

EL CASO BANCO DE CREDITO DEL PERU CONTRA COLMAR EMPRESA PESQUERA

Un juicio ejecutivo archivado pero un caso
no concluido

1. INTRODUCCION

- 1.1. El Derecho. Instrumento de la Justicia.
- 1.2. Los hechos que precedieron al proceso
- 1.3. El juicio y las resoluciones respectivas

2. LAS RESOLUCIONES SUPREMAS EN EL CASO

- 2.1. Estructura de la Resolución
 - 2.1.1. Partes de la Resolución
- 2.2. La primera parte de la Resolución
 - 2.2.1. La improcedencia de la demanda
 - 2.2.2. Cuestionamiento
 - 2.2.3. Consecuencias
- 2.3. La segunda parte de la Resolución
 - 2.3.1. Contenido
 - 2.3.2. El instituto jurídico de la plus petición
 - 2.3.2.1. Antecedentes conceptuales y objetivos
 - 2.3.3. Aplicación de la plus petición al caso concreto
 - 2.3.3.1. Apreciación sintética
 - 2.3.3.2. Contradicción entre las partes de la Resolución

3. LA RESOLUCION SUPREMA ACLARATORIA Y SUS FUNDAMENTOS

- 3.1. Antecedentes
- 3.2. Fundamentos
 - 3.2.1. Necesario cumplimiento de la ejecutoria que estableció la sanción.
 - 3.2.2. Necesidad de determinar la cuantía de la sanción.
- 3.3. Objeciones
 - 3.3.1. Se mantiene la desintegración
 - 3.3.2. Se mantiene la incongruencia
 - 3.3.3. Se mantiene la extrajudicialidad

4. LA EJECUCION DEL MANDATO.



— **Alberto Stewart Balbuena:**

Abogado del Banco de Crédito del Perú. Profesor de Derecho Civil y Legislación Monetaria y Bancaria en la Universidad de Lima.

I. INTRODUCCION

1.1. El Derecho, instrumento de la justicia

—*Suum cuique tribuere*—

El epígrafe que antecede sinteéticamente, desde inicios de nuestra era, el concepto de justicia que constituye el elemento axiológico esencial del Derecho. Tanto así que, si una expresión normativa, dictada con todas las formalidades, careciera de ese elemento teleológico, cabría negarle su esencia jurídica. Es en tantas veces discutido problema de la posibilidad ontológica del "derecho injusto".

Objetivamente, este principio puede encontrarse implícito en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil vigente, cuyo antecedente normativo ha de encontrarse, casi con el mismo texto, en el mismo artículo del Código de 1936.

El principio citado, así como su correspondencia positiva, desde el Título Preliminar del Código Civil, no sólo abarca las relaciones jurídicas entre partes de Derecho Privado, sino que, de conformidad con su naturaleza cuasiconstitucional, alcanza incluso a las de Derecho Público, cuales son, por ejemplo, las normas procesales. De aquí que todo proceso ha de buscar establecer, o restablecer, el equilibrio entre las partes, en especial si se tratara de un procedimiento de naturaleza civil: si una de las partes resultare, por alguna causa, más beneficiada que otra, voluntaria o involuntariamente, corresponde al juez, mediante el procedimiento, restablecer el equilibrio prestacional, al dictar la sentencia que le pone término.

Esta apreciación de fondo, enmarcará el análisis de las resoluciones producidas en la litis promovida por el Banco de Crédito del Perú contra Colmar, Empresa Pesquera S.A. que concluyera, en lo que respecta a la acción ejecutiva, con Ejecutoria Suprema de fecha de 10 de setiembre de 1990. Desde el punto de vista puramente académico, esta causa presenta múltiples matices de interés hermenéutico que lindan, precisamente, con la vocación suprema del Derecho en todas sus manifestaciones: la más perfinaz búsqueda de la justicia en un mundo en que los intereses subjetivos, entre otros, la apetencia de lucro, intentan frecuentemente utilizar los mecanismos procesales para alcanzar sus objetivos, aun cuando se quiebre el equilibrio prestacional. El juz-

gador puede muy fácilmente ser confundido e inducido a resolver, bajo apariencia de justicia, obnubilado por espejismos distorsionantes de la autenticidad de los intereses en conflicto.

Las partes llegan al Juez asistidos por los abogados. Somos nosotros, los profesionales del Derecho los que, en primer término evaluamos la justicia de aquel interés que hemos de patrocinar. Por ello, muchos de "los espejismos distorsionantes" que obnubilado al juez, pueden ser causados por las propias distorsiones de nuestra justa apreciación de los hechos que son sometidos a nuestro patrocinio, a fin de que encontremos el más recto camino, el arreglo o el juicio, hacia un resultado justo. De nosotros depende el inicio del proceso o evitarlo; de nosotros, el sentido de la defensa o la eventual transacción. Como si la justicia fuera una dama que disputa palatinos de igualdad: lanza procesal en ristre, los abogados de las partes defendemos derechos encontrados y, es menester crear, ambos consideramos que la dama Justicia ha de favorecernos al final de la lid.

Por ello, al culminar la litis, sobre todo una que ha sido tan interesantemente lidiada, bien vale despojarnos de las armas de combate y analizar su desarrollo y resultado, expresado en las respectivas resoluciones, desde la perspectiva abstracta de la obtención del restablecimiento del equilibrio prestacional y, en consecuencia, de la concreción de la justicia más objetiva. Este es un derecho que la Constitución consagra como garantía de la administración de Justicia¹ y que mediante este ensayo se ejerce, reiterando la vocación de justicia de nuestra profesión y la mayor objetividad científica que permita la generalización de las conclusiones que se alcancen.

1.2. Los hechos que precedieron al proceso

Vayamos pues, en primer término, a la narración analítica de los hechos y de las resoluciones que han dado término al juicio ejecutivo interpuesto por el Banco de Crédito del Perú contra Colmar, Empresa Pesquera, S.A. y contra sus fiadores solidarios, el 28 de marzo de 1984, ante el Sexto Juzgado Civil de Lima, para que dicho deudor o sus indicados fiadores, le pagaran la suma de S/. 6.496'227.944, cantidad entonces muy importante² resultante de múltiples operaciones financieras y crediticias, vinculadas de modo muy especial, al internamiento de un importante buque-factoría, el *Challwa V.*, adquirido en el Japón y equipado con la

NOTAS

todo persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley."

1 Constitución Política del Perú, art. 233: "son garantías de la administración de justicia": ... inc. 17: "El derecho de

2 La cantidad equivale a US\$ 2'320.796 al tipo de cambio promedio del mes de abril de 1984, según publicación de la Superintendencia de Banca y Seguros.

intervención de diversos fabricantes europeos de equipo y maquinaria esenciales para concretar el esquema técnico de este proyecto que, aunque de factibilidad teórica sin duda admisible, según se desprende de los estudios previos, en la realidad no funcionó absolutamente. El flujo de ingresos que se suponía que habrían de producir las operaciones del buque-fábrica, no se concretó nunca y, consecuentemente, al irse venciendo las obligaciones de los proveedores extranjeros, éstas simplemente las cargaron a la cuenta del Banco nacional interventor, como es usual y normal en el comercio exterior. El Banco, por subrogación legal, devino acreedor, debitando, a su vez, en una cuenta corriente que abrió a cargo de su deudor, ahora directo. Cabe, a este respecto específicamente, que el Banco acreedor, no obstante haber pagado a los acreedores extranjeros primitivos en moneda extranjera, fundamentalmente dólares y yenes, efectuó el cargo en cuenta corriente en soles, la moneda nacional de ese momento, haciendo gala de buena fe, a fin de evitar al deudor en problemas, el riesgo de cambio. Asimismo, cursó aviso de cada pago efectuado a los acreedores, mediante las respectivas notas de débito en cuenta corriente.

Cabe anotar, para alcanzar objetividad en esta reconstrucción histórica de hechos, que el cargo o débito en la cuenta corriente es el resultado técnico que se desprende de los contratos de crédito preexistentes³. El maestro Garrigues explica que "abrir cuenta" en un Banco significa evidentemente haber convenido con éste un contrato del cual la cuenta va a ser el reflejo aritmético⁴ y, luego de abundar en tal concepto, se remite a la Exposición de Motivos del Código Civil Italiano de 1942 que, según cita, "en la práctica bancaria la relación de cuenta corriente se enlaza y frecuentemente se superpone a diversas operaciones que responden a distintos tipos contractuales, como es el depósito, la apertura de crédito, los anticipos y otras"⁴. En el caso concreto, la subrogación legal del Banco como acreedor, llevó a cargar en una cuenta corriente, el equivalente en moneda nacional de cada obligación en moneda extranjera no pagada por su cliente Colmar, representando tales cuentas corrientes, la expresión matemática o contable de una relación obligacional sujeta de los contratos de importación de máquinas y equipos.

