicas subjetivas de crédito y débito, siendo que en el presente trabajo abordaremos situaciones en las que la posición de crédito es asumida por el ejecutado.

III. La naturaleza jurídica del embargo en forma de retención en la ley de ejecución coactiva.

El profesor español Luis Diez-Picazo ha enseñado respecto del derecho de crédito lo siguiente:⁴

“El núcleo central del derecho de crédito lo constituye la faculta de exigir la prestación. Consiste en la posibilidad de formular una justa pretensión frente al deudor y reclamarle la adopción del comportamiento debido. La faculta de exigir la prestación va acompañada, como medida complementaria, del poder de agresión sobre los bienes”.

Seguidamente, Diez – Picazo señala que el mencionado “poder de agresión sobre los bienes” se manifiesta en el embargo y posterior ejecución de los bienes.⁵ Es decir, el acreedor tiene la facultad de embargar y ejecutar los bienes con la finalidad de satisfacer su interés jurídico.

Asimismo, propiamente sobre la naturaleza del embargo sobre un crédito, el autor español señala:

4 DIEZ - PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen Segundo. Madrid 1996. Quinta Edición. pp. 102 -103.

5 Ídem. p. 103.

*“El embargo de un crédito produce un des-
apoderamiento del acreedor, esto es, una
pérdida de la legitimación necesaria para
recibir la prestación debida. (...)”⁶*

Es decir, si en una relación jurídica un sujeto A está obligado frente a B a entregar un bien X, producto del embargo, la mencionada obligación queda en suspenso; siendo que producto del mandato de la autoridad y el imperio de la Ley se encontrará obligado a retener y a colaborar con la ejecución solicitada por un sujeto C, el cual mantiene una situación de crédito frente a B, la cual se encuentra en peligro de ser incumplida. En este supuesto, la obligación de A frente a B se deberá entender extinta cuando B cumple con retener y colaborar con la ejecución ordenada, siempre que B cumpla con el procedimiento establecido, este último punto será analizado más adelante.

El embargo en forma de retención es una de las medidas cautelares permitidas por la LEC para asegurar el cumplimiento de la obligación del ejecutado frente a la Administración. Así lo permite el Artículo 33º literal d) de la LEC:

“Artículo 33º de la LEC.-

*Las formas de embargo que podrá trabar el
Ejecutor son las siguientes:*

(..)

*d) En forma de retención, en cuyo caso re-
cae sobre los bienes, valores y fondos en
cuentas corrientes, depósitos, custodia y
otros, así como sobre los derechos de crédi-
to de los cuales el Obligado sea titular, que
se encuentren en poder de terceros.(...)”*

De lo anterior, el embargo en forma retención dentro del marco de aplicación de la LEC consiste en la afectación por orden de la Administración de un derecho de crédito o de un bien de titularidad del ejecutado que se encuentra en posesión de un tercero, a efectos de asegurar el cumplimiento de las deudas tributarias o no tributarias frente a la Administración.

4. De la presunta extinción de la obligación ejecutado – tercero retenedor

Como hemos adelantado, planteamos que, en el acto de ejecución del embargo, la obligación se extingue cuando el tercero retenedor cumple con retener y colaborar con la ejecución del embargo siguiendo el procedimiento establecido en las normas coactivas. *Contrario sensu*, sostenemos que la

obligación se mantiene indemne cuando el tercero incumple con los deberes establecidos para la protección del interés del ejecutado establecidos en la LEC y en la RLEC, los cuales hemos detallado anteriormente.

El tercero retenedor frente al ejecutado es titular de dos situaciones jurídicas: (i) Débito e (ii) Interés Legítimo. Respecto del interés legítimo, el deudor está facultado a liberarse de la obligación aún contra la voluntad del acreedor. Así, por ejemplo, el sistema permite al deudor el ofrecimiento de pago o el pago por consignación judicial.⁷

Asimismo, el ordenamiento civil peruano permite que el pago sea válido cuando el mismo es efectuado a un tercero. En este caso, es posible que la obligación se extinga sin satisfacción del interés del acreedor.⁸

Otro supuesto en el cual la obligación puede extinguirse sin satisfacción del interés del acreedor es el caso de la imposibilidad sobrevenida. En el caso en que la imposibilidad sobrevenida sea con culpa del deudor, entonces generará que el deudor quede obligado a prestar una prestación sustituta (indemnización); de lo contrario, si la obligación torna imposible sin culpa de las partes, entonces no existe responsabilidad por parte del deudor.⁹

De los tres supuestos anteriores, se deduce que el pago no siempre extingue la obligación con la satisfacción del interés del acreedor.

