



**FACULTAD DE DERECHO
UNIDAD DE POSGRADO**

**LA TUTELA AL ACREEDOR HIPOTECARIO
PREFERENTE EN EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN
COACTIVA**

**PRESENTADA POR
CESAR ADOLFO DE LA CRUZ TIPIAN**

**ASESOR
ROLANDO ALFONZO MARTEL CHANG**

**TESIS
PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO
PROCESAL**

**LIMA – PERÚ
2022**



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



UNIDAD DE POSGRADO

**"LA TUTELA AL ACREEDOR HIPOTECARIO PREFERENTE EN EL
PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN COACTIVA"**

Tesis para optar el Grado Académico de Maestro en Derecho Procesal

Presentado por:

CESAR ADOLFO DE LA CRUZ TIPIAN

Asesor:

Dr. ROLANDO ALFONZO MARTEL CHANG

LIMA - PERÚ

2022

Dedicatoria:

A Dios, mis padres Carolina y Cesar, mi Mamita María, mi esposa Paola y mis hijos Micaela y Max. A mis papitos Max, Hugo, Moisés, Manuel y Andrés; a mis mamitas Carolina, Mercedes y Rosaura. Mi vida entera no alcanza para corresponder tanto amor, fe y apoyo.

Agradecimiento:

A Rolando Alfonzo Martel Chang, Julio Martín Wong Abad, Giovanni Priori Posada y Eugenia Ariano Deho, quienes tuvieron a bien brindarme valiosos aportes sobre el tema de esta tesis. A mi madre Carolina, mi esposa Paola y mis hijos Micaela y Max, con quienes las ideas fueron tomando forma en nuestras continuas conversaciones.

ÍNDICE

DEDICATORIA	II
AGRADECIMIENTO	III
INDICE	IV
RESUMEN	IX
ABSTRACT	XI
INTRODUCCION	XIII
a) Formulación del problema	XXII
a.1 Problema General	XXII
a.2 Problemas Específicos	XXII
b) Objetivos de la investigación	XXIII
b.1 Objetivo general	XXIII
b.2 Objetivos específicos	XXIII
b.3 Justificación de la investigación	XXIV
b.3.1 Importancia de la investigación	XXIV
b.3.2 Viabilidad de la investigación	XXVI
b.4 Limitaciones de la investigación	XXVII
CAPITULO I: MARCO TEORICO	28
1.1. Antecedentes de la Investigación	28
1.2. Bases Teóricas	28
1.2.1 El principio de responsabilidad patrimonial el concurso de acreedores	28
1.2.1.1. La responsabilidad patrimonial frente a la inejecución de obligaciones	28

1.2.1.2.	Del concurso de acreedores, el principio “par conditio creditorum” y las preferencias que pueden surgir entre ellos	31
1.2.1.3.	La preferencia y privilegio del crédito	33
1.2.1.4.	Regulación jurídica nacional sobre la preferencia en el cobro de los créditos	34
1.2.2.	El derecho a la tutela jurisdiccional	37
1.2.2.1.	Base normativa	37
1.2.2.2.	Concepto de tutela jurisdiccional	37
1.2.2.3.	La tutela jurisdiccional en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	40
1.2.2.4.	La tutela jurisdiccional diferenciada	44
1.2.2.5.	El Derecho Procesal como instrumento del Derecho Material	45
1.2.2.5.1.	La escuela sistemática y la cientificidad del derecho procesal	47
1.2.2.5.2.	La identificación del “equivoco” y el Paulatino retorno a la normalidad	49
1.2.2.5.3.	La tutela jurisdiccional como derecho a la técnica procesal idónea	54
1.2.3.	La tercería de derecho preferente de pago	64
1.2.3.1.	Base normativa	64
1.2.3.2.	Concepto	65
1.2.3.3.	Fundamento y objeto de la tercería preferente de pago	67

1.2.3.4.	Naturaleza jurídica de la tercería de derecho preferente de pago	76
1.2.3.5.	Los requisitos de procedencia de la tercería de derecho preferente de pago	83
1.2.3.6.	La utilidad o eficacia de la tercería de derecho preferente de pago en relación con otros eventuales mecanismos de protección	85
1.2.3.7.	La tercería de derecho preferente de pago y la intervención como acreedor no ejecutante	89
1.2.4.	El procedimiento de ejecución coactiva	90
1.2.4.1.	Base normativa	90
1.2.4.2.	Breves notas sobre la ejecución coactiva en el Perú	92
1.2.4.3.	Naturaleza jurídica	93
1.2.4.4.	El procedimiento de ejecución coactiva y la tercería de derecho preferente de pago	100
1.2.5.	Las lagunas normativas	102
1.2.5.1.	El sistema normativo y sus propiedades estructurales	102
1.2.5.2.	Las lagunas y su clasificación	105
1.2.5.2.1.	Lagunas normativas	105
1.2.5.2.2.	Lagunas técnicas	106
1.2.5.2.3.	Lagunas axiológicas	107
1.2.5.3.	La teoría del derecho frente a las lagunas	109
1.2.5.4.	La obligación del Juez de resolver aún en caso	

de vacío o deficiencia de la ley y la “concretización de principios” como forma de construcción jurídica	119
1.3. Definiciones de términos básicos	124
CAPITULO II: METODOLOGÍA	126
2.1. Diseño de la investigación	126
2.2. Diseño Muestral	126
2.3. Técnicas para la recolección de datos	127
2.3.1. Descripción de las técnicas e instrumentos	127
2.3.2. Validez y confiabilidad de los instrumentos	127
2.4. Técnicas estadísticas para el procesamiento de información	127
2.5. Aspectos éticos	127
CAPITULO III: RESULTADOS	129
3.1. Resultados en base a Sentencias en Casación y el Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial del 2017, emitidos por Órganos Jurisdiccionales.	129
3.1.1. En cuanto a la existencia de un derecho preferente de pago a favor del tercerista	129
3.1.2. Sobre la ausencia de norma jurídica expresa regule o habilite la tercería preferente de pago en el procedimiento de ejecución coactiva	131
3.1.3. Respecto de la técnica aplicada para la integración de la laguna	133
3.1.4. En relación con la autoridad competente para tramitar la tercería preferente de pago del acreedor preferente en la ejecución coactiva	137

3.2. Resultados en base a entrevista realizada a Especialista	140
3.2.1 Entrevista realizada al Doctor Julio Martín Wong Abad	140
CAPITULO IV: DISCUSION	145
4.1. Sobre el derecho preferente del acreedor hipotecario frente a la Administración Tributaria	145
4.2. La ejecución coactiva y la afectación a los terceros con derecho preferente de pago	147
4.3. La tercería preferente de pago como mecanismo de protección idóneo del acreedor hipotecario	153
4.4. La existencia de una laguna normativa y la obligación del Juez para integrar el ordenamiento jurídico	156
4.5. El derecho fundamental a la Tutela Jurisdiccional como principio a concretizar y posición del autor a favor del empleo de la tercería preferente de pago como mecanismo de tutela del acreedor hipotecario preferente	162
CONCLUSIONES	168
RECOMENDACIONES	169
FUENTES DE INFORMACIÓN	170
ANEXOS	176
Anexo – Propuesta de modificación del artículo 533° del C.P.C.	177

RESUMEN

En el presente trabajo de investigación se analizará si es posible superar el obstáculo que representa para el titular de una situación jurídica de ventaja reconocida por el derecho material (acreedor hipotecario preferente), la omisión en el plano normativo procesal de permitirle el acceso al mecanismo de protección que aparece como más idóneo o efectivo (tercería de derecho preferente de pago) ante el riesgo que representa un procedimiento administrativo específico (procedimiento de ejecución coactiva).

En ese propósito, insumos que necesariamente serán tomados en consideración en esta investigación están representados por una de las conclusiones obtenidas en el Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial del año 2017 (que parecería proporcionarnos una respuesta negativa) y algunas Sentencias en Casación emitidas por la Corte Suprema de Justicia de la República que han llegado a conclusiones diametralmente opuestas.

Teniendo en cuenta lo anterior, en la estructura de este trabajo se ha considerado el siguiente esquema:

- El primer capítulo está referido al marco teórico en que se sostiene esta investigación, principales teorías, así como el marco conceptual.
- En el segundo capítulo describimos la metodología empleada en la investigación: el tipo y diseño de la investigación, técnicas e instrumentos de datos, población y muestra.
- El tercer capítulo contiene la presentación de resultados.

- El cuarto capítulo es la discusión acerca de los resultados obtenidos.
- Por último, proporcionamos las conclusiones y recomendaciones a las que hemos arribado.

PALABRAS CLAVES:

Acreedor hipotecario, tercería de derecho preferente, derecho a la tutela jurisdiccional.

ABSTRACT

In this research work, it will be analyzed whether it is possible to overcome the obstacle that represents for the holder of a legal situation of advantage recognized by the material right (preferential mortgage creditor), the omission in the procedural normative plane to allow access to the mechanism of protection that appears as more suitable or effective (third party of preferential right of payment) before the risk that represents a specific administrative procedure (procedure of coercive execution).

For this purpose, inputs that will necessarily be taken into consideration in this investigation are represented by one of the conclusions obtained in the Commercial District Jurisdictional Plenary of 2017 (which would seem to provide us with a negative answer) and some Judgments on Cassation issued by the Supreme Court of Justice of the Republic who have reached diametrically opposite conclusions.

Taking into account the above, the following scheme has been considered in the structure of this work:

- The first chapter refers to the theoretical framework in which this research is based, main theories, as well as the conceptual framework.

- In the second chapter we describe the methodology used in the investigation: the type and design of the investigation, techniques and data instruments, population and sample.
- The third chapter contains the presentation of results.
- The fourth chapter is the discussion about the results obtained.
- Finally, we provide the conclusions and recommendations that we have reached.

KEYWORDS:

Mortgage creditor, third party of preferential right, right to judicial protection.

NOMBRE DEL TRABAJO

LA TUTELA AL ACREEDOR HIPOTECARIO
O PREFERENTE EN EL PROCEDIMIENTO
DE EJECUCIÓN COACTIVA

AUTOR

CESAR ADOLFO DE LA CRUZ TIPIAN

RECUENTO DE PALABRAS

36507 Words

RECUENTO DE CARACTERES

196492 Characters

RECUENTO DE PÁGINAS

177 Pages

TAMAÑO DEL ARCHIVO

814.2KB

FECHA DE ENTREGA

May 26, 2023 9:53 AM GMT-5

FECHA DEL INFORME

May 26, 2023 9:56 AM GMT-5

● 6% de similitud general

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base de datos.

- 5% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 3% Base de datos de trabajos entregados
- 2% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

● Excluir del Reporte de Similitud

- Material bibliográfico
- Material citado
- Fuentes excluidas manualmente
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 10 palabras)



USMP | Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DE SAN MARTÍN DE PORRES
Perú

Dra. Nancy Guzmán Ruiz de Castilla
RESPONSABLE DEL SOFTWARE ANTIPLAGIO - TURNITIN.

INTRODUCCION

Es principio comúnmente aceptado en diversos ordenamientos jurídicos, como el nuestro, que el deudor responde por el incumplimiento de sus obligaciones única y exclusivamente con su patrimonio. Se trata del *principio de responsabilidad patrimonial* o también llamado como de la *patrimonialidad de la responsabilidad*.

A diferencia de lo que ocurría en épocas antiguas en que era permitida la ejecución forzosa de la obligación incumplida sobre el propio deudor (que podía llegar a perder su condición jurídica de persona para ser convertido en un bien o cosa, ser vendido como esclavo o incluso asesinado), hoy en día la única posibilidad que tiene el acreedor para ver satisfecho su legítimo derecho de crédito reside tan solo en lo que constituye el patrimonio del deudor.

En efecto, luego que se frustra el cumplimiento voluntario de la obligación por parte del deudor, el acreedor puede instar ante el órgano jurisdiccional el cumplimiento forzoso de la obligación en los términos en que fue acordada (cumplimiento *directo, específico* o *in natura*) y, en caso de que ello no fuere posible, tiene aún la alternativa de conseguir un cumplimiento *indirecto, equivalente* o *resarcitorio*, como puede ser la entrega de una suma de dinero que represente la prestación no realizada voluntariamente.

Como fuere, frustrado el cumplimiento voluntario de la obligación, el camino que tiene el acreedor para lograr la satisfacción de su derecho de crédito (de manera forzosa, directa o indirecta) es afectando jurídicamente el patrimonio del deudor con miras a realizarlo (subasta pública) y obtener algo de dinero para hacerse el pago correspondiente. Por esto, el patrimonio del deudor es también conocido como la *prenda común* de los acreedores.

El patrimonio del deudor (conformado no solo por dinero, sino también por bienes muebles o inmuebles) constituye entonces una garantía para el acreedor, en el sentido que para alcanzar el cumplimiento (directo o indirecto) de la obligación y satisfacer su derecho de crédito puede dirigirse contra aquel, afectarlo jurídicamente y realizarlo forzosamente (remate) para transformarlo en dinero con el cual poder cobrarse.

La realidad enseña que -en no pocas ocasiones- el deudor suele tener más de un acreedor, siendo que como regla general todos forman una especie de concurso con derecho a cobrarse en igualdad de oportunidades y proporcionalmente sobre el patrimonio del deudor. Estamos frente a otro principio, denominado *par conditio creditorum*.

Como hemos dicho, la regla general es que todos los acreedores impagos concurren con iguales posibilidades de realizar forzosamente el patrimonio del deudor; sin embargo, en determinadas circunstancias el ordenamiento jurídico reconoce a algunos acreedores el derecho a contar con una calidad “privilegiada”

o “preferente”, que se traduce en poder dirigirse contra el patrimonio del deudor común y cobrar su crédito con preferencia al resto de acreedores.

En otras palabras, el acreedor privilegiado tiene reconocido por el ordenamiento jurídico un *derecho preferente de pago*, como es el caso paradigmático del acreedor hipotecario.

Ahora bien, conviene recordar que todo derecho o interés reconocido como digno de tutela por el ordenamiento jurídico debe contar con un mecanismo de protección; de no ser así, resultaría imposible considerar que se trate de un derecho en sentido propio.

Tratándose del *derecho preferente de pago* (que asiste al acreedor hipotecario), los mecanismos de protección legalmente previstos estarían representados por la denominada *tercería de derecho preferente de pago* (artículos 533°, 534° y 537° del Código Procesal Civil peruano), así como por la denominada *intervención de acreedor no ejecutante* (que contempla los artículos 726° del mencionado Código).

En este trabajo nos ocuparemos del primero de los mecanismos anotados (tercería de derecho preferente), que importa el ejercicio del derecho de acción y el inicio de un proceso judicial en la vía abreviada; descartamos el segundo mecanismo (intervención de acreedor no ejecutante) porque este habilita al tercero (acreedor no ejecutante) para intervenir en una ejecución *judicial* en trámite, mientras que nuestro objeto de estudio consistirá en analizar la viabilidad de brindar tutela

jurisdiccional al acreedor hipotecario preferente en el contexto de una ejecución coactiva que tiene lugar en sede administrativa.

Pues bien, el mecanismo de protección consistente en la tercería de derecho preferente de pago permite al acreedor hipotecario -que cuenta con un derecho privilegiado y preferente- obtener en sede judicial que se le reconozca tal calidad con el propósito de ser pagado con anterioridad a cualquier otro acreedor; es más, la sola calificación positiva de la demanda de Tercería de Derecho Preferente y la emisión del Auto Admisorio produce (por disposición de la Ley) el efecto de suspender todo pago hasta que no se determine un orden de preferencia para la distribución del dinero obtenido luego de haber sido realizado (rematado) el bien del deudor.

En el plano legal (artículo 534° del Código Procesal Civil), el competente para conocer la *tercería de derecho preferente de pago* es el Juez del proceso en que se interviene; esto es, el Juez que se encuentra ejecutando el patrimonio del deudor.

Una cuestión que es conveniente relieves estriba en que dentro de nuestro ordenamiento jurídico la ejecución del patrimonio del deudor no es función exclusiva de los Jueces del Poder Judicial, sino que también puede ser realizada por un funcionario público denominado Ejecutor Coactivo, responsable del denominado *procedimiento de ejecución coactiva*.

Entre las facultades que tiene el ejecutor coactivo se encuentra afectar el patrimonio del deudor con embargos de sus bienes y posterior ejecución forzada (remate), con el objetivo de satisfacer (léase, pagar) el derecho de crédito de la administración (trátase de la Sunat, Sat, Gobierno Local, etc.)

Como es perfectamente posible que en el procedimiento de ejecución coactiva se puedan afectar derechos o intereses de terceros, está previsto en la Ley y el Reglamento del procedimiento de ejecución coactiva que el ejecutor coactivo pueda conocer de la tercería de propiedad (aquella que busca liberar un bien indebidamente embargado por no ser de propiedad del deudor, sino de un tercero); empero, el problema que ha llamado nuestra atención es que no se ha habilitado al ejecutor coactivo para conocer de la *tercería de derecho preferente de pago*.

Por ello, cuando al interior de un procedimiento de ejecución coactiva se ha embargado un bien para satisfacer el crédito de la administración y existe otro acreedor que cuenta con derecho preferente de pago sobre ese mismo bien (como el acreedor hipotecario), este no logra encontrar un adecuado mecanismo de protección al interior del procedimiento de ejecución coactiva porque el ejecutor no está habilitado para admitir, tramitar y resolver la tercería de derecho preferente de pago.

Esta omisión legislativa ha generado que diversos acreedores se presenten ante el ejecutor coactivo para hacer valer su derecho preferente de pago, recibiendo de manera uniforme la siguiente respuesta: Como carezco de competencia para

conocer tercerías de derecho preferente de pago, usted debe acudir al Poder Judicial.

En los Juzgados Civiles con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima se han recibido demandas de tercerías de derecho preferente de pago para hacer frente al crédito administrativo que venía siendo objeto de un procedimiento de ejecución coactiva, pero una buena parte de esas demandas fueron declaradas improcedentes debido, entre otras razones, a que la competencia de la tercería de derecho preferente de pago ha sido atribuida por Ley (Código Procesal Civil) al Juez que se encuentra “a cargo de la ejecución”, y en estos específicos casos tal Juez no existe porque la ejecución viene siendo realizada por el ejecutor coactivo, no así por un Juez del Poder Judicial.

El problema que surge, entonces, es que cuando el ejecutor coactivo embarga y ejecuta un bien que se encuentra hipotecado no existe Juez a cargo de la Ejecución, lo que a la postre significa que no es posible identificar al Juez que resultaría competente para conocer de la demanda de tercería de derecho preferente de pago y el acreedor hipotecario quedaría imposibilitado de acceder al mecanismo idóneo para la protección de su derecho preferente de pago.

Las circunstancias descritas generaron que la problemática fuera abordada en el Pleno Jurisdiccional Distrital de los Juzgados Civiles con Subespecialidad Comercial de Lima, llevado a cabo en el mes de setiembre del año 2017, debido a que se venían registrando decisiones contradictorias a nivel de los Órganos Jurisdiccionales de la referida Subespecialidad.

Así, una de las situaciones problemáticas que fueron tratadas en dicho Pleno Jurisdiccional, identificada como Tema N° II¹, fue formulada de la siguiente manera:

“Una persona que tiene garantizado su crédito con garantía hipotecaria, se entera que un ejecutor coactivo de SUNAT o de otra entidad del Estado, dentro de un procedimiento de cobranza coactiva, ha trabado embargo en forma de inscripción sobre el mismo bien otorgado en hipoteca. El acreedor hipotecario -con el propósito de proteger o tutelar su crédito y evitar que el bien inmueble sea rematado en el procedimiento administrativo- interpone una demanda de tercería preferente de pago ante el juez que conoce de su demanda de ejecución de garantía o ante un juez civil, si todavía no interpuso demanda de ejecución de garantía.”

Concebida así la situación problemática, las 2 ponencias que alternativamente pretendieron darle solución y que fueron sometidas a votación, consistieron en:

Primera Ponencia: El Juez debe admitir y dar trámite a la demanda de tercería preferente de pago. Si bien la tercería se interpone contra el demandante y demandado en el proceso principal en el que se está ejecutando el bien (y la entidad del Estado no tienen dicha condición), ese hecho no debe impedir el ejercicio del derecho de acción del acreedor, interpretando extensivamente la norma procesal. En caso se privilegie el

¹ El Tema N° II llevó como título: *Procedencia y competencia para conocer la demanda de tercería preferente de pago interpuesta por acreedor hipotecario contra embargo y remate trabado sobre el mismo bien hipotecado, en procedimiento de cobranza coactiva.*

aspecto formal, se debe acudir a un proceso innominado, con las mismas características y fines de la tercería preferente de pago.²

Segunda Ponencia: El juez debe declarar improcedente la demanda de tercería preferente de pago porque de acuerdo con el artículo 533 del Código Procesal Civil se debe entender contra quienes tienen la condición de demandante y demandado en el proceso judicial en el que se va a ejecutar el bien otorgado en garantía hipotecaria, y en este caso está dirigida contra la Entidad a la que pertenece el ejecutor coactivo que ha embargado el bien. Además, la tercería preferente de pago no se plantea contra una acción judicial de cobro con el propósito de hacer valer la preferencia de pago frente a un acreedor que tenga cautelado su crédito con embargo judicial sobre bienes del deudor común, sino que es el propio acreedor hipotecario que se presentaba ante el mismo juez que conoce de su proceso de ejecución de garantía hipotecaria para hacer valer su aludida preferencia frente a un acreedor tributario que tiene embargado el mismo bien del deudor común en un proceso de cobranza coactiva. El tercerista se presentaba como tal ante el Juez que conoce de la ejecución instaurada por el mismo, cuando en realidad no es un tercero en dicha ejecución y, por otro lado, se pretende la tercería contra un procedimiento coactivo y no contra un proceso judicial, no encajando en la *fattispecie* de la tercería preferente de pago.

² Cabe mencionar que esta primera ponencia tenía como complemento 4 fundamentos adicionales: **i)** El ejecutor coactivo no está autorizado por Ley (Código Tributario) para dar trámite a tercerías o intervenciones preferentes de pago; **ii)** En caso se estimara que la pretensión preferente de pago no debe tramitarse en el proceso de tercería, por la competencia subsidiaria del Juez Civil (o subespecializado comercial), igual sería de su competencia; **iii)** La obligación que tienen los jueces de administrar justicia aún en caso de deficiencia o defecto de la ley; y, **iv)** La prelación de acreencias garantizadas con derechos reales inscritos en el registro sobre las deudas tributarias está disciplinada en el artículo 6° del Código Tributario.

Llegado el momento de la votación, la posición mayoritaria dio respaldo a la segunda ponencia, en el sentido que se debe declarar la improcedencia de las demandas de tercería de derecho preferente de pago promovidas por el acreedor garantizado con una hipoteca inmobiliaria, cuyo bien ha sido embargado y está comprendido en un procedimiento de ejecución coactiva.

En línea de principio, la adopción de este criterio jurisdiccional importaría dejar sin tutela idónea a los acreedores privilegiados que perderían el bien que les fue entregado en garantía hipotecaria por el embargo y remate realizado por el ejecutor coactivo, en cuyo trámite se levantará la hipoteca y quedará burlada la especial protección que les aseguraba el ordenamiento jurídico sustancial, en el sentido que les correspondía ser pagados con preferencia al crédito de la administración.

Se hace notorio, pues, la existencia de una disociación entre el deber ser que prescribe el plano normativo sustancial (que reconoce un derecho preferente de pago al acreedor hipotecario), en contraste con lo que vendría ocurriendo en la realidad donde el acreedor privilegiado con hipoteca no encontraría el mecanismo idóneo para obtener adecuada tutela de su derecho preferente de pago, ni en el procedimiento de ejecución coactiva, ni en sede jurisdiccional.

El propósito u objetivo de esta tesis será analizar la situación problemática descrita y proponer alguna alternativa sobre cómo se podría superar la omisión o defecto legislativo que habría dejado sin protección jurídica (a nivel administrativa y jurisdiccional) al acreedor hipotecario que cuenta con un derecho preferente de pago, oponible al crédito materia de ejecución coactiva, pese a lo cual no tendría

acceso al que vendría a ser el mecanismo de protección que mejor diseñado se encuentra para el resguardo y tutela de su derecho preferente, que podría quedar vaciado de contenido si el bien hipotecado a su favor es rematado en el procedimiento de ejecución coactiva, con el subsiguiente levantamiento de la hipoteca.

Por último, es necesario puntualizar que el tema objeto de la tesis aborda diversas instituciones jurídicas como la preferencia en el pago, tutela jurisdiccional, tercería de derecho preferente de pago, procedimiento de ejecución coactiva y lagunas normativas, que deberán ser necesariamente abordados; no obstante, el mayor centro de nuestra atención estará fijado en los aspectos de la tutela jurisdiccional, la tercería de derecho preferente de pago y las lagunas normativas.

a) Formulación del problema

a.1 Problema general

¿Es posible que el Juez otorgue al titular de una situación jurídica ventaja (acreedor hipotecario) el mecanismo de protección idóneo que contempla el ordenamiento jurídico procesal (tercería preferente de pago), pese a la ausencia de disposición normativa habilitante?

a.2 Problemas específicos:

¿Es la tercería preferente de pago el mecanismo de protección idóneo para tutelar el crédito privilegiado del acreedor hipotecario cuando el bien hipotecado a su favor viene siendo ejecutado forzosamente en un procedimiento de ejecución coactiva?

¿La ausencia de disposición normativa que permita al acreedor hipotecario el empleo de la tercería preferente de pago frente a una ejecución proveniente de un procedimiento de ejecución coactiva resulta un obstáculo insuperable para que el Juez brinde tutela jurisdiccional idónea?

b) Objetivos de la Investigación

b.1 Objetivo General

Determinar si es posible que el Juez otorgue al titular de una situación jurídica ventaja (acreedor hipotecario) el mecanismo de protección idóneo que contempla el ordenamiento jurídico procesal (tercería preferente de pago), pese a la ausencia de disposición normativa habilitante.

b.2 Objetivos específicos

Analizar si la tercería preferente de pago es el mecanismo de protección idóneo para tutelar el crédito privilegiado del acreedor hipotecario cuando el bien hipotecado a su favor viene siendo ejecutado forzosamente en un procedimiento de ejecución coactiva.

Analizar si la ausencia de disposición normativa que permita al acreedor hipotecario el empleo de la tercería preferente de pago frente a una ejecución proveniente de un procedimiento de ejecución coactiva resulta un obstáculo insuperable para que el Juez brinde tutela jurisdiccional idónea.

b.3 Justificación de la investigación

La investigación se justifica en el hecho que está orientada a indagar y comprobar si el conjunto normativo que regula el Procedimiento de Ejecución Coactiva adolecería de un defecto u omisión relevante, que se tornaría patente en la etapa de la ejecución forzada del bien embargado por el ejecutor coactivo, relacionado con lo que sería la falta de previsión de algún mecanismo de tutela o protección para el tercero que es afectado indirectamente (efecto reflejo) con la ejecución coactiva a nivel administrativo, pese a contar con un derecho preferente de pago que sería oponible a la Administración tributaria.