Reclamado el pago, Colmar admite su condición de deudora y suscribe un Convenio de Pago con el Banco, el 2 de junio de 1982, aplicando pagos de terceros a

cuenta de las obligaciones que reconoce y, convirtiendo, por los saldos, la entrega de diversos barcos, tanto de su propia titularidad, como el Chalwa V, como de propiedad de sus fiadores, para que el Banco, a través de un fideicomiso, los vendiera, aplicándose dichos valores a la cancelación de las obligaciones que, de este modo, reconocía.

Evidentemente, lo que con este denominado "Convenio de Pago" se procuraba era la extinción de las deudas de Colmar al Banco mediante dos prestaciones:

- El pago en efectivo efectuado por terceros⁵; y
- La constitución de una nueva obligación, la de dar bienes de un valor tal que, una vez vendidos, restituyeran al acreedor el monto de los créditos otorgados, más los intereses respectivos y la cobertura de los gastos que se hubieran generado. La doctrina y la ley denominan a esta figura "novación objetiva". El artículo 1278 del Código Civil vigente la define claramente⁶. En el Código derogado, vigente a la fecha de la firma del Convenio, se regulaba la novación en el artículo 1290⁷.

Obviamente, para que tal novación cumpliera su fin extintivo del saldo de las obligaciones crediticias originarias que quedaron pendientes, luego de la aplicación del pago de terceros, los bienes que se entregaban, barcos, en este caso, debían estar en condiciones de ser vendidos en las mejores condiciones posibles. Nada extraño, en consecuencia, que se condicionara su eficacia a dos circunstancias, constitutivas de obligaciones de hacer muy precisas, a cargo del deudor:

- La de saneamiento de los barcos que se entregaban, de tal manera que se recibieran libres de toda carga y gravamen; y
- La de perfeccionamiento registral de los poderes del representante de la deudora principal y de los fiadores.

Para tal efecto, se pactó expresamente, en la cláusula cuarta del mismo Convenio, un plazo de treinta días, suspensivo de la eficacia del Convenio, para el cumplimiento de ambas obligaciones de hacer.

Vencido el plazo, los gravámenes preexistentes subsistieron, por lo que el Banco, con fecha 2 de julio de

NOTAS

- "La cuenta corriente bancaria no es más que una modalidad de cumplimiento de ciertos contratos horizontales de crédito, consistente en prolongar su ejecución en el tiempo y registrarlos contablemente como una cuenta de gestión", dice Pedro María Girald, profesor de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Argentina de la Empresa, en obra especializada que a continuación se cita: GIRALDI, Pedro Mario, *Cuenta Corriente Bancaria y Cheque*, ed. Atrio, Bs. As., 1973, pág. 36.
- Garrigues, Joaquín, *Contratos Bancarios*, Madrid, 1975, pág. 116.

5 Mitsubishi Corporation del Japón, es citada en el Convenio para aplicar su pago por cuenta de Colmar al Banco por la suma de US\$ 2.008.000 y para dejar constancia de que abonata adicional y "aproximadamente" la suma de US\$ 668.000, lo cual se materializó el 8 de junio de 1982.

6 Código Civil, art. 1278: "Hay novación objetiva cuando el acreedor y el deudor sustituyen la obligación primitiva por otra, con prestación distinta o a flujo diferente".

7 Código Civil promulgado en 1936, art. 1290: "Para que exista novación es preciso que la voluntad se manifieste indudablemente en la nueva convención, o que la existencia de la anterior obligación sea incompatible con la nueva...".

1982, denunció notarialmente el convenio, anunciando que haría valer sus derechos en la vía respectiva.

En definitiva, el convenio no había entrado nunca en vigencia, no obstante que se produjeron los previstos pagos parciales de terceros al Banco acreedor que, en consecuencia, inició la acción pertinente por el saldo de las obligaciones vencidas, en procura de la restitución del equilibrio prestacional evidentemente quebrado en la relación financiera por el incumplimiento de las obligaciones de una de las partes, la deudora Colmar.

Es necesario precisar que, aunque en el procedimiento se ha considerado la existencia de "condición resolutoria", refiriéndose al plazo suspensivo referido en los párrafos anteriores, y que, además, otras opiniones respetabilísimas por cierto, la han considerado "condición suspensiva", en verdad, resulta difícil mantener tales tesis, si se recuerda que la condición, en tanto modalidad del acto jurídico, como la tiene expresado el recordado y querido maestro León Barandiarán es "un evento futuro e incierto que tiene influencia en cuanto a las consecuencias que corresponden al acto jurídico en el cual la condición se ha insertado"⁸.

Distinguido discípulo del citado maestro, el Dr. Vidal Ramírez define la condición, señalando su concordancia con Covello, como "la cláusula por la cual el autor o autores del negocio jurídico hacen depender su eficacia o resolución de un acontecimiento futuro e incierto", agregando luego, específicamente, que "es suspensiva, cuando se debe esperar su verificación para que el acto produzca su efecto"⁹.

Otro maestro peruano, el Dr. Lohmann, expresa que la condición suspensiva es "aquella disposición del precepto de voluntad por la cual todos o parte de los efectos del negocio quedan en suspenso hasta la realización o no realización de un evento"¹⁰.

El pacto de la cláusula tercera del Convenio sometió su eficacia al cumplimiento de obligaciones de hacer que contrajo una de las partes y no a un evento ceno a su voluntad; por tanto, no se trataba de una condición sino de un plazo suspensivo¹¹ de la eficacia del acuerdo de voluntades.

Para lograr un concepto específico de los aspectos cuantitativos de la relación obligacional vinculante de las partes, cabe precisar que la cuantía de la demanda resultó de las obligaciones vencidas a cargo de Colmar, luego de deducido no sólo el monto de lo pagado por Mitsubishi Corp. que ascendió a US\$ 2'700.000, como ha quedado anotado¹², sino los que la propia Colmar y sus fidejadores obtuvieron de la venta de barcos de su propiedad y de la de uno de sus fidejadores, Colcarga, Empresa Naviera S.A., con intervención del Banco de Crédito en calidad de acreedor hipotecario¹³, para recibir los montos respectivos en pago parcial de las obligaciones preexistentes de Colmar, según propia declaración en las respectivas escrituras públicas, y para levantar, como consecuencia del pago, las respectivas hipotecas inscritas a su favor.

Todos esos actos, que constan en instrumento público, con excepción de uno de ellos¹⁴, son todos, en esta excepción, posteriores al 2 de julio de 1982, fecha del Convenio de Pago, y al 2 de julio del mismo año, fecha de su denuncia por el Banco, y, en consecuencia, acreditan:

- Que Colmar y su fidadora Colcarga admitieron ser deudoras del Banco de Crédito con posterioridad al Convenio de Pago; y
- Que, en consecuencia, el Convenio de Pago nunca operó.

Los aspectos cuantitativos de la relación obligacional han sido analíticamente revisados por auditores de prestigio internacional que concluyen que "el monto demandado por el Banco de Crédito a Colmar corresponde al saldo neto de las obligaciones a cargo de dicha empresa", formando parte de los instrumentos probatorios en el juicio contradictorio en curso.

NOTAS

- León Barandiarán, José Manuel, del Acto Jurídico, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1954, pág. 44.
- Vidal Ramírez, Fernando.
- Ibidem*.
- Lohmann Luca de Tenna, El Negocio Jurídico, Librería Studium, Lima, 1986, pág.
- Ibidem*, pág. 251.
- Supra, nota Nº 4, pág. 4.
- El 9 de setiembre de 1982, Colmar vendió los buques pesqueros Chalwa I y Chalwa II en US\$ 600.000,00; con fecha 15 de noviembre de 1982, Colmar transfirió el contrato de construcción del pesquero Symon, por contrato privado, con intervención del Banco que recibió el precio en moneda nacional que convirtió a moneda extranjera US\$ 217.858,60. Antes, el 2 de julio de 1982, Colcarga, propietaria del carguero Chalwa IV, lo vendió por US\$ 600.000, monto que también recibió el Banco, interviniente en el contrato y acreditándose a la deuda de Colmar. En todas las escrituras mencionadas, tanto Colmar como Colcarga declaran que entregan los respectivos montos para amortizar las obligaciones que la primera tenía con el Banco, reconociendo expresa y solemnemente que el Convenio de Junio de 1982 no había operado.
- La transferencia de derechos y acciones sobre el barco pesquero en construcción, denominado Symon y que debió haber sido el Chalwa II, si las operaciones de Colmar hubieran resultado exitosas.

