

UN CASO SINGULAR:



PALACIO DE JUSTICIA

**La Corte Suprema en el caso
Banco de Crédito
contra
Colmar Empresa Pesquera**

UN CASO SINGULAR:

La Corte Suprema en el caso Banco de Crédito contra Colmar Empresa Pesquera

Antecedentes relevantes del procedimiento donde recayó la sentencia a ser comentada:

Antecedente 1. El 2 de junio de 1982, el Banco de Crédito por un lado, y por otro, el señor Carlos Olgún, su cónyuge, las empresas Colmar S.A., Colcarga S.A., Inmobiliaria Santa Manuela S.A., Equimat S.A., Inmobiliaria Prol S.A. e Inmobiliaria Yoc S.A., firmaron un Convenio de Pago. (Ver Pleza Procesal N° I).

En él las partes acordaron que una vez firmado, quedaría cancelada toda deuda que con el Banco tuvieron las empresas Colmar S.A. y Colcarga S.A. Asimismo, pactaron que si dentro de treinta días de firmado el Convenio, los deudores no liberaban de todo gravamen los bienes que entregaban para su venta y no se inscribía la representación legal del señor Carlos Olgún respecto de las empresas, el Convenio quedaría sin efecto.

Antecedente 2. El 29 de marzo de 1984, el Banco interpone demanda ejecutiva contra Colmar S.A. para el pago de S/. 6,498,227,944. Lo sustenta en la cancelación de siete cuentas corrientes de la demandada que presentan saldo deudor. (Ver Pleza Procesal N° II).

En la misma demanda, el Banco emplaza a Inmob. Sta. Manuela S.A., Equimat S.A., Inmob. Yoc S.A., Inmob. Prol S.A. y a Carlos Olgún, en su calidad de fidejadores de Colmar S.A., para el pago de S 2,000,000, monto de la fianza contenida en una escritura pública adjunta.

También el Banco demanda a Colcarga S.A., Inmob. Sta. Manuela S.A., Omnibus y Camiones del Sur S.A., -Calsur, Camena S.A. y a Carlos Olgún en calidad de fidejadores de Colmar S.A., para el pago de S 4,300,000, monto de la fianza contenida en una escritura pública que se adjunta.

Juan Monroy Gálvez

Abogado, profesor de Derecho Procesal Civil en la Universidad de Lima.

Antecedente 3. Por auto de pago de fecha 6 de abril de 1984, el Juzgado recoge con precisión las pretensiones contenidas en la demanda descrita en el punto anterior. (Ver Pleza Procesal N° II).

Antecedente 4. Todas las demandadas se oponen a la ejecución y plantean lo que denominan "excepción de plus petición", sustentándola en el Art. 38° del Decreto Ley N° 20236.

Antecedente 5. El Banco al absolver la oposición, expresa que operó la condición suspensiva que pactaron en el Convenio de Pago, por lo que el acuerdo de cancelación no surtió efecto.

Antecedente 6. Por escrito de 2 de octubre de 1984, el Banco afirma no tener contratos —no se refiere a los documentos que los contengan— de cuenta corriente, aquellos cuyo cese son el sustento de la demanda. Incluso hace referencia a otros contratos de crédito en donde se origina la suma demandada.

Antecedente 7. El 30 de mayo de 1986 se expide sentencia en primera instancia. El juez, considerando —entre otras razones— que no existieran los contratos de cuenta corriente, declaró improcedente la demanda. Asimismo, declaró infundada la plus petición deducida por todas las ejecutadas. La sentencia fue apelada. (Ver Pleza Procesal N° IV).

Antecedente 8. El 29 de diciembre de 1986, la Corte Superior confirmó la sentencia de primera instancia, pero agrega una decisión: **condena al Banco con el pago de las costas.** (Ss. Chumbiagua R., Almenara B. y Gamara C.) (Ver Pieza Procesal N° V).