En esta investigación también nos ocuparemos de comprobar si el defecto u omisión en que incurriría la Ley y el Reglamento del Procedimiento de Ejecución Coactiva resultaría también predicable respecto del Código Procesal Civil, esto es, verificar si al regular o configurar la tercería preferente de pago se ha restringido o condicionado su procedencia a la existencia de una ejecución judicial y si existen razones o motivos que actualmente justifiquen esta opción legislativa, que a la postre significaría (al menos en el plano estrictamente normativo procesal) que la tercería preferente de pago no se encuentre al alcance del tercero con derecho preferente de pago que padece una ejecución en sede administrativa.

b.3.1 Importancia de la investigación

Sostenemos que la investigación es relevante porque en el plano teórico y doctrinario la tercería preferente de pago vendría a

constituir la principal herramienta o mecanismo de protección que tendría el tercero con derecho preferente para protegerse de la lesión patrimonial que pueda causarle la eficacia indirecta o refleja proveniente de una ejecución forzada.

Para nuestro ordenamiento procesal la “tercería de derecho preferente de pago” constituiría la herramienta idónea para tutelar al acreedor hipotecario preferente cuando el bien que se le otorgó en garantía es ejecutado judicialmente por otro acreedor de menor rango o preferencia.

Pese a la importancia de esta herramienta, la Ley de Ejecución Coactiva no autoriza al ejecutor coactivo para conocer la tercería de derecho preferente de pago, razón por la cual, generalmente, el ejecutor suele remitir al acreedor hipotecario con derecho preferente de pago al Poder Judicial para que plantee su tercería preferente de pago; empero, por lo que podría ser una defectuosa configuración del Código Procesal Civil, un gran número de demandas de tercería preferente de pago son liminarmente declaradas improcedentes en razón a que el Juez competente de la tercería preferente de pago es aquél que ha estado a cargo de la ejecución, y en estos casos quién ha realizado la ejecución es un ejecutor coactivo.

La situación resulta más compleja al haber sido abordada en un Pleno Jurisdiccional Comercial en que la mayoría de los asistentes optaron por la propuesta de que las demandas de tercería preferente de pago en contra de ejecuciones coactivas sean declaradas improcedentes. Si bien los plenos jurisdiccionales no resultan vinculantes, poseen una eficacia persuasiva que no debe ser pasada por alto.

En el plano social, encontrar una adecuada solución al problema descrito es importante porque la ejecución coactiva o extrajudicial ha dejado de ser algo excepcional o de poca ocurrencia, por el contrario, su empleo es cada vez más frecuente y con mayor alcance a la ciudadanía. Como suele ocurrir, la rapidez y celeridad que ofrece este tipo de ejecución no va de la mano con una adecuada protección y tutela de los derechos de terceros que pudieran resultar injustamente perjudicados con el resultado de la ejecución forzada.

Por último, el impacto que generará en el sistema jurídico esta investigación creemos que será favorable, pues se buscará proponer una solución para un problema que se encuentra latente debido a que la deficiente regulación normativa está dejando sin protección ni tutela jurisdiccional idónea a los acreedores hipotecarios cuyo derecho preferente de pago es conculcado en una ejecución coactiva que cada vez se encuentra más difundida.

b.3.2 Viabilidad de la investigación

La presente investigación es viable por ser un tema actual, vigente y recurrente.

El investigador cuenta con la experiencia académica, los recursos humanos, financieros y de tiempo, así como el acceso a la información y otros necesarios para desarrollar la investigación en relación con la problemática de los acreedores hipotecarios con derecho preferente de pago en el supuesto que el bien hipotecado hubiere sido comprendido en un procedimiento de ejecución coactiva.

b.4 Limitaciones de la investigación

Las limitaciones del presente estudio son la poca bibliografía existente sobre el tema concreto y la falta de investigaciones similares.

CAPITULO I: MARCO TEÓRICO

1.1. Antecedentes de la Investigación

Luego de efectuada una búsqueda de trabajos de investigación (Tesis) sobre la problemática consistente en la ausencia de habilitación legal para que el acreedor hipotecario preferente pueda emplear la tercería preferente de pago cuando el bien hipotecado a su favor es sometido a una ejecución forzosa en sede administrativa (procedimiento coactivo), no se logró ubicar ningún antecedente.

1.2. Bases Teóricas

1.2.1. El principio de responsabilidad patrimonial y el concurso de acreedores.

1.2.1.1. La responsabilidad patrimonial frente a la inejecución de obligaciones.

Dejando en claro que la obligación es un derecho patrimonial y es justamente el patrimonio (y no la persona) quien responde en caso de incumplimiento de una prestación, PALACIO (2002) indica que:

“La obligación es un derecho patrimonial, protegido por todos los medios legales necesarios, para garantizar su cumplimiento (...). Precisamente este su carácter compulsivo es el que distingue a la obligación de otros ‘deberes no jurídicos’. Es el patrimonio y no en realidad la persona del deudor, el que responde en caso de incumplimiento de la prestación. En el período ejecutivo el vínculo se

transforma al patrimonio, al estimarse a este como una emanación de la personalidad; por esta misma razón el vínculo obligacional tiene que ser de contenido patrimonial; además ha de ser jurídico, esto es, protegido por la ley, al facultarlo al acreedor el poder hacer efectivo su crédito; concediéndole el ejercicio de diferentes acciones contra el obligado.” (61)

Sobre el tema, ALVAREZ (2000) explica que uno de los principios informadores del derecho moderno de obligaciones es el de la responsabilidad patrimonial. Al respecto, haciendo referencia a la evolución histórica de este principio, señala que:

“La patrimonialidad de la responsabilidad significa el fin de la coacción personal. La coacción personal era el modo ordinario de exigencia del cumplimiento de las obligaciones en el Antiguo Régimen; la historia de la literatura presenta estremecedores relatos de deudores encarcelados por no pagar sus deudas, lo que repugna a la mentalidad moderna. Por ello, en el ámbito patrimonial civil, a partir de la codificación, los tipos penales derivados del incumplimiento de las obligaciones son residuales, y quedan prácticamente limitados a las defraudaciones (estafa, apropiación indebida, etc.) e insolvencias punibles, y a los delitos societarios, todos ellos fundados en un comportamiento doloso del deudor intencionalmente encaminado a engañar a su acreedor, y no en quebrantos patrimoniales imprevistos. Ha pasado a la historia del derecho tanto la *manus iniectio*, la entrega personal del deudor que incumple a su acreedor, como la prisión

pública por deudas, y tampoco quedan vestigios de penas accesorias como la muerte civil, infamia o destierro del deudor insolvente.” (Página 19)

Luego de explicar que la coacción personal ha dejado de ser un medio válido para obtener el cumplimiento de una obligación, ALVAREZ (2000) concluye que la única garantía al alcance del acreedor para lograr la satisfacción de su crédito está representada por el patrimonio del deudor. En ese sentido expresa que:

“Como el acreedor no tiene efectivamente ninguna medida personal coactiva contra su deudor; el patrimonio es la única garantía para el cumplimiento de las obligaciones, entendido el patrimonio como el conjunto de los bienes presentes y futuros del deudor (...). En el derecho moderno, si el deudor no cumple voluntariamente sus obligaciones, es privado coactivamente de sus bienes presentes, y si éstos no bastan, son vinculados los futuros, pero nunca es encarcelado por deudas, ni la insolvencia o el incumplimiento de las obligaciones se consideran infamantes. Ello significa que no puede haber prestaciones de contenido estrictamente personal; es decir, la patrimonialidad no es elemento esencial de la prestación, pero en caso de incumplimiento sólo se podrá hacer efectiva la responsabilidad sobre el patrimonio del deudor, y toda prestación debida de carácter personal queda traducida en responsabilidad patrimonial en caso de incumplimiento.” (Página 20).

1.2.1.2. Del concurso de acreedores, el principio “*par conditio creditorum*” y los privilegios o preferencias que pueden surgir entre aquellos.

La posibilidad de que una persona (natural o jurídica) se encuentre vinculada en calidad de deudora respecto de más de un acreedor no sólo es legalmente viable, sino que también es real y frecuente.

En tales supuestos, frente a la imposibilidad del deudor para cumplir con todas las prestaciones a que se ha obligado, lo que se genera es un concurso de acreedores y surge la necesidad de determinar la manera cómo cada acreedor podrá dirigirse contra el patrimonio de su deudor para lograr el cobro de su crédito.

Al respecto, ALSINA (1981) enseña lo siguiente:

“El patrimonio del deudor es la garantía común de sus acreedores; pero, ordinariamente, la ejecución forzada tiene lugar por la acción individual de uno de ellos, que embarga y ejecuta los bienes con prescindencia de los otros. Puede así un deudor encontrarse frente a varias ejecuciones cuyo monto insuma su patrimonio sin cubrir la totalidad de su pasivo, como puede haber acreedores que por la diligencia de otros corran el riesgo de no poder hacer efectivos sus créditos, sea porque éstos embargaron con anterioridad todos los bienes del deudor, sea porque no se encuentren todavía en condiciones de exigir judicialmente su pago.” (491)

Sobre esta misma cuestión, ALVAREZ (2000) nos dice:

“El principio que rige el régimen de la responsabilidad patrimonial, y que en consecuencia define también la obligación, es el de que los acreedores son iguales entre sí (*par conditio creditorum*), y que ante la insolvencia del deudor los créditos se reducen proporcionalmente; pero las excepciones a este principio general son más importantes que el principio mismo, y por su origen, por el modo de constituirse (publicidad), y por la forma de constituirse (escritura pública), los créditos pueden ser preferentes. El concurso de los acreedores es así efectivamente una concurrencia esencialmente desigual de los acreedores, pues dentro del concurso el auténtico principio es la graduación y jerarquización de las deudas, y se cobran con preferencia los créditos privilegiados, y eventualmente también un crédito puede llegar a tener una preferencia sobre bienes concretos en el concurso o fuera de él. Y además esta preferencia de los créditos puede hacerse efectiva tanto en el concurso como fuera del concurso a través de las oportunas tercerías.” (Página 22)

En cuanto a la ordenación de los créditos en el concurso y la excepcionalidad de los privilegios, ALVAREZ (2000) menciona que:

“El principio dogmático que rige la ordenación del concurso es la igualdad de los acreedores (*par conditio creditorum*), por eso los privilegios se configuran como excepcionales: para que sean reconocidos tiene que estar expresamente configurados por la ley (legalidad), y además tener un nombre reconocido en derecho

(tipicidad). La ordenación legal y formal de los privilegios es una exigencia para una perfecta graduación y jerarquización de los créditos en el concurso y en la tercería. No sólo se trata de identificar el privilegio, como prerrogativa del acreedor preferente, frente al común de los acreedores, sino también situar jerárquicamente su crédito frente a los demás créditos privilegiados.” (Página 191)

1.2.1.3. La preferencia y privilegio del crédito.

Sobre la preferencia y el orden público que trasunta en dicha cuestión, ALVAREZ (2000) explica que:

“El ordenamiento jurídico valora el rango y la preferencia del crédito en su conflicto con otras deudas del mismo deudor, situando al acreedor en un orden legal de preferencia en caso de insuficiencia del patrimonio del deudor. El rango de un crédito está ligado ordinariamente al modo de constituirse (el título del crédito). Las razones del orden de las preferencias y privilegios son de orden público y a través de ellos se atienden intereses que trascienden a la relación particular de las partes, como es la seguridad del sistema financiero por la ordenación del régimen de las deudas que gravan los bienes, la actividad económica y el tráfico mercantil.” (Página 29)

Siendo más exhaustivo sobre la preferencia, que los relaciona con el concurso de acreedores y la tercería, ALVAREZ (2000) afirma:

“Por su parte, el privilegio es la preferencia que tiene un crédito frente a los demás créditos del mismo deudor; esto es, su derecho a ser

cobrado antes que los créditos ordinarios, preferencia que se puede hacer efectiva en los procedimientos de tercería y en el concurso de acreedores.” (Página 187)

Sobre esta cuestión LAFUENTE (2009) explica que:

“Y es que, en definitiva, el establecimiento de preferencias crediticias obedece a criterios de política jurídica, que justifican -aunque a veces dicha justificación resulte más que endeble- la preeminencia del acreedor amparado por ellas frente a otros acreedores del deudor común. Así, en el caso de los derechos reales de garantía, se pretende proveer a las necesidades de financiación de los particulares, impulsando de esta manera el desarrollo y robustecimiento del mercado crediticio. Los privilegios *stricto sensu*, por su parte, son instrumentos utilizados por el legislador para responder a determinadas necesidades económicas y sociales: facilitar la satisfacción de las necesidades básicas del deudor próximo a la situación de insolvencia, la tutela de la parte débil de la contratación, la recompensa a aquellos cuya actividad ha reportado beneficios al resto de acreedores, fomentar el desarrollo de determinadas relaciones contractuales, tutelar los intereses públicos, etcétera.” (Página 46)

1.2.1.4. Regulación jurídica nacional sobre el orden de preferencia en el cobro de los créditos.

En nuestro país, la norma jurídica que regula el orden de preferencia de los créditos sometidos a un procedimiento concursal es

el numeral 42.1 del artículo 42° de la Ley N° 27809 – Ley General del Sistema Concursal.

En su versión modificada por el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 1170, publicado el 7 de diciembre de 2013, el texto es como sigue:

“Artículo 42.- Orden de preferencia

42.1 En los procedimientos de disolución y liquidación, el orden de preferencia en el pago de los créditos es el siguiente:

Primero: Remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores, aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones o a los regímenes previsionales administrados por la Oficina de Normalización Previsional - ONP, la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador u otros regímenes previsionales creados por ley; deuda exigible al Seguro Social de Salud - ESSALUD que se encuentra en ejecución coactiva respecto de las cuales se haya ordenado medidas cautelares; así como los intereses y gastos que por tales conceptos pudieran originarse. Los aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones incluyen los conceptos a que se refiere el artículo 30 del Decreto Ley N° 25897, con excepción de las comisiones cobradas por la administración de los fondos privados de pensiones.

Segundo: Los créditos alimentarios.

Tercero: Los créditos garantizados con hipoteca, garantía mobiliaria, anticresis, warrants, derecho de retención o medidas cautelares que recaigan sobre bienes del deudor, siempre que la garantía correspondiente haya sido constituida o la medida cautelar correspondiente haya sido trabada con anterioridad a la fecha de publicación a que se refiere el artículo 32. Las citadas garantías o gravámenes, de ser el caso, deberán estar inscritas en el registro antes de dicha fecha, para ser oponibles a la masa de acreedores. Estos créditos mantienen el presente orden de preferencia aun cuando los bienes que los garantizan sean vendidos o adjudicados para cancelar créditos de órdenes anteriores, pero sólo hasta el monto de realización o adjudicación del bien que garantizaba los créditos.

Cuarto: Los créditos de origen tributario del Estado, incluidos los del Seguro Social de Salud - ESSALUD que no se encuentren contemplados en el primer orden de preferencia; sean tributos, multas intereses, moras, costas y recargos.

Quinto: Los créditos no comprendidos en los órdenes precedentes; y la parte de los créditos tributarios que, conforme al literal d) del numeral 48.3 del artículo 48, sean transferidos del cuarto al quinto orden; y el saldo de los créditos del tercer orden que excedieran del valor de realización o adjudicación del bien que garantizaba dichos créditos.”

1.2.2. El derecho a la tutela jurisdiccional.

1.2.2.1. Base normativa

Entre nosotros el derecho a la tutela jurisdiccional tiene expreso reconocimiento en el inciso 3) del artículo 139° de nuestra Constitución Política, según el cual constituye principio o derecho de la función jurisdiccional: La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Con una mayor precisión e intensidad, el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil preceptúa que: Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso. (Subrayado agregado)

Como se puede advertir, a diferencia del texto constitucional el Código Procesal Civil extiende el marco de protección o contenido de la tutela jurisdiccional en tanto que agrega una palabra fundamental para su utilidad y trascendencia, esto es, que el derecho de toda persona a la tutela jurisdiccional para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses debe ser, efectiva.

1.2.2.2. Concepto de Tutela Jurisdiccional.

Sobre la tutela jurisdiccional, MONROY PALACIOS (2017) nos dice que:

“El derecho a la tutela jurisdiccional es aquel por el cual todo sujeto de derecho (persona natural o jurídica, concebido, patrimonio autónomo, órgano constitucional autónomo, órgano público despersonalizado o cualquier otro a quien el sistema jurídico le concede la calidad de parte) está facultado a exigirle al estado que dé una respuesta a su pedido de tutela.” (Página 28)

A su vez, GONZALES (1989) expone lo siguiente:

“El derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se le ‘haga justicia’; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas.” (Página 27)

PRIORI (2019), por su parte, nos brinda la siguiente noción:

“Este principio del proceso exige que toda persona tenga la posibilidad de acudir libre e igualitariamente a un órgano jurisdiccional para solicitar la protección de cualquier derecho e interés frente a cualquier lesión o amenaza, en un proceso que reúna las mínimas garantías, luego del cual se expedirá una decisión motivada y definitiva sobre el fondo de la controversia que sea eficaz.” (Página 80)

Para MARTEL (2016), el derecho a la tutela jurisdiccional debe ser entendida de la siguiente manera:

“El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es aquel por el cual toda persona, como integrante de una sociedad, puede acceder a los

órganos jurisdiccionales para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a que sea atendida a través de un proceso que le ofrezca las garantías mínimas para su efectiva realización. El calificativo de efectiva que se le da añade una connotación de realidad a la tutela jurisdiccional, llenándola de contenido.” (Página 20)

Por último, WONG (2013) *enseña* que:

“El derecho fundamental de naturaleza prestacional a la Tutela Jurisdiccional Efectiva concede a sus titulares el poder de exigir de los órganos que ostentan la potestad jurisdiccional el ejercicio de esta en forma eficaz y eficiente, para la defensa de sus derechos e intereses legítimos. Esto supone, en primer lugar, el libre acceso a la jurisdicción, en segundo lugar, el ejercicio de ella a través de un proceso debido y, finalmente, el respeto a lo decidido con autoridad de cosa juzgada.” (Página 37) (Subrayado agregado)

Con todo, debemos mencionar que existe un tema que retomaremos en el momento de la discusión. Para CHAMORRO (1994), el derecho a la tutela judicial efectiva no queda afectada si existe por lo menos un cauce procesal para la tutela de los derechos o intereses legítimos. En ese sentido afirma:

“El libre acceso a la jurisdicción exige que las leyes procesales prevean un cauce procedimental para que todas las personas puedan, en el ejercicio de sus derechos o *intereses* legítimos, obtener una resolución

de fondo sobre las cuestiones planteadas a los órganos jurisdiccionales. La Constitución no impone un tipo de procedimiento determinado, pudiendo valorar el legislador cuál sea el más adecuado siempre que no se produzca indefensión. Esta es precisamente la finalidad de las normas de competencia, establecer qué órgano judicial es el encargado de otorgar esa tutela.” (Página 22)

La pregunta que surge es: cómo la Constitución no impone un tipo de procedimiento determinado ¿Se puede entender como otorgada la tutela jurisdiccional con cualquier procedimiento (determinado) o acaso este derecho fundamental permitiría al ciudadano exigir y obtener el acceso al procedimiento o mecanismo idóneo?

1.2.2.3. La tutela jurisdiccional en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

La regulación constitucional conjunta del debido proceso con la tutela jurisdiccional llevo en algún momento a *considerar* que se trataban de voces equivalentes o relativas a un mismo principio o garantía de la función jurisdiccional; sin embargo, a través de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha llegado a distinguir ambos conceptos.

Sobre el particular, en la STC N° 08123-2005-PHC/TC, fundamento jurídico 6), el Tribunal Constitucional peruano ha establecido que:

“No se trata naturalmente de que el juez constitucional, de pronto, termine revisando todo lo que hizo un juez ordinario, sino, específicamente, que fiscalice si uno o algunos de los derechos procesales con valor constitucional están siendo vulnerados. Para proceder de dicha forma existen dos referentes de los derechos de los justiciables: la tutela judicial efectiva como marco objetivo y el debido proceso como expresión subjetiva y específica, ambos previstos en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política del Perú. Mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción, el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos. El debido proceso tiene, a su vez, dos expresiones: una formal y otra sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación; en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer. (...).”

Por otra parte, en cuanto a la vaguedad e indeterminación de la expresión “tutela jurisdiccional”, esta ha sido objeto de diversa Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en que se ha ocupado de definirla y dotarla de un contenido que permitiría identificar su ámbito de protección. Así, en la STC N° 763-2005-PA/TC, fundamento jurídico 6), el Tribunal Constitucional ha expresado:

“Como lo ha señalado este Colegiado en anteriores oportunidades, la tutela judicial **efectiva** es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede **acceder** a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio.” (Énfasis agregado)

Repárese en que al momento de desarrollar el contenido de la Tutela Jurisdiccional el Tribunal Constitucional ha agregado un término que el texto constitucional no contiene (nos referimos a la expresión efectiva), subrayando que este principio/derecho de la función jurisdiccional garantiza tanto el “acceso” a los órganos jurisdiccionales como la “eficacia” de la decisión finalmente obtenida.

Pese a lo encomiable de la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional, en esta propia sentencia se realiza una interpretación extensiva que parecería asumir una concepción positivista o legalista que (paradójicamente) terminaría restringiendo o condicionando el acceso al mecanismo de protección en caso de que no se observen los

supuestos o condiciones legalmente establecidas para el tipo de pretensión. Esto por cuanto el Tribunal Constitucional ha señalado también que:

“En un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia.”

En este pronunciamiento que afirma realizar una interpretación “extensiva”, el Tribunal Constitucional remarca que la tutela judicial efectiva garantiza el acceso a los mecanismos (que entiende como “procesos”) habilitados en el ordenamiento, pero (he aquí el detalle) “dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión”. De este modo, en este pronunciamiento el Tribunal Constitucional estaría considerando que el derecho a la tutela jurisdiccional no permitiría acceder al mecanismo de protección si no concurren los supuestos legalmente previstos para el tipo de pretensión que se postula.

1.2.2.4. La tutela jurisdiccional diferenciada

Sobre esa especie de tutela jurisdiccional, PRIORI (2019) sostiene:

“El proceso debe estar en condiciones de conceder tantas vías y formas de tutela jurisdiccional como requieran las necesidades de protección del derecho material. En ello consiste la tutela diferenciada.” (Página 137)

El mismo PRIORI (2019) brinda la siguiente noción:

“Una de las manifestaciones del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es la de reconocer que todos los derechos e intereses jurídicamente protegidos son pasibles de ser llevados al proceso para solicitar su protección. De este modo, todo derecho tendrá un proceso en el que pueda solicitar su protección. No se ha preciso que se indique qué proceso es, siempre habrá uno. Esto es lo que se conoce como la ‘atipicidad del derecho de acción’, que es una expresión del acceso a la jurisdicción. Esa posibilidad es tan amplia que incluso el proceso es el escenario en el que podría incluso discutirse si *algo* es o no derecho.” (Página 137)

Desde una óptica constitucional, PRIORI (2019) afirma:

“Por otro lado, la Constitución exige que la protección de todos los derechos sea efectiva. Para lograrlo, la tutela jurisdiccional debe estar en capacidad de responder con esa efectividad ante cualquier situación en la que se lesione o *amenace* el derecho. La tutela jurisdiccional debe

responde modo diverso, en atención a las necesidades de protección de los derechos. A eso es a lo que se le denomina ‘tutela diferenciada’.” (Página 138)

1.2.2.5. El Derecho Procesal como instrumento del Derecho Material.

En este momento del trabajo es importante remarcar que no es posible considerar como un verdadero “interés jurídicamente protegido” o “derecho” a aquel que carece de una protección jurídica idónea que permita a su titular reclamar y obtener (incluso con auxilio de la fuerza pública) todo aquello que el ordenamiento sustantivo o material le ha reconocido u otorgado.

En esa orientación, GUASTINI (2016) explica:

“Una situación jurídica protegida resulta de la conjunción de dos situaciones subjetivas distintas:

- a) Por un lado, cualquier situación subjetiva entre aquellas enumeradas anteriormente (libertad, inmunidad, pretensión, etcétera).
- b) Por el otro, el derecho de acción judicial, es decir, el derecho –mejor dicho, el meta-derecho - de poder dirigirse a un órgano jurisdiccional para poder obtener tutela de la situación subjetiva en cuestión y/o para obtener la reparación de su violación.

Por tanto, se puede decir que un sujeto tiene “un derecho” en este sentido, solo a condición de que haya –no una sino- dos normas: una

primera norma que le confiere un determinado 'derecho' (de por sí no protegido), y una segunda norma que le confiere el ulterior 'derecho' – el meta-derecho- de acción judicial para la tutela del primero.

A esta forma de expresarse subyace la idea de que los derechos no protegidos [n]o son 'verdaderos' derechos sino, dicho de alguna manera, derechos 'de papel'." (Página 96)

Profundizando en lo afirmado, GUASTINI (2016) añade:

"Obsérvese que una cosa es conferir un derecho y otra bien distinta es garantizarlo (protegerlo). Para conferir un derecho basta con una norma redactada, precisamente, como norma atributiva de derechos (por ejemplo, 'Todos tienen derecho de profesar su propia fe'). Para garantizar un derecho no basta con atribuirlo sino que es necesario, además, disponer de los instrumentos idóneos para protegerlo. La garantía de un derecho no puede ser dispuesta por la misma norma que confiere tal derecho. Solo puede ser dispuesta por otra norma ('secundaria', como en ocasiones se dice) que instituya los mecanismos idóneos para prevenir la violación de la primera, o bien que prevea remedios para los casos en los que la primera sea igualmente violada." (Página 98)

De otro lado, es *necesario* tomar en cuenta la advertencia del maestro TARUFFO (2017), quien sostiene:

“Un comportamiento típico del procesalista consiste en tener en consideración únicamente las normas de naturaleza procesal, dejando de lado en su discurso, o, sin ocuparse siquiera, del derecho sustancial. Como máximo se reconoce, de acuerdo a la doctrina estándar, que el proceso tiene como finalidad la tutela y la aplicación del derecho, y, por lo tanto, tiene una función instrumental respecto de la aplicación concreta de las normas sustanciales. Esta función resulta evidente si se considera que la garantía constitucional de acceso a la justicia se satisface al permitir a todos la realización y la tutela de sus derechos, es decir, la aplicación del derecho sustancial en todos los casos en los que por su existencia o su realización se vean amenazadas o impedidas.” (Página 13)

1.2.2.5.1. La escuela sistemática y la cientificidad del derecho procesal

Sobre esta *escuela*, MARINONI (2015) efectúa el siguiente relato histórico:

“(…) La nueva escuela procesal italiana –caracterizada por dejar atrás el método exegético, propio *de* las tendencias de origen francés, y asumir una postura histórico-dogmática- también fue denominada sistemática. (…)

Esa escuela, al preocuparse por desvincular el derecho procesal civil del derecho material y evidenciar la naturaleza pública del proceso, se preocupó en delinear conceptos que, según su concepción, serían

capaces de conferir autonomía y dignidad científica al derecho procesal civil, antes concebido como simple *procedura civile*. La *procedura civile* tiene íntima relación con el proceso civil común –romano-canónico- en el que los presupuestos políticos, filosóficos y jurídicos que dieron origen al proceso romano se disolvieron delante de las presiones de las variadas condiciones políticas, conduciendo a la desvalorización de la figura y de la función del juez y a la valorización de las formas. En verdad, la *procedura civile*, al intentar negar la importancia del juez, exaltó el formalismo, oscureciendo, consecuentemente, la verdadera esencia del proceso (...).”