1.3. El juicio y las resoluciones respectivas

Con fecha 29 de marzo de 1984, como antes se ha expresado, el Banco de Crédito del Perú interpone acción ejecutiva contra Colmar, Empresa Pesquera, S.A., para que le pague S/. 6,498'227,944 resultantes de la suma de los saldos deudores de siete cuentas corrientes "cerradas y liquidadas con las formalidades de ley, tal como aparece de los duplicados de las cartas notariales y estados de cuenta corriente que acompañamos y por las cuales hemos grado siete letras de cambio a la vista, que han sido protestadas conforme lo acreditamos con los cambiales que presentamos"..., citando el propio texto de la demanda.

Párrafo aparte, el Banco comprende en la ejecución a los fiadores solidarios de Colmar, cuyas fianzas tenían un límite máximo de US\$ 2'000,000.00, la de unos (Inmobiliaria Santa Manuela, S.A., Equimat S.A. e Inmobiliaria Yoc, S.A.), de US\$ 4'300,000.00, la de otros (Colcarga, Empresa Naviera S.A., Inmobiliaria Santa Manuela S.A., Omnibus y Camiones del Sur S.A., Colsur, y Carlos Olguin Lira, accionista y representante legal común de todas esas empresas a las que, con su participación mayoritaria, vinculaba íntimamente). El reclamo de pago a los fiadores es por la misma obligación del deudor principal, o sea que en modo alguno podían ser obligados por monto mayor que el deudor principal¹⁶.

Cabe, sin embargo, hacer notar que, en el momento de la interposición de la demanda, marzo de 1984, la relación entre el monto total de las fianzas y la cuantía de la demanda era muy próxima, lo que no ocurre en el presente, luego del violentísimo deterioro del valor de cambio de la moneda nacional.

El auto de solvento de seis de abril de 1984, interpreta la demanda acumulativamente, desconociendo su texto la solidaridad existente entre el fiado y sus fiadores, con relación a la misma y única obligación demandada. En efecto, manda pagar a Colmar el monto de la cuantía de la demanda (S/. 6,498'227,944.00), al primer grupo de fiadores US\$ 2'000,000.00 y al segundo US\$ 4'300,000.00. De este auto de pago emana que la obligación acumulada de los fiadores ha de entenderse en US\$ 6'300,000.00, en adición a la cuantía de la demanda en moneda nacional.

Ninguna de las partes presenta recurso impugnatorio alguno contra el auto de solvento tan erróneamente emitido. Más aún, los propios ejecutados ignoran la equívoca situación planteada por esa resolución judicial. Formulan su oposición a la ejecución alegando que el Convenio de pago de 2 de junio de 1982¹⁷, había dejado sin efecto y debidamente canceladas todas las obligaciones de pago de la deudora principal y, por ende, de sus fiadores, con el Banco demandante. En base a tal oposición, deducen "la excepción de plus petición".

Ni siquiera el Juez autor del auto de pago es congruente con el error que comete: el 16 de enero de 1985

se dicta la primera sentencia de Primera Instancia y en ella, el Juzgador se basa en la demanda para declarar improcedente la ejecución, al mismo tiempo que declaraba fundada la plus petición, mandando, en consecuencia, pagar al Banco la cantidad de S/. 12,996'455,898, es decir, exactamente el doble de la cuantía de la demanda. Si bien esta sentencia devino nula por haberse dictado, teniendo una diligencia aún pendiente, el pedido de uso de la palabra para uno de los abogados del Banco, evidencia que tampoco el Juzgador tomó en consideración el errado auto de solvento.

El 30 de mayo de 1985, luego de recusarse al Juez originario precisamente por haber ya emitido opinión en el caso, el Juzgado que se avoca, evacúa su sentencia declarando fundada la oposición, improcedente la demanda ejecutiva, infundada la plus petición y "debiéndose a salvo el derecho de las partes para que lo hagan valer en la vía que corresponde", sin costas.

El 29 de diciembre del mismo año (1986), la Corte Superior confirma la apelada de primera instancia, en parte, únicamente, por cuanto dispone que el Banco pague costas.

El 17 de junio de 1988 la Corte Suprema declara no haber nulidad en la resolución de vista, en cuanto confirmando la apelada, declara improcedente la demanda ejecutiva y difiere resolver sobre el pedido de plus petición que viene siendo desestimado desde la primera instancia, por no haberse logrado unidad de criterio al respecto en la Primera Sala que conoció el asunto.

Meses más tarde, la Sala, el dos de noviembre de 1988, completa la Resolución, declarando haber nulidad en la de vista en cuanto, confirmando la apelada de Primera Instancia, declaraba infundada la plus petición, declarándola, en consecuencia, fundada y mandando que el Banco pague a los demandados "el doble de lo indebidamente pretendido cobrar", cantidad que, en todo caso, no podía ser otra que el doble de la cuantía de la demanda, es decir, S/. 12,996'455,898.

La Resolución pretende fundamentar cuidadosamente el fallo que contiene y lo hace imputando al Banco demandante "temeridad y malicia recusable

NOTAS

16. "La fianza debe constar por escrito, bajo pena de nulidad, y sólo quedará obligada el fiador por aquello a que expresamente se hubiere comprometido, sin que pueda obligarse por mayor cantidad, ni con más gravamen que el fiado", Código Civil promulgado en 1936, art. 1776. "Solo queda obligado el fiador por aquello a que expresamente se hubiere comprometido, no pudiendo exceder de lo que debe el deudor. Sin embargo, es válido que el fiador se obligue de un modo más eficaz que el deudor". Código Civil vigente (promulgado en 1984), art. 1873.

17. Supra, 1.2. pág.

pues al interponer la presente acción ejecutiva pretendió hacerse pago de saldos deudores provenientes de contratos de cuentas corrientes inexistentes, las mismas que resultan elaboradas artificialmente, pues no había para ello consentimiento ni acuerdo de voluntades que exigen la ley y la doctrina en todo acto jurídico bilateral" de acuerdo al artículo 1351 y siguientes del Código Civil, de lo que resulta a criterio de la Sala que "resulta inobjetable que los contratos de crédito ofrecidos como prueba por el actor... no guarda ninguna relación de causalidad con las siete cuentas corrientes y cambiales materia de la ejecución" y que el Banco en un recurso "niega explícitamente la existencia de contrato alguno de cuenta corriente... ello implica la negación y contradicción de lo que sirvió de sustento en su recurso de interposición de la acción ejecutiva". Agrega la Resolución que "resulta igualmente reprochable la actitud asumida por el actor, al pretender desconocer las consecuencias del convenio de pago...", y que con los pagos efectuados por terceros (Mitsubishi Corp.) y los testimonios de venta de embarcaciones corrientes en autos... "queda fehacientemente acreditado que las empresas demandadas cumplieron con las obligaciones y pagos convenidos en su oportunidad, quedando por tanto cancelados en su totalidad los compromisos establecidos de común acuerdo". Concluye la Sala que todo lo afirmado en sus considerandos, evidencia la aplicación de la plus petición que es "una sanción pecuniaria por el pago de una deuda que personalmente ha dado por cancelada, como el presente caso"... "sanción a la que se deberá hacer acreedor por haber quedado claramente evidenciada la flagrante conducta procesal asumida por el Banco de Crédito del Perú quien accionó con malicia y dolo, únicamente en provecho suyo y lo que es más grave, con perjuicio al interés ajeno, pues las empresas ejecutadas han tenido que ver perjudicados no solamente su economía, sino también su prestigio comercial y empresarial".

El solo enunciado de los considerandos y fundamentos de la Primera Sala de la Corte Suprema, mencionados por primera vez en esa instancia, permite apreciar que la mayor parte de ellos ni siquiera fueron alegados por las ejecutadas a lo largo de la litis, por un lado; y por otro, que alude a hechos que no han sido materia de prueba, ni podían serlo, por cuanto no fueron presentados como fundamento de la oposición en esta acción ejecutiva. La Primera Sala, en noviembre, dice que se ha probado el pago de toda la deuda de Colmar al Banco, cuando en junio, al declarar no haber nulidad

en la sentencia de la Corte Superior que confirma la de Primera Instancia, lo remite a cobrar la deuda existente en la vía que correspondía, es decir, el juicio ordinario, por cuanto, dicha sentencia de Primera Instancia concluyó que "la ejecución resulta improcedente pues no se ha acreditado la existencia de contratos de cuenta corriente de los cuales derivan los saldos deudores que se han puesto a cobro" pero que asimismo, no se ha acreditado que hayan sido dados por cancelados o que no se hayan considerado los pagos a cuenta, y que "debe dejarse a salvo el derecho de las partes respecto de los diversos contratos y operaciones bancarias que han celebrado, a fin de que los hagan valer en la vía que corresponda", según queda reiterado.