Antecedente 9. El 17 de junio de 1988 —18 meses después— la Corte Suprema declara **No haber nulidad** en la sentencia expedida por la Corte Superior. Sin embargo, no se pronunció sobre la plus petición, dado que sobre ella había discordia. (Ver Pieza Procesal N° VI).

Antecedente 10. El 2 de noviembre de 1988, la Corte Suprema completa su fallo en mayoría (cuatro vocales), pronunciándose respecto de la plus petición. Para ello, considera que el Banco "con temeridad y malicia recusable... pretendió hacerse pago de saldos deudores provenientes de contratos de cuenta corriente inexistentes". Respecto del Art. 38° del Decreto Ley N° 20236, dice que "es entendida según el derecho procesal civil y en especial la teoría general del juicio ejecutivo, como la petición exagerada del demandante quien reclama más de lo que efectivamente se le debe, proveyendo para este caso una sanción pecuniaria por el pago de una deuda que personalmente ha dado por cancelada como en el presente caso..." (Ver Pieza Procesal N° VI).

Por tales considerandos, declaran **fundada** la plus petición, ordenando "que el actor les pague el doble de lo indebidamente pretendido cobrar..."

Antecedente 11. El voto en minoría de tres vocales supremos —Ss. Valladarés A., Perálta R. y Castillo C.— considera que el Art. 38° ya citado, plantea dos situaciones no presentadas en la demanda, desde que ésta sólo ha sido declarada **improcedente**, habiéndosele concedido al Banco el derecho de hacer valer su crédito en la forma legal correspondiente. (Pieza Procesal N° VIII).

Antecedente 12. El 31 de enero de 1989, el Juzgado de primera instancia requiere al Banco el pago de lo ordenado por la Corte Suprema por concepto de plus petición, precisando que el monto es el doble de lo demandado a Colmar S.A. y el doble del monto de las fianzas.

Antecedente 13. El 3 de febrero el Banco pide la nulidad del requerimiento, considera que la sanción sólo debe alcanzar al doble de lo demandado a Colmar y no a la suma contenida en las fianzas.

Antecedente 14. El 16 de febrero el Juzgado expide un Auto declarando **infundada** la nulidad deducida por el Banco, quien apela el día 17.

Antecedente 15. El 4 de mayo, la Sala Superior confirma el Auto apelado; considera que los fallos supremos se cumplen y no se discuten, y que el citado fallo hace

referencia a "las empresas ejecutadas" y luego dice "que el actor les pague".

Un voto singular en esta Sala, considera que el fallo supremo no ha precluido los montos a devolver, lo que corresponde hacer en ejecución de sentencia. También considera que el Auto de pago consentido no beneficia a los ejecutados, dado que es incorrecto porque no procedía el pago del monto expresado contra los fiadores. Por ello, estima que debe **revocarse** el auto apelado y ordenarse al Banco pague solidariamente la suma de I/. 6'496,228.

Antecedente 16. Deducido recurso de nulidad contra la resolución de la Sala Superior, ésta la declara **improcedente** el 12 de mayo.

Antecedente 17. Mientras se suceden una serie de incidentes destinados a ejecutar embargos pedidos por los ejecutados, el Banco interpone **recurso de queja** contra la resolución del 12 de mayo.

Antecedente 18. El 4 de setiembre, la Sala Suprema declara **fundada la queja** y en consecuencia, **ordena se dé por interpuesto el recurso de nulidad.** Sustenta su decisión en que hay presuntas irregularidades en la denegación del recurso de nulidad. Incluso hay una razón de relatoría en el sentido que se habría testado (borrado) una resolución, tal como lo afirma además un Vocal de la Sala Superior. (Ver Pieza Procesal N° IX).