Sobre los excesos de *la escuela sistemática*, MARINONI (2015) también señala:

“(...) no es posible ignorar que la escuela sistemática, en sus ansias de redescubrir el valor del proceso y de dar contornos científicos al derecho procesal civil, acabó excediéndose en su misión. La intención de depurar el proceso civil de su contaminación por el derecho sustancial, a él impuesto por la tradición jurídica del siglo XIX, llevó a la doctrina chiovendiana a erigir las bases de un ‘derecho procesal civil’ completamente despreocupado con el derecho material (...).

Se imaginó que el derecho de ir a juicio, concebido como el derecho de acción, nada tendría *que ver* con el derecho material, y que así, la acción podría ser vista como una entidad abstracta. En esa línea, la defensa fue vista como una mera contrapartida de la acción, y así también sin algún

vínculo con el derecho material. Alrededor de la acción –concebida como un verdadero polo metodológico- fueron delineadas las sentencias. Justamente por gravitar en torno de algo abstracto y que tendría relación apenas con el derecho procesal, estas fueron concebidas a partir de criterios únicamente procesales, y así, incapaces de dar significado a la prestación jurisdiccional.”³

1.2.2.5.2. La identificación del “equivoco” y el paulatino retorno a la normalidad

Lo que veremos en este apartado tiene que ver con una distinta manera de concebir al proceso, que como consecuencia de su “cientificidad” habría perdido de vista que su razón de ser, propósito o finalidad es brindar protección a los derechos sustanciales o materiales.

Sobre este tema, MARINONI (2015) sostiene:

“No hay duda de que el proceso no se confunde con el derecho material. No obstante, la escuela sistemática, al construir las bases de la autonomía del derecho procesal civil, parece haber olvidado la diferencia

³ Particularmente considero que la escuela sistemática italiana no se equivocó al momento de buscar de dotar al proceso de un carácter científico, elaborar sus propias categorías, instituciones y conceptos. Su aporte ha sido enorme, descomunal y revolucionario, marcando un hito innegable en la historia del derecho procesal. Hoy nos toca armonizar y dirigir tamaño legado al propósito de lograr la efectiva tutela de los derechos materiales. Una prueba evidente de que los maestros italianos no dejaron de lado su preocupación por el derecho material o sustantivo al configurar el proceso civil la encontramos en la célebre frase de CHIOVENDA (1954), según la cual: “La voluntad de la ley tiende a actuarse en el campo de los hechos hasta las últimas consecuencias prácticas y jurídicamente posibles. Por consiguiente, *el proceso debe dar, en cuanto sea posible prácticamente, a quien tiene un derecho, todo aquello y exactamente aquello que tiene derecho a conseguir*. Un principio tan general no está formulado en ningún sitio, ni tiene tampoco necesidad de estarlo.” Con una mayor contundencia, CHIOVENDA (1954) sostiene: “El proceso como organismo público de actuación de la ley es por sí mismo fuente de todas las acciones prácticamente posibles que tiendan a la actuación de una voluntad de ley.” (53)

entre autonomía y neutralidad. El hecho de que el proceso civil sea autónomo en relación al derecho material no significa que este pueda ser neutro e indiferente a las variadas situaciones del derecho sustancial. Autonomía no es sinónimo de neutralidad o indiferencia.” (Página 26)

En esa orientación, PROTO (2018) ha escrito lo que sigue:

“El proceso tiene un carácter instrumental respecto del derecho sustancial y el proceso civil se pone, al interior del ordenamiento jurídico, como una especie de contrapartida que el Estado da a los ciudadanos a consecuencia de la imposición de la prohibición de autotutelarse: una similar constatación comporta que esta contrapartida, para ser efectiva, deba traducirse en la predisposición de medios de tutela jurisdiccional (de procedimientos, providencias y medidas coercitivas) adecuados a las necesidades de tutela de cada situación de derecho sustancial.” (Página 25)

Ahondando un *poco* más sobre la relación entre el derecho sustancial y el proceso, PROTO (2018) también asevera:

“Bajo tal aspecto, la relación entre derecho sustancial y proceso es clara: la ausente o defectuosa (...) cooperación necesaria por parte de los asociados y la prohibición -puesta por el Estado- de autotutelarse representan los elementos que justifican, sobre el plano estático, los conceptos de acción y de jurisdicción y, sobre el plano dinámico, el surgimiento del proceso.

El proceso (*rectius*: los muchos procedimientos en los que se articula la tutela jurisdiccional), por tanto, a través de la actividad de las partes (ejercicio de la acción) y del juez (ejercicio de la jurisdicción), busca hacer obtener a los titulares de las situaciones de ventaja los mismos resultados (o, si esto es imposible, resultados equivalentes) que habrían debido obtener a través de la cooperación espontánea por parte de los asociados.” (Página 25)

En relación con la “neutralidad” del proceso, MARINONI (2015) expone que:

“La nueva escuela procesal italiana –caracterizada por dejar atrás el método exegético, propio de las tendencias de origen francés, y asumir una postura histórico-dogmática- también fue denominada sistemática. (...)

Esa escuela, al preocuparse por desvincular el derecho procesal civil del derecho material y evidenciar la naturaleza pública del proceso, se preocupó en delinear conceptos que, según su concepción, serían capaces de conferir autonomía y dignidad científica al derecho procesal civil, antes concebido como simple *procedura civile*. La *procedura civile* tiene íntima relación con el proceso civil común –romano-canónico- en el que los presupuestos políticos, filosóficos y jurídicos que dieron origen al proceso romano se disolvieron delante de las presiones de las variadas condiciones políticas, conduciendo a la desvalorización de la figura y de la función del juez y a la valorización de las formas. En verdad,

la *procedura civile*, al intentar negar la importancia del juez, exaltó el formalismo, oscureciendo, consecuentemente, la verdadera esencia del proceso (...).

La escuela sistemática, mediante la llamada 'publicización' del proceso civil, tuvo el mérito de esclarecer que por medio del proceso se extrae la autoridad del Estado. Esa concepción llevó al abandono de la idea de que el proceso sería un mero palco para que los particulares pudiesen resolver sus conflictos. Además de eso, la acción, a partir de ahí, dejó de ser vista como mero apéndice del derecho material, pasando a ser concebida como derecho autónomo de naturaleza pública.

(...) Al lado de tal cuestión, no es posible ignorar que la escuela sistemática, en sus ansias de redescubrir el valor del proceso y de dar contornos científicos al derecho procesal civil, acabó excediéndose en su misión. La intención de depurar el proceso civil de su contaminación por el derecho sustancial, a él impuesto por la tradición jurídica del siglo XIX, llevó a la doctrina chiovendiana a erigir las bases de un "derecho procesal civil" completamente despreocupado con el derecho material (...).

Se imaginó que el derecho de ir a juicio, concebido como el derecho de acción, nada tendría que ver con el derecho material, y que así, la acción podría ser vista como una entidad abstracta. En esa línea, la defensa fue vista como una mera contrapartida de la acción, y así también sin algún

vínculo con el derecho material. Alrededor de la acción –concebida como un verdadero polo metodológico- fueron delineadas las sentencias. Justamente por gravitar en torno de algo abstracto y que tendría relación apenas con el derecho procesal, estas fueron concebidas a partir de criterios únicamente procesales, y así, incapaces de dar significado a la prestación jurisdiccional.

Entretanto, el fruto más obvio de esa escuela fue la pretensión de uniformización del procedimiento. La idea de un único procedimiento para atender a diferentes situaciones de derecho sustancial tiene origen en el intento obvio de aislar el proceso frente al derecho material. (...)

Esas expresiones –sin duda negativas dentro de un método científico que debe ser plural- evidencian a qué punto la doctrina llegó en su intento -frustrado- de aislamiento del proceso civil. Solamente es posible negar la necesidad de particulares técnicas procesales en caso se olviden las diferencias entre las posiciones sociales y las situaciones de derecho sustancial. Por lo tanto, si la uniformidad procedimental es un mito, las ideas de acción y de defensa desvinculadas del derecho material, si tuvieron algún valor en otra época, hoy ciertamente perdieron importancia. Negar la realidad para cultivar una pseudociencia: ese es el equívoco de la escuela sistemática al insistir en la abstracción de la técnica procesal.” (Página 26)

1.2.2.5.3. La tutela jurisdiccional como derecho a la técnica procesal idónea

De acuerdo con GONZALES (1989):

“Los Tribunales –y concretamente el Tribunal Constitucional- han reaccionado adecuadamente ante el precepto constitucional con una jurisprudencia progresiva, que ha ido superando trabas legales y prácticas viciosas que obstaculizaban la plena efectividad del derecho. Pero las circunstancias que se oponen a la plenitud del derecho a la tutela jurisdiccional no son sólo legales y forenses. Sino de muy diversa índole (sociales, políticas, económicas) y mucho más difíciles de superar que aquéllas. Por lo que, pese al importante paso que se ha dado, hay que seguir siendo pesimista. Como lo es la Ciencia procesal de todo el mundo, que tiene plena conciencia de las deficiencias y las impotencias del proceso.” (Página 25)

En respuesta a esta problemática GONZALES (1989), parafraseando a GELSI BIDART, dice:

“En una sociedad cada vez más compleja, el derecho procesal debe poder funcionar de una manera más accesible, humana, rápida y eficaz, para que todo ciudadano pueda hacer valer sus derechos. En todo el mundo se están haciendo últimamente esfuerzos para conseguir este objetivo.” (Página 26)

MARINONI (2015) nos ofrece un *enfoque* interesante, que es el siguiente:

“Recuérdese que en la comprensión de los derechos fundamentales, no se puede pensar más apenas en su función de derechos de defensa, que se destinaba a garantizar al particular contra las agresiones del poder público. En la actualidad, el Estado tiene un verdadero deber de proteger los derechos y, para ello, está obligado a emitir normas de derecho material dirigidas, sobre todo, a los sujetos privados. Al lado de ello, el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva confiere el derecho al procedimiento (técnica procesal) realmente capaz de atender a los derechos, sea frente al estado, sea ante los particulares.” (Página 49)

Complementando su idea, MARINONI (2015) asevera:

“(…) Adviértase, a propósito que si alguna inconstitucionalidad podría existir delante de la cuestión ahora analizada, ella debería ser vista en el sentido inverso, o sea, como insuficiencia de la protección al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, pues el Estado tiene el deber de dotar al particular de instrumentos procesales idóneos y efectivos contra todos.” (Página 50)

En una obra *anterior*, MARINONI (2007) distingue ya entre “efectividad” y “adecuación” de la tutela jurisdiccional cuando sostiene que:

“Si la efectividad (en sentido lato) requiere adecuación y la adecuación debe traer efectividad, lo cierto es que los dos conceptos pueden ser descompuestos para explicar mejor la necesidad de adecuación de la técnica a las diferentes situaciones de derecho sustancial. Si se

reflexiona a partir de aquí se hace más fácil visualizar la técnica efectiva, si se busca que su optimización y su efectividad ocurran del modo menos gravoso para el demandado.” (Página 226)

MARINONI (2015) también se pronuncia sobre la necesidad de protección o tutela de las posiciones jurídicas, al mencionar que: “Frente a la situación de derecho material, el ciudadano –o incluso el Estado- asume una posición jurídica, de la cual deriva un complejo de derechos y deberes. (...). Pero no basta prestar atención sólo a la obviedad de que de una posición jurídica deriven derechos y deberes. Resulta más importante percibir que toda posición jurídica debe ser debidamente protegida o tutelada. En ese sentido, es correcto hablar de posición jurídicamente protegida. Una posición jurídica está protegida cuando tiene a su disposición formas de tutela de los derechos, especialmente formas de tutela jurisdiccional.” (Página 77)

MARINONI (2015) continúa desarrollando su idea de esta manera: “Como la tutela del derecho material no puede ser buscada de forma privada, ella es postulada jurisdiccionalmente mediante el ejercicio de la acción. Es en esa dimensión que se afirma que el Estado tiene el deber de dar tutela jurisdiccional a los derechos. La jurisdicción tiene el deber de prestar una tutela prometida por el derecho material. O mejor dicho: la jurisdicción tiene el deber de prestar al ciudadano la tutela que deriva de su posición jurídica. Esa tutela jurisdiccional tiene que ser

necesariamente adecuada, dado que toda posición jurídica debe ser debidamente protegida.” (Página 78)

MARINONI (2015) también propone que el derecho de acción deba ser pensado como un derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva: “No obstante, de nada sirve hablar de tutela de los derechos como resultado que el proceso debe alcanzar si es que no existe algo que pueda vincular el proceso a aquellos resultados. Para la integración proceso-derecho material, además de la clasificación de las tutelas, es imprescindible que el derecho de acción sea pensado como derecho fundamental, o mejor, como derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.” (Página 79)

En similar *orientación*, a la que se agrega la necesaria intervención del órgano jurisdiccional, PRIORI (2019) señala:

“El diseño previsto por el legislador puede ser adecuado para la generalidad de los casos, pero dicho diseño puede resultar inadecuado en un específico caso concreto por alguna circunstancia objetiva que determina que, a pesar de ser constitucionalmente válido el procedimiento previsto por el legislador para la generalidad de los casos, en el caso concreto dicho procedimiento vulnera el derecho fundamental de una de las partes del proceso. En esas circunstancias es el juez el llamado a amoldar las reglas del procedimiento previstas por el legislador, con la justificación adecuada de dicha decisión. Para hacerlo, deberá señalar por qué el procedimiento que el legislador ha previsto para la generalidad de los casos no resulta ser constitucionalmente

válido para el caso concreto. Además, deberá indicar qué derecho fundamental se podría vulnerar de aplicar el procedimiento previsto por el legislador, el modo en que se logra corregir esa violación sin afectar indebidamente los derechos procesales de la contraparte, y otorgar las medidas adecuadas para que el derecho procesal de quien se vea afectado con la decisión sea lo menos afectado posible. En síntesis, debe hacer una ponderación.” (Página 49)

Apoyándose en la idea anterior, PRIORI (2015) propone la “ductibilidad del proceso”, de la manera que sigue:

“Esta flexibilidad en el modo de concebir el proceso es el rasgo más característico en el Estado constitucional. El proceso, visto como un conjunto de derechos fundamentales que deben ser respetados en cada juicio en concreto, exige que el juez revise que las reglas establecidas por el legislador se adecúen a las exigencias constitucionales en aquellos casos que estime estrictamente necesario. Un proceso flexible es el único que puede asegurar la real vigencia de los derechos procesales fundamentales. A esta característica yo le llamo ‘ductibilidad del proceso’.

Por lo demás, esta concepción asegura algo esencial dentro del sistema jurídico. El proceso debe estar en condiciones de brindar una efectiva protección jurisdiccional a todas las situaciones jurídicas de ventaja frente a cualquier lesión o amenaza de lesión que puedan sufrir. Un proceso rígido es menos proclive a adecuarse a las nuevas necesidades

de protección de los derechos e inclusive a los nuevos derechos. Un proceso flexible asegura que los viejos y los nuevos derechos puedan estar en condiciones de recibir el mismo grado de protección jurisdiccional, con los estándares prometidos por la Constitución, ante viejas y nuevas lesiones o amenazas.”

En cuanto a la ductibilidad del proceso y la obligación del Juez para adecuar las reglas procesales con miras a una adecuada protección del derecho material, PRIORI (2015) explica:

“La ductibilidad, por lo tanto, es una expresión que hace referencia a la necesidad de que el proceso deba ser flexible. Esto quiere decir que el proceso debe adecuarse a las necesidades de protección de los derechos; por ello, si una regla procesal no permite la adecuada protección de un derecho material el juez tiene la obligación de adecuarla y debe cuidar que se respeten los demás derechos que integran la tutela jurisdiccional efectiva. De este modo, el juez tiene la obligación de hacer que las reglas procesales establecidas por el legislador se adecúen a las necesidades de tutela jurisdiccional. Ductibilidad también quiere decir que el juez deberá suplir las deficiencias del legislador y establecer, para el proceso en concreto, las reglas que se requieran para que las partes del proceso obtengan tutela jurisdiccional efectiva. (...)

La ductibilidad es por ello una consecuencia necesaria de concebir al proceso como un conjunto de derechos fundamentales, comprometido

con la protección adecuada, oportuna y eficaz de los derechos materiales.” (Página 50)

Sobre la obligación del Juez para suplir las omisiones del legislador, MARINONI (2015) manifiesta:

“Pensar el proceso como instrumento para la tutela de los derechos, realizándose su función de tutela del derecho material, implica llamar la atención a la necesidad de que la técnica procesal sea capaz de propiciar la efectiva tutela de las diversas situaciones de derecho sustancial. De ello deriva la idea del derecho de acción como derecho a la pre-ordenación de las técnicas procesales idóneas al alcance de las tutelas prometidas por el derecho material y, en esa línea, la configuración de la falta de técnica procesal idónea como insuficiencia de la tutela normativa al derecho fundamental de acción.

Si las tutelas de los derechos derivan de las posiciones jurídicas y no del proceso, este necesariamente debe viabilizar la tutela autorizada y prometida por el derecho material. En esa perspectiva, no hay cómo admitir que la técnica procesal pueda ser incapaz de permitir la tutela del derecho. En la ausencia de técnica procesal adecuada, el juez debe suplir la omisión de la legislación procesal con base en el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. De otra forma tendría que aceptarse, conforme dice Chiovenda, que una tutela prometida por el derecho material podría ‘no ser conseguida en el proceso’ por la

circunstancia de que la técnica procesal idónea no está ‘autorizada en la ley’.” (Página 80)

Es más, la obligación del Juez que emerge del derecho fundamental de acción y lo vincula para suprimir las deficiencias de la tutela ofrecida por el legislador, es descrita por MARINONI (2015) como sigue:

“Pero el derecho fundamental de acción no se limita a dar al juez la función de colaborador en la construcción de la acción adecuada, puesto que igualmente le confiere el deber de corregir la falta o la insuficiencia de tutela normativa. Ese debe[r] parte de las premisas de que el Estado constitucional –y no apenas el legislador- tiene el deber de tutela y que el derecho fundamental de acción, del mismo modo que los otros derechos fundamentales, contiene en sí un mandamiento de tutela que vincula al juez, generándole el deber de suprimir la falta o la insuficiencia de la tutela del legislador.” (Página 134)

Ahora, en cuanto a los límites que pesan sobre el Juez, MARINONI (2015) advierte:

“Es importante observar, no obstante, que la corrección de la falta o insuficiencia de la tutela normativa al derecho fundamental de acción no se confunde con aquella en la que el juez reconoce la falta o insuficiencia de tutela normativa al derecho fundamental material –como el derecho ambiental- cuya eficacia sobre los particulares exige la decisión judicial que hace la conciliación entre el derecho fundamental a ser tutelado y el derecho de libertad. El derecho fundamental de acción incide sobre el

juez para garantizar al jurisdicionado la tutela jurisdiccional efectiva y tempestiva; no incide sobre el juez para poder proyectarse sobre los particulares, en los moldes de un derecho fundamental material no tutelado normativamente. El juez puede controlar la insuficiencia de protección al derecho fundamental de acción, pero eso no significa que ese control tenga el objetivo de regular el modo de protección del derecho fundamental en relación a los privados. El control de insuficiencia, al garantizar el derecho fundamental de acción, simplemente obliga al Estado a prestar una tutela jurisdiccional efectiva. Por todo ello, el derecho de acción es designado como derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, comprendiendo por 'efectiva' la tutela del derecho material que también es tempestiva.” (Página 135)

PRIORI (2015) aborda igualmente el tema de la ausencia de un remedio (tutela material) y considera que incluso en ese caso el Juez debe integrar el sistema jurídico. Al respecto, sostiene:

“La tutela material implica entonces que el sistema jurídico prevea determinados instrumentos conforme a los cuales se pueda obtener la protección de la situación jurídica material que no ha sido cumplida a consecuencia del comportamiento espontáneo del individuo, titular de la situación jurídica de desventaja. Esos instrumentos reciben el nombre de remedios. (...)

Corresponde al derecho material el estudio y previsión de los remedios. Corresponde en cambio al derecho procesal el diseño de los mecanismos jurisdiccionales necesarios para hacer que dichos remedios puedan ser actuados, de modo que cumplan la finalidad para la cual han sido diseñados. Pero para esto último es fundamental conocer adecuadamente dichos remedios, de modo que el proceso esté en capacidad de realizar su finalidad.

Se presenta una situación problemática cuando el legislador no prevé un remedio. En esos casos también se acude al proceso para solicitar la protección de un derecho respecto del cual no existe remedio. Corresponderá al juez integrar el sistema jurídico y configurar el remedio que se desprenda de los principios generales del derecho con la finalidad de dar satisfacción al interés prevalente.” (Página 62)

En una orientación similar, MONROY PALACIOS (2004) manifiesta: “Finalmente, resta decir que constituye un imperativo infranqueable el hecho de que todo interés jurídico, por ser tal, se encuentra protegido. Es decir, al Estado o a la sociedad les importa sobremanera que los intereses que se encuentren jurídicamente fundados sean protegidos de manera adecuada. Esto resulta coherente si apreciamos que el derecho constituye tan sólo una humilde aspiración humana para el logro del valor justicia. Si ello es así, todo interés sustentado jurídicamente es entendido por el Derecho como una búsqueda de dicha justicia y ese es justamente

el fundamento de la protección. Finalmente, a esta protección del interés jurídicamente relevante se le denomina tutela.” (Página 102).

No menos importante es lo escrito por DINAMARCO (2009), en el sentido que:

“La publicización del derecho procesal es, pues, una fuerte tendencia metodológica de la actualidad, alimentada por el constitucionalismo que se implantó a fondo entre los procesalistas contemporáneos; de esta forma, el método, que en sí constituye también una tendencia universal, se remonta a una firme tendencia central que va en el sentido de entender y tratar al proceso como un instrumento al servicio de los valores que son objeto de atención del ordenamiento jurídico-sustancial.”

1.2.3. La tercería de derecho preferente de pago.

1.2.3.1. Base normativa.

Actualmente la tercería preferente de pago se encuentra regulada en el artículo 533° del Código Procesal Civil, con el siguiente texto:

“La tercería se entiende con el demandante y el demandado, y sólo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados judicialmente por medida cautelar o para la ejecución; o en el derecho preferente a ser pagado con el precio de tales bienes.” (Subrayado agregado)

Complementariamente, en cuanto a la oportunidad y la autoridad competente para conocer de la tercería preferente de pago, el artículo 534° del referido Código Procesal preceptúa que:

“La tercería de propiedad puede interponerse en cualquier momento antes que se inicie el remate del bien. La de derecho preferente antes que se realice el pago al acreedor. El Juez competente es el Juez del proceso en el que se interviene.” (Subrayado agregado)

Del conjunto de estas disposiciones normativas advertimos que en la configuración legal de este mecanismo de protección (tercería preferente de pago) el legislador ha considerado que su empleo u operatividad tiene que ver con un supuesto factico concreto: El derecho preferente a ser pagado con el precio de bienes afectados judicialmente (por medida cautelar o para la ejecución). En tal caso, se asigna como Juez competente al que viene conociendo del proceso en que se realizó la afectación judicial de los bienes.

Por último, en cuanto al efecto que produce la admisión de la tercería preferente de pago, el artículo 537° del Código Procesal Civil establece que:

“Admitida la tercería de derecho preferente, se suspende el pago al acreedor hasta que se decida en definitiva sobre la preferencia, salvo que el tercerista otorgue garantía suficiente a criterio del Juez para responder por el capital, intereses, costas, costos y multas.

El tercerista puede intervenir en las actuaciones relacionadas con el remate del bien.”

1.2.3.2. Concepto.

LAFUENTE (2009) brinda una definición de la tercería de mejor derecho, en estos términos:

“Podemos definirla como aquella acción que la ley pone a disposición del acreedor preferente a quien ha incoado un proceso de ejecución frente al deudor común, mediante la cual aquél puede solicitar y obtener del órgano ejecutor que, previa declaración de la preferencia de su crédito, las cantidades obtenidas en la ejecución se destinen al pago de éste, con preferencia al del acreedor ejecutante.” (Página 33)

FERNANDEZ (2010), otorga el siguiente concepto:

“La tercería de mejor derecho es una vía procesal para hacer valer las preferencias crediticias en el marco de una ejecución singular, que es aprovechada por el tercerista para hacer efectiva su preferencia. Por eso, uno de los rasgos esenciales de la tercería de mejor derecho es que el ámbito para su ejercicio se circunscribe a las ejecuciones singulares, de modo que se presume que en el patrimonio del deudor existen bienes de valor suficiente para hacer frente al conjunto de sus responsabilidades.” (Página 103)

Otro concepto que brinda CARPIO (2021), es el siguiente:

“La tercería de preferencia o de mejor derecho la podemos definir como un mecanismo de tutela puesto al servicio de un acreedor privilegiado para solicitarle al juez de un proceso ejecutivo que detenga el pago al ejecutante, por cuanto él cuenta con una prevalencia crediticia que antepone su crédito al del ejecutante.” (Página 301)

1.2.3.3. Fundamento y objeto de la tercería preferente de pago

Sobre esta cuestión, ALSINA (1962) explica lo siguiente:

“a) Hemos dicho que el proceso, en principio, vincula sólo al actor y al demandado, pero que, frecuentemente, se extiende también a terceros, que pueden encontrarse afectados de dos maneras, según se trata de un proceso de conocimiento o de ejecución.

En el primer caso, el tercero defenderá su derecho interviniendo en la relación procesal para evitar las consecuencias de una sentencia desfavorable; en el segundo lo hará conservando su calidad de tercero para reclamar el dominio de la cosa embargada, o una preferencia sobre el producido de la venta de la misma para el pago de su crédito.

b) Mientras en el proceso de conocimiento el tercero asume la calidad de parte, y, por consiguiente, se halla sometido al pronunciamiento que decida la cuestión substancial, en el proceso de ejecución, al tercero a quien se embarga un bien de su propiedad para pagar la deuda del ejecutado, o que tiene respecto del bien embargado a este un privilegio

reconocido por la ley, no le interesa la forma como vaya a decidirse o se haya decidido el pleito principal, sino que se le devuelva la cosa embargada o que se le pague en el orden que corresponda si ella fuese vendida.” (Página 539)

Luego, el propio ALSINA (1962) dice:

“La tercería de mejor derecho tiene por objeto reclamar el pago de un crédito, con preferencia al del ejecutante, una vez realizados los bienes embargados.” (Página 566)

Por su parte, PODETTI (2004) explica lo siguiente:

“Podríamos decir que los privilegios y los derechos reales de garantía otorgan una preferencia al pago, creada por las leyes sustanciales y el embargo, una preferencia al pago creada por las leyes instrumentales.