Resulta pues contradictoria la segunda parte de la Resolución Suprema, cuando impone la sanción, y la primera que, al declarar la improcedencia de la acción ejecutiva, remite a la vía ordinaria. Se trata pues de una sentencia inorgánica, impracticable por contradictoria en su propia estructura y para colmo, imprecisa, pues la expresión "al doble de lo indebidamente pretendido cobrar", se presta a interpretaciones igualmente contradictorias.

En efecto, no obstante el recurso formulado deduciendo la nulidad de la resolución suprema, el expediente bajó a Primera Instancia para su ejecución y el Juez Interpretó que tal expresión, debía referirse al doble de lo expresado en el auto de pago que, como queda evidenciado, incurrió en error que no apreció ninguna de las partes, ni el Juezador, imponiendo, en consecuencia, una plus petición de más de doce millones de dólares, cantidad absolutamente ajena a las que resultan ser materia de tales autos. Esta interpretación del Juez ejecutor proviene de un escrito de Colmar que el Juez hace suyo, sin otorgar traslado al Banco.

La resolución es apelada por el Banco. La apelación es concedida en ambos efectos, siendo elevado el expediente, en consecuencia, a la Tercera Sala de la Corte Superior.

La Sala, oídos los respectivos informes, resuelve. Sin embargo, antes de notificarse el fallo, su Presidente dispone testar la resolución originalmente evacuada, incluyendo las firmas de los vocales, y formular nueva resolución confirmatoria del auto apelado. Uno de los vocales objeta el procedimiento, expresando que su firma había sido puesta en sentido confirmatorio de la apelación, es decir, declarando la nulidad del auto,

2. LAS RESOLUCIONES SUPREMAS

2.1. Estructura de la Resolución

2.1.1. Partes de la Resolución

La litis promovida por el Banco de Crédito en vía ejecutiva, llegó a su culminación en dos momentos:

a) El primero, con la vista de la causa el 17 de junio de 1988, oportunidad en que la Primera Sala de la Corte Suprema resuelve no haber nulidad ni en las resoluciones confirmatorias de la sentencia de Primera Instancia, referidas a los incidentes surgidos a lo largo del procedimiento, ni en cuanto declara improcedente la demanda ejecutiva, no pudiendo pronunciarse sobre la plus petición solicitada por los ejecutados, por haberse producido discordia en cuanto a este punto, llamando al vocal dirimente con tal objeto; y

b) El segundo, en la vista del dos de noviembre del mismo año, en la cual se declara haber nulidad en la resolución de Segunda Instancia que confirma la de Primera, declarando infundada la plus petición y, en consecuencia, la declara fundada, mandando, en consecuencia, que el actor pague a los ejecutados, "el doble de la indebidamente pretendido cobrar".

No es común que una resolución presente solución de continuidad en el tiempo, tal como ésta presenta. La litis es una sola y, por lo tanto, debe resolverse en un solo acto. Si no se logró el consenso en la vista del 17 de junio, no debió haberse publicado resolución alguna ya que, aunque la discordia no involucraba la totalidad de la materia controvertida, no era posible poner término a la litis integralmente. No obstante, esta disciplina procesal no se siguió y se resolvió en las dos partes o momentos señalados.

El Código de Procedimientos Civiles, establece mandatoriamente que:

Artículo 1074º.— "En las resoluciones judiciales se observarán las reglas siguientes:

Inciso 2º.— Que se resuelvan todos y únicamente los puntos controvertidos en el incidente, en el artículo o en el juicio".

En esta sentencia, tal mandato no ha sido cumplido.

La sanción, sin duda, es la nulidad, de acuerdo con el inciso 6º del artículo 1085º del mismo Código:

"Son resoluciones nulas:

6º.— La sentencia o auto pronunciado... o sin observar las normas sustanciales establecidas en este Código".

posición que mantenía, reprochando al Presidente haber borrado su firma inconsultamente. Con dos firmas por la confirmatoria, se dispone que el expediente baje a Primera Instancia para su ejecución.

El Banco interpone recurso de nulidad que es denegado, lo cual motiva su queja ante la Primera Sala de la Corte Suprema que la admite, ordenando a la Tercera Sala de la Corte Superior que el expediente le sea elevado.

Vistos los autos y oídos los informes orales, la citada Primera Sala de la Corte Superior evacuó la Resolución Suprema del 10 de setiembre de 1990 mediante la cual, luego de un cuidadoso análisis de lo actuado, a partir de la primera parte de la de 17 de junio de 1988 ya citada que desestimó la acción ejecutiva, dejando a salvo el derecho de las partes para actuar en la vía que correspondiera, es decir, para determinar "si existe o no dependencia entre el demandante y los demandados". Como consecuencia de ello, agrega "que pese a tal situación y a no haber declarado infundada la demanda, se ha declarado fundada la plus petición, por lo que es el caso dar inevitable cumplimiento a dicho fallo. De los considerandos de esa misma Resolución deduce la Sala en esta vista, a cuánto ha de ascender tal sanción, concluyendo que sólo podía ser el doble de la cantidad demandada, es decir, el de / \$ 6'495,227 94, según la expresión monetaria actual equivalente a la de la cuantía de la demanda que, como ha quedado dicho, se expresaba en soles oro. Confirma tales consideraciones, expresando la imposibilidad legal de incluir en dicho monto, los valores de las fianzas, según equivoca interpretación de las "Instancias inferiores"; y, finalmente, manda que el banco demandante pague a la empresa ejecutada y a sus fiducies el doble de la suma expresada líneas arriba, interpretando así, finalmente, la expresión antes empleada por la misma Sala de "el doble de lo indebidamente pretendido cobrar". La ardua litis concluyó en esta forma.

La precedente narración de los hechos anteriores al proceso y de los referidos a la litis misma, ha sido hecha con la máxima objetividad aunque priorizando lo relevante. Hay diversas circunstancias complementarias que han sido omitidas en razón de síntesis. Sin embargo, cabe considerar que nada de lo omitido altera la verdad absoluta de lo narrado. Se ha evitado la adjectivación al máximo; no obstante, si alguna calificación pudiera expresarse subjetivamente, se apreciará que el actor la alimne, con las disculpas del autor.

No se ha formulado recurso alguno deduciendo la nulidad señalada, lo que implica que las partes han consentido en la desintegración material de la Resolución Suprema. Cabe preguntarse, sin embargo, si ese silencio, imputable de consentimiento, en este caso¹⁸, convalida el acto jurídico procesal a que nos estamos refiriendo, teniendo en cuenta que el acto jurídico nulo ha de tenerse por inexistente, por cuanto es insubsistente¹⁹, y que sólo el anulable es susceptible de convalidación²⁰.

No obstante, en el momento en que este análisis se realiza, la causa a la cual se refiere la sentencia respectiva, está terminada y mandada al archivo. Se trata pues de un proceso fenecido que la Constitución prohíbe revivir. En consecuencia, no sólo se ha dado cumplimiento a una resolución inexistente por nula, sino que en el eventual caso de que se hiciera valer su nulidad y se repusieran los autos para nueva sentencia, podría violarse la Constitución, viciando nuevamente, esta vez de Inconstitucionalidad, cualquier nueva resolución.

Dejando precisión posterior el punto señalado, no obstante su trascendencia, cabe continuar el análisis que nos hemos propuesto, sometiéndolo a estudio, cada una de las dos partes de la sentencia.

2.2. La primera parte de la Resolución

2.2.1. La improcedencia de la demanda

Como queda expresado, la primera parte de la sentencia de la Primera Sala Civil, en la primera vista de la causa, el 17 de junio de 1988, en lo sustancial, se declara no haber nulidad en la sentencia de Segunda Instancia en cuanto confirma la de Primera que declara:

a) Improcedente la demanda ejecutiva; y

b) Deja a salvo el derecho de las partes para que lo hagan valer en la vía que corresponda.

En realidad, bastaría la declaración de improcedencia para implicar que las relaciones jurídico-subjetivas resultantes de la obligación, cuyo cumplimiento se exigió, no es materia de la resolución y que únicamente se está resolviendo en cuanto a la opción procesal para materializar la exigencia que, a criterio del juzgador, resulta legalmente inapropiada. La resolución de improcedencia implica necesariamente dejar "a salvo el derecho de las partes respecto de los diversos contratos y operaciones bancarias que han celebrado a fin de que lo hagan valer conforme a ley, en la vía que corresponda", como expresa la sentencia de Primera Instancia, confirmada por la de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, con fecha 29 de diciembre de 1987.