Un vocal supremo —el señor Osorio Benay— sustenta singularmente su voto precisando que la queja sólo es **fundada para corregir el límite de la misma**, dado que el recurso de nulidad fue denegado por dos vocales superiores y concedido por uno, por lo que debió llamarse a otro vocal. Por eso afirma que el cuaderno de queja no debe elevarse al Tribunal Supremo, dado que éste "sería cómplice de una aberración jurídica que debe ser previamente subsanada...". De allí que considere que tanto el denegatorio del recurso de nulidad como el concesorio son nulos, por lo que debe ordenarse a la Sala Superior vuelva a pronunciarse, esta vez válidamente, respecto del escrito en que el Banco interpone el citado recurso. (Ver Antecedente N° X).

Antecedente 19. Luego viene la sentencia de la Corte Suprema del 10 de setiembre de 1990, que interpreta la sentencia del 2 de noviembre de 1988, en el extremo referido a la sanción de doble pago contra el Banco. En tal mérito declara **haber nulidad** en el Auto superior de 4 de mayo de 1989, fundada la nulidad deducida por el Banco y, en consecuencia, que éste debe pagar a todos los ejecutados sólo la suma de I/. 12'996,455. (Ver Pieza Procesal N° XI).

Hay un voto en minoría —Ss. Pajares Paredes y Gallagos Guevara— considerando que los fallos supremos tienen la calidad de cosa juzgada, por lo que deben ejecutarse de acuerdo a sus propios términos. Por ello consideran que debe declararse **no haber nulidad** en el Auto del 4 de mayo de 1989.

Comentarios a algunos de los antecedentes relevantes

1. En proceso civil —a diferencia de lo que regula nuestro Código— desde la óptica de la demanda, se admiten dos clases de acumulación: la **objetiva** y la **subjetiva**. Se presenta la primera cuando la demanda contiene más de una pretensión; la segunda cuando en el lugar de la parte demandada o de la parte demandante, hay más de una persona.

Son muy raros los casos en que se presenta una acumulación objetiva-subjetiva, llamada también mixta. Esto se debe a que la acumulación mixta requiere que todos los demandantes o demandados, demanden o sean demandados por más de una pretensión, que a su vez debe originarse en una misma relación sustantiva.

En todo caso, cuando esta acumulación se produce, la complejidad de la única relación material existente determina que su trámite sea el más lato que un ordenamiento procesal contiene. Regularmente este procedimiento es el de cognición; en nuestro caso, su equivalente es el llamado "juicio ordinario".

Esto significa que procesalmente es inadmisibile que en un proceso ejecutivo —saturado de formalidades y exigencias para el actor— sea posible este tipo de demandas.

2. Entre marzo de 1984 y noviembre de 1988, transcurrieron cuatro años y ocho meses de procedimental sin que ninguna de las partes, ni los órganos jurisdiccionales que intervinieron, hayan expresamente advertido que se había demandado a los fiadores por el monto de cada una de sus fianzas, y no por el monto que garantizaban, que era el monto real de la obligación puesta a cobro. Con el agregado que para realizar tal acto se había interpuesto una demanda acumulativa mixta en vía ejecutiva.

Esta pretensión equívoca contra los fiadores, constituye un error jurídico grave y obvio; con el agregado que cada día que pasaba, el monto de las fianzas —por la relación de cambio entre el sol (después el Inti) y el dólar—, era considerablemente superior a la cantidad que garantizaban. Así, a la fecha de la demanda el monto demandado a Colmar S.A. ascendía al cambio en dólares, a algo más de \$ 2'400,000. Sin embargo, cuando se expide la sentencia a comentar, la misma suma demandada a Colmar S.A. equivale a... \$ 12,00.

Dada la forma absurda y caótica como se desarrolló la actividad del juez en el país, es explicable que los once que en ese lapso intervinieron en el proceso, no hayan descubierto tal error en la formulación de la pretensión. Sin embargo, la conducta de las partes en ese lapso y respecto de ese tema es por lo menos negligente. Incluso es admisible hipotetizar que cada quien conocía el error, pero preferían la reserva para obtener un beneficio posterior de éste.