La tercería de mejor derecho protege, en primer lugar, el amplio sector de los privilegios, subsidiariamente y en casos especiales, los derechos reales de garantía y a falta de unos y de otros, la preferencia legal del embargo. (...) Nuestros códigos procesales reglamentan la defensa y efectividad de los privilegios, mediante la tercería de mejor derecho. (...)” (Página 238)

Más adelante, PODETTI (2004) complementa que:

“Ese mejor derecho, como dije, no es otro que la preferencia legal otorgada por las leyes de fondo con el nombre de privilegios o derechos reales de garantía y la que algunos códigos procesales y la jurisprudencia, conceden al primer embargante.” (Página 239)

Según LAFUENTE (2009), sobre la finalidad de la tercería de mejor derecho frente a la prioridad procesal que otorga el embargo:

“Así pues, la prioridad que el embargo atribuye al ejecutante es meramente procesal y, por tanto, no altera el catálogo de preferencias crediticias previstas en la ley sustantiva; pero, por otro lado, esa prioridad del ejecutante no puede ser desconocida sin más. La posición de ventaja que el ejecutante ocupa dentro del proceso de ejecución singular forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a la ejecución. Por lo tanto, es necesario que la preferencia material de otro crédito sea judicialmente declarada frente al ejecutante para, con base en tal declaración, modificar el efecto jurídico generado por el embargo (es decir, la preferencia que procesal a favor del ejecutante). Y el único instrumento jurídico que la ley procesal habilita para obtener tal declaración y excluir la prioridad del embargante es la tercería de mejor derecho (...).

Sentado lo anterior, se advierte cuál es la finalidad de aquella tercería, su razón de ser: enervar la prioridad para el pago que el embargo confiere al acreedor ejecutante, desviando en favor del tercerista el

producto obtenido mediante la realización de los bienes trabados.”
(Página 42)

Con estas premisas, LAFUENTE (2009) asevera:

“En consecuencia, la finalidad de la tercería de mejor derecho es interferir en otra ejecución y cobrar con preferencia en ella, aprovechando la fuerza desplegada por un embargo ajeno, y no lograr la subsistencia del embargo obtenido por el acreedor privilegiado en su propia ejecución o la cancelación de los embargos anteriores al suyo, aunque éstos garanticen créditos no preferentes.

Para FERNANDEZ (2010), en cuanto a la finalidad de la tercería de mejor derecho:

“(..) la tercería de mejor derecho tiene por finalidad que el acreedor accionante obtengan la satisfacción de un crédito propio con preferencia al del acreedor ejecutante. Se trata de dilucidar, en el marco de un concreto proceso de ejecución en curso, la preferencia de uno u otro acreedor a la hora de cobrar sus créditos frente a un deudor común a expensas del importe de lo que se obtenga de los bienes embargados al ejecutado. Por lo tanto, el objetivo o fin que se persigue a través de la tercería de mejor derecho estriba en la obtención, por parte de quien acciona, de la satisfacción de su derecho de crédito con preferencia al del ejecutante.” (Página 173)

Sobre el objeto de este tipo de tercería, FERNANDEZ (2010) afirma:

“Determinar correctamente el objeto de la tercería de mejor derecho resulta de gran trascendencia no solo a efectos teóricos, sino fundamentalmente porque, respecto de lo que sí sea objeto de la tercería, la sentencia que la resuelva tendrá eficacia de cosa juzgada, quedando imprejuzgadas cualesquiera otras acciones sobre cuestiones ajenas a aquella. Además, es conveniente distinguir entre el objeto de la tercería y el del proceso de ejecución en el que aquella incide. Pues bien, el objeto propio de las tercerías de mejor derecho es necesariamente limitado, circunscrito únicamente a si el crédito del tercerista es o no preferente al acreedor ejecutante según las normas sustantivas correspondientes: por ello, se limita exclusivamente al establecimiento de la preferencia de un crédito.” (Página 176)

Profundizando más en su concepto, FERNANDEZ (2010) agrega:

“El objeto de la tercería se concreta exclusivamente en la declaración de preferencia de un crédito respecto de otro –que ha dado lugar a un específico proceso de ejecución- o, dicho de otro modo, se delimita a través del establecimiento de una preferencia para el pago engendrada en el marco de una ejecución singular por concurrir dos o más créditos con el propósito de hacerse efectivos sobre los bienes afectos a la ejecución.” (Página 177)

Pero no solo eso, FERNANDEZ (2010) afirma que también forma parte del objeto de la tercería el efectivo pago al tercerista. En ese sentido:

“Partiendo de todo lo anterior, una vez que conste la efectiva existencia y validez del crédito alegado por el tercerista, y declarado el derecho de éste al cobro, el objeto de la tercería no es solo la simple declaración de la preferencia o no del crédito del tercerista, sino que comprende también la imposición al órgano jurisdiccional que conoce de aquélla del pago preferente del crédito del actor. Ahora bien, no cabe que la declaración de preferencia se desligue de la efectividad de ésta: por eso, el tercerista no puede pretender obtener una declaración abstracta de la preferencia de su crédito para el caso de que éste llegara a ser exigible en algún momento, y dejar de esta manera la preferencia en expectativa de conformación. En el fondo, el tercerista pretende que se declare su derecho al cobro preferente sobre el producto de los bienes embargados, de manera que el producto dinerario que de ellos se obtenga durante el proceso de ejecución vaya a parar a la satisfacción de su propio crédito.” (Página 179)

Cabe relieves que FERNANDEZ (2010) distingue con acierto la diferencia que se produce cuando la tercerista actúa (o no) con un título ejecutivo en el que se encuentre documentado su crédito. Asevera pues:

“Ahora bien, partiendo de que la pretensión que se formula en el proceso de tercería de mejor derecho es única, dirigida a la declaración de preferencia de un concreto crédito frente a otro, no puede pasarse por alto que, pese a ello, envuelve en todo caso la afirmación de dos acciones distintas, independientemente de que el crédito del tercerista

conste o no documentado en un título ejecutivo. En el primer caso la pretensión envuelve la afirmación de una acción de carácter constitutivo y otra de carácter ejecutivo, frente al segundo supuesto en el que una de las acciones es constitutiva procesal y la otra es de carácter condenatorio. Lo importante respecto a la dualidad de acciones en la tercería de mejor derecho es que en todo caso comporta una duplicidad de objetos.”

De este modo, cuando el tercerista carece de un título ejecutivo, FERNANDEZ (2010) explica que:

“Si el tercerista no aporta junto a su demanda un título ejecutivo, el objeto de la tercería se constituye por una acción dirigida a obtener una declaración de existencia del crédito alegado y otra destinada ya a obtener una declaración de preferencia de este frente al del acreedor ejecutante, de manera que el objeto de la tercería en estos casos queda identificado por estas dos acciones afirmadas en la pretensión. De ahí que, pese a que la tercería se centra en la cuestión preferencial, incluye como objeto previo ineludible la constatación de la existencia, validez, liquidez y exigibilidad del crédito invocado por el tercerista. Por ello, en estos casos la res de *qua agitur* del proceso se concreta en una doble pretensión relativa al juicio sobre la efectiva existencia del crédito y sobre su preferencia respecto al del ejecutante que se encuentra ya en trance de ejecución.” (Página 178)

En cambio, cuando el tercerista cuenta con un título ejecutivo, nuevamente FERNANDEZ (2010) enseña que:

“En cambio, si el tercerista fundamenta su reclamación en un título ejecutivo, el objeto del proceso se limita a la pretensión dirigida a la declaración de preferencia, aunque no puede pasarse por alto que el objeto del debate puede extenderse a decidir acerca de la eficacia o validez del título jurídico invocado por el tercerista. Por ello, si bien cualquier alegación con objeto distinto al de la declaración de preferencia de un crédito queda fuera del ámbito material del proceso de tercería, nada impide que el demandado pueda oponer cuestiones que afecten al alcance de la eficacia ejecutiva del título del tercerista en el marco del proceso de ejecución.” (Página 178)

ARIANO (2016) afirma que:

“Como consecuencia, cuando se piensa en una tercería de pago, inevitablemente se piensa en la existencia de un proceso de ejecución en curso (o, en por lo menos, en la existencia de un embargo cautelar de bienes de un deudor común al acreedor embargante y al acreedor tercerista) y que en algún momento del mismo sale un tercer acreedor, que se ‘opone’ a que (en su momento) se le pague al ejecutante, alegando que primero se le debe pagar a él. Cuando ello ocurre, surge un conflicto entre acreedores (entre el primigenio ejecutante o simplemente embargante) y el acreedor tercerista a resolverse según el derecho sustancial. En el entretanto, de estar andando la ejecución,

ésta se suspende (sólo) al momento del 'pago al acreedor hasta que se decida en definitiva sobre la preferencia' (art. 537 CPC).”

Respecto a la tercería de derecho preferente de pago se ha escrito lo siguiente:

“(…) es aquella que tiene por finalidad reclamar el pago preferencial de una acreencia, una vez realizados los bienes que fueron objeto de medida cautelar. Este derecho de preferencia puede derivar de alguna situación legal o judicial de carácter especial que determina un crédito privilegiado en comparación a otro frente a ciertos bienes. El proceso de tercería de derecho preferente tiene por fundamentos la protección de los intereses legítimos de todo acreedor cuyo crédito resulta privilegiado en relación al de otros y en virtud del cual se le faculta a exigirlo en primer lugar. Con la demanda de Tercería Preferente de Pago el tercerista pretensiona se cancele en primer orden su crédito con el precio del bien afecto con gravamen, por considerar tener prioridad frente a otro acreedor que también quiere hacerse cobro con él y que efectivamente lo venía intentando en un proceso judicial.”⁴

Para CARPIO (2021), sobre la finalidad de la tercería preferente:

“La tercería de derecho preferente tiene como razón de ser el hacer valer los privilegios de los créditos que pueden verse afectados con la ejecución del patrimonio del deudor. Así pues, mediante este tipo de

⁴ **EL CODIGO PROCESAL CIVIL.** Explicado en su doctrina y jurisprudencia. Gaceta Jurídica. Primera Edición, Tomo II. Pág. 827

procesos es que el acreedor privilegiado podrá usar su privilegio crediticio y lograr ser pagado con antelación a otros acreedores no privilegiados o que tienen un privilegio de menor rango.” (Página 303)

1.2.3.4. La naturaleza jurídica de la tercería de derecho preferente de pago.

Para ALSINA (1962) la tercería tiene un carácter incidental que le permite sostener luego que la competencia judicial recae sobre el Juez del proceso en que fue ordenado el embargo. En ese sentido ha escrito que:

“a) Pero la tercería constituye un incidente del juicio en que se ordenó el embargo, aun cuando aquél sea sumario o se trate nada más que de una medida precautoria, pues hemos de ver que puede ser promovida desde el momento en que el embargo fue trabado, aunque no se haya deducido demanda alguna.

b) De esta circunstancia derivan varias consecuencias que, en razón de su interés práctico, vamos a consignar separadamente.” (Página 545)

Luego, el propio ALSINA (1962) afirma:

“b) En efecto, el juez competente para conocer de la tercería es el que ordenó el embargo, cualquiera sea el valor de la cosa embargada o el monto del crédito del tercerista, y no obstante que la causa corresponda al fuero federal por razón de la nacionalidad o de distinta vecindad de las partes.” (546)

En el caso de PODETTI (2004), considera que:

“Tratándose, como el caso de la tercería de dominio, de un incidente del principal, es juez competente para intervenir en la tercería de mejor derecho, el juez del juicio ejecutivo, ordinario, universal o especial, donde se haya decretado el embargo o se encuentren los fondos que motivan la tercería.” (Página 241)

No se debe pensar que es labor sencilla determinar la naturaleza jurídica de la tercería de derecho preferente de pago. En palabras de FERNANDEZ (2010):

“En efecto, pensamos que la tercería de mejor derecho es una institución jurídica que no puede reducirse o encorsetarse en un único concepto de entre los que doctrinalmente se han ido elaborando a lo largo de los años: ello hace de este instrumento procesal un instituto jurídico del todo sui generis.” (Página 127)

Aun así, FERNANDEZ (2010) propone a la tercería de mejor derecho como incidente declarativo enmarcado en un proceso de ejecución, de esta manera afirma:

“Desde un punto de vista funcional, la tercería de mejor derecho constituye un incidente o incidencia respecto de un proceso de ejecución en curso. Aunque la LEC no le atribuye expresamente este carácter —a diferencia de lo que ocurría en la LECA—, el carácter incidental de la tercería de mejor derecho es un elemento definitorio de su actual

configuración, porque la preexistencia del proceso de ejecución, ya sea de carácter judicial o administrativo, condiciona la viabilidad misma de la tercería. El hecho de que el proceso aparezca como presupuesto necesario para la efectividad de la pretensión que se ejercita a través de la tercería indica que ésta no puede configurarse como un proceso de carácter independiente al de ejecución.

El carácter incidental de la tercería de mejor derecho impide concebirla como un proceso autónomo, ya que depende siempre de otro que reviste el carácter de principal y no puede ejercitarse, por ello, si no se ha abierto un proceso de ejecución que continúe pendiente. Su viabilidad se condiciona a la preexistencia y vigencia de un proceso de ejecución en cuyo marco procedimental se intercala, tendiendo a influir en su resultado final. Es por ello un procedimiento tributario del proceso de ejecución y que como tal supone un incidente o incidencia del mismo, en el sentido de que su ejercicio se encuentra íntima conexión con aquel. La tercería sobreviene accesoriamente a la ejecución forzosa y constituye una verdadera instancia en paralelo que debe ser instruida y juzgada según reglas particulares por el Tribunal que conoce de la ejecución en la que incide.” (Página 140)

Otro autor español, MONTERO (2000), sobre la naturaleza jurídica de la tercería de mejor derecho afirma que:

“El tercero, en general, con la tercería persigue que su crédito sea declarado preferente respecto del crédito del acreedor ejecutante, pero

puede perseguir también que se declare la existencia del crédito mismo, condenado al ejecutado al pago.”

Al mismo tiempo, MONTERO (2000) señala que:

“(…) sin estar completamente reintegrado el ejecutante de principal, intereses y costas no podrán aplicarse las sumas realizadas a ningún otro objeto que no haya sido declarado preferente por sentencia dictada en tercería de mejor derecho.”

Además, MONTERO (2000) sostiene que:

“Cuando la tercería se basa en un título ejecutivo su única finalidad es la de declarar la preferencia, pero si la tercería no se basa en título ejecutivo, la declaración de preferencia precisará, lógica y jurídicamente, que antes se declare la existencia del crédito mismo.”

LAFUENTE (2009) realiza un interesante análisis, que es el siguiente:

“La tercería de mejor derecho consiste, necesariamente, en un acción dirigida contra el ejecutante, encaminada a declarar la preferencia del crédito ostentado por el tercerista e invertir en su favor el destino de las cantidades recaudadas en el proceso de ejecución. En cuanto a la naturaleza de esta acción, es evidente que no puede ser de condena, ya que el ejecutante no está obligado a nada frente al tercero titular de un crédito preferente. El ejecutante no puede ser condenado a permitir

que el tercerista sea pagado con preferencia puesto que ese pago no depende de su voluntad, sino de la potestas del órgano jurisdiccional, a cuya disposición se encuentran las cantidades resultantes del apremio. Tampoco el ejecutante, que ya hubiera cobrado su crédito, puede ser, mediante la tercería de mejor derecho, condenado a entregarle al titular del crédito preferente la cantidad que percibió en la ejecución; precisamente, la demanda de tercería es inadmisibile con posterioridad al pago al ejecutante (...). En definitiva, el tercerista no pretende determinar la conducta del ejecutante, sino la conducta del órgano ejecutor, para que le entregue a él en primer lugar el producto de la realización de los bienes embargados.

Tampoco se trata de una acción meramente declarativa, ya que la tutela que solicita el tercerista no se agota en la declaración de su mejor derecho: su interés no reside propiamente en la declaración formal de su preferencia, sino en la derogación de los efectos que el embargo produce en favor del ejecutante, concretamente su prioridad para percibir las sumas obtenidas en la ejecución y aplicarlas a la satisfacción de su crédito. El tercerista precisa algo más que la mera declaración de su preferencia, necesita que esa preferencia se materialice, alterando en su favor la distribución de las sumas derivadas de la realización forzosa. Así pues, debe concluirse que la acción que el tercerista ejercita frente al ejecutante es una acción constitutiva, porque se dirige a destruir la situación jurídica creada por la actividad procesal de ejecución; y, por lo mismo, esta acción constitutiva debe calificarse de procesal.” (Página 53)

Asimismo, sobre la posibilidad de generar un título ejecutivo con la tercería de derecho preferente, LAFUENTE (2009) señala:

“Sin embargo, la tercería de mejor derecho no sólo atiende a la tutela de los acreedores provistos de título ejecutivo, sino que también ampara a quienes carezcan de él, siempre que demuestren ser titulares de un crédito jurídicamente realizable, lo que equivale a requerir su certeza, liquidez, vencimiento y exigibilidad. Es decir, la LEC permite a estos acreedores aprovechar el cauce de la tercería para procurarse un título ejecutivo que le abra el acceso a la ejecución y, sobre todo, al reparto de las sumas que en ella se obtengan. En este caso, la tercería integra un expediente procesal complejo, que consiste en la acumulación de dos acciones diversas, aunque enlazadas entre sí: por una parte, la acción constitutiva que el tercerista ejercita frente al ejecutante, encaminada a que se declare su preferencia y se altere en su favor el destino de las sumas recaudadas; y, por otra parte, un acción declarativa de condena frente al ejecutado, prejudicial de la anterior, que se dirige a determinar la existencia de un crédito jurídicamente realizable a favor del tercerista y condenar al demandado a su pago. Esta última acción permitirá al tercerista obtener un título ejecutivo que legitime el cobro de su crédito en el marco de la ejecución en curso.” (Página 57)

Con apoyo en lo anterior, LAFUENTE (2009) concluye:

“De todo lo anterior, se desprende que la tercería de mejor derecho es algo más que un mero incidente de la actividad ejecutiva. Ciertamente, reviste los caracteres de un incidente, en el sentido de que se ejercita siempre en conexión con un proceso principal, en cuyo marco procedimental se incrusta y cuyo resultado final tiende a alterar. Sin embargo, la tercería desencadena una serie de efectos que van más allá de la simple incidencia: como hemos visto, en los casos en que el tercerista carece de un título hábil para el despacho de ejecución, entraña la declaración, con fuerza de cosa juzgada, del derecho de crédito que aquél ostenta y la condena del ejecutado a satisfacerlo; mientras que, cuando el crédito se encuentra plasmado en un título ejecutivo, supone la introducción de una nueva acción ejecutiva en el proceso de ejecución pendiente y, con ello, una ampliación, subjetiva y objetiva, de dicho proceso. En definitiva, la tercería de mejor derecho se halla contemplada en nuestra LEC, formalmente, como un incidente de la ejecución forzosa; pero, materialmente, la tercería desborda esta caracterización incidental y se convierte en un mecanismo de gran complejidad (...).” (Página 57)

ARIANO (2017) por su parte, sostiene que la tercería es un proceso autónomo, con estas expresiones:

“Por tanto, hay que descartar una demanda de tercería (de propiedad o de preferencia) que dé lugar a un fenómeno de intervención. En rigor, lo que promueve una demanda de tercería es un proceso declarativo plenario (bajo las reglas del proceso abreviado) que se desarrolla de

manera colateral al de ejecución, pero cuyo objetivo final es evitar que en esa ejecución se perjudique al tercerista.” (Página 23)

También afirma ARIANO (2017) que:

“En tal línea, el proceso de tercería “de derecho preferente” no es un incidente interno de la ejecución sino un proceso que incide (esto es, que se repercute) sobre la ejecución (proceso incidido) en cuanto de su solución depende la suerte de su último acto: el (llamado) “pago al ejecutante” del art. 747 (y su subrogado, la adjudicación “en pago” de los arts. 742-744). Y esta incidencia se manifiesta en el efecto *ex lege* establecido en el art. 537 CPC: una vez admitida la demanda “se suspende el pago al acreedor hasta que se decida en definitiva sobre la preferencia”³⁸. Supuesto legal de suspensión (por prejudicialidad-dependencia, art. 320 CPC)³⁹ que pone en evidencia que el proceso de tercería repercute sobre la marcha de la ejecución, pero –y esto es lo importante– que constituye un proceso declarativo plenario, por lo que lo que se decida en él tiene vocación de ‘definitividad’.” ²⁴

1.2.3.5. Los requisitos de procedencia de la tercería de derecho preferente de pago.

En cuanto a la necesaria existencia de un proceso de ejecución para la viabilidad de la tercería, FERNANDEZ (2010) afirma: “Para el nacimiento de la tercería es necesaria la previa existencia de un proceso de ejecución incoado por un acreedor contra su deudor,

proceso de ejecución que puede ser de carácter judicial o de carácter administrativo.” (Página 373).

Negando la posibilidad de que la tercería pueda ser conocida por un ente Administrativo, FERNANDEZ (2010) sostiene:

En efecto, no se puede considerar que ante las Administraciones públicas se tramiten verdaderos procedimientos de tercería. Es cierto que tanto el Reglamento General de Recaudación, como el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, contienen normas destinadas a regular algo similar a una tercería de mejor derecho en el procedimiento de apremio por deudas tributarias y por deudas frente a la Seguridad Social; pero el tercero siempre tiene la posibilidad de promover la acción civil de tercería ante el Juzgado de Primera Instancia que corresponda.”

Asimismo, al referirse a las clases de tercería ALSINA (1962) comenta que:

“Las tercerías que se deduzcan en los juicios ejecutivos, deben fundarse en el dominio de los bienes embargados o en el derecho que el tercero tenga de ser pagado con preferencia al ejecutante. En efecto, las tercerías son de dos clases: una, llamada de dominio, en la que el actor reclama la propiedad de la cosa embargada, otra, denominada de mejor derecho, por la que se pretende tener un crédito que debe ser pagado con preferencia al del ejecutante con el producido de la venta del bien embargado.”

Por otro lado, en relación con el tema de los requisitos de procedencia de acción de tercería, ALSINA (1962) subraya que:

“Por eso para la procedencia de la acción de tercería se requiere, como primera condición, la existencia de un embargo, cualquiera que sea la circunstancia y oportunidad en que hubiese sido decretado. Por consiguiente, si no hay embargo trabado la tercería debe ser rechazada.”

En nuestro Código Procesal Civil ubicamos los siguientes preceptos que permiten delimitar la procedencia de la tercería preferente de pago:

Artículo 533°. – “La tercería se entiende con el demandante y el demandado, y sólo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados judicialmente por medida cautelar o para la ejecución; o en el derecho preferente a ser pagado con el precio de tales bienes. (...)”

Artículo 534°. – “La tercería de propiedad puede interponerse en cualquier momento antes que se inicie el remate del bien. La de derecho preferente antes que se realice el pago al acreedor. El Juez competente es el Juez del proceso en el que se interviene.

1.2.3.6. La utilidad o eficacia de la tercería de derecho preferente de pago en relación con otros eventuales mecanismos de protección.

Un rasgo característico de la tercería de derecho preferente de pago, que provee de una protección más idónea e intensa al acreedor preferente, radica en que con la sola admisión a trámite de la demanda corresponde disponer la inmediata suspensión del pago hasta que se determine la existencia o no del crédito privilegiado.

Así, el artículo 537° del Código Procesal Civil preceptúa lo siguiente:

“Admitida la tercería de derecho preferente, se suspende el pago al acreedor hasta que se decida en definitiva sobre la preferencia, salvo que el tercerista otorgue garantía suficiente a criterio del Juez para responder por el capital, intereses, costas, costos y multas.

El tercerista puede intervenir en las actuaciones relacionadas con el remate del bien.”

En cuanto este aspecto, PODETTI (2004), sostiene que:

“El primer efecto que produce la deducción de una tercería de mejor derecho prima facie procedente, es la suspensión del pago en el juicio principal.” (Página 269)

La importancia de la tercería de derecho preferente de pago queda en evidencia desde que FERNANDEZ (2010) nos dice que:

“(..) es el único instrumento arbitrado por nuestro Derecho para proteger a los acreedores preferentes.” (Página 30)

Ahondando sobre este punto y refiriéndose a los acreedores preferentes a quienes el ordenamiento les reconoce el derecho a cobrar su crédito con anterioridad al acreedor ejecutante, FERNANDEZ (2010) agrega que:

“Ahora bien, el ordenamiento no protege de forma automática el derecho de estos acreedores, tal y como ocurre con el de los acreedores anteriores, sino que, para lograr una protección efectiva de su derecho han de desarrollar una determinada actividad procesal y, además, necesitan de una resolución que así se lo reconozca.

En concreto, el ordenamiento jurídico pone a su disposición un cauce procesal específico, la tercería de mejor derecho, para que el acreedor que ostenta un derecho de categoría superior al del ejecutante pueda hacer efectivo su cobro con anterioridad al de éste y evite así la aplicación inexorable de la consecuencia jurídica prevista en el art. 613 LEC. Además, debe notarse que este cauce es el único medio al que pueden acudir válidamente los acreedores que se crean con un derecho preferente al del acreedor ejecutante: es la vía de actuación específica y única para que aquellos puedan ejercitar sus respectivos privilegios crediticios y defender su preferencia de cobro, que de otra manera devendría inoperante.” (Página 70)

En la misma línea, sobre la protección que merecen los acreedores del ejecutado en su condición de terceros afectados por la ejecución pendiente, explica LAFUENTE (2009):

“El segundo grupo de terceros afectados por la ejecución pendiente está constituido por otros acreedores del ejecutado, cuyas expectativas de cobro pueden verse amenazadas al quedar reducido el soporte que el patrimonio del deudor representa para la efectividad de sus créditos. (...). Ahora bien, dentro de estos ‘terceros acreedores’, merecen una protección reforzada aquellos a los que el legislador ha reputado de superior rango o condición, es decir, los que tengan reconocido un derecho de preferencia frente al ejecutante: pues, a los perjuicios que puede acarrear la disminución patrimonial derivada de la ejecución forzosa, se suma en este caso el riesgo de que aquella preferencia resulte vulnerada, como de hecho sucedería si el producto de los bienes embargados se destinase al pago de un crédito –el del ejecutante- considerado de inferior categoría. La Ley acude en auxilio de este acreedor preferente, disponiendo a su favor el mecanismo de la tercería de mejor derecho.” (Página 29)

Para CARPIO (2021), que se apoya en pronunciamientos jurisdiccionales, la suspensión del pago se obtiene incluso con la sola interposición de la demanda. Así, se ha escrito que:

“(...) el criterio judicial es que la sola interposición de la demanda de tercería preferente suspende el pago al acreedor ejecutante, de manera que no es necesario que se emita el auto admisorio para que recién opere el efecto suspensivo de la tercería.” (Página 318)

1.2.3.7. La tercería de derecho preferente de pago y la intervención como acreedor no ejecutante.

El artículo 726° del Código Procesal Civil regula a la figura de la intervención del acreedor no ejecutante, de la siguiente manera:

“Un acreedor no ejecutante que tiene afectado el mismo bien, puede intervenir en el proceso antes de su ejecución forzada. Sus derechos dependen de la naturaleza y el estado de su crédito.