La Corte Suprema dictó, con fecha 15 de agosto de 1978, una Resolución Suprema en la cual definió y, por tanto, unificó criterios, en cuanto al sentido de la terminología adjetiva que emplea normalmente el Poder Ju-

dicial para expresar su juicio con relación a las causas que le son sometidas. En ella expresa que "la demanda resulta improcedente si la Ley no concede acción en función de determinada situación jurídica"²¹, como el primero de los criterios, que podría calificarse de objetivo, en relación con el subjetivo que menciona, la carencia de "legitimatio ad causam" atribuible a las partes.

En el caso bajo análisis, es aplicable el criterio objetivo de la improcedencia por cuanto implica ésta que el demandante al optar por la vía ejecutiva para hacer valer su derecho, no ha cumplido con recaudarla con título al que la ley ha otorgado calidad suficiente para tal fin.

El concepto fundamental es que "el título que aparece ejecución" acredita por sí mismo, legalmente, la existencia del derecho reclamado. En términos específicos, si la demanda del Banco de Crédito fue considerada "improcedente", tal resolución significa que los títulos con que la recaudó no tuvieron mérito legal suficiente, a criterio de los juzgadores, lo que debió ser debidamente fundamentado en las resoluciones de las tres instancias que son concordantes, como queda dicho en este alcance. Sin embargo, del análisis de las considerandas de la sentencia de Primera Instancia, que hacen suyos las de las Instancias superiores, no se desprende tal situación, lamentablemente.

En efecto, en la resolución de Primera Instancia, el Juez, como correspondía, empieza por evaluar la oposición deducida por los ejecutados que no alegan, en tal etapa procesal, que es la única en la cual pueden deducir "todas" las excepciones que los favorezcan y la validez o falsedad de los títulos, la insuficiencia o ineficacia de los títulos, sino que las obligaciones que ellos representan ya han sido extinguidas por el mérito del

NOTAS

18 Código Civil, art. 142: "El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado".

19 *Ibidem*, art. 220, in fine: "... (La nulidad) "no puede subsanarse por la confirmación".

20 *Ibidem*, Libro Segundo, Título X.

21 Normas Legales, Tomo 96, II Bimestre, 1979, págs. 357 a 358.

Convenio de Pago del 2 de junio de 1982. Esta alegación implica "la excepción de novación", por una parte, y la de "pago", por la otra, siguiendo la terminología que la doctrina admite. La excepción de pago, parcial, estaba representada por las remesas efectuadas por tercero al acreedor y en favor del deudor²² que constaban en el Convenio. La excepción de novación por la obligación de entregar, debidamente saneados, bienes inmuebles (naves pesqueras y una canguera). El acreedor absolvió el traslado de la oposición negando y contradiciendo la excepción de novación, en tanto ésta estuvo sometida a condición "resolutoria", consistente, precisamente, en el saneamiento de las naves que la deudora debía lograr dentro de los treinta días siguientes a la suscripción del Convenio. Al no cumplir tal obligación, el Convenio quedó resuelto, según lo acreditaba con la carta notarial del 2 de julio de 1988, en que se denunciaba, por tal causa, el Convenio suscrito²³.

La evaluación del Juez debió circunscribirse a estos alcances: sin embargo, expresó que "para decidir el fondo materia de la controversia, es necesario tener presente que el contrato de cuenta corriente es aquel por el cual dos personas deciden llevar recíprocamente a una cuenta las operaciones jurídicas que realicen entre sí..." y continúa desarrollando teoría acerca del contrato de cuenta corriente con referencias doctrinarias, de la Exposición de Motivos del Código de Comercio y de su articulado. Evalúa diversas instrumentales que han sido presentadas por las partes a lo largo del procedimiento, llegando a concluir causalmente "ya que no puede haber efecto, sin causa", refiriéndose, en cuanto a lo primero, al efecto, al cierre de cuentas corrientes bancarias de acuerdo al art. 581 del Código de Comercio seguido por el Banco, y a lo segundo, el contrato de cuenta corriente que el Juzgador conceptualiza formal, objetivo, escrito, expreso.

Sólo después de analizar causalmente el origen de las cuentas corrientes y apreciarlo subjetivamente pues "el Juzgado en este procedimiento tiene como finalidad específica decidir sobre la acción ejecutiva derivada de contratos de cuentas corrientes", se refiere al único sustento de la oposición al Convenio de Pago, declarando que "si el Banco ejecutante aceptó un pago parcial es porque los contratos y operaciones bancarias que se celebraron no habían perdido su primitiva condición jurídica", es decir, de obligaciones crediticias más no de saldos deudores de cuentas corrientes y, en consecuencia, "la oposición debía declararse fundada"... "la ejecución resulta improcedente porque no se ha acreditado la existencia de contratos de cuenta corriente de los cuales deriven los saldos deudores que se han puesto a cobro", y que "no se ha acreditado en forma fehaciente que tales obligaciones resultantes de contratos que no perdieron su individualidad ni condición jurídica primitiva, hayan sido dadas por canceladas o que el Banco ejecutante al determinar los saldos deudores que ha pretendido cobrar en esta vía, no haya tenido en consideración los pagos que recibió a cuenta" y "que por tanto debe

dejarse a salvo el derecho de las partes respecto de los diversos contratos y operaciones bancarias que han celebrado a fin de que lo hagan valer conforme a ley en la vía que correspondiere", concluye declarando la improcedencia de la acción ejecutiva.

2.2.2. Cuestionamiento

¿Puede un juez, en juicio remitirse a la causa de la obligación que se le presenta objetivada mediante títulos que adrejan ejecución que no han sido tachados de falsos por los ejecutados en la oposición? ¿Acaso la causalidad de los títulos ejecutivos no debió ser materia de juicio ordinario contradictorio?

El juzgador en este procedimiento ejecutivo tenía objetivamente presentadas siete letras protestadas representativas del cierre de otras tantas cuentas corrientes bancarias, no simplemente mercantiles, cerradas por el Banco ejecutor de acuerdo con el procedimiento taxativamente previsto por el artículo 581^o del Código de Comercio. Este procedimiento otorga al ejecutado la posibilidad de observar el estado de cuenta que le presenta el acreedor dentro de los treinta días de recibido por vía notarial, implicando su silencio, la conformidad de la obligación fluente de la liquidación alcanzada. La consecuente letra de cambio a la vista, representa el requerimiento de pago inmediato de la obligación que ha quedado reconocida. La falta de aceptación, acreditada notarialmente por el protesto, abre al Banco, acreedor con título legítimamente firme, la vía ejecutiva para el cobro. Estos son los únicos elementos que objetivamente exige la ley; la causalidad no es, ni puede ser materia de una acción ejecutiva; menos aún, si no ha sido alegada en ninguno de los momentos previstos por la ley.

Estas consideraciones son calificadas por los magistrados como "efectos", cuyos causas han debido determinar para pronunciarse. Sin duda, no es la vía ejecutiva la indicada para tal determinación.

La conclusión a que llegan los juzgadores es, sin duda, que no se ha probado la extinción de las obligaciones, pero que los títulos ejecutivos, aun que proceden de la estricta aplicación de la ley, son causalmente objetables, debiéndose, en consecuencia, hacer valer los créditos respectivos mediante el juicio ordinario correspondiente.

Esto no fue la materia de la oposición.

NOTAS

22. Supra, pag. 4, nota Nº 4.

23. Supra, pag. 4 y 5.

2.2.3. Consecuencias

a) *En relación con el proceso mismo.* — Sin duda, la falta de los títulos ejecutivos no formulada por los ejecutados en la oposición, precluyó; en consecuencia, no debieron ser cuestionados por el Juez.

La causa de la obligación, precluida también como fundamento de la oposición al no haber sido deducida por los ejecutados, no era materia de la resolución que, en consecuencia, resulta incontestablemente extra-petita, de lo que se deduce que puede ser aplicable el inciso 9º del artículo 1055º del Código de Procedimientos Civiles que sanciona la nulidad de las sentencias que resuelven "sobre punto no demandado o controvertido".

Cuando la resolución de Segunda Instancia, confirma la apelada, sin duda cae en el mismo cuestionamiento.