En lo cuanto al embargo en forma de retención, sería otra de las situaciones en la cuales la obligación se extingue sin satisfacción del interés del acreedor; en tanto que el derecho al cumplimiento de la prestación en beneficio ejecutado se ve suspendido. Sin embargo, el mismo no se extingue, manteniéndose en la medida de lo permitido por la afectación del embargo los deberes de buena fe y colaboración hacia el ejecutado. Así, cuando el tercero retenedor en un procedimiento de ejecución coactiva realiza el embargo y/o la entrega sin cumplir con los deberes impuestos por la LEC y la RLEC, entonces debe entenderse que incumple con su “deber” frente al ejecutado, siendo que la obligación no puede extinguirse; a menos que el ejecutado haya perdido el interés en la ejecución de la prestación o el cumplimiento de la prestación haya tornado en imposible.

Diez – Picaso para los casos de pago por consignación ha señalado lo siguiente:

*“Para que la consignación produzca sus
efectos liberatorios es necesario que el*

6 Ídem. p. 117

7 Artículo 1251º del Código Civil.

8 Artículo 1224º del Código Civil.

9 Artículo 1316º Código Civil.

“La obligación entre el ejecutado y el tercero retenedor sólo puede extinguirse cuando el acreedor o el Juez han señalado que el tercero retenedor ha cumplido con los deberes impuestos por la LEC y la RLEC al momento de embargar y/o entregar los bienes”



acreedor la acepte o que recaiga una declaración judicial de que esté bien hecha (...)

*(...) Si el acreedor acepta la consignación o el juez declara que está bien hecha, la deuda queda extinguida y el deudor queda liberado (...)*¹⁰

Nuestra posición es que lo señalado por Diez – Picaso para el pago por consignación es aplicable a los embargos en forma de retención. En ese sentido, la obligación entre el ejecutado y el tercero retenedor sólo puede extinguirse cuando el acreedor o el Juez han señalado que el tercero retenedor ha cumplido con los deberes impuestos por la LEC y la RLEC al momento de embargar y/o entregar los bienes.

5. La naturaleza de la responsabilidad civil del retenedor en los procedimientos de ejecución coactiva

Como bien señala Palacios, para la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones en el ordenamiento peruano deberá entenderse que *“la responsabilidad puede ser excluida sólo por una imposibilidad sobrevenida ‘no imputable al deudor’”*.¹¹

De esta manera, entendemos: o que la obligación se extingue producto del embargo siempre que el tercero retenedor haya cumplido con el procedimiento; o de lo contrario, el tercero retenedor será responsable frente al ejecutado por la frustración de su interés, a menos que estemos ante un supuesto de imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor.

En este punto debemos recordar la relación existente entre el interés jurídico en la prestación y la posibilidad de la prestación en el análisis de la responsabilidad civil. Así, tenemos lo siguiente:

Situación	Prestaciones
Si existe posibilidad e interés corresponde	Cumplimiento de obligación + Indemnización por retraso.
Si existe Imposibilidad e Interés corresponde	Indemnización compensatoria
Si existe; Posibilidad y desinterés corresponde	Indemnización compensatoria
Si existe Imposibilidad y desinterés corresponde	Indemnización compensatoria

Así, en el caso que el embargo recaiga sobre un bien no fungible (por ejemplo, un carro), la prestación exigida dependerá de los factores antes mencionados. De esta manera, si por ejemplo, existiera la posibilidad que el deudor puede entregar otro carro de iguales características (a menos que el carro se haya perdido en los términos del Artículo 1137° C.C. y siempre que no pueda encontrarse otro vehículo igual en el mercado) y el ejecutado tiene el interés en el carro (es decir, aún la prestación es útil para satisfacer su interés), entonces el ejecutado demandará al tercero retenedor la entrega del carro más daños y perjuicios por el cumplimiento tardío de la prestación (los daños y perjuicios deberán ser probados). En caso que el interés y/o la posibilidad no existan, entonces el ejecutado podrá demandar una indemnización compensatoria.