Si su intervención es posterior, sólo tiene derecho al remanente, si lo hubiere.”

Sobre este tipo de intervención, LEDESMA (2008) escribe:

“El artículo 726 del CPC regula la afectación del derecho de crédito de un acreedor no ejecutante frente al ejecutado que tiene afectado el mismo bien. Cuando ese crédito goza de preferencia con relación a un bien determinado el principio de subsistencia de las cargas preferentes y anteriores significa que no se verá afectado, siempre y cuando el acreedor intervenga antes de la ejecución forzada.” (Página 372)

Una crítica a la figura de la intervención de acreedor no ejecutante, en relación con la tercería de derecho preferente, es proporcionada por ARIANO (2009), en estos términos:

“En pocas palabras, el artículo 726 del CPC puede crear (también) indefensión tanto en el ejecutado como en el ejecutante. Ello ciertamente no ocurre cuando el medio para hacer valer una preferencia creditoria es la tercería de pago, pues en ese proceso,

acreedor ejecutante y ejecutado son colocados (paritariamente) por la ley como demandados, por lo que, tanto la existencia del crédito como su preferencia en relación al ejecutante, contará con el oportuno espacio de discusión.

En atención a ello, no sorprende que del artículo 726 del CPC se haya auspiciado su derogación, pues él constituye un 'injerto' tomado de un modelo muy complejo de ejecución (como lo es el italiano fundado en una *par condicio creditorum* fuerte) abierto a la intervención de otros acreedores, incompatible (sin las debidas garantías) con un sistema como el peruano, fundado en que la ejecución singular es para la satisfacción de un acreedor singular y teniendo los terceros acreedores la tercería de pago como vehículo ordinario para hacer valer sus preferencias creditorias." (Página 52)

1.2.4. El procedimiento de ejecución coactiva.

1.2.4.1. Base normativa.

El Procedimiento de Ejecución Coactiva se encuentra regulado en la Ley N° 26979, vigente desde el 23 de setiembre de 1998.

Conforme al texto de su artículo 1°:

"La presente Ley establece el marco legal de los actos de ejecución coactiva que corresponde a todas las entidades de la Administración Pública. Asimismo, constituye el marco legal que garantiza a los Obligados al desarrollo de un debido procedimiento coactivo."

Asimismo, a través del Decreto Supremo N° 069-2003-EF se aprobó el Reglamento de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, que entró en vigencia el 27 de mayo de 2003.

De igual modo, mediante Decreto Supremo N° 018-2008-JUS se aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley N° 26979, vigente desde el 6 de diciembre de 2008.

Además de las disposiciones normativas citadas que regulan el Procedimiento de Ejecución Coactiva de manera general, tratándose de deudas u obligaciones tributarias el procedimiento de ejecución coactiva se encuentra regulado por el Texto Único Ordenado del Código Tributario aprobado por Decreto Supremo N° 133-2013-EF y el Reglamento del Procedimiento de Cobranza Coactiva de la SUNAT (Resolución de Superintendencia N° 216-2004/SUNAT).

Respecto del Ejecutor Coactivo, que dirige el Procedimiento de Ejecución Coactiva, la segunda Disposición Final y Transitoria del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (aprobada por Decreto Supremo N° 017-93-JUS del 2 de junio de 1993) ha efectuado una clara precisión, de este modo:

“Los actuales Jueces Coactivos, en adelante se denominarán Ejecutores Coactivos y continúan incorporados al sector del que dependen, conforme a ley.”

1.2.4.2. Breves notas sobre la ejecución coactiva en el Perú.

Al inicio su obra “Procedimiento Coactivo”, HINOSTROZA (1998) efectúa el siguiente relato:

“La Administración Pública ha contado desde mucho tiempo atrás con un acción propia y exclusiva como es la coercitiva o coactiva con la finalidad de hacer efectivas obligaciones (de naturaleza tributaria o no) correspondientes a relaciones jurídicas de derecho público. Dicha acción se materializaba a través de un procedimiento breve, sustancialmente de ejecución, como era -y es- el procedimiento coactivo o de cobranza coactiva o de ejecución coactiva.” (Página 13)

A lo indicado HINOSTROZA (1998) agrega:

“Desde su concepción esta clase de procedimiento ha tenido defectos, anomalías, lo que motivó su constante mutación a lo largo del tiempo. Así, resulta sumamente diferente lo establecido en la actual legislación coactiva nacional en comparación con el primer antecedente formal que se conoce: el artículo 1347 del Código de Procedimientos Civiles de 1912.”

El texto legal en cuestión, contenía el siguiente precepto:

“Las contribuciones y deudas públicas se cobrarán conforme a las disposiciones del Código de Enjuiciamientos en Materia Civil y demás disposiciones vigentes en la actualidad, que continuarán rigiendo mientras se expida ley especial.”

La expansión de la ejecución coactiva no ha sido del todo satisfactoria desde el punto de vista de los administrados y los ciudadanos, siendo representativo el escenario que describe DANOS (1995):

“Más aún, se puede afirmar sin temor a incurrir en exageraciones, que en la realidad son frecuentes los abusos cometidos al amparo del procedimiento de cobranza coactiva por cuanto muchas veces ni ejecutores y menos aún los auxiliares coactivos tienen certeza del marco normativo que los rige o del carácter meramente administrativo de sus actuaciones. Los excesos incurridos, constatables principalmente a nivel de la administración municipal, en la aplicación de la cobranza coactiva, ya sea porque muchas veces se inicia el procedimiento sin habersele notificado al afectado previamente la resolución que sirve de título para la cobranza o porque se traban indiscriminadamente los denominados ‘embargos preventivos’ con propósitos muchas veces cercanos a la extorsión, ha traído consigo la deslegitimación de la cobranza coactiva que se experimenta como una manifestación abusiva del poder de la administración pública.” (Página 44)

1.2.4.3. Naturaleza jurídica del procedimiento de ejecución coactiva.

Sobre la naturaleza jurídica del procedimiento de ejecución coactiva, HINOSTROZA (1998) sostiene que:

“(..) el procedimiento coactivo es uno de naturaleza administrativa, por cuanto el Ejecutor no pertenece al Poder Judicial ni mucho menos administra justicia, simplemente hace cumplir las obligaciones pendientes de los gobernados de las que son acreedoras las diferentes entidades de la Administración Pública. Por ello se argumenta que en este procedimiento no deberían ser admisibles ningún medio de defensa. Creemos equivocada esta apreciación, pues, si bien es cierto que no constituye un proceso strictu sensu al no tener facultad de decisión los Ejecutores Coactivos (salvo en lo que se refiere a la tercería de propiedad, supuesto en el que efectivamente tienen poder de decisión o fallo), también es cierto que los presuntos deudores pueden hacer valer su derecho de defensa, tal como sucede en los procedimientos administrativos (con los recursos de reconsideración, apelación y revisión: de acuerdo a las reglas de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, o con los recursos de reclamación y apelación: conforme a lo regulado en el Código Tributario) ya que este es un procedimiento, *sui generis*, si, pero de carácter administrativo. (Aunque, claro está, debido a que el documento ejecutable hace presumir la existencia de la obligación, la defensa en este procedimiento se halla limitada).”

Respecto de la naturaleza jurídica del procedimiento de ejecución coactiva, ESTELA (2012) explica que:

“A efectos de determinar la naturaleza jurídica del procedimiento de ejecución coactiva, encontramos que de acuerdo a las normas antes

glosadas, en un primer momento fue un procedimiento judicial, en otro momento la Ley lo consideró un procedimiento administrativo, sugiriendo la expedición de la Ley especial, siguiéndose aplicando el Código de Enjuiciamiento en materia Civil, donde lo administrativo llegó hasta el embargo y judicial para la tasación y remate. Igualmente, el primer Código Tributario no varió lo existente, y posteriormente las demás normas ya tomaron una posición por el procedimiento administrativo, y es así como el Código Tributario vigente y el Texto Único Ordenado en la Ley N° 26979, Ley del Procedimiento de ejecución Coactiva consideran que es procedimiento administrativo.”

Otro aspecto para merituar es que la habilitación a los ejecutores coactivos para que realicen una ejecución supone una abierta infracción al principio de unidad de la jurisdicción. En esa orientación, GONZALES (1989) dice:

“Tal y como se consagra en la Constitución, supone que la función jurisdiccional corresponde únicamente al Poder Judicial. Ningún otro poder, ningún otro orden de funcionarios realizará funciones jurisdiccionales.” (Página 48)

A lo dicho, GONZALES (1989) agrega, citando a Gimeno Sendra y Peces Barba:

“Unidad y monopolio de la jurisdicción son, por tanto, ‘la expresión del principio constitucional de exclusividad de la misma e indispensable presupuesto en todo Estado de Derecho’. ‘La exclusividad o el

monopolio de la jurisdicción al Juez –se ha dicho- es la última –*last but not least*- de las condiciones señaladas para una eficaz protección de los derechos fundamentales. Ello excluye la atribución de competencias al Poder ejecutivo o a las comisiones parlamentarias, así como cualquier injerencia en el régimen normal de jurisdicciones especiales que suponen un retroceso en las condiciones para una eficaz protección de las libertades públicas y una intervención del Poder ejecutivo y legislativo en el judicial’.” (Página 49)

Sobre la evidente y notoria falta de jurisdicción y capacidad de fallo del ejecutor coactivo, HINOSTROZA (1998) dice:

“En consecuencia, al ser objeto de nuestro estudio una acción administrativa que únicamente puede invocar el Estado, se desprende que el Ejecutor Coactivo es sólo eso: un funcionario ejecutor de las resoluciones de la Administración Pública, exento de jurisdicción, vale decir, no son dirimentes ni tienen capacidad de fallo. Esto no significa que el Ejecutor Coactivo se encuentre impedido de dictar las providencias del caso que sirvan a una agilización del procedimiento y a un efectivo cobro de la obligación adeudada.”

HINOSTROZA (1998) también aborda aquella idea según la cual se pretende asimilar el procedimiento coactivo al judicial, desechándola, por estos motivos:

“Hay una posición que pretende la asimilación del procedimiento coactivo al ámbito judicial. Se dice que las oficinas de los Ejecutores

Coactivos deberían estar integradas como órganos dependientes del Poder Judicial, máxime si se aplican en el procedimiento que conocen los Ejecutores determinadas reglas del Código Procesal Civil (que tratan especialmente sobre la tasación y remate de los bienes del obligado). También se afirma que, de una u otra manera, los Ejecutores Coactivos en los proveídos que expiden deciden, tanto más si la resolución se encuentra referida a solucionar los casos de tercería de propiedad (antes excluyente de dominio). Inclusive se señala que los distintos órganos deben recurrir inevitablemente al Poder Judicial cuando se tenga que hacer valer un derecho establecido a su favor y que se pretenda sea desconocido o contradicho. Nosotros insistimos en que dicha asimilación no es posible por cuanto el Ejecutor es sólo un funcionario que se encarga de un procedimiento netamente administrativo de cobranza, precisamente de deudas de la que es parte demandante-acreedora el Estado. La remisión que se hizo en un principio al Código de Procedimientos Civiles y luego al Código Procesal Civil de determinadas normas, así como la función que cumple el Ejecutor dentro del procedimiento coactivo, no da pie a pensar que se trata de un proceso que pueda ser integrado al área judicial. Tampoco la limitación del derecho de defensa del obligado ni la necesidad de que sea el Poder Judicial el que garantice dicho derecho hacen viable la posibilidad de integración del procedimiento coactivo al ámbito judicial en el hecho de que el Ejecutor Coactivo tenga que pedir autorización al Juez Especializado en lo Civil para hacer uso de medidas como el descerraje y similares (...). La conocida demora de

los procesos en sede judicial sería a todas luces dañina para el Estado por no contar con una vía rápida para la recuperación de sus acreencias, constituyendo aquélla la principal razón para negarle al procedimiento coactivo una naturaleza judicial. Naturalmente, a efecto de evitar la arbitrariedad por parte de la Administración Pública, ello no excluye la salvaguarda de los derechos e intereses de los administrados por parte del Poder Judicial cuando sean vulnerados por una cobranza coactiva irregular e injusta.”

Igualmente, sobre la falta de independencia del Ejecutor Coactivo como razón adicional para negar su judicialización, HINOSTROZA (1998) sostiene que:

“La neutralidad, independencia y autonomía caracterizantes de los órganos jurisdiccionales no se hacen presentes en los funcionarios encargados de la tramitación del procedimiento coactivo, por lo general nombrados por la propia entidad pública ejecutante. Esto, así como el hecho de que las resoluciones administrativas no tienen la calidad de cosa juzgada pudiendo ser objeto de revisión en sede judicial, hace que sea descartada toda idea o tendencia de judicialización del procedimiento de cobranza coactiva.”

Para concluir este apartado citamos una opinión sumamente interesante en el sentido que el poder jurisdiccional bien puede ser otorgado a funcionarios o autoridades distintas a las que conforman el

Poder Judicial, aunque advirtiendo del enorme riesgo que ello supondría. Así, REGGIARDO (2000) sostiene:

“Si bien el poder jurisdiccional importa que las decisiones son inmutables porque adquieren la autoridad de la cosa juzgada, dicha situación depende de la estructura diseñada por la autoridad política. En la sociedad contemporánea la voluntad de la autoridad política se manifiesta a través del poder constituyente, que es el detentador del poder originario. Mientras los órganos que gozan del poder constituido se sujetan a los límites señalados en la fuente originaria, el poder constituyente no tiene norma que restrinja la estructura del poder que diseñe para el posterior gobierno de la sociedad. El poder constituyente -máxima autoridad política y titular de los poderes legislativo, administrativo y jurisdiccional- puede disponer que la facultad jurisdiccional sea ejercida no sólo por el poder judicial, sino también por todo aquel que pueda regular correctamente la conducta social, resolviendo conflictos de manera definitiva y pudiendo obligar al cumplimiento de lo resuelto mediante el uso de la fuerza pública. Nada impide que el poder constituyente otorgue facultades jurisdiccionales a sujetos distintos al poder judicial.

El poder constituyente podría disponer que los conflictos entre la administración y los particulares se resuelvan a través de una jurisdicción administrativa donde los jueces, órganos de la propia administración, resuelvan los conflictos de manera definitiva y con capacidad de ejecutar sus propias decisiones. Ahora, que el

presupuesto de la imparcialidad no se cumpla y que los particulares quedarían desprotegidos frente a eventuales abusos de la administración es tema aparte. Indeseable, sin duda. Pero nada impide que un diseño constitucional reparta el poder jurisdiccional de esa manera. Si las decisiones de la administración son irrevisables y ejecutables por ella misma, estaríamos frente a un poder jurisdiccional.”

1.2.4.4. El procedimiento de ejecución coactiva y la tercería de derecho preferente de pago

DANOS (1995) explica:

“El procedimiento de cobranza coactiva constituye sin duda alguna una de las más intensas manifestaciones de las potestades que nuestro ordenamiento confiere a la administración pública para ejecutar por sí misma sus decisiones, sin necesidad de requerir el auxilio de los tribunales.

Mediante el procedimiento de cobranza coactiva las entidades que forman parte de la administración pública persiguen el cobro forzoso de acreencias pecuniarias de derecho público, independientemente de la voluntad del obligado, estando facultadas para detraer del patrimonio jurídico del deudor bienes y derechos hasta la satisfacción de lo adeudado.” (43)

No obstante lo anterior, las normas que regulan el diseño general del Procedimiento de Ejecución Coactiva (Ley N° 26979, Decreto Supremo

N° 069-2003-EF –Reglamento- o Decreto Supremo N° 018-2008-JUS –TUO), ni aquellas que regulan la actuación del Ejecutor Coactivo de la Administración Tributaria prevén la posibilidad de que un acreedor hipotecario preferente, afectado con la ejecución coactiva, pueda emplear la tercería preferente de pago.

En ese sentido, en el Informe N° 004-2007-SUNAT/280000, la Intendente Nacional Jurídico ha expresado:

“Así pues, conforme fluye de lo antes expuesto, en el Procedimiento de Cobranza Coactiva realizado por la SUNAT, el Ejecutor Coactivo sólo tiene competencia para pronunciarse respecto de la invocación efectuada por un tercero respecto del derecho de propiedad que detenta sobre los bienes embargados al ejecutado (Intervención Excluyente de Propiedad), mas no sobre el derecho preferente de pago que puede tener aquél (Intervención de Derecho Preferente), en relación con el acreedor tributario, preferencia que se encuentra regulada en el artículo 6° del TUO del Código Tributario.”

Con base en esa y otras consideraciones similares, en el aludido Informe N° 004-2007-SUNAT/280000 se llegan a las siguientes conclusiones:

“1. Ni el Ejecutor Coactivo ni ningún órgano de la Administración Tributaria tienen competencia para pronunciarse sobre la Intervención de Derecho Preferente y, por ende, sobre el mejor derecho aducido por un tercero en la comunicación en la que invoque la existencia de un

mejor derecho de naturaleza hipotecaria sobre el bien embargado en el Procedimiento de Cobranza Coactiva realizado por la SUNAT, derecho que debe invocarse en la vía judicial. (...)

2. Efectuado el remate y adjudicado el bien embargado en el Procedimiento de Cobranza Coactiva realizado por la SUNAT, sin la existencia de un mandato judicial que reconozca el derecho preferente de pago de un tercero en relación con la acreencia tributaria, procede que el Ejecutor Coactivo disponga que con el producto del remate se impute el pago de ésta última.”

1.2.5. Las lagunas normativas.

1.2.5.1. El sistema normativo y sus propiedades estructurales. -

De acuerdo con BULYGIN y MENDOCA (2005):

“La idea de que el derecho no es un mero conglomerado de normas, sino que constituye un conjunto sistemático, se halla muy difundida entre los juristas, por lo menos desde la época de la Ilustración, y muy especialmente a partir del siglo XIX. Sin embargo, aunque los juristas hablan hace tiempo de sistemas jurídicos, poco o nada habían hecho para esclarecer este concepto clave hasta muy avanzado el siglo xx. Consiguientemente, por esta razón, durante mucho tiempo fue difícil saber en qué sentido el derecho podía ser considerado un sistema.

(...)

Buena parte del trabajo de la ciencia jurídica (especialmente de la llamada dogmática jurídica) consiste en desplegar la base axiomática elegida, determinando qué soluciones corresponden a los distintos

casos, lo que presupone la determinación previa del conjunto de todas las circunstancias fácticas o casos posibles (Universo de Casos) y del conjunto de todas las soluciones admisibles (Universo de Soluciones). De esta manera puede determinarse si el sistema es completo, en el sentido de que en ningún caso hay ausencia de solución correlacionada, es decir, lagunas normativas. También puede establecerse si el sistema es coherente, en el sentido de que en ningún caso hay soluciones incompatibles correlacionadas, es decir, antinomias; y también si el sistema es independiente, en el sentido de que en ningún caso contiene soluciones redundantes correlacionadas. De este modo, el modelo permite definir con precisión ciertas propiedades estructurales de los sistemas jurídicos (completitud, coherencia e independencia) y, por consiguiente, dar cuenta de algunos aspectos importantes de la actividad típica de los juristas. Es importante tener presente que los problemas estructurales de los sistemas jurídicos (incompletitud, incoherencia y redundancia) sólo pueden ser planteados al nivel de las normas, es decir, de las formulaciones normativas interpretadas y, por lo tanto, dotadas de un significado definido. Esto ocurre porque esos problemas suponen la existencia de relaciones lógicas entre los elementos de un sistema jurídico, y tales relaciones no se dan entre formulaciones normativas, las que, cuando son susceptibles de diferentes interpretaciones (cosa que ocurre con frecuencia), pueden expresar diversas normas.” (41)

Para VILAJOSANA (2007), sobre la determinación del derecho y la importancia que ha asumido el rol del juez frente al legislador:

“Desde un punto de vista práctico, puede decirse que a un jurista le interesa determinar hasta qué punto los materiales jurídicos que son identificados según la regla de reconocimiento sirven para dar respuesta a los conflictos jurídicos que acaban desembocando en los tribunales. Si todos los elementos que sirven para tomar decisiones en el ámbito jurisdiccional, en el que se resuelven los casos concretos por parte de los jueces y tribunales, están previamente determinados por las normas generales promulgadas por el legislador, entonces la actividad de los jueces es puramente mecánica y sus decisiones no suponen una innovación del derecho previamente existente, sino una simple aplicación. Pero esto, actualmente, es sostenido por pocos autores. (...) En la actualidad, los filósofos del derecho suelen rechazar o que la actividad de los jueces sea simplemente mecánica, o que esa actividad consista en la aplicación de normas precedentes, o ambas cosas a la vez.

Esta orientación conlleva también un cambio en el enfoque del análisis del derecho. Si durante mucho tiempo los estudios de los teóricos del derecho tenían la actividad del legislador como el centro básico de su análisis, ahora el centro se ha desplazado del momento de la legislación al momento de la adjudicación o aplicación del derecho. Las decisiones del intérprete y del juez ocupan el lugar privilegiado que

antes ocupaban las decisiones del legislador como objeto de estudio.”

(89)

Asimismo, VILAJOSANA (2007) expresa:

“Además, las normas jurídicas no aparecen de forma aislada, sino formando parte de un sistema jurídico. Esto tiene consecuencias a la hora de determinar la solución al caso concreto. Puede ocurrir que no exista en el sistema jurídico de que se trate una norma que regule el caso, con lo que puede hablarse de la existencia de una laguna. Ello supone un problema de subdeterminación.” (91)

1.2.5.2. Las lagunas y su clasificación

RUIZ (2015) explica:

“(…) idealmente, las reglas de un sistema jurídico debieran poder resolver todo caso posible y hacerlo de forma consistente entre sí. O, dicho de otra forma, las reglas de un sistema jurídico debieran, idealmente, formar un sistema completo y coherente. Ahora bien, la realidad de los sistemas jurídicos se aparta de esta aspiración ideal: los conjuntos de reglas que los integran son incompletos –eso es, contienen lagunas (...).

1.2.5.2.1. Lagunas normativas

Para Ródenas (2012):

“(…) un cierto caso genérico constituye una laguna normativa de un cierto sistema normativo cuando ese sistema no contiene una norma

que correlacione el caso con una solución, esto es, con la calificación normativa de una determinada conducta; (...).” (24)

Sobre este tópico, Guastini (2016) enseña que:

“Puede suceder (aunque no se decir cuan frecuentemente sucede este fenómeno) que el legislador discipline una serie de supuestos de hecho, pero omita disciplinar una o más de sus posibles combinaciones.” (341)

1.2.5.2.2. Lagunas técnicas

Siguiendo a Guastini (2016):

“Se dice que un ordenamiento presenta una laguna técnica toda vez que falta en aquel una norma cuya existencia es condición necesaria para la eficacia (y/o para la efectividad) de otra norma.

Es decir, sucede que una norma no puede producir efectos jurídicos (y/o no puede ser obedecida o aplicada) en ausencia de otras normas que, dicho de algún modo, la concreten.

Por ejemplo: una norma prescribe la convocatoria periódica de un órgano, pero no hay ninguna norma que determine quién es el sujeto competente para convocarlo; una norma instituye un cierto órgano electivo, pero ninguna norma establece qué sistema electoral adoptar; una norma recomienda perseguir un determinado fin pero ninguna norma establece qué medios deben emplearse, etcétera.” (345)

1.2.5.2.3. Lagunas axiológicas

Para Guastini (2016):

“Se llama ‘laguna axiológica’ a la falta de una norma que –según las preferencias ético-políticas (axiológicas, precisamente) subjetivas del intérprete- debería existir.

Debe ser claro que afirmar la existencia en el ordenamiento de lagunas axiológicas no es un juicio de hecho sino un juicio valorativo: no es una descripción del derecho tal y como es sino una crítica del derecho existente y/o una prescripción de cómo debería ser.” (346)

Ródenas (2012) afirma que:

“(…) un cierto caso, asimismo genérico, constituye una laguna axiológica de un cierto sistema normativo cuando ese sistema sí contiene una norma que soluciona el caso, pero sin tomar en cuenta como relevante alguna propiedad que, de acuerdo con una cierta hipótesis de relevancia, debiera tomarse en cuenta como relevante; (…).” (24)

Dentro de esta clasificación de laguna axiológica, Guastini (2016) identifica y describe dos casos o supuestos distintos:

“Se pueden distinguir dos tipos fundamentales de lagunas axiológicas.

1) Sucede que un supuesto de hecho esté, efectivamente, disciplinado por una norma pero que tal regulación le parezca al intérprete

insatisfactoria, de modo que, a su juicio, falte en el ordenamiento –no cualquier norma sino- una norma ‘justa’: la norma apropiada según su sentido de la justicia.

(...) 2) También sucede que un supuesto de hecho esté, efectivamente, disciplinado por una norma pero que tal disciplina no sea conforme a lo requerido por otra norma positiva; en concreto, una norma material o axiológicamente superior.

Se encuentran ejemplos paradigmáticos de lagunas de este tipo en todos los casos en los que el intérprete considera violado el principio de igualdad (...) en el modo en que es normalmente entendido –siguiendo los pasos de Aristóteles- en la jurisprudencia constitucional italiana: se deben tratar del mismo modo los casos iguales, y de diferente modo los casos diferentes.

a) El legislador no ha tomado en cuenta una diferencia –a juicio del intérprete- ‘sustancial’ o ‘relevante’ entre dos clases de supuestos de hecho, y ha dictado para aquellos la misma regulación, omitiendo diferenciarlas, de modo que se conecta la misma consecuencia jurídica a dos supuestos de hecho ‘sustancialmente’ diferentes.

(...) b) El legislador, al disciplinar una determinada clase de supuestos de hecho, ha omitido regular del mismo modo otra clase de supuestos de hecho –considerada por el intérprete ‘sustancialmente’ igual a la

primera- de modo que se conectan, a supuestos de hecho ‘sustancialmente’ iguales, consecuencias jurídicas distintas.

Por ejemplo, el legislador ha dictado una disciplina para el supuesto de hecho ‘transportes urbanos’. Actuando de este modo, el legislador no ha tomado en cuenta otro supuesto de hecho –los transportes extra-urbanos- que, siendo (según el intérprete) ‘sustancialmente’ iguales al supuesto de hecho transportes urbanos, requeriría la misma regulación. Por tanto, falta una norma igualadora que conecte al supuesto de hecho ‘transportes extra-urbanos’ la misma regulación.”