Y lo propio ocurre con la Resolución Suprema en su primera parte, cuando declara no haber nulidad en la de vista, confirmatoria de la apelada.

b) *En relación con el juicio ejecutivo, como instituto procesal.* — Puede apreciarse que el juicio ejecutivo se inicia en donde termina el ordinario: precisamente en la ejecución. Por ello, siguiendo a Chiavenda, cabe recordar que, para promover una acción de esta naturaleza es necesario, imprescindible al actor, contar con un instrumento ex lege constitutivo de su crédito, además de la legitimatio ad causam, activa y pasiva, así como el legítimo interés. La causa de las obligaciones, así sustentadas, no puede ser materia de discusión en este procedimiento que de modo alguno concluya con sentencia declarativa, por cuanto empieza con derechos que se tienen ya legalmente declarados. Alina se refiere a este punto concretamente y en el mismo sentido, al comentar la inadmisibilidad de la excepción de falta de causa en el juicio ejecutivo, según cita del profesor argentino Alberto Eykin²⁴.

Las resoluciones bajo comentario, parecen implicar la negación de los principios enunciados y, en consecuencia, resultan lastimosamente degenerativas de un instituto procesal tan importante. En base a ellas, los ejecutados podrían deducir excepción causal en su oposición y concluir asimilando este procedimiento al ordinario.

Afortunadamente, es indudable que un desecreto jurisprudencial no ha de producir antecedente suficiente para variar el sentido de la ley y de la consistente jurisprudencia y doctrina, tanto nacionales como extranjeras contrarias.

NOTAS

24 Eykin Alberto, Juicio Ejecutivo, en Enciclopedia Jurídica Orbea, Tomo XVI, pag. 378.

25 Sajo, Nº 2.1.1.

2.3. La segunda parte de la Resolución

2.3.1. Contenido

Como ha quedado expresado²⁵, la segunda parte de la Resolución Suprema, correspondiente a una nueva vista de la misma causa, habida el 2 de noviembre de 1988, se avoca, exclusivamente, al punto que había quedado no resuelto por discordia, en la vista del 17 de junio del mismo año, es decir, la solicitud de aplicación de la sanción al Banco, actor de la plus petición o plus petitio, como continúa denominándose en la doctrina y legislación comparadas.

Desde el punto de vista expresado por los ejecutados en su oposición, la solicitud puede considerarse, sin duda procedente; Colmar aduce haber pagado las obligaciones a su cargo, al haber suscrito con el Banco el ya mencionado Convenio de Pago de 2 de junio de 1982²⁶; por tanto, la demanda ejecutiva, desde su punto de vista, pretendía cobrar una deuda que el propio ejecutado había dado por cancelada al suscribir el aludido Convenio, siéndole así plenamente aplicable la primera de las condiciones legales de aplicabilidad de la sanción, de acuerdo con el artículo 35º del D.L. 20236; el recurrir al juicio ejecutivo para pretender el cobro de una suma que el acreedor ha dado personalmente por cancelada²⁷.

Sin embargo, como también antes ha quedado expresado, en realidad ocurrió precisamente lo contrario: el Banco acreedor, el 2 de julio de 1982 expresó mediante carta notarial que Colmar no había cumplido, en el plazo de treinta días acordado suspensivamente en el mismo documento, con las obligaciones de hacer condicionantes y que, en consecuencia, declaraba que haría valer sus derechos en la vía legal pertinente.

Al analizar la primera parte de la Resolución, se ha evidenciado que ha quedado firme el derecho del Banco de recurrir a la vía ordinaria para hacer valer sus créditos por cuanto, causalmente, se interpretó que la vía ejecutiva optada, no había sido sustentada por títulos que acreditaran por sí mismos la existencia de la obligación reclamada. En ningún momento o circunstancia puede inferirse de la primera parte de la Resolución que las obligaciones reclamadas hayan sido pagadas por Colmar²⁷ y que el Banco hubiera intentado un doble cobro; contrariamente, remite al acreedor a otra vía para hacer valer sus derechos.

26 Idem, Nº 1.2.

27 Todo lo contrario: en la primera parte de la Resolución, el Juez expresa testudamente: "que de la prueba actuada se desprende como ya se ha hecho referencia, que las partes celebraron diversos contratos y operaciones bancarias de las que se derivaron obligaciones a cargo de la ejecutada principal y sus fiadores solidarios, pero no se ha acreditado en forma fehaciente, que tales obligaciones perdieran su individualidad ni condición jurídica primitiva, hayan sido dados por cancelados o que el Banco ejecu-

2.3.2. El instituto jurídico de la plus petitio

2.3.2.1. Antecedentes conceptuales y objetivos

No obstante, y por sus propias consideraciones, esta segunda parte de la Resolución Suprema, objetable por sí misma, según ya ha sido tratado²⁹, aplica la sanción sin cuantificarla objetivamente:

"Declararon HABER NULIDAD en la resolución de vista... en cuanto confirmando la apelada... declaró infundada la plus petitión deducida por los demandantes; reformando la primera y revocando la segunda, declararon FUNDADA la referida plus petitión, ordenándose en consecuencia, que el actor les pague el doble de la indebidamente pretendido cobrar..."

La plus petitio es una institución jurídica muy antigua. Corresponde en Roma a la pretensión errónea de cobro exagerado en una demanda. Tal error podía ser "in re", cuando referida a un derecho real, como cuando la demanda pretende una extensión mayor de la que al derecho reclamado verdaderamente corresponde; "in tempore", si la demanda se formulaba antes de vencido el plazo de una obligación; "in loco", al presentarse la demanda en una jurisdicción equivocada; y, finalmente, "in causa", cuando se formulaba por razones distintas a las que originaron la obligación³⁰.

El resultado de una acción, en cuya litis contestatio el demandado evidenciaba plus petitio, era la pérdida del derecho a cobrar. Es decir, no sólo perdía el juicio sino el derecho a ejercer una nueva acción por la misma causa en el futuro: es decir, su derecho caía en una suerte de caducidad.

La terminología latina, "plus petitio", que se continúa empleando en casi todas las legislaciones, corresponde al concepto de "cobro en exceso". Es decir, que el acreedor pretende cobrar lo que ya cobró total o parcialmente y el deudor, en su oposición, lo hace saber al juez para que la ejecución se reduzca en tal monto.

García Calderón expresa precisamente ese concepto al definir la institución: "La acción de pedir más de lo debido, o el exceso que comete el actor pidiendo más de lo que se le debe". Agrega, en relación específica con el juicio ejecutivo y a las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles derogado que no tendrá lugar la demanda ejecutiva, si el actor cobra en lugar indebido, si pretende el cobro pendiente conditione, si exige prestaciones alternativas y si cobra antes de vencido el plazo. La sanción es la condena en costas, agrega³¹. Tal era, igualmente, el sentido de la formulación del original artículo 671³² de nuestro Código de Procedimientos Civiles, vigente³³, por el cobro en exceso.

Como concepto adicional al cobro en exceso y las otras causas, la plus petitio, en algunas legislaciones

originaba una sanción distinta a la condena en costas. La "Novísima Recopilación" española expresa que: "más que el acreedor que pidiese ejecución injustamente por más de lo que se le debía, pague la demasía en otro tanto"³⁴.

Sin embargo, es necesario señalar que, para que la incorporación de tal sanción se dé, es necesaria la presencia del dolo, como elemento subjetivo del acreedor ejecutante, que se evidencia en la litis como un abuso consciente del procedimiento ejecutivo cuando ya ha cobrado total o parcialmente la deuda. En este caso estaba el texto originario de los artículos 678³⁵ y 679³⁶ del Código de Procedimientos Civiles³⁷.

El texto vigente del Código de Procedimientos Civiles referido a la sanción es el del art. 38 del D.L. 20236 del 20 de diciembre de 1973 que reformó totalmente el Título VII, correspondiente al Juicio Ejecutivo, en el cual se dispone que la sanción será "una multa equivalente al doble de la cantidad indebidamente reclamada, sin perjuicio de la acción punitiva que hubiere lugar". Es de observarse el término "multa", que se incorpora con imprecisión desde la ley anterior, habida cuenta que el monto de la sanción es en beneficio del ejecutado, ya que las multas, normalmente, son sanciones que impone el Estado, siendo él su beneficiaria.

NOTAS

ante al determinar los saldos deudores que ha pretendido cobrar en esta vía, no haya tenido en consideración los pagos parciales que recibió a cuenta: que por lo tanto, debe dejarse a salvo el derecho de las partes respecto a los diversos contratos y operaciones bancarias que han celebrado a fin de que la hagan valer conforme a ley en la vía que correspondá".

26 Supra 1.3 pág. 10

29 Petit, Eugene, Derecho Romano, Ed. Albatros, 1980, p. 563.

30 García Calderón, Francisco, Diccionario de la Legislación Peruana, Tomo II, Imprenta del Estado, Lima, 1862, págs. 815 a 816.