En caso que el bien embargado sea en dinero, debe tenerse presente que las obligaciones pecuniarias no pueden devenir en imposibles. En ese sentido, Diez – Picaso ha señalado:

“La deuda de suma de dinero presenta dos características sustanciales, que marcan su régimen jurídico. Ante todo, como lo debido es abstractamente un valor o una suma, la obligación no puede nunca devenir imposible con carácter general y absoluto”.¹²

¹⁰ Ídem. p. 535

¹¹ PALACIOS MARTINEZ, ERIC. *La diligencia y la imposibilidad en el incumplimiento de las obligaciones*. En: Teoría General de las obligaciones. Concepto, Estructura e Incumplimiento. Jurista Editores. Año 2004. p. 185.

¹² DIEZ – PICASO. *Op. Cit.* p. 259

Asimismo, el incumplimiento de las obligaciones dinerarias produce automáticamente un daño al acreedor, el cual puede liquidarse de manera automática sin necesidad de prueba.¹³

De esta manera, en el caso que el embargo en forma de retención recaiga sobre dinero, la pretensión demandada en contra del tercero retenedor sería la entrega del dinero más una prestación complementaria (mora).

Finalmente, nuestra posición es que el embargo efectuado por el tercero retenedor contraviniendo la LEC y la RLEC, al no extinguir la obligación contractual, deber ser abordada por la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones. En este punto, cabe recordar la diferencia entre la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y la responsabilidad extracontractual:

De un lado, la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones consiste en:

“(...) [la] situación asumida por el deudor ante el incumplimiento, a él imputable, de una obligación, es decir, ante la ejecución parcial o tardía de la prestación comprometida (...)”¹⁴

Por otro lado, la responsabilidad extracontractual es:

“(...) [el] sometimiento a la sanción que el ordenamiento jurídico prevé contra los actos ilícitos civiles, lesivos de los intereses de las personas, y más específicamente, lesivos de la integridad de las situaciones subjetivas protegidas erga omnes por el ordenamiento (...)”¹⁵

Desde nuestra posición, al preexistir una obligación entre el ejecutado y el retenedor, siendo que lo frustrado es la prestación central de la misma (no se entregó el bien o el monto dinerario), la responsabilidad es por incumplimiento de obligaciones.

6. Sentencia de la Corte Superior de Lima: telefónica del Perú frente al Scotiabank

Con fecha 29 de enero de 2009, la Primera Sala Superior Especializada en Materia Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima resolvió el Expediente N° 00206 – 2008, el cual enfrentó a Telefónica del Perú S.A.A. (demandante) –en adelante TELEFÓNICA- frente al Banco Scotiabank (Ex Banco Wiese Sudameris); -en adelante EL BANCO- siendo la pretensión principal planteada el cumplimiento del contrato de cuenta corriente celebrado entre las partes.

En el desarrollo del mencionado proceso judicial, fue menester analizar la naturaleza jurídica de la responsabilidad del tercero retenedor por el incumplimiento de la Ley del Procedimiento de Ejecución Coactiva. Así, tenemos lo siguiente:

a) Antecedentes:

TELEFÓNICA celebró un contrato de cuenta corriente con EL BANCO, siendo que posteriormente, dos municipalidades ordenaron el embargo en forma de retención sobre la cuenta corriente.

b) Pretensiones Planteadas:

La pretensión principal planteada por TELEFÓNICA es la devolución por parte de EL BANCO del dinero depositado, siendo su pretensión accesorial el pago de los intereses legales devengados por el cumplimiento tardío de la prestación. Seguidamente, TELEFÓNICA plantea como pretensión subordinada, se declare la responsabilidad civil de EL BANCO por el incumplimiento de la LEC.

c) Sentencia:

La decisión de la Sala fue por confirmar la sentencia de primera instancia, la cual había ordenado al Banco Wiese Sudameris la devolución del monto depositado más los intereses legales (el cual había sido retenido y entregado a las Municipalidades Ejecutantes) a TELEFÓNICA en razón del contrato de cuenta corriente suscrito por las partes.