(346)

1.2.5.3. La teoría del derecho frente a las lagunas.

De inicio, corresponde señalar que la legalidad tiene un valor relevante que SHAPIRO (2014) logra explicar de este modo:

“(...) Primero, permite a los miembros de la comunidad predecir la actividad oficial y, por tanto, planificar sus vidas con efectividad. Segundo, los principios del Estado de Derecho limitan la conducta oficial y, por tanto, protege a los ciudadanos de acciones arbitrarias y discriminatorias por parte de los funcionarios. (...). En lugar de adivinar cómo los funcionarios evaluarán la conducta de uno, o preocuparse por si mienten sobre su evaluación, uno puede simplemente centrarse en lo suyo, basándose en la existencia de un plan o política. (...) un tercer beneficio autónomo al que sirve la planificación social, a saber, la enorme energía cognitiva que se ahorra por no tener que pensar en el mejor modo de regular nuestras vidas y convencer a otros sobre la

corrección de nuestros juicios. Incluso cuando las reglas son incorrectas o están corrompidas, al menos nos evitan la deliberación y el debate sobre lo que debería hacerse.” (476)

Si bien existen opiniones en el sentido que las lagunas consisten en problemas de interpretación que son superables a dicho nivel, GUASTINI (2016) se encarga de aclarar que ello no es correcto y que, en realidad, la solución a dicho problema requiere de completar el ordenamiento jurídico a través de una integración o construcción jurídica. Así, asevera lo que sigue:

“Las lagunas son frecuentemente presentadas en la literatura como un (peculiar) problema de interpretación. No obstante, bien entendidas, las cosas no son exactamente así.

El problema sobre si hay y cuál es la norma aplicable al caso es un problema de interpretación textual (interpretación en abstracto) y/o de subsunción del supuesto de hecho concreto bajo un supuesto de hecho abstracto (interpretación en concreto). Un problema como este puede ser resuelto de dos maneras: decidiendo que el supuesto de hecho en examen cae bajo el ámbito de aplicación de una determinada norma, o decidiendo que no hay ninguna norma aplicable a tal supuesto de hecho concreto. En un caso, el derecho no presenta ninguna laguna; en el otro caso, por el contrario, el derecho se revela como lagunoso. Frecuentemente, ambas decisiones son practicables (persuasivamente argumentables), siendo el intérprete quien decide si hay o no laguna. Pero, en ambos casos, el problema de interpretación se resuelve: la

laguna, si se presenta, se presenta siempre y solo posteriormente a la realización de una interpretación.

Por consiguiente, una laguna abre no exactamente un problema interpretativo sino un problema de otra naturaleza. Por un lado, cuando se presenta una laguna, la interpretación ya se ha realizado (aunque siempre queda la posibilidad de abandonar la interpretación inicialmente elegida, y optar por una interpretación diferente que evite la laguna). Por el otro, una laguna no puede ser colmada por vía de interpretación; para colmar una laguna es necesario 'integrar' o completar el ordenamiento jurídico, y ello se puede realizar sólo introduciendo una norma nueva.

En base al desarrollo efectuado, GUASTINI (2016) nos ofrece el siguiente resumen que es bastante ilustrativo para comprender que a través de la interpretación no es posible integrar el derecho y es precisamente esto último lo realmente necesario para lograr superar una laguna:

“En resumen:

- i) En primer lugar, la interpretación puede prevenir o evitar una laguna, en el sentido de que los textos normativos a disposición pueden ser interpretados de manera tal que la laguna ni siquiera se presenta.
- ii) En segundo lugar, la interpretación, del mismo modo que puede evitar lagunas, también puede producirlas en el sentido de que los

textos normativos disponibles pueden ser interpretados en modo tal que la laguna, efectivamente, se presente.

iii) En tercer lugar, la interpretación –aunque puede producir las y prevenirlas- no puede colmar lagunas. La laguna, si se presenta, se presenta solo en un momento posterior a la interpretación. Para colmarla, no queda más remedio que integrar el derecho, esto es, crear derecho nuevo. Y la producción de una norma nueva, idónea para colmar una laguna, es algo conceptualmente diferente de la interpretación de una disposición preexistente: no se trata de interpretación sino de construcción jurídica.” (345)

Por su parte, MORESO y VILAJOSANA (2004) expresan:

“(…) De nuevo, es importante darse cuenta de que todas las estrategias elaboradas por los juristas para colmar las lagunas (mecanismos de integración del Derecho) comportan un cambio del sistema normativo, para adecuarlo a otro requisito de racionalidad: la completud. Idealmente un sistema normativo debe ofrecer soluciones para todos los casos de su universo de casos, de lo contrario es un sistema que regula el comportamiento de manera defectuosa.” (113)

Ahora bien, dado que superar una laguna requiere una labor de integración del sistema normativo o construcción jurídica, corresponde

verificar en qué medida el Juez se encuentra en posibilidad de realizarla.

Así, entre las razones que se exponen para negar la creación jurisprudencial del derecho por parte de los jueces, GUASTINI (2018) refiere:

“(…) Hablando en términos generales, en el Estado de Derecho, rige el principio de la división de poderes, que en sus dos variantes (separación en sentido estricto y equilibrio o balanceo de poderes) excluye a la jurisprudencia de la lista de las fuentes del derecho. La creación del derecho es monopolio de los órganos legislativos que, en general, son asambleas representativas. Los jueces –órganos burocráticos, generalmente elegidos por concurso y que, por tanto, como se suele decir, carecen de ‘legitimación democrática’- no están autorizados para crear derecho. Es más, tienen la obligación de limitarse a aplicar el derecho que encuentran ya creado por el legislador.”

A lo expresado, agrega GUASTINI (2018):

“Hay además dos razones ulteriores que hacen inadmisibles la creación jurisprudencial del derecho.

a) La creación jurisprudencial de derecho está en conflicto con el valor (generalmente aceptado, aunque raramente positivizado) de la ‘certeza del derecho’, en virtud del cual todos deben tener la posibilidad de prever las consecuencias jurídicas de sus propias acciones y, por tanto,

en última instancia, de prever las decisiones jurisdiccionales. Evidentemente, no sería previsible una decisión jurisdiccional que aplicase una norma no preexistente al juicio sino creada *ex novo* por el propio juez.

b) Por la misma razón, la creación jurisprudencial del derecho está también en conflicto con el principio (generalmente positivizado) de irretroactividad de las leyes. La creación jurisprudencial de derecho es, en efecto, necesariamente una suerte de legislación *ex post facto*: la norma eventualmente creada por el juez disciplina un supuesto de hecho ya sometido a la atención del juez y que, por tanto, se ha formado anteriormente a la formulación de la norma en cuestión.

En definitiva, en el Estado de derecho el juez tiene prohibido tanto eludir la decisión como decidir creando una nueva norma. De allí el dogma de la necesaria plenitud de todo ordenamiento.” (352)

Una postura de menor intensidad la encontramos en quienes admiten la posibilidad de que el Juez realice una función de “legislador negativo”. Al respecto, POSNER (2011) expresa:

“Aunque sea sólo en ese subconjunto de casos que son considerados indeterminados desde una perspectiva legalista, los jueces tienen un nivel tan alto de libertad legislativa como el que tienen los legisladores. A diferencia de ellos, sin embargo, los jueces no pueden, como asunto práctico, señalarle al gobierno qué ha de hacer: la lección de los decretos reglamentarios (p.ej., aquellos que exigían la puesta en

marcha de un servicio de autobuses para los colegios) ha sido totalmente abandonada porque los jueces han aprendido a partir de dolorosas experiencias que no controlan el número suficiente de palancas de poder como para implementar de forma eficaz planes gubernamentales. Lo único que pueden hacer es indicarle a los otros poderes del estado qué es lo que no pueden hacer. Con todo, el poder legislativo que los jueces tienen, aunque sea negativo, es considerable, especialmente cuando se advierte que, en nombre de la Constitución, en la que es difícil, por cierto, introducir cambios, el Tribunal Supremo puede bloquear el proyecto de alguno de los otros poderes.” (99)

En ese sentido, PRIORI (2019), en cuanto a la función jurisdiccional y el control constitucional de las normas, sostiene:

“El reconocimiento de dicha atribución supone un cambio sustancial en la concepción del papel que cumple la jurisdicción dentro del Estado. Ya no es más quien pronuncia las palabras de la ley, sino que ahora las controla antes de pronunciarlas. Pero, además, en sistemas como el peruano, donde el control se realiza a través de un modelo mixto, dicha facultad es esencial para lograr la plena vigencia de la Constitución, pues permite asegurar su aplicación en cada caso concreto.

Ello no quiere decir que en el Estado constitucional la jurisdicción sustituye o asume las funciones del legislativo. Ello solo quiere decir que la jurisdicción asume un rol relevante en el sistema jurídico, junto

al legislativo. Al legislativo se le sigue reconociendo la facultad de dictar leyes y, al hacerlo, se le reconoce la libertad de configuración para optar por una u otra solución legislativa, pero siempre dentro de los parámetros que le impone la Constitución. El órgano jurisdiccional solo puede intervenir al inaplicar la norma o declararla inconstitucional cuando la elección del legislador ha supuesto una violación a los mandatos constitucionales, pero jamás podrá cuestionar la conveniencia de la solución dada por el legislador si esta se enmarca dentro del respeto a la Constitución.” (42)

Por último, en cuanto a la indeterminación jurídica y la discrecionalidad judicial como forma de hacerle frente, SHAPIRO (2014) sostiene:

“La indeterminación jurídica, por tanto, es un rasgo y no un problema. Incluso si se pudieran elaborar reglas perfectamente precisas, estas serían necesariamente arbitrarias y probablemente generarían casos. En muchos casos es mejor dejar que otros completen los detalles cuando están en una mejor posición para juzgar qué curso de acción es preferible.

(...) Adoptar rígidamente el significado claro de las leyes conducirá inevitablemente a absurdos, y aplicar en forma estricta el derecho en todos los supuestos generará resultados moralmente aberrantes. Conceder a los jueces al menos cierto grado de discrecionalidad para ajustar el derecho a la luz de sus consecuencias es la única alternativa racional y decente.

Por supuesto, no pretendo trivializar las ansiedades asociadas con la incertidumbre jurídica. Estar a merced de la discrecionalidad de otro puede ser aterrador. Como dice el viejo adagio, a menudo es mejor que el derecho sea claro que correcto. Pero los formalistas se olvidan de que también se da el caso inverso: con frecuencia es mejor que el derecho sea correcto que claro. Esforzarse por alcanzar una vida completamente planificada no es un objetivo racional, sino más bien un síntoma de falta de salud mental. Un sistema jurídico razonable es aquel que alcanza un equilibrio entre claridad, previsibilidad y restricción por un lado, y corrección, flexibilidad y discrecionalidad por el otro. El modo en que se alcanzan esos compromisos define en gran medida el carácter de un sistema jurídico.” (317)

Sobre la auto-disciplina de los intérpretes jurídicos, imprescindible en este punto, SHAPIRO (2014) sostiene:

“Aunque las cuestiones sobre la planificación social óptima son muy controvertidas, los sistemas jurídicos no pueden simplemente evitarlas, ya que su tarea es precisamente llevar a cabo la planificación social óptima. Los sistemas jurídicos no tienen más opción que decidir cómo equilibrar las necesidades de guía, previsibilidad y limitación, por un lado, y los beneficios de la flexibilidad, espontaneidad y discreción, por el otro. Los sistemas jurídicos, entonces, no solo deben prestar atención al Estado de Derecho, sino que también deben adoptar

concepciones sobre cómo se atiende del mejor modo a los propios principios del Estado de Derecho.

(...) se preserva el Estado de Derecho solo cuando aquellos que llevan a cabo la interpretación jurídica confían en la concepción de los principios del Estado de Derecho que el sistema jurídico presupone y plasma, pues se socavaría el papel del derecho en tanto sistema de planificación social si los intérpretes se basaran en sus propias ideas sobre cómo equilibrar la libertad y la limitación cuando interpretan los textos dotados de autoridad. No deben intentar ejercer competencias y otros rasgos de carácter que el sistema rechaza que tengan, y cuya ausencia trata de compensar, ni negarse a sí mismos el ejercicio de capacidades que el derecho asume que poseen, y cuya posesión desea utilizar. No deben sobrepasar sus límites y adoptar roles que no les han asignado o intentar perseguir objetivos diferentes de aquellos que se confía que sirvan. Y no deben interpretar de modo cooperativo las relaciones políticas que se concibieron como competitivas, o actuar competitivamente cuando las relaciones son de colaboración.

Entonces, los principios del Estado de Derecho prosperan solo cuando los intérpretes jurídicos tienen una gran auto-disciplina. En otras palabras, deben resistir el impulso de tomar la interpretación jurídica como una invitación a filosofar sobre las grandes cuestiones morales y políticas de su tiempo. En lugar de ello, deben suspender su juicio moral y mostrar fidelidad al punto de vista jurídico. La capacidad de

pensar dentro del marco establecido, puede decirse, es la virtud pasiva máxima del intérprete jurídico, pues se respeta la lógica de la planificación solo cuando el proceso de interpretación jurídica no deja sin resolver aquellas cuestiones que el derecho pretende resolver.”
(478)

1.2.5.4. La obligación del Juez de resolver el conflicto aún en caso de vacío o deficiencia de la ley y la “concretización de principios” como forma de construcción jurídica.

Sin perder de vista lo anotado en el apartado anterior, es preciso agregar a la ecuación que el Juez se encuentra en la obligación de administrar justicia aún cuando el sistema normativo adolezca de problemas de completitud o coherencia. En ese sentido, el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil preceptúa imperativamente:

“Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.”

Asimismo, el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil establece que:

“(…) En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a

la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso.”

MORESO y VILAJOSANA (2004), al tratar sobre la aplicación de normas no pertenecientes al sistema jurídico y la obligación judicial de resolver aún en caso de laguna, afirman:

“Por último, sin que se den los dos supuestos anteriores, puede suceder que ninguna de las normas que pertenecen a un determinado sistema jurídico sea aplicable a un determinado caso: nos hallamos ante una laguna normativa. El hecho de que exista una laguna normativa no hace desaparecer la obligación del juez de dictar una resolución para resolver el caso. Es la llamada ‘prohibición de *non liquet*’: el juez no puede abstenerse de resolver un caso alegando que no existe una norma en el sistema que lo regule. (...) Ahora bien, si eso es así, resulta claro que por la propia definición de laguna normativa, la norma que utilice el juez para justificar su decisión será una norma que no pertenece a S, sino que será simplemente aplicable. Para justificar la aplicación de esta norma se suele utilizar o bien el argumento a contrario en su tercera versión, o bien el argumento analógico, a los que ya se ha hecho referencia.” (187)

Una manera a través de la cual el Juez puede cumplir con su obligación de resolver los conflictos a pesar de la presencia de una laguna nos la

ofrece GUASTINI (2016) al desarrollar el tema de la construcción jurídica y las normas implícitas⁵. Sobre el particular escribe:

“En la mayoría de los casos, aquello que en su momento he llamado interpretación creativa consiste en ‘construir’ –a partir de normas explícitas, esto es, expresamente formuladas por las autoridades normativas- normas implícitas, es decir, normas que ninguna autoridad normativa ha formulado nunca.

Una norma implícita no puede ser referida a ningún texto normativo como su significado. Es obtenida a partir de una o más normas expresas mediante un razonamiento. Un razonamiento es una secuencia de enunciados, dentro de los cuales al menos un enunciado cumple la función de tesis o conclusión, y los restantes desarrollan la función de las premisas o argumentos en favor de aquella tesis o conclusión.

Pues bien, los razonamientos mediante los que los juristas elaboran una norma implícita frecuentemente (aunque no siempre, como veremos) presentan la siguiente estructura: una o más normas

⁵ Cabe mencionar que otro mecanismo para lograr la integración jurídica es la *analogía*; empero, no la hemos considerado porque el problema objeto de esta investigación tiene que ver con la posibilidad de habilitar la competencia del Juez para conocer de un mecanismo de protección pese a la ausencia de disposición legal. Al respecto, entre los principios que limitan el uso de la analogía, RUBIO (2006), ha escrito: “Además de estos casos, debemos tener en cuenta algunos otros principios que limitan o impiden la utilización de este método de integración. Los principales son: (...) Tampoco puede establecerse análogamente a los funcionarios y organismos con atribuciones específicas: de sus atribuciones ellos hacen uso en base a la discrecionalidad cuando es procedente y sólo lo que se les manda como obligación o prohibición de manera expresa adquiere la condición de tal.”

expresas constituyen las premisas del razonamiento, mientras que la norma implícita constituye su conclusión.” (355)

Más precisamente, sobre la concretización de principios, GUASTINI (2016) enseña:

“La elaboración de las normas implícitas es una suerte de legislación ‘apócrifa’ de los intérpretes. Y, de hecho, aquella constituye la parte cuantitativamente mayor y más significativa del trabajo doctrinal o dogmático.

(...) Ahora bien, los principios constitucionales pueden ser aplicados esencialmente en dos tipos de circunstancias: a) por el juez constitucional, para decidir sobre la conformidad a la constitución de una norma legislativa, y b) por el juez común (civil, penal, administrativo) para colmar una laguna (normalmente axiológica) en la ley.

No obstante, en ambos casos, los principios constitucionales, debido a su indeterminación, no son susceptibles de aplicación sin una previa ‘concretización’. Es más, ‘aplicar’ un principio significa precisamente concretizarlo.

Concretizar un principio, a su vez, significa usarlo como premisa en un razonamiento cuya conclusión es la formulación de una ‘regla’: una

nueva regla, hasta aquel momento implícita, que constituye su 'actuación' o 'especificación'.

La concretización, nótese, no es una operación interpretativa en sentido estricto. En el lenguaje común de los juristas se suele llamar genéricamente 'interpretación' al discurso de la doctrina y de la jurisprudencia considerado globalmente. Esta forma de expresarse tiene, sin embargo, el defecto de hacer opaca la variedad de operaciones intelectuales efectivamente realizadas por los operadores jurídicos." (362)

En relación a como la aplicación de un principio exige su concretización, GUASTINI (2016) nos dice:

"Para que un principio pueda contribuir a la motivación de una decisión jurisdiccional (civil, penal, etc.), es necesario derivar de aquel una regla (implícita), dotada de un antecedente (relativamente) determinado, es decir, con un supuesto de hecho cerrado, no derrotable, y no genérico.

Dicho brevemente: la aplicación de un principio exige concretización; es más, 'aplicar' un principio consiste precisamente en concretizarlo.

La concretización de un principio es un razonamiento –normalmente no deductivo y, por tanto, no riguroso– que: a) tiene entre sus premisas el principio en cuestión, y b) tiene como conclusión una regla (implícita)." (363)

Por último, es importante tener en cuenta lo escrito por AGUILÓ (2012), respecto a que:

“Ello supone que, para las autoridades jurisdiccionales, la coherencia del Derecho no se reduce exclusivamente a una cuestión de jerarquía normativa (como sí parecía ocurrir con las autoridades políticas), sino que tiene también una dimensión de coherencia hacia el pasado y hacia el futuro. Ello se explica porque su función no es la [de] modificar el Derecho, sino la de hacerlo efectivo, aplicable. Desarrollar esta función puede suponer, como se ha visto, la introducción de nuevas normas, pero ello no significa que tengan atribuida la función de cambio o modificación del sistema jurídico.”

1.3. Definición de términos básicos

- **Derechos Reales de Garantía:** Los derechos reales de garantía otorgan a su titular un poder real sobre una cosa ajena, como garantía del cumplimiento de una obligación, de tal forma que si ésta se incumple, puede el acreedor solicitar la venta en pública subasta de la cosa gravada y cobrarse la deuda con el importe obtenido.
- **Hipoteca:** La hipoteca es definida como la afectación de un inmueble en garantía del cumplimiento de una obligación, lo que otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado.

Los caracteres jurídicos de la hipoteca son: a) constituye un derecho real sobre un bien determinado, b) es un derecho accesorio, puesto que se constituye en seguridad del cumplimiento de una obligación; c) es indivisible, de tal manera que recae sobre el todo y cada una de las partes, y si el bien hipotecado se divide, todas y cada una de las partes continúan gravadas en garantía del cumplimiento o pago.⁶

- **Tercería de Derecho Preferente de Pago:** La tercería de derecho preferente o también llamada de prelación o de pago o de mejor derecho, es aquella que tiene por finalidad reclamar el pago preferencial de una acreencia, una vez realizados los bienes que fueron objeto de medida cautelar.⁷
- **Tutela Jurisdiccional Efectiva:** Es el derecho a toda persona a que se le haga justicia; a que cuando pretenda algo de otra, está pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con garantías mínimas.⁸
- **Competencia:** La competencia es la facultad que cada juez o magistrado de una rama jurisdiccional tiene, para ejercer la jurisdicción en determinados asuntos y dentro de cierto territorio.⁹

⁶ **CASACIÓN N° 306-97-AREQUIPA.** Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema. El Peruano, 03/04/1998. Pág. 609.

⁷ **EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL. Explicado en su doctrina y jurisprudencia.** Gaceta Jurídica. Primera Edición. Tomo II. Pág. 827.

⁸ **GONZALES PÉREZ, Jesús.** El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. España. Editorial Civitas – 2da. Edición, 1985. Pág. 27.

⁹ **DEVIS ECHANDIA. Hernando.** Teoría General del Proceso. 1984. Tomo I. Ed. Universidad, Buenos Aires. Pág. 135.

CAPÍTULO II METODOLOGÍA

2.1. Diseño de la investigación

En la investigación se desarrolla una de tipo cualitativa, ya que nos ocupamos de entender y ahondar la problemática de los acreedores hipotecarios con derecho preferente que resultan afectados con un procedimiento de ejecución coactiva; al propio tiempo, comprobaremos si es que la ausencia de regulación normativa para el empleo de mecanismo de protección idóneo (tercería preferente de pago) en el procedimiento de ejecución coactiva, así como la aparentemente regulación anacrónica del ordenamiento procesal civil, comprometen el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Para tal fin, analizaremos casos puntuales relacionados con el tema objeto de estudio.

Sobre el método aplicado, se trata del tipo dogmático e inductivo, habida cuenta que acudiremos a la doctrina, jurisprudencia y pronunciamientos de entes administrativos para con el auxilio de la lógica generar conocimiento a partir de los indicios obtenidos.

Por último, consideramos la aplicación de un diseño no experimental, pues los fenómenos objeto de observación serán tomados conforme han sido generados y se encuentran registrados.

2.2. Diseño Muestral

La muestra consistirá en el resultado obtenido en el Tema N° II del Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial realizado en el año 2017, así como 3 Sentencias

en Casación emitidas por la Corte Suprema de Justicia de la República que abordan el tema objeto de estudio y proponen alternativas de solución que son abiertamente contradictorias.

2.3. Técnicas para la recolección de datos

2.3.1. Descripción de las técnicas e instrumentos

Revisión Documental: su empleo es con el propósito de obtener datos de las normas, jurisprudencia, libros, manuales, etc.

Se obtendrá información de libros relacionados al tema materia de estudio por medio de ficha bibliográfica: instrumento utilizado para recopilar datos de libros, trabajos de investigación, relacionados con las variables del estudio.

2.3.2. Validez y confiabilidad de los instrumentos

La muestra al estar constituida por doctrina especializada es válida ya que es realizada por expertos en la materia. En cuanto al resultado del pleno jurisdiccional y las decisiones judiciales, se debe tomar en cuenta que ha sido producida por órganos jurisdiccionales especializados en materia procesal civil y del más alto vértice de la organización jerárquica del Poder Judicial.

2.4. Técnicas estadísticas para el procesamiento de información

No corresponde aplicar técnicas estadísticas a la presente investigación.

2.5. Aspectos éticos

El investigador declara que respetará los derechos de autor y todos los aspectos éticos necesarios para desarrollar la investigación. De igual modo, se debe tener en cuenta que la investigación toma como sustento informes jurídicos administrativos, resoluciones judiciales y un pleno jurisdiccional que son de público conocimiento.

CAPÍTULO III: RESULTADOS

En este capítulo procederemos a mostrar los resultados que han sido obtenidos respecto de los siguientes temas: la existencia de un derecho preferente de pago a favor del tercerista, la ausencia de norma jurídica que regule la tercería preferente de pago en el procedimiento de ejecución coactiva, la solución adoptada para la integración de la laguna, la autoridad competente para tramitar la tercería preferente de pago que propone el acreedor preferente en la ejecución coactiva y la entrevista realizada a un especialista en derecho procesal.

3.1. Resultados en base a sentencias en casación y el pleno jurisdiccional distrital comercial del 2017, emitidos por Órganos Jurisdiccionales

3.1.1. En cuanto a la existencia de un derecho preferente de pago a favor del tercerista

Tabla 1. La existencia de un derecho preferente

Casación N° 3896-2015- Lima	“Arguye que a través de los avisos publicados (...) ha tomado conocimiento de la existencia del procedimiento coactivo sobre pago de deuda tributaria seguido por la SUNAT contra Carrocería Sermet (...), mediante el cual se ha programado un remate del inmueble (...) de propiedad de la referida deudora con quien suscribió una Escritura Pública de Garantía Hipotecaria, la cual ha quedado inscrita con fecha cuatro de setiembre de dos mil ocho, mientras que el embargo a favor de la SUNAT aparece anotado registralmente el quince de agosto de dos mil doce; por lo que en atención a lo dispuesto en el artículo 2016 del Código Civil que determina la preferencia del acreedor en base al tiempo de las inscripciones, mantiene un derecho preferente sobre el inmueble embargado (...).”
Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial 2017	“Formulación del problema: Una persona que tiene garantizado su crédito con garantía hipotecaria, se entera que un ejecutor coactivo de SUNAT o de otra entidad del Estado, dentro de un procedimiento de cobranza coactiva, ha trabado embargo en forma de inscripción sobre el mismo bien otorgado en hipoteca.

Interpretación y Análisis:

De las instrumentales analizadas se desprende que la circunstancia común en los contextos descritos es la presencia de un acreedor con derecho preferente que padece el riesgo de perder la garantía que respalda su derecho de crédito como consecuencia de una ejecución coactiva.