31 Medina Reyna, José, Código de Procedimientos Civiles, Ediciones Jurídicas, Lima, 1966, pag. 318. "Si se manda adelantar la ejecución por una suma menor que la demandada, en virtud de la defensa hecha por el ejecutado, queda sana, exento del pago de las costas causadas hasta que se ejecutoria la sentencia..."

32 Enciclopedia Jurídica Orbea, tomo XXII, pág. 396

33 Ídem: "El demandante que abusando de la facultad contenida en el artículo 578³⁸ (acción ejecutiva de pago de arrendo), cobra sumas que no se le adeudan, será multado en favor del demandado en una cantidad igual al doble de las cantidades indebidamente reclamadas". Art. 579: "Si que sin hallarse en el caso del artículo anterior, interpone demanda ejecutiva para el pago de una deuda, que personalmente ha cancelado, o niega alguna cantidad que ha recibido por cuenta de ella, será condenado a pagar al demandado una multa equivalente al valor de la deuda o de la cantidad recibida".

El texto vigente contiene supuestos de derecho o hipótesis que es necesario que se concreten empíricamente para que produzcan los efectos de derecho consecuentes:

- a) Que la demanda ejecutiva interpuesta, implique cobro indebido, o sea que la suma reclamada haya sido ya cobrada y, además, que el actor la haya dado personalmente por cancelada. Esto implica que, en su oposición el ejecutado evidencie recibos de pago suscritos por el ejecutante u otros instrumentos equivalentes e indiscutibles; o
- b) Que el actor niegue haber recibido pago a cuenta. Lo que supone, igualmente negación de comprobantes de pago que el juez aprecie probatorios.

Si en esos elementos de hecho, debidamente probados, la solicitud de aplicación de la multa deviene infundada, al no concretarse, el Imperativo hipotético, la fórmula lógica que organiza el pensamiento jurídico universal: *dado A, debe ser B.*³⁴

2.3.3. Aplicación de la plus petición al caso concreto

2.3.3.1. Apreciación sintética

La segunda parte de la sentencia contiene múltiples afirmaciones o, mejor, apreciaciones valorativas sobre diversos elementos del procedimiento, en las cuales procura sustentar la aplicación de la plus petición. Contrariamente a lo que es la construcción lógica de una sentencia, se percibe la necesidad de justificar aquello que se quiere lograr a lo largo de las tres páginas en que se desenvuelven los considerandos, la aplicación de la sanción, aun a despecho de los supuestos jurídicos que constituyen la hipótesis legal e incluso, otra vez, de la racionalidad y congruencia interna de la resolución, ya quebrada por la carencia de unidad cronológica, como se ha evidenciado ya.

En primer término, expresa que al analizar "con criterio objetivo la conducta procesal que ha observado el ejecutante... respecto de la cantidad que reclama, se llega a la conclusión de que ha actuado con temeridad y malicia recusable". La ley procesal, en especial, el D.L. 20936 que regula la acción ejecutiva, difícilmente establece pautas procesales de conducta que permitan concluir en la evidencia objetiva de la temeridad y la malicia. Al ser ésta, la malicia, en especial, uno de los elementos psicológicos del dolo, lo que trata, sin duda, es de evidenciar, que el actor procedió dolosamente, lo que trata de hacerla deducible de los propios actuados, no obstante que no ha sido materia de la oposición de los ejecutados.

En el orden de su presentación, la Sala expresa:

- a) Que las cuentas corrientes, cuyos saldos deudores originaron las letras protestadas que reanudaron la demanda ejecutiva, no existieron, pues no se originaron en contratos bilaterales formales;

b) Que es "repreensible" la negación del Banco con relación a los efectos del Convenio de Pago, glosando únicamente las cláusulas que se refieren a los pagos de terceros, con inexactitud, y a las obligaciones de entrega de bancos que contrajeron la ejecutada y sus fiadores, sin citar la desaneación en el plazo suspensivo y el hecho manifiesto de no haber cumplido con esta obligación de hacer; y

c) Que el Convenio se cumplió, deduciendo tal cumplimiento de los testimonios de levantamiento de hipoteca y venta de los bancos, por los propios ejecutados, y no por el Banco, los que evidencian, contrariamente, la ineficacia del Convenio, con el agravante de no merituar tampoco el hecho concreto del remate del más importante de los bancos por acción de terceros contra la propia Colmar, lo que hace aun más evidente la justificada denuncia del Convenio por el ejecutante, lo cual corte instrumentalmente probada en el expediente.

Con esos considerandos, la Resolución concluye:

I) Que "queda fehacientemente acreditado que las empresas demandadas cumplieron con sus obligaciones y pagos convenidos en su oportunidad, quedando por tanto canceladas en su integridad los compromisos establecidos de común acuerdo...", lo que, además de no existir posibilidad alguna de llegar a esa conclusión a partir de los actuados, es absolutamente contradictorio con la primera parte de la sentencia que remite las obligaciones a cobro en la vía que corresponda:

I) Que la actitud del Banco, así manifestada, "encuadra perfectamente con la disposición 38a. del D.L. 20236", lo cual es inexacto por cuanto el actor proclama no sólo no dio por canceladas las obligaciones de Colmar, sino todo lo contrario, las expresó textualmente exigibles judicialmente, como consta en la carta notarial que denuncia el Convenio de Pago, no merituada por la Sala. Tampoco desconoció el Banco las cantidades recibidas de terceros: fueron aplicadas a la cancelación parcial de las obligaciones de Colmar, siendo materia de la demanda el monto neto parcial de tales obligaciones, lo cual constituye hecho recogido de las pruebas actuadas en la sentencia de Primera instancia.

II) Que, no obstante la inexactitud de los considerandos, ha "quedado claramente evidenciada la flagrante inconducta procesal asumida por el Banco... quien accionó:

"con malicia y dolo"... elementos subjetivos que sólo pueden ser evidenciados en un procedimiento civil, a partir de hechos probados, lo que no ha ocurrido en este procedimiento;

NOTAS

- 34 García Maynez, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, Ed. Porrúa, S.A., México, 1951, pág. 163 y ss.

"únicamente en provecho suyo", elemento igualmente subjetivo justificatorio de la acción³⁵, lo que, en consecuencia, no puede ser interpretado negativamente;

"y lo que es más grave, en perjuicio de interés ajeno, pues las empresas ejecutadas han tenido que ver perjudicada no solamente su economía, sino también su prestigio comercial", elementos generadores de responsabilidad civil que no han sido materia de la demanda, ni de la oposición, ni podrían haberlo sido en un procedimiento ejecutivo, por su propia naturaleza.

2.3.3.2. Contradicción entre las partes de la Resolución

Si la primera parte de la sentencia remite a prueba en vía ordinaria, que es la única pertinente frente a la improcedencia de la acción ejecutiva, mal puede la segunda considerar probado el cobro indebido.

Si el sólo hecho de existir dos partes en la sentencia, la vicia de nulidad, la contradicción evidente entre ambas partes evidencia lo insalvable de su nulidad.

Resulta lamentable que la instancia suprema incurra en tal error que lleva a la provocación justificada de duda de objetividad en el desenvolvimiento de las decisiones del Poder Judicial, distanciado al procedimiento mismo de su calidad de garantía, de instrumento de justicia, para las partes.

3. LA RESOLUCIÓN SUPREMA ACLARATORIA Y SUS FUNDAMENTOS

3.1. Antecedentes

Formulada la apelación, el Juez concedió la dízada en ambos efectos.

En conocimiento de los autos y de la situación creada en la ejecución de la Sentencia, la Tercera Sala de la Corte Superior de Lima, con el voto favorable de sólo dos de sus miembros y la discordia expresa del tercero, confirmó la interpretación del ejecutor de Primera Instancia. Sin duda, también aquí se produjeron extrañas festinaciones de procedimiento en el expediente consta cómo se ha testado una resolución y las firmas de tres vocales y cómo, a continuación, aparece la confirmación sólo de dos suscriptores y la expresión manifiesta del tercero que expresa su extrañeza de que su firma haya sido borrada y luego suscribir resolución unánime reformatoria de la apelada.

Esta extraña circunstancia justificó el recurso de nulidad que el banco formuló en búsqueda de justicia y, sin duda, la queja de puro derecho ante la Primera Sala de la Corte Suprema, la cual, a la vista de tales violaciones procesales, mandó que se concediera el recurso y se le elevaran los autos.

Correspondía ahora al Tribunal Supremo, entender el rumbo de la justicia que había venido siendo vicina de tantas violaciones.