Los principales considerandos de la Sala que sustentaron su resolución fueron los siguientes:

- La “causa petendi” en ambas pretensiones deviene de una relación jurídica entre privados por lo que no es necesario el agotamiento de la vía administrativa como requisito previo para la interposición de la presente demanda.
- Las alegaciones en torno a los procedimientos coactivos y/o judiciales que guarden relación con los hechos expuestos por las partes deberán ser tomados en cuenta para determinar el derecho aplicable al proceso.
- En el presente proceso no se ha invocado un supuesto de responsabilidad extracontractual sino uno de responsabilidad contractual por lo cual debe desestimarse la aplicación del plazo prescriptorio de 2 años correspondiente a la primera figura.
- El incumplimiento de las obligaciones contraídas por causa de un acuerdo de volun-

13 Ídem.

14 LEÓN HILARIO. Leyser. *La Responsabilidad Civil. Líneas Fundamentales; y Nuevas Perspectivas*. Normas Legales. Año 2004. p. 6

15 Ídem p. 7

tades celebrado entre particulares, atribuido por TELEFÓNICA a EL BANCO, difiere de lo que materia de discusión en un procedimiento de revisión de legalidad de procedimiento coactivo.

- Se acredita el incumplimiento de EL BANCO de su deber de solicitar la debida acreditación del ejecutor coactivo de acuerdo a lo establecido en las normas coactivas vigentes al momento de producirse el embargo, siendo que EL BANCO se encontraba dispensado de ejecutar las medidas cautelares por no encontrarse acorde al procedimiento.
- Se acredita que EL BANCO tuvo conocimiento de que el procedimiento se encontraba legalmente suspendido; en tanto que fue notificado con carta notarial con el cargo de presentación de la correspondiente Revisión de Legalidad, siendo que pese a ello, EL BANCO, continuó con la ejecución.
- Por lo anterior, la Sala determinó que EL BANCO incumplió con el deber de custodia, lo cual faculta a TELEFÓNICA solicitar el cumplimiento del contrato.

Así, la Sentencia de la Sala reafirmó la sentencia del Juzgado; estimando que la obligación entre TELEFÓNICA y EL BANCO no se extinguió con el acto de embargo. En tanto, EL BANCO no cumplió con los deberes establecidos en la LEC y RLEC para la protección del interés del ejecutado, ordenándole la devolución del monto depositado por TELEFÓNICA más los intereses que se hubieran devengado hasta el cumplimiento efectivo de la prestación.

Luis Diez – Picasso señala que las obligaciones de dar tienen dos funciones: la función traslativa y la función restitutoria.

Acerca de la Función Traslativa, señala el autor español, que: “*El es traslativo cuando el deudor dirige su actividad a crear a favor del acreedor un derecho sobre la cosa*”¹⁶.

Y respecto a la Función Restitutoria señala que:

*“Por ejemplo, el depositario está obligado a restituir la cosa al depositante (Art. 1766). La entrega es una devolución – dar es devolver – y aparece fundamentalmente como una prestación que es objeto de un deber de liquidación en las obligaciones demandadas – V. gr., restituir las cosas arrendadas, prestadas o depositadas.”*¹⁷

Desde nuestra posición, no existen mayores diferencias respecto a que las obligaciones posean función traslativa o restitutoria respecto a la discusión de su extinción o no extinción ante el incumplimiento de los deberes impuestos al retenedor por la LEC y la RLEC frente al ejecutado. En ese sentido, creemos que lo resuelto por la Sala es aplicable tanto a un contrato de cuenta corriente como a un contrato de servicios públicos (donde el ejecutado debía recibir a su favor suma dineraria).

7. De los aspectos procesales de la materia discutida

- 1) Vía Procedimental.- La Obligación de Dar (entre ellas la obligación de dar suma de dinero) puede ser solicitada vía proceso ejecutivo, siempre que exista un título de ejecutivo.¹⁸ Sin embargo, como bien sabemos, en los procesos ejecutivos no existe una instancia probatoria. En virtud de ello, la pretensión contra el tercero retenedor sólo puede ser planteada vía proceso ordinario de conocimiento; en tanto que deberá ser probado que el retenedor incumplió su obligación al no haber desarrollado su conducta de acuerdo a los deberes impuestos por la LEC y la RLEC frente al crédito del ejecutado.
- 2) Agotamiento de la Vía Administrativa.- En tanto que las pretensiones procesales deriven de una relación jurídica ajena a los deberes frente a la administración, el requisito de agotamiento de la vía administrativa no es exigible.