3.1.2. Sobre la ausencia de norma jurídica expresa que regule o habilite la tercería preferente de pago en el procedimiento de ejecución coactiva

Tabla 2. La ausencia de norma jurídica que regule la tercería preferente de pago en el procedimiento de ejecución coactiva

SENTENCIAS UTILIZADAS	
Casación N° 3202 - 2006, Lima	<p>“Como bien ha reconocido el ad Quem en el Quinto Considerando de la recurrida, la tercería preferente de pago invocada por la actora se encuentra regulada en el artículo quinientos treinta y siete del Código Adjetivo, de donde se desprende que, efectivamente, la Ley del Procedimiento de Ejecución Coactiva no ha fijado las pautas a seguir en los casos de este tipo de tercerías, sino solamente lo relacionado con las tercerías de propiedad.”</p>
Casación N° 3896-2015 - Lima	<p>“(…) el razonamiento de la Sala Superior surge a partir del análisis restrictivo que efectúa del artículo 533 del Código Procesal Civil, en el sentido de que éste prevé que la tercería sólo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados judicialmente por medida cautelar o para la ejecución, o en el derecho preferente a ser pagado con el precio de tales bienes; y como en el caso concreto, la afectación no se ha producido en el marco de un proceso judicial, sostiene que el accionante debe viabilizar la interposición de un proceso de declaración judicial.”</p>

Interpretación y Análisis:

Las sentencias en cuestión identifican como problema jurídico evidenciado por los propios Jueces la falta de regulación específica en relación con la tercería preferente de pago como mecanismo para hacer frente a la ejecución coactiva. Un fundamento jurídico que adopta esta postura la encontramos en el artículo 533° del Código Procesal Civil, al preceptuar que la tercería está relacionada con bienes afectados judicialmente.

3.1.3. Respeto de la técnica aplicada o propuesta de solución para la integración

Tabla 3. La técnica o propuesta de solución para la integración

SENTENCIAS UTILIZADAS Y EL PLENO JURISDICCIONAL DISTRITAL COMERCIAL 2017	
Casación N° 3202-2006-Lima	<p>“(…) debe tenerse en cuenta que en nuestro país, el inciso octavo del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado , al regular los principios y derechos de la función jurisdiccional, consagra expresamente la función integradora de los principios generales del Derecho, pues, establece como principio el no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley; sin embargo, en caso se presente dicha situación, impone a los Jueces la obligación de aplicar los principios generales del Derecho y el derecho consuetudinario.</p> <p>(…) corresponde dejar establecido que si bien el artículo veinte de la Ley número veintiséis mil novecientos setenta y nueve no ha regulado lo referente a la tercería de derecho preferente, resulta evidente que el trámite que esta debe seguir es el mismo que se ha previsto para el caso de las tercerías de propiedad.</p> <p>(…) a dicha conclusión se arriba luego de advertir que existe una laguna legal respecto del tema de la tercería de derecho preferente dentro de un procedimiento de ejecución coactiva, por tanto, a fin de suplir dicha imperfección de la ley es necesario recurrir, en este caso, a la analogía y al principio general del derecho que establece que “a igual derecho”.</p>

<p>Casación N° 3896- 2015-Lima</p>	<p>“Concebir jurídicamente que el proceso de tercería únicamente puede configurarse cuando un bien se encuentre afectado judicialmente, tal y conforme lo deja entrever el Colegiado Superior, resulta errado, pues obvia que de conformidad con lo dispuesto en la Primera Disposición Complementaria y Final del Código Procesal Civil, las disposiciones contenidas en este cuerpo procesal se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales siempre que sean compatibles con su naturaleza.</p> <p>(...) en tal sentido, dado la posibilidad de integración que prevé el Código Procesal Civil para cubrir un vacío o no regulación de determinados aspectos en otras legislaciones procesales, no cabe que se le sugiera al referido afectado que acuda a un proceso declarativo, sin antes analizar el marco jurídico en que se ha producido dicha afectación y de no encontrarse regulación al respecto, admitir la posibilidad, conforme a la disposición final y complementaria en comento que guarda íntima vinculación con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, que aquella pretensión sea tramitada en el fuero judicial.”</p>
--	--

<p>Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial 2017</p>	<p>“El juez debe declarar improcedente la demanda de tercería preferente de pago, porque la tercería, de acuerdo al artículo 533 del Código Procesal Civil, se debe entender contra quienes tienen la condición de demandante y demandado en el proceso judicial en el que se va a ejecutar el bien otorgado en garantía hipotecaria, y en este caso está dirigida contra la Entidad a la que pertenece el ejecutor coactivo que ha embargado el bien.</p> <p>Más aún, la tercería preferente de pago no se plantea contra una acción judicial de cobro, esto es con el propósito de hacer valer la preferencia de pago frente a un acreedor que tenga cautelado su crédito con embargo judicial sobre bienes del deudor común, sino es el propio acreedor hipotecario que se presenta ante el mismo juez que conoce de su proceso de ejecución de garantía hipotecaria, para hacer valer su aducida preferencia frente a un acreedor tributario que tiene embargado el mismo bien del deudor común en un proceso de cobranza coactiva. Así el tercerista se presenta como tal ante el juez que conoce de la ejecución instaurada por el mismo, cuando en realidad no es un tercero ante dicha ejecución; y, por otro lado, se pretende la tercería contra un procedimiento coactivo y no contra un proceso judicial, no encajando en la fattispecie de la tercería preferente de pago.”</p>
--	--

Interpretación y Análisis:

Es en este punto donde las sentencias comienzan a proponer soluciones distintas. Si bien en ambas se concluye que se está frente a un defecto del sistema normativo (laguna), la primera de las citadas considera que se debe aplicar un principio de derecho (a igual derecho) mientras que la otra

asume como solución habilitar al Juez mediante la aplicación supletoria de las normas del Código Procesal Civil. A su vez, en el Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial de 2017 se concluye (por mayoría) que las tercerías preferentes de pago deben ser declaradas improcedentes y, en todo caso, el acreedor preferente debe iniciar un proceso de tipo declarativo, con medida cautelar para lograr la suspensión del pago al ejecutante en la vía coactiva.

3.1.4. La autoridad competente para tramitar la tercería preferente de pago que plantea el acreedor preferente en la ejecución coactiva.

Tabla 4. La autoridad a cargo de la tercería preferente de pago en la ejecución coactiva

SENTENCIAS UTILIZADAS	
Casación N° 3202- 2006-Lima	<p>“En consecuencia, se concluye lo siguiente: Si en el Código Procesal Civil, la tercería de propiedad y la tercería de derecho preferente de pago siguen el mismo trámite; en consecuencia, en la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva debe aplicarse el trámite previsto a la tercería de propiedad, para los casos de tercería de derecho preferente de pago.</p> <p>(...) ello debe ser así por cuanto una conclusión diferente (que la tercería de propiedad derivada de procedimientos de ejecución coactiva se tramite en modo diverso a los casos de tercería de derecho preferente derivados de los mismos procedimientos de ejecución coactiva) generaría inseguridad jurídica y falta de predictibilidad en las decisiones judiciales, además de ser una solución evidentemente irrazonable.”</p>

<p>Casación N° 3896- 2015-Lima</p>	<p>“(…) Habiendo quedado desvanecido el razonamiento sobre el que se ha sustentado la recurrida para la emisión del fallo inhibitorio impugnado, corresponde que este Tribunal Supremo en aras de brindar pronta solución al conflicto de intereses surgido, determine cuál es la autoridad encargada de tramitar las peticiones de tercerías preferentes de pago como la que se ha invocado a través de la presente acción.</p> <p>(…) Del análisis de los artículos 116 y 120 del Código Tributario aprobado por Decreto Supremo número 135-99EF, norma que regula el procedimiento de ejecución coactiva para las obligaciones contraídas con el Gobierno Central, no se aprecia que el Ejecutor Coactivo tenga la potestad de tramitar las pretensiones de tercería preferente de pago, ya que conforme al numeral 11 del primer dispositivo legal citado solo puede admitir y resolver la intervención excluyente de propiedad; es más ninguna autoridad administrativa ostenta tal prerrogativa, no pudiéndose equiparar dichas acciones debido a la disimilitud de la naturaleza jurídica que existe entre estas.</p> <p>(…) Por tanto, al no haber previsto el Código Tributario la regulación de las pretensiones de Tercería Preferente de Pago, corresponde la aplicación de la Norma IX del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Código Tributario, que señala que en lo no previsto por dicho Código podrán aplicarse normas distintas a las tributarias siempre que no se les opongan ni las desnaturalicen; supletoriamente se aplicarán los principios del derecho tributario, o en su defecto, los principios del derecho administrativo y los Principios Generales del Derecho, norma que armoniza con la Primera Disposición Final del Código Procesal Civil que habilita la aplicación supletoria de este cuerpo normativo procesal a los demás ordenamientos procesales, connotación adjetiva que se advierte en el Código Tributario al señalar las facultades del Ejecutor Coactivo y la tramitación de la intervención excluyente de propiedad.”</p>
--	--

Interpretación y Análisis:

La comparación o contraste entre ambas sentencias en casación nos permite reparar en que las soluciones que plantean son abiertamente contradictorias: la primera considera que la tercería preferente de pago debe ser de conocimiento del Ejecutor Coactivo, en tanto que la segunda opta por considerar como competente al Juez del Poder Judicial.

3.2. Resultados en base a entrevista realizada a Especialista

3.2.1. Entrevista realizada al Doctor Julio Martín Wong Abad

<p>1. ¿Considera que en la actualidad exista una ausencia de regulación legislativa (laguna) sobre el mecanismo de protección idóneo para tutelar el derecho preferente del acreedor hipotecario cuando el bien hipotecado ha sido embargado con el objeto de ser rematado en un procedimiento de ejecución coactiva?</p>	<p>Así es, es clara la existencia de una laguna normativa, lo que nos coloca en el caso previsto en el inciso 8 del artículo 139 de la Constitución.</p>
<p>2. ¿La tercería preferente de pago constituye el mecanismo idóneo para la protección del derecho preferente del acreedor hipotecario cuyo bien está siendo objeto de un remate administrativo o judicial?</p>	<p>Propiamente, es la herramienta procesal prevista por el legislador para la protección de los acreedores hipotecarios frente a la ejecución judicial del bien otorgado en garantía.</p> <p>Por ser situaciones análogas parece lo más adecuado utilizar la misma herramienta para la procesal frente a las ejecuciones administrativas.</p>
<p>3. ¿Considera correcto que el ejecutor coactivo sea habilitado para conocer de la tercería preferente de pago con motivo del procedimiento de ejecución coactiva que se encuentra realizando él mismo?</p>	<p>Por cuestiones de economía procesal pareciera mejor recurrir directamente al Poder Judicial.</p>

<p>4. En su opinión ¿quién debe conocer la tercería preferente de pago cuando el bien hipotecado a un tercero ha sido embargado en un procedimiento de ejecución coactiva por una obligación del deudor hipotecario?</p>	<p>Parece mejor la intervención judicial directa.</p>
<p>5. La conocida carga procesal que afecta seriamente al Poder Judicial ha determinado que exista una manifiesta tendencia a buscar una solución de los conflictos en forma extrajudicial. Teniendo en cuenta ello, ¿sería correcto o conveniente habilitar al ejecutor coactivo para se pronuncie sobre la TDPP al igual que como sucede con la tercería de propiedad?</p>	<p>Si el ejecutor coactivo resolviera el cuestionamiento de su decisión estaría sujeta al proceso contencioso administrativo, por eso me parece mejor que este tipo de proceso sea conocido directamente por el Poder Judicial.</p>
<p>6. ¿Cambiaría su respuesta a la pregunta anterior por el hecho de que la decisión del ejecutor coactivo (sobre la tercería preferente de pago) solo pueda ser controlada judicialmente a través de un proceso contencioso administrativo?</p>	<p>Sí, lo tuve en cuenta.</p>

<p>7. Si el ejecutor coactivo conoce de la tercería de propiedad ¿Considera que se afecta la igualdad si la tercería preferente de pago no sigue el mismo trámite y pueda ser directamente planteada ante un Juez?</p>	<p>En realidad, considero que el tratamiento correcto debería ser que ambos procesos deberían ser conocidos por órganos jurisdiccionales. No me parece que se atente contra el principio de igualdad, pues, la idea no es otorgar una tutela inadecuada a ambas situaciones.</p>
<p>8. Si tuviera que optar entre el ejecutor coactivo y el Juez para conocer de la tercería preferente de pago:</p> <p>a. ¿Cuál de ellos cree que brindaría una respuesta más pronta?</p> <p>b. ¿Cuál proporcionaría una respuesta más técnica y eficaz?</p> <p>c. ¿Cuál sería más eficiente para la protección del derecho preferente?</p>	<p>a. El ejecutor coactivo.</p> <p>b. El juez.</p> <p>c. El juez.</p>

<p>9. Mientras no esté normativamente habilitada la competencia del ejecutor coactivo para conocer de la tercería preferente de pago y tampoco se hubiera habilitado al Juez para su conocerla contra ejecución coactiva ¿Considera que hay una afectación al derecho a la tutela jurisdiccional del acreedor con derecho preferente de pago?</p>	<p>Por supuesto, no existe previsión legal para defender un derecho sustantivo.</p>
<p>10. ¿Considera que el Juez puede superar el defecto legislativo y conocer de la demanda de tercería preferente de pago en observancia de su deber constitucional de brindar tutela jurisdiccional efectiva?</p>	<p>No solo puede, debe, en aplicación del inciso 8 del artículo 139.</p>
<p>11. ¿Cuenta el Juez con las herramientas necesarias para superar este defecto u omisión en la técnica legislativa?</p>	<p>Por supuesto, puede utilizar analógicamente las herramientas procesales existentes.</p>
<p>12. ¿Puede el Juez extender el mecanismo de protección cuando advierta la existencia de un derecho sustancial o interés legítimo y el ordenamiento jurídico procesal no hubiere previsto forma de tutela?</p>	<p>Sin discusión.</p>

<p>13. ¿En el propósito de superar este defecto u omisión legislativa incurriría el Juez en un exceso en el ámbito de su competencia invadiendo aquella reservada al legislador y comprometiendo el principio de separación de poderes?</p>	<p>Existe mandato constitucional.</p>
<p>14. La competencia expansiva del Juez civil podría llevarnos a la conclusión de que es el Juez competente para conocer la tercería preferente de pago cuando solo existe ejecución coactiva ¿se encontraría de acuerdo con tal solución?</p>	<p>Sí, en principio debería ser el juez civil.</p>
<p>15. ¿Cómo cree que se podría superar la falta de previsión legal sobre la manera en que se debe brindar tutela al derecho preferente del acreedor hipotecario cuando el bien gravado a su favor ha sido embargado por el ejecutor coactivo y está próximo a ser (o ya fue) rematado?</p>	<p>Debería utilizarse la Tercería Preferente de pago.</p>

CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN

A la luz de los resultados mostrados en el capítulo anterior y teniendo en cuenta el marco teórico, procederemos a discutirlos según el objetivo propuesto, que consistía en determinar la posibilidad de que el Juez otorgue al titular de una situación jurídica ventaja (acreedor hipotecario) el mecanismo de protección idóneo que contempla el ordenamiento jurídico procesal (tercería preferente de pago), pese a la ausencia de disposición normativa habilitante.

4.1. Sobre el derecho preferente del acreedor hipotecario frente a la Administración Tributaria

En esta investigación se ha podido comprobar que no todos los créditos gozan de la misma consideración en la ley, existiendo algunos que tienen la calidad de “privilegiados” o “preferentes”.

En ese sentido, el derecho de crédito del acreedor hipotecario es preferente en relación con el de la Administración Tributaria, conforme se desprende del numeral 42.1 del artículo 42° de la Ley N° 27809 – Ley General del Sistema Concursal, cuyo texto es como sigue:

“Artículo 42.- Orden de preferencia

42.1 En los procedimientos de disolución y liquidación, el orden de preferencia en el pago de los créditos es el siguiente:

Primero: Remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores, aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones o a los regímenes previsionales administrados por la Oficina de Normalización Previsional - ONP, la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador u otros regímenes previsionales creados por ley; deuda exigible al Seguro Social de Salud - ESSALUD que se encuentra en ejecución coactiva respecto de las cuales se haya ordenado medidas cautelares; así como los intereses y gastos que por tales conceptos pudieran originarse. Los aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones incluyen los conceptos a que se refiere el artículo 30 del Decreto Ley N° 25897, con excepción de las comisiones cobradas por la administración de los fondos privados de pensiones.

Segundo: Los créditos alimentarios.

Tercero: Los créditos garantizados con hipoteca, garantía mobiliaria, anticresis, warrants, derecho de retención o medidas cautelares que recaigan sobre bienes del deudor, siempre que la garantía correspondiente haya sido constituida o la medida cautelar correspondiente haya sido trabada con anterioridad a la fecha de publicación a que se refiere el artículo 32. Las citadas garantías o gravámenes, de ser el caso, deberán estar inscritas en el registro antes de dicha fecha, para ser oponibles a la masa de acreedores. Estos créditos mantienen el presente orden de preferencia aun cuando los bienes que los garantizan sean vendidos o adjudicados para cancelar créditos de órdenes anteriores, pero sólo hasta el monto de realización o adjudicación del bien que garantizaba los créditos.

Cuarto: Los créditos de origen tributario del Estado, incluidos los del Seguro Social de Salud - ESSALUD que no se encuentren contemplados en el primer orden de preferencia; sean tributos, multas intereses, moras, costas y recargos.

Quinto: Los créditos no comprendidos en los órdenes precedentes; y la parte de los créditos tributarios que, conforme al literal d) del numeral 48.3 del artículo 48, sean transferidos del cuarto al quinto orden; y el saldo de los créditos del tercer orden que excedieran del valor de realización o adjudicación del bien que garantizaba dichos créditos.”

Como interés jurídicamente relevante o derecho claramente reconocido por el ordenamiento material o sustantivo, corresponde indefectiblemente que encuentre en el ordenamiento jurídico procesal un mecanismo de protección que permita a su titular obtener en toda su extensión todo aquello que le corresponde; en lo esencial, obtener el pago de su crédito con anterioridad a la Administración Tributaria.

4.2. La ejecución coactiva y la afectación a los terceros con derecho preferente de pago.

Contrario a lo que se podría imaginar, la ejecución coactiva no es un instrumento de reciente creación, sino que su origen se remonta a varias décadas atrás.

Pese a que la ejecución coactiva no es un instrumento de reciente creación, su empleo ha venido incrementándose con el transcurrir del tiempo pues constituye un mecanismo eficiente para que la Administración pueda lograr el cumplimiento

de sus mandatos, incluso contando con el auxilio de la fuerza pública.

Al percatarse que a través de la ejecución coactiva la Administración podía hacer cumplir sus decisiones llegando incluso a una ejecución no igual, pero equiparable a la que realiza un Juez del Poder Judicial, se efectuaron modificaciones a nivel legislativo con el objeto de otorgar un mayor alcance al procedimiento de ejecución coactiva; en primer lugar, prescindiendo de los ejecutores coactivos del Banco de la Nación; luego, autorizando a algunas entidades para poder efectuar el nombramiento de sus propios ejecutores; y, coetáneamente, incorporando a los ejecutores y auxiliares coactivos a la Administración, previa evaluación por concurso y percibiendo una remuneración previamente establecida.

El Procedimiento de Ejecución Coactiva se encuentra regulado en la Ley N° 26979, vigente desde el 23 de setiembre de 1998. Conforme al texto de su artículo 1°:

“La presente Ley establece el marco legal de los actos de ejecución coactiva que corresponde a todas las entidades de la Administración Pública. Asimismo, constituye el marco legal que garantiza a los Obligados al desarrollo de un debido procedimiento coactivo.”

Asimismo, a través del Decreto Supremo N° 069-2003-EF se aprobó el Reglamento de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, que entró en vigencia el 27 de mayo de 2003.

Por último, mediante Decreto Supremo N° 018-2008-JUS se aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley N° 26979, vigente desde el 6 de diciembre de 2008.

¿Por qué motivo los Ejecutores Coactivos fueron considerados anteriormente como Jueces Coactivos? La denominación de Jueces Coactivos debió responder a la fuerte concepción entonces existente respecto a que la ejecución es una actividad propia de la función jurisdiccional.

En teoría, como la Ejecución (aún cuando coactiva) se encuentra a cargo del Ejecutor Coactivo, este debería contar mínimamente con independencia e imparcialidad en el desarrollo de su labor, tal como sucede con los Jueces del Poder Judicial.

Creemos que el motivo por el cual el Ejecutor Coactivo y sus Auxiliares no eran antiguamente remunerados por la Administración es porque la relación laboral constituye un elemento evidente para cuestionar su falta de independencia e imparcialidad, aspectos que se trataban de cuidar pues la ejecución o executio constituye un atributo reservado a los órganos jurisdiccionales que a través de Jueces independientes e imparciales resuelven los conflictos y ejecutan la decisión adoptada, pero sin tener interés directo o indirecto en el resultado del mismo.

En este caso, como los Ejecutores Coactivos y sus Auxiliares son trabajadores de la Administración, existe un potencial riesgo de que la ejecución pueda incurrir en excesos en perjuicio de los Administrados.

Conscientes de tales riesgos, se han concebido mecanismos de protección a favor de los terceros potencialmente perjudicados, como la revisión judicial del procedimiento coactivo, el proceso contencioso administrativo y el proceso de amparo a cargo de los Jueces del Poder Judicial; de igual modo, se ha configurado la tercería de propiedad para que el propio ejecutor coactivo pueda rectificar el exceso en que pueda incurrir cuando la medida cautelar para futura ejecución por él dictada ha recaído indebidamente sobre el patrimonio de un tercero y la posibilidad de llevar el tema al Juez Contencioso Administrativo en caso el resultado sea desfavorable al tercerista de propiedad. Empero, no se ha configurado legalmente el acceso del acreedor hipotecario preferente a la herramienta de protección que se muestra como más eficaz para la tutela de su derecho: la tercería preferente de pago.

Pese a que realizan ejecuciones, la Ley de Ejecución Coactiva no contempla ni habilita al ejecutor coactivo para conocer de la tercería de derecho preferente de pago, al haberse regulado únicamente la tercería de propiedad en el artículo 20 del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, por lo que identificando esta situación como una laguna o vacío normativo, la administración tributaria sostiene que no cabría su interposición, lo que ha sido ratificado por el Tribunal Fiscal al resolver apelaciones interpuestas contra las decisiones de los ejecutores coactivos que declaran la inviabilidad de las tercerías de derecho preferente de pago en los procedimientos coactivos a cargo de la SUNAT.

¿Podría habilitarse al ejecutor coactivo para conocer la tercería preferente de

pago?

Creemos que no. La primera razón es que la tercería preferente de pago debe ser conocida por un Juez, quien decidirá sobre la preferencia del derecho del tercerista demandante y procederá a pagarle en caso que la demanda sea estimada. El ejecutor coactivo no tiene facultad para efectuar pagos a un tercero, sino sólo a la Administración que es su empleadora.

Los márgenes de actuación del ejecutor coactivo se restringen a lo que atañe a la Administración y el Administrado que se encuentra obligado a cumplir determinada prestación; no estando habilitado para reconocer, declarar y ejecutar derechos a favor de terceros.

Una segunda razón para negar la habilitación al ejecutor coactivo para conocer de la tercería preferente de pago estriba en que la Administración, evidentemente, tiene interés en el cumplimiento de sus decisiones; por consiguiente, es justamente ese interés el que impide que el ejecutor coactivo (su empleado, a fin de cuentas) se encuentre legitimado para realizar una ejecución en términos correctos, con plena y total imparcialidad.

Como fuere, con las virtudes o defectos apuntados, la ejecución coactiva constituye un procedimiento en el que se realiza una ejecución administrativa con eficacia muy similar a la que se obtiene a través de una ejecución judicial, que potencialmente logra causar perjuicio a un tercero en idéntica forma a la que se produce en un órgano jurisdiccional.

Así, en este estado de cosas, tenemos que la “executio” ha dejado de ser un atributo exclusivo y excluyente de la función jurisdiccional y de los órganos que la conforman, pues actualmente y cada vez con mayor intensidad se verifica que la Administración lleva adelante procedimientos de ejecución a través de sus Ejecutores Coactivos, con eficacia similar a la que se realiza en el Poder Judicial.

No obstante, las posibilidades que tiene el ejecutor coactivo para enderezar su ejecución en los casos que afecta indebidamente derechos o intereses de terceros es restringida, pues la Ley lo habilita únicamente para poder conocer de tercería de propiedad, más no la tercería de derecho preferente de pago.

Lo desarrollado en esta investigación nos lleva a una interesante conclusión que muchas veces es pasada por alto: La ejecución ha dejado de ser una actividad exclusiva y excluyente de los órganos del Poder Judicial, por el contrario, también puede ser realizada por funcionarios de quienes en algún momento se cuidó de proteger su imparcialidad pero que con el transcurso del tiempo han pasado a ser empleados de la Entidad cuyas decisiones se encargan de hacer realidad, incluso con el auxilio de la fuerza pública.

Como conclusión, el ejecutor coactivo si puede realizar una ejecución forzada con efecto sustancialmente igual a la judicial y con potencial afectación al derecho del acreedor hipotecario, pero no se encuentra habilitado para emplear el remedio adecuado para dicha situación.

4.3. La tercería preferente de pago como mecanismo de protección idóneo del acreedor hipotecario.

Como resultado de la investigación también podemos considerar que la tercería preferente de pago es el mecanismo o herramienta de protección más idóneo para tutelar el derecho del acreedor preferente hipotecario.

Las principales razones que apoyan nuestra posición pueden ser resumidas en las 2 siguientes: i) Con la sola admisión de la demanda se suspende el pago al acreedor ejecutante; y, 2) El proceso de tercería preferente de pago se encuentra aptitud de poder ingresar al análisis y emitir pronunciamiento sobre la existencia y exigibilidad del crédito del tercerista, su privilegio o preferencia y la satisfacción del derecho de crédito mediante el pago.

Cabe agregar que el resultado que puede ser obtenido a través del proceso de tercería preferente de pago importa el favorecimiento de principios procesales tales como economía o concentración, ya que el pronunciamiento sobre la existencia y exigibilidad del crédito, su privilegio o preferencia y satisfacción (pago al tercerista) se obtiene en un solo proceso y sin necesidad de tener que solicitar alguna medida cautelar que garantice la eficacia de la decisión final.

Advertimos igualmente que en las Sentencias en Casación comentadas, aún cuando contradictorias, ambas asumen a la tercería preferente de pago como el proceso idóneo para la protección del derecho de crédito del acreedor hipotecario en conflicto con la Administración Tributaria, lo que estimamos como correcto.

También creemos que la tercería preferente de pago ha sufrido un desfase y

anacronismo propio del transcurso del tiempo. En efecto, el hecho que este actualmente diseñada para proteger a un tercero frente a una ejecución judicial responde al hecho que la ejecución siempre ha venido siendo considerada como un atributo exclusivo y excluyente del Poder Judicial, situación que hoy en día no se compagina con la realidad.

En efecto, la investigación que hemos realizado nos muestra como al lado de la ejecución judicial aparecen otro tipo de ejecuciones extrajudiciales que sustancialmente producen los mismos efectos perjudiciales y gravosos en relación con derechos o intereses de terceros; por tanto, se muestra como necesario extender la protección que brinda la tercería preferente a estas últimas modalidades de ejecución extrajudicial.