No es extraña a la doctrina procesal, la búsqueda de la interpretación auténtica de una resolución mediante otra que la aclare, incluso de oficio, ante una situación tan distorsionante como la ocurrida en este caso. Así lo afirma Sentis Mirando cuando afirma que esa necesidad ha sido reconocida por los tribunales "los cuales

han resuelto que el no haber pedido aclaratoria no impide al tribunal dar al fallo su verdadero alcance", agregando que "no cabe duda de que el propio juez que dictó la sentencia es quien mejor puede interpretarla"³⁶.

El 10 de setiembre último, la citada Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia evacuó resolución en la cual mantiene la sanción impuesta al Banco de Crédito, pero revoca la resolución de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, en cuanto confirma la de Primera Instancia, a la que reforma, mandando que el citado Banco pague a los ejecutados "la suma total de doce millones novecientos noventa y seis mil cuatrocientos cincuenta y cinco, punto ochentinueve milésimos, por concepto de plus petición".

Sin duda, con esta resolución la Sala interpretó lo que había querido decir cuando dispuso que el actor pagara a los ejecutados una plus petición "por el doble de lo indebidamente pretendido cobrar", rectificando la interpretación de juez ejecutor. Se trata de una interpretación auténtica, pues es evacuada por el mismo órgano que formuló la resolución oscura, procurando, en este sentido, el logro de la justicia. Sin embargo, esta aclaración no salva las incongruencias contenidas en las resoluciones anteriores: no integra el fallo, pues, no obstante quedar en pie el derecho del Banco ejecutor, para actuar en la vía pertinente, para hacer valer sus créditos, es sancionado por cobro indebido con la plus petición cuya cuantía se determina.

3.2. Fundamentos

3.2.1. Necesario cumplimiento de la ejecutoria que estableció la sanción

Esta Resolución Suprema final, admite que "por Ejecutoria Suprema final, admite que "por Ejecutoria Suprema del diecisiete de junio de mil novecientos ochenta y ocho, a fojas novecientos, se desestimó la acción ejecutiva planteada por el Banco de Crédito del Perú...", dejándose expresamente "a salvo el derecho de las partes para que lo hagan valer en la vía que corresponda, lo que significa que el problema de fondo sobre si existe o no deuda pendiente, entre el demandante y los demandados, debe ventilarse en otro juicio; que pese a tal situación y a no haberse declarado infundada la ejecución por Ejecutoria Suprema de fojas novecientos dos, su fecha dos de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho, que en discordia completa la anterior, se ha declarado fundada la plus petición, por lo que es el caso dar inevitable cumplimiento a dicho fallo en armonía con el artículo doscientos treinta y tres, inciso once, de la Constitución Política del Estado...".

En estos considerandos, la Sala reconoce el exceso

NOTAS

35. Código Civil, art. VI. "Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral..."

36. Sentis Mirando, Santiago, Teoría y Práctica del Proceso, Ensayos de Derecho Procesal, Volumen II, Ediciones Jurídicas Europa-América, B. A., pág. 224.

en que ha incurrido en la resolución del dos de noviembre, analizando asimismo, que ya en la del 17 de junio del mismo año, se había dejado a salvo el derecho de cobro del Banco por vía distinta a la ejecutiva. Esta resolución impedia que posteriormente, como se hizo, se volviera a analizar la esencia sustantiva de su derecho subjetivo al cobro, pues esto significaría volver a resolver sobre lo ya resuelto, violando el principio constitucional que impide la duplicidad de resoluciones sobre un mismo hecho, de acuerdo con el artículo constitucional que cita.

Cabría concluir lógicamente de los considerandos analizados, como inevitable consecuencia, la revocatoria de la plus petición; no obstante, considera la Sala que lo resuelto debe cumplirse de modo "inevitable", para evitar resolver otra vez sobre lo ya resuelto. En consecuencia, no revoca, sino únicamente interpreta la resolución para determinar la cuantía de la sanción.

3.2.2. Necesidad de determinar la cuantía de la sanción

Para hacerlo, revisa los considerandos de la resolución del 2 de noviembre, llegando a la conclusión que la cuantía básica sobre la cual ha de calcularse la plus petición es la de la demanda, considerando que "las Instancias inferiores al pretender dar cumplimiento a la tantas veces citada Ejecutoria Suprema de dos de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho, la han desnaturalizado incurriendo en causal de nulidad" prevista por la ley "pretendiendo que el ejecutante pague no sólo el doble de lo pretendido cobrar sino también el doble de las sumas hasta por las que los fiadores garantizaron la obligación, desnaturalización que se explica por el erudo auto de pago..." y refiriendo que la plus petición ha de referirse de acuerdo con la ley, al "doble de la cantidad indebidamente reclamada en la demanda" pues "hay que insistir que los fiadores fueron demandados en calidad de tales y exclusivamente por la misma obligación del deudor principal", como se evidencia con las cartas notariales de cierre de las cuentas corrientes, el monto del embargo preventivo solicitado en el proceso y el texto y el sentido de expresiones de los propios fiadores a lo largo de los actuados que no se disent demandados independientemente, sino precisamente en tal calidad".

Sin duda la Sala hace un gran esfuerzo para conciliar la inaplicabilidad de la sanción con una cuantía hoy insignificante para las partes. Sin embargo, los problemas subsisten; se mantienen la desintegración, la incongruencia y la extrajudicatura.

3.3. Objeciones

3.3.1. Se mantiene la desintegración

En efecto, se mantiene la desintegración de las sentencias. No obstante los esfuerzos que realiza la resolución aclaratoria, al no reemplazar las resoluciones anteriores, declarando su nulidad insalvable, y, en consecuencia, de pronunciarse íntegramente frente al proceso, se las mantiene, con lo que subsiste el vicio insalvable.

3.3.2. Se mantiene la incongruencia

Al mantenerse las dos sentencias que desintegran la

resolución suprema, se mantiene la incongruencia de sancionar lo insancionable: es decir, la aplicación de la plus petición a una causa tramitada improcedentemente en vía ejecutiva que debe ser vista en vía ordinaria. En otros términos, se aplica la sanción sin que se cumplan, en absoluto, los requerimientos esenciales establecidos para ello en el artículo 38º del D.L. 20236.

3.3.3. Se mantiene la extrajudicatura

En efecto, por cuanto al mantenerse subsistentes las dos partes de las resoluciones anteriores, subsiste el hecho de que la Corte Suprema haya resuelto extra iudicium, al considerar entre los considerandos de una de sus resoluciones la segunda, materia precluida que no fue presentada por los ejecutados en la única oportunidad en que la ley les da la oportunidad de hacerlo: al formular oposición.

4. LA EJECUCIÓN DEL MANDATO

Con la resolución aclaratoria, los autos bajaron a Primera Instancia para su ejecución. La parte afectada ha consignado el monto definitivo de la plus petición con lo cual se ha dado por cumplido el mandato y mandado archivar la causa; este juicio ejecutivo ha concluido.

La Corte Suprema parece haber optado por sancionar la validez de las Resoluciones Supremas anteriores, procurando únicamente minimizar el desequilibrio que su interpretación causó. Como si considerara que, en realidad, estaba sancionando el menor de los males.

Mantiene firme la improcedencia del juicio ejecutivo y el derecho de accionar en la vía ordinaria para obtener la satisfacción de los créditos insolutos. Opta igualmente por admitir que la sanción debe ser impuesta, no obstante que no se ha negado cantidad alguna cobrada, ni se ha dado por cancelada la obligación del deudor: si la Sala lo ordenó, cúmplase; pero que ese cumplimiento sea interpretado rigidamente de acuerdo a derecho y no según la conveniencia de una de las partes.

La Sala ha buscado, con precariedad, el equilibrio que se había perdido, aun al alto precio de mantener la vigencia de las Resoluciones anteriores, no obstante estar diluidas en la nulidad ipso iure de que adolecen.

Este comentario fue precedido por la cita parcial de Ulpiano, referida a la búsqueda del equilibrio prestacional, que está en la esencia misma del Derecho y, en especial, del Derecho Procesal. Los esfuerzos de la Sala han tratado de alcanzarlo sin llegar a la declaración de la evidente nulidad, tratando de evitar contradecir las Resoluciones anteriores y poner de manifiesto un accionar difícil de explicar.

Con esto, ha dado por terminada una causa indebidamente incoada en la vía ejecutiva, de acuerdo al entendimiento judicial, pero ha dejado abierta la posibilidad de alcanzar el "sum cuique tribuere", usando otro procedimiento: se trata pues de un juicio ejecutivo terminado pero, al mismo tiempo, un caso no concluido.