En el procedimiento administrativo de revisión de legalidad, se analizará la validez formal del procedimiento ejecutivo en su conjunto; en el procedimiento contencioso administrativo, se vislumbra el fondo de la controversia administrativa; mientras que en el proceso civil, se analiza el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones del tercero retenedor de fuente contractual.

Así, como señala la Sentencia citada, los hechos acontecidos durante el procedimiento coactivo solamente pueden ser considerados como elementos a ser tomados en cuenta para la evaluación de las obligaciones contractuales. De esta manera, no se requiere un pronunciamiento previo de la administración para entablar la demanda.

- 3) El interés para obrar.- En el procedimiento contencioso administrativo y de revisión puede ser

16 DIEZ – PICASO. *Op. Cit.* p. 240

17 Ídem.

18 Los Títulos Ejecutivos son una lista cerrada establecida por el Artículo 688° del Código Procesal Civil; tenemos, por ejemplo: las resoluciones judiciales firmes, los Títulos Valores, el Documento Privado de Transacción Extrajudicial, entre otros.

ordenada la restitución de lo indebidamente ejecutado o puede ser incluida una pretensión de responsabilidad (revisión de legalidad). Sin embargo, mientras efectivamente no se satisfaga el interés del demandante, entonces el interés para obrar se mantiene intacto.

Así, mientras no reciba el deudor el bien o la indemnización, mantiene su interés para obrar para demandar al tercero retenedor por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

- 4) Prescripción.- En cuanto la pretensión deviene de un incumplimiento de una obligación contractual, el plazo de prescripción es de diez años, contados desde el momento en que la obligación debía ser cumplida.

8. Conclusiones

- El tercero retenedor por un lado es titular por imposición de la LEC y la RLEC de situaciones jurídicas pasivas, las cuales ante su incumplimiento podrían dar origen a un daño, el cual en principio generaría responsabilidad aquiliana o extracontractual.
- Por otra lado, el tercero retenedor a su vez es titular de la situación jurídica de débito frente al ejecutado, siendo que el incumplimiento podría dar origen a un daño, el cual en principio generaría responsabilidad por incumplimiento de obligaciones.
- El embargo en forma de retención con posterior ejecución dentro del marco de un procedimiento de ejecución coactiva, es una forma de extinción de la obligación entre el tercero retenedor y el ejecutado, sin satisfacción del interés crediticio de este último; el cual se encuentra legitimado

en el cumplimiento de las garantías establecidas por LEC y la RLEC a favor del ejecutado.

- Sin embargo, la mencionada obligación entre el ejecutado y el tercero retenedor no puede extinguirse cuando este último ha omitido los deberes impuestos por la LEC y la RLEC a favor del ejecutado. Corresponden al acreedor o al Juez, determinar si la extinción de la obligación ha ocurrido. Por esta razón, no sería correcto abordar el problema desde la responsabilidad extracontractual.
- Así, al frustrarse la prestación central de la obligación, el tercero retenedor solamente puede ser exonerado de responsabilidad si estamos ante una imposibilidad sobrevenida de la prestación sin culpa del deudor. Contrario sensu, el tercero retenedor es responsable cuando el interés crediticio es imputable a él mismo, siendo en este caso la única forma de exonerarse la prueba de la ruptura del nexo de causalidad (Caso fortuito o fuerza mayor, el hecho de un tercero o el hecho de la propia víctima).
- Finalmente, en el caso que el tercero retenedor sea responsable de la frustración del interés crediticio, las pretensiones sobre el tercero retenedor deberán ser de cumplimiento de contrato y/o responsabilidad por incumplimiento de obligaciones, dependiendo de la manifestación del interés jurídico en el cumplimiento y la posibilidad de cumplimiento.

Si la prestación es en dinero, entonces la pretensión deberá ser de cumplimiento de contrato e intereses legales.

Dejamos a criterio de nuestros lectores el juzgamiento de la relevancia de lo aquí vertido a los estudios sobre la materia.