Nuevamente, la configuración de este mecanismo de protección en nuestro código procesal civil ha sido superado por la realidad, que nos muestra como la “*exequitio*” o ejecución forzada sobre el patrimonio de los ciudadanos ha dejado de ser un atributo exclusivo y excluyente del Poder Judicial, espacio en el que bien se puede comprometer y afectar las situaciones jurídicas protegidas de terceros (como el derecho preferente de pago).

Por tal motivo, en sintonía con los tiempos actuales, la regulación de la tercería de derecho de pago inicialmente concebida como una herramienta de protección frente a la ejecución judicial, debe ser ampliada para permitir la protección de derechos de terceros frente a las ejecuciones extrajudiciales, sea que provengan de un ejecutor coactivo o incluso de un tribunal arbitral.

Aún cuando no es objeto de este trabajo, las razones que se exponen para sostener que la tercería preferente de pago debería quedar habilitada judicialmente para su empleo frente a la ejecución coactiva, justificarían igualmente que la tercería de propiedad deba ser de conocimiento judicial, pero no en la forma tortuosa que está actualmente diseñada (proposición inicial ante ejecutor coactivo para luego acudir a un proceso judicial contencioso administrativo, sino que la tercería de propiedad debería ser directamente interpuesta ante el Juez.

Proponemos algo diferente a lo que la Corte Suprema expresó alguna vez (Sentencia en Casación N° 3202-2006 Lima), en que apoyándose sobre el principio de igualdad le permitió afirmar que todas las tercerías -de propiedad y preferente de pago- debían ser de conocimiento del Ejecutor Coactivo. Por el contrario, creemos que todas las tercerías deben ser de conocimiento del Juez.

Por otra parte, existe la idea que una solución a la crisis de la justicia puede ser alcanzada aligerando la carga procesal con el traslado de determinados conflictos a soluciones extrajudiciales. ¿Por qué más bien no se ha optado por fortalecer el Poder Judicial? Finalmente, todo conflicto, con mayor o menor extensión, siempre resultará potencialmente siendo de conocimiento del Poder Judicial en la medida que es el llamado a preservar los derechos de los ciudadanos que acudan a él. (Nos referimos a la Anulación de Laudo Arbitral, Ejecución de Laudo Arbitral, Amparo, Nulidad de Acto Jurídico, Tercerías, entre otros)

En nuestra opinión, la tercería constituye un mecanismo de protección de toda

persona que resulta afectada por medida cautelar o una ejecución realizada en un proceso en el que no es parte. Precisamente por ello, por no ser parte en el proceso, esta persona (tercero) se encuentra limitada o restringida en sus posibilidades de defensa al interior del proceso en cuestión. El tercero trae consigo una pretensión propia que resulta incompatible con el objeto del proceso en curso, por lo que no puede hacerlo valer ahí mismo. Para hacer frente esta situación y permitir al tercero hacer valer el derecho que pueda ostentar frente a la ejecución de su patrimonio, nuestro ordenamiento jurídico contempla a la tercería, que puede ser de propiedad o de derecho preferente de pago.

Como resultado de lo desarrollado en este capítulo, tenemos pues que la tercería de derecho preferente de pago resulta ser el mecanismo más óptimo para resguardar el derecho de crédito preferente de un tercero cuyo bien que le sirve de garantía se encuentra siendo realizado en un procedimiento de ejecución coactiva.

4.4. La existencia de una laguna normativa y la obligación del Juez para integrar el ordenamiento jurídico.

Este tema es sumamente delicado pues la tercería preferente de pago no encuentra regulación en las normas que conforman el procedimiento de ejecución coactiva, ni tampoco en la defectuosa regulación que hace de este mecanismo el Código Procesal Civil al restringirlo a las ejecuciones judiciales, sin reparar en la presencia cada vez mayor de ejecuciones extrajudiciales. En teoría del derecho esta circunstancia es identificada como una laguna normativa o, mas propiamente, una laguna axiológica.

La cuestión es delicada porque a diferencia del *comon law* en que el derecho se va formando a través de la jurisprudencia y el juez cuenta con mayores posibilidades de creación normativa, entre nosotros el sistema del *civil law* implica que la creación de normas jurídicas no es en estricto una función judicial y el principio de legalidad (en cuanto a competencia y facultades del juzgador) posee una importancia relevante.

Con todo, desde la Constitución Política del Estado (artículo 139°, inciso 8) se impone sobre el juzgador el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley (defectos de completitud del sistema normativo), indicándole el camino a seguir (acudir a los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario).

Sin defender la legalidad a ultranza (sin llegar a ser legalista o formalista), no se debe perder de vista que nuestro sistema jurídico se adscribe al romano – germano o "*civil law*", en el cual la preponderancia de la Ley es fundamental. Este sistema tiene muchas ventajas, como la seguridad jurídica, porque las posibilidades de actuación del Juez se encuentran previstas en una norma jurídica con la enorme ventaja de que todo usuario del sistema de justicia sabe de antemano las reglas con las que puede hacer valer un derecho o resistir al mismo.

Es más, el respeto al procedimiento por el que deberá transitar una persona se encuentra consagrado en nuestra Constitución Política, que en el inciso 3) de su artículo 139° señala que: Ninguna persona deberá ser desviada de la jurisdicción predeterminada en la Ley.

En nuestro sistema jurídico (*civil law*) se considera al principio de “plenitud del ordenamiento jurídico”, que aspira a proporcionar una respuesta adecuada para todos los supuestos que se puedan presentar en el plano realidad. El propósito que se persigue es una situación ideal, pero inalcanzable, porque en la realidad se suelen presentar diversas situaciones para las cuales no existe una respuesta específica. Esto se denomina comúnmente como vacío o laguna.

A diferencia de los vacíos en la legislación (supuestos no regulados en la ley, que no merece regulación), las lagunas consisten en eventos o situaciones de la realidad que no se encuentran regulados pero para los que sí es preciso una respuesta del ordenamiento jurídico.

Se ha dicho también que la tutela jurisdiccional impone que al Juez la obligación de crear el mecanismo de protección en casos donde este no exista. ¿Qué supone ello? ¿Se está diciendo que el Juez debe diseñar y crear el procedimiento? ¿Se trataría de un acto de legislación? ¿Se contravendría el principio del procedimiento predeterminado en la Ley? ¿Está el Juez facultado para ello?

No creemos que el hecho de adaptar un mecanismo de protección legalmente previsto para una situación jurídica material específica que no la contempla, pero que se muestra adecuado o idóneo para brindarle protección, pueda representar un acto de legislación. En sí, de lo que se trataría únicamente es de concretizar un derecho fundamental, en este caso, el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional.

Claro que se debe tener cuidado con la parte que podría resultar “sorprendida” con la adaptación que realice el Juez, pues, bien podría sostener que se afecta su derecho al procedimiento preestablecido en la Ley. Quizá la solución a este problema sea comunicar oportunamente al que será comprendido en el proceso adaptado (al demandado) de esta circunstancia, con lo que se desvanecería cualquier eventual afectación.

Me explico, el derecho al procedimiento preestablecido en la ley es una garantía principalmente diseñada para aquella persona que será comprendida en un proceso jurisdiccional; la idea central es que las personas conozcan de antemano como será dilucidada su controversia o la atribución del comportamiento penal que se les realice. Adviértase que la idea central es que el ciudadano sepa o conozca con anterioridad como será procesado.

Una situación similar se presenta cuando el Juez va a hacer uso del aformismo *iura novit curia*. Con ella, el Juez termina resolviendo el conflicto con una norma jurídica distinta de aquella cuya aplicación se pidió en la demanda y se discutió en la contestación. La solución al problema ha consistido en que cuando el Juez vaya a hacer uso de tal mecanismo debe comunicar a las partes de su decisión, evitando así decisiones sorpresivas que puedan lesionar su derecho al debido proceso. Se les debe dar la oportunidad de alegar respecto de la norma jurídica que el Juez piensa aplicar al caso.

Sostenemos que algo similar podría ocurrir cuando el Juez decide adaptar el proceso o emplear un mecanismo de protección más idóneo para brindar tutela

jurisdiccional a un derecho subjetivo material, pero el Legislador no lo ha contemplado. La solución pasa por comunicar previamente al demandado de tal adaptación para que con los plazos y tiempos legalmente previstos pueda realizar el ejercicio de su derecho de defensa de manera amplia y total. De lo que se trataría es de garantizar el contradictorio.

Creemos que existe cada vez un mayor consenso en atribuir al Juez la función de crear el mecanismo de protección que sirva para brindar tutela jurisdiccional al derecho subjetivo material que se encuentra en riesgo. Así, en el X Pleno Casatorio:

“Así, respecto de la finalidad de tutelar los derechos sustantivos de los ciudadanos, la idea básica es que desarrolle su rol en pro de sus derechos subjetivos, que de cierto modo permita una nueva revisión y superación de las reglas formales que establecen los mecanismos o instrumentos para procurar su efectividad, como principal rasgo de la tutela jurisdiccional que nos brinda el Estado. En este contexto, un Estado constitucional demanda que la función jurisdiccional se logre a través de la aplicación y consolidación del ordenamiento normativo material. Lo que significa, entre otras cosas, que una decisión judicial que aspire a ser justa deba tener como premisa básica el conocimiento de los hechos que pueda calificarse como verdadero, a partir de la búsqueda del equilibrio entre la búsqueda del valor de verdad y la efectividad de las situaciones jurídicas sustantivas. Para ello es justificable que se empodere a los jueces de nuestro país, en el sentido de que son los primeros llamados a ejercer una función directiva del proceso que esté pensada en materializar un orden justo que se soporte en decisiones que

consulten la realidad y permitan la vigencia del derecho sustancial, y con ello la realización de la justicia material.”

La importancia de regular legalmente el mecanismo de protección adecuado, con identificación del Juez competente y habilitado para ser aplicado en todo tipo de ejecución (no solo judicial), responde al hecho que a nivel constitucional existe el siguiente principio o derecho de la función jurisdiccional: Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

Por consiguiente, en nuestra realidad, la existencia del “procedimiento previamente establecido” resulta ser una garantía de rango constitucional que debe ser observada, principalmente, por el órgano jurisdiccional.

¿Estamos frente a un conflicto que amerita ponderación? Considero que sí, pues un obstáculo que deberá superar el Juez en su cometido de brindar tutela jurisdiccional idónea y crear el mecanismo de protección adecuado, está precisamente en que la Constitución garantiza a todos los ciudadanos que los conflictos deben ser resueltos a través de un procedimiento ya existente.

La cuestión pasa entonces por determinar si existe algún principio general del derecho o derecho consuetudinario que nos permita habitar la competencia del Juez y otorgar tutela idónea a un caso no regulado.

Al mismo tiempo, se debe tener en consideración que la interpretación analógica cuenta con restricciones y el tema que nos ocupa implica encontrar una manera para lograr que el Juez asuma competencia en un tema que no se encuentra habilitado por Ley; es decir, se trata de ampliar la competencia de un funcionario público.

A lo expresado cabe agregar que no consideramos como una solución la aplicación extensiva de las normas del Código Procesal Civil (tercería preferente de pago) al Procedimiento de Ejecución Coactiva, ya que el dispositivo legal del Código Procesal Civil (artículo 533°) es defectuoso y debe ser actualizado en la medida que sólo prevé la tercería para los casos de ejecución judicial, no comprendiendo a la ejecución extrajudicial (coactiva).

En el contexto descrito, la concretización de principios que explica GUASTINI como herramienta para la integración del ordenamiento jurídico se muestra como la más apta para superar el problema, operación en la que debe ser considerando esencialmente el principio o derecho fundamental a la tutela jurisdiccional.

4.5. El derecho fundamental a la Tutela Jurisdiccional como principio a concretizar y posición del autor a favor del empleo de la tercería preferente de pago como mecanismo de tutela del acreedor hipotecario preferente.

La tutela jurisdiccional es un derecho fundamental o principio y derecho de la función jurisdiccional regulado en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución.

En el espacio que corresponde al marco teórico pudimos comprobar que la tutela jurisdiccional es concebida de diversos modos y con mayor o menor intensidad, según el autor de que se trate. Creemos que las distintas nociones responden al hecho innegable que la tutela jurisdiccional constituye un derecho fundamental que cuenta con las características de vaguedad e imprecisión propio de este tipo de derechos, cuyo contenido viene siendo determinado (concretizado) de acuerdo con las circunstancias que surjan de los casos en que sea necesario su empleo.

Así, hoy en día se asume sin problema y desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que la tutela jurisdiccional debe ser eficaz y que garantiza tanto el acceso a la justicia como la efectividad de la decisión finalmente obtenida.

Es correcto, pero creemos que es insuficiente y debe ser colmado con un atributo adicional.

Si bien es encomiable establecer que la tutela jurisdiccional debe ser efectiva, no creemos que sea suficiente y es preciso dotarla o reconocerle un atributo esencial que se encuentra relacionado con el propósito de este trabajo.

Las definiciones proporcionadas por la doctrina permiten comprobar que la concepción sobre el alcance de la protección del derecho a la tutela jurisdiccional no es uniforme y es predicado con una menor o mayor intensidad. Así, de las citas efectuadas vemos que se le considera como el derecho a exigir una respuesta del estado en relación con un pedido de tutela; luego, se agrega que el proceso debe contar con unas garantías mínimas; después, se le identifica como un principio del

proceso que otorga la posibilidad de solicitar protección de cualquier derecho e interés frente a cualquier lesión o amenaza, remarcando que debe existir una decisión motivada y definitiva sobre el fondo, que sea eficaz; también, se hace referencia su efectividad; y, finalmente, se le identifica como la potestad de exigir el ejercicio del poder jurisdiccional en forma eficaz y eficiente.

A lo anotado resulta igualmente necesario que la tutela sea idónea o adecuada, lo cual significa que si en el universo jurídico normativo existe más de un mecanismo de protección para un derecho o interés jurídico relevante, el ciudadano debe encontrarse en aptitud de pedir y obtener de parte del Juzgador aquel que sea más idóneo, adecuado o eficaz.

Aplicando lo anterior a nuestro objeto de estudio, entre la tercería preferente de pago (que permite suspender la ejecución, declarar el crédito, su preferencia y el pago al acreedor preferente) y un proceso declarativo al que habría que agregar una medida cautelar, el acreedor hipotecario debería encontrarse en posibilidad de pedir y obtener de manos del juez aquel que le reporte mayores y mejores ventajas en relación con el derecho que le reconoce el ordenamiento jurídico.

Repárese en que el Pleno Comercial no privó de una vía procedimental al acreedor hipotecario con derecho preferente, pues se tuvo el cuidado de considerar que ante la falta de regulación específica, la pretensión debía ser planteada en un proceso declarativo (cognición) ante el Juez Civil, con posibilidad de solicitar medidas cautelares.

Transcurrido ya un tiempo y luego de reflexionar sobre el tema, no considero que tal solución sea la más correcta porque si el ordenamiento jurídico sustantivo o material contempla un mecanismo de protección idóneo para el propósito de brindar la tutela material, una adecuada lectura del derecho a la tutela jurisdiccional debería imponer como solución que se deba permitir al titular del derecho o interés legítimo el acceso al mecanismo más idóneo o apto en comparación con cualquier otro que pudiera existir.

Si asumimos que el derecho a la tutela jurisdiccional es la posibilidad de proponer una pretensión y obtener una respuesta del órgano jurisdiccional, no se ha comprometido el mencionado derecho a que tienen los acreedores hipotecarios, pues se les remite a un proceso de conocimiento en que se les brindará tutela.

En cambio, si consideramos que el derecho a la tutela jurisdiccional supone también que entre los diversos mecanismos de protección del ordenamiento jurídico se debe poder elegir y recibir el mejor, el más idóneo y adecuado, ya la situación es distinta.

El derecho a la tutela jurisdiccional no solo se debe entender como satisfecho con el acceso, respuesta y efectividad de lo decidido, también debería proveer a su titular de la garantía de poder exigir y obtener el más óptimo de los mecanismos de protección que el ordenamiento jurídico contemple.

Entonces, para que exista tutela jurisdiccional se deberá brindar al demandante el mecanismo idóneo de protección. Nos referimos a que la tutela jurisdiccional debe

ser efectiva y, además, necesariamente idónea en relación con el derecho material que se busca tutelar.

La idoneidad es un término que se relaciona con aptitud o la mejor manera de alcanzar un objetivo.

Una postura bastante interesante en la doctrina propone que el Juez debería llegar a crear el procedimiento para brindar tutela a un derecho en caso que aquel no exista. Estamos de acuerdo, pero no creemos que deba ser la regla sino la excepción y para casos límite.

El objeto de este trabajo nos lleva a considerar que el derecho a la tutela jurisdiccional no solo debe garantizar el acceso a la justicia y la efectividad de lo decidido (que es correcto), sino que además debe ser complementada con la garantía de idoneidad, en el sentido de habilitar al titular del derecho para requerir (y al Juez para otorgar) el mecanismo de protección que resulte más adecuado en función a la tutela requerida por el derecho sustantivo material o interés legítimo lesionado o amenazado, permitiendo -de ser necesario- reconfigurar “los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión”.

En otras palabras, además de los atributos ya reconocidos, la tutela jurisdiccional debe ser necesariamente idónea en relación con el derecho material que se busca tutelar.

Por ello, creemos que la tutela jurisdiccional debe ser considerada como un

principio y derecho de la función jurisdiccional que garantiza a su titular el acceso a la justicia, la efectividad real de la decisión motivada y finalmente obtenida, que además permite exigir y obtener el mecanismo de protección idóneo para la tutela del derecho sustantivo comprometido, habilitando al Juez para su concesión en los casos que resulte necesario.

En suma, lo que proponemos resulta positivo en la medida que habilitando al Juez para otorgar el mecanismo de protección adecuado o idóneo es que la tutela jurisdiccional no solo debe garantizar el acceso a la justicia y ser eficaz, sino que por situaciones como las que constituyen el elemento central de este trabajo, debe ser idónea o adecuada.

Teniendo en cuenta lo dicho, ofrecemos el siguiente concepto de tutela jurisdiccional:

La tutela jurisdiccional es el derecho fundamental que tiene todo ciudadano, impedido de hacer justicia por mano propia, para requerir y obtener de parte del Estado (representado por un Juez) el acceso al mecanismo de protección que objetivamente resulte más idóneo y adecuado para alcanzar en el menor tiempo y con la mayor eficacia posible la protección de todas las facultades y privilegios que le reconoce el derecho sustancial o material, que debe prevalecer sobre cualquier tecnicismo de orden legal.

El tercerista no solo tiene a su favor el derecho de preferencia, también cuenta con el derecho a la tutela jurisdiccional, que lo habilita para el acceso al anterior.

CONCLUSIONES

- 1) El acreedor hipotecario cuenta efectivamente con un derecho de pago preferente en relación a la Administración Tributaria.
- 2) La ejecución coactiva se muestra sustancialmente igual a la judicial, pudiendo afectar el derecho o interés jurídicamente protegido del acreedor preferente de pago; sin embargo, no cuenta con la posibilidad de aplicar el remedio a tal situación.
- 3) El remedio más eficaz e idóneo para la protección del derecho preferente del acreedor hipotecario está representado por la tercería preferente de pago.
- 4) La ausencia de regulación en la Ley del Procedimiento Coactivo y la defectuosa regulación en el Código Procesal Civil han generado una laguna axiológica en relación con el mecanismo de protección al acreedor hipotecario preferente que se ve afectado por una ejecución coactiva.
- 5) El juez, concretizando y dotando de mayor contenido al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional, puede otorgar al acreedor hipotecario preferente el mecanismo de protección idóneo y adecuado frente a la ejecución coactiva.

RECOMENDACIONES

- 1) Recomendamos que se realice una modificación del artículo 533 del código procesal civil, a fin de habilitar la tercería preferente de pago frente a la ejecución coactiva.
- 2) En la modificación se debe considerar que la ejecución ha dejado de ser un atributo exclusivo y excluyente de la función jurisdiccional, por lo que se deberá extender la protección de la tercería a todo supuesto de ejecución extrajudicial.
- 3) La modificación debe ser realizada de manera urgente, pues si bien es cierto que a través de la concretización del principio y derecho a la tutela jurisdiccional se puede brindar el mecanismo idóneo a los acreedores hipotecarios preferentes, la ausencia de regulación legal para la competencia del Juez constituye una omisión relevante en un sistema como el nuestro en que rige el principio de legalidad, sumado a las implicancias que existen con la garantía del procedimiento preestablecido en la ley.

FUENTES DE LA INFORMACIÓN

Fuentes Bibliográficas

- **AGUILÓ, Josep** (2012). Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico). Barcelona: Ariel.
- **ALSINA, H. (1962)**. **Tratado** Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo V. Buenos Aires: Ediar.
- **ALSINA, H. (1981)**. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo VI. Buenos Aires: Ediar.
- **ALVAREZ, J. (2000)**. Curso de Derecho de Obligaciones. Volumen I. Madrid: Editorial Civitas.
- **ARIANO, Eugenia. (2009)**. Embargo, tercerías y remate judicial en la jurisprudencia civil. Lima: Diálogo con la Jurisprudencia.
- **ARIANO, Eugenia.** (2016). In limite litis. Estudios críticos de Derecho Procesal Civil. Breña: Instituto Pacífico.

- **ARIANO, Eugenia.** (2017). La tercería de preferencia: ¿un remedio incomprendido? En CAVANI, Renzo. Como probar la tercería de propiedad. Lima: Gaceta Jurídica.
- **BALENA, Giampiero.** (2007). Elementi di Diritto Processuale Civile. Caccucci Editore. Volume Terzo. 4ª edizione. Bari, Italia.
- **BEDAQUE, José Roberto dos Santos.** (2010). Efectividad del proceso y técnica procesal. Communitas. Lima, Perú.
- **BERIZONCE, Roberto.** (1999) Derecho procesal civil actual. La Plata: Librería Editora Platense.
- **BULYGIN, Eugenio y MENDOCA, Daniel.** (2005). Normas y sistemas normativos. Madrid: Marcial Pons.
- **CARPIO, Minela y MORENO, Carlos** (2021). Las Tercerías. Lima: Instituto Pacífico.
- **CHAMORRO, F.** (1994). La Tutela Judicial Efectiva. Barcelona: Bosch.
- **CHIOVENDA, Giuseppe.** (1954) Instituciones de Derecho Procesal Civil. Volumen I. Editorial Revista de Derecho Privado: Madrid.

- **EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL.** Explicado en su doctrina y jurisprudencia. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Lima.
- **FERNANDEZ, Clara.** (2010). La Tercería de Mejor Derecho. Editorial La Ley. España.
- **GONZALES PÉREZ, Jesús.** (1989). El derecho a la tutela jurisdiccional. Madrid: Civitas.
- **GUASTINI, Ricardo** (2016). La sintaxis del derecho. Madrid: Marcial Pons.
- **HINOSTROZA, Alberto.** (1998). Procedimiento Coactivo. Librería y Ediciones Jurídicas. 5ª edición. Lima.
- **LACRUZ BERDEJO, José Luis; y otros.** (1994). Derecho de Obligaciones. Volumen Primero. Tercera Edición. José María Bosch Editor. Barcelona.
- **LAFUENTE, Alberto.** (2009). La Tercería de Mejor Derecho en el Proceso Civil. España: Aranzadi.
- **LEDESMA, Marianella.** (2008). Los nuevos procesos de ejecución y cautelar. Lima: Gaceta Jurídica.
- **MARINONI, Luiz.** (2007). Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Lima: Palestra Editores.

- **MARINONI, Luiz.** (2015). Introducción al Derecho Procesal Civil. Lima: Palestra Editores.
- **MARTEL, Rolando.** (2016). Los presupuestos procesales en el proceso civil. 1ª edición. Breña: Instituto Pacifico.
- **MESSINEO, Francesco.** (1971). Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo IV. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires.
- **MOISSET DE ESPANÉS, Luis.** (2016). Derecho de obligaciones. Tomo II. Gaceta Jurídica. Lima.
- **MONROY GALVEZ, Juan** (2017). Temas de Derecho Procesal, 2. Lima: Communitas.
- **MONROY PALACIOS, Juan** (2004). La tutela procesal de los derechos. Lima: Palestra Editores.
- **MORELLO, Augusto.** (2001). El proceso civil moderno. La Plata: Librería Editora Platense.
- **MORESO J. y VILAJOSANA J.** (2004). Introducción a la teoría del derecho. Marcial Pons: Madrid.

- **MONTERO, Juan.** (2000). Derecho Jurisdiccional. Tomo II. 9ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- **PALACIO, Gustavo.** (2002). Las obligaciones en el derecho civil peruano. 4ª edición. Editorial Huallaga: Lima.
- **PODETTI, José.** (2004). Tratado de la Tercería. 3ª edición. Buenos Aires: Ediar.
- **POSNER, Richard** (2011). Cómo deciden los jueces. Marcial Pons: Madrid.
- **PROTO, Andrea** (2018). Lecciones de Derecho Procesal Civil. Palestra: Lima.
- **RÓDENAS, Ángeles** (2012). Los intersticios del derecho. Marcial Pons: Madrid.
- **RUBIO, Marcial** (2006). El Sistema Jurídico. Colección de textos jurídicos de la Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial: Lima.
- **RUIZ, Juan** (2015). Sistema Jurídico: Lagunas y Antinomias. En Conceptos básicos del derecho. Marcial Pons: Madrid.
- **SHAPIRO, Scott.** (2014). Legalidad. Marcial Pons: Madrid.

- **TARUFFO, Michele** (2017). Derecho sustancial y procesal. En Derecho material y proceso. Lima: Palestra.
- **VILAJOSANA, Josep** (2007). Identificación y justificación del derecho. Marcial Pons: Madrid.
- **WONG, Julio** (2013). La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo. Lima: Jurista Editores.

FUENTES HEMEROGRAFICAS

- **DANOS, Jorge** (1995). El procedimiento de cobranza coactiva como manifestación de la potestad de la administración pública de ejecución forzosa de sus actos. *Thémis Revista de Derecho*. N° (32). Lima.
- **ESTELA, José.** (2012). El procedimiento de Ejecución Coactiva. *Revista Circulo de Derecho Administrativo – PUCP* N° 11. Lima.
- **REGGIARDO, Mario.** (2000). Encuentros y desencuentros de la jurisdicción. Sobre el diseño constitucional de la solución de conflictos. *Ius Et Veritas*, N° (20). Lima.

- ANEXO -

Anexo

Propuesta de modificación del artículo 533° del Código Procesal Civil

Código Procesal Civil. Artículo 533°:

“La tercería sólo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados por medida cautelar o para la ejecución; o en el derecho preferente a ser pagado con el precio de tales bienes.

Tratándose de afectación o ejecución derivada de proceso judicial deberá entenderse con el demandante y demandado. En este caso la competencia recae sobre el Juez a cargo de la ejecución.

Si la afectación o ejecución es de naturaleza extrajudicial será competente el Juez Especializado en lo Civil. Si el tercerista preferente es acreedor con garantía hipotecaria será competente el Juez Civil con Subespecialidad Comercial.”