3. La sentencia de la Corte Superior reseñada en el Antecedente N° 8, tiene un mérito destacable. Acorde con la tendencia contemporánea en la materia, sanciona al Banco con el pago de las costas por haber hecho uso indebido de la vía procedimental ejecutiva; ratificando la decisión inferior en el sentido que no se habían presentado ninguno de los dos supuestos de hecho para la aplicación del Art. 38° del Decreto Ley N° 20236.

4. Igualmente es destacable el voto en minoría descrito en el Antecedente N° 11. En él, tres vocales supremos contrastan los hechos probados con los supuestos del Art. 38° citado, y no encuentran que se haya presentado alguno de los dos, por lo que consideran que es inaplicable al caso.

5. También es destacable el voto singular descrito en el segundo párrafo del Antecedente N° 18. En este voto, más que fundar la queja, lo que el vocal exige es un nuevo pronunciamiento en torno al recurso de nulidad, para luego —si se denegase éste y se reiterase el recurso de queja—, pasar a analizar su procedencia.

Lamentablemente, su decisión fue malentendida y se consideró que su voto acogía la queja, siendo ésta una decisión que por razones que él califica como de "emptitud", decididamente no compartía.

6. La Corte Suprema en su fallo del 17 de junio de 1988 (Antecedente N° 9), al declarar **No haber nulidad** en la de Vista, que confirmó en un extremo y revocó en otro la apelada (de primera instancia), hizo suya la decisión que "se dejaba a salvo el derecho de las partes para que lo hagan valer en la vía que corresponda", mandato que es absolutamente correspondiente con la decisión de declarar improcedente la demanda ejecutiva.

Sin embargo, la misma Corte al completar su fallo (Antecedente N° 10) y amparar lo que llama plus petición, expresa: "**queda fehacientemente acreditado que las empresas demandadas cumplieron con las obligaciones y pagos convenidos en su oportunidad, quedando por tanto canceladas en su integridad los compromisos establecidos de común acuerdo**".

Los dos momentos distintos en que se expide el fallo —desde que uno es complemento del otro—, no es explicación suficiente para no advertir una gravísima y esencial contradicción en su contenido. No puede declararse improcedente la demanda ejecutiva y afirmarse a la vez que las ejecutadas no deben nada; como es evidente, en este último extremo la demanda hubiera sido infundada.

Sin embargo, de lo apreciado en los antecedentes podemos advertir que el tema de la cancelación total



Juan Monroy Gálvez

o del cumplimiento de una condición suspensiva respecto del Convenio de Pago (Antecedente N° 1), no fue analizado en rigor por la Corte, ni por los órganos inferiores, quienes —con criterio lógico estos últimos— sólo advirtieron la improcedencia de la demanda ejecutiva, sin que en tal caso fuese necesario un pronunciamiento sobre el fondo.

Los antecedentes y la sanción de doble pago

Siendo el tema central en este procedimiento, la sanción impuesta al Banco de un doble pago de lo indebidamente demandado, a efectos de apreciar su pertinencia consideramos necesario tener en cuenta que:

a) El Banco en efecto pretendió en su demanda no sólo la suma que consideró le debía Colmar S.A., sino también amplió su exigencia al pago de cada una de las fianzas que garantizaban la obligación, dándole a éstas, en consecuencia, el tratamiento de obligaciones autónomas y no de garantías (accesorias).

b) De lo expuesto se advierte que el Banco interpuso una demanda acumulativa subjetiva-objetiva de prestaciones, cuya improcedencia en un proceso ejecutivo —desde una perspectiva científica— es evidente.

c) Contra lo expresado en el fallo supremo que amparó el pedido de doble pago de los demandados, en autos no se acreditó que los montos materia de demanda hubieran sido cancelados.

Con estas consideraciones preliminares, pasamos a describir qué se entiende por Plus petición y qué contiene el Art. 38° del Decreto Ley N° 20234.

II. La Plus petición y la aplicación del Art. 38° del Decreto Ley N° 20234 al presente procedimiento

Antecedentes doctrinales de la Plus petición

Si la **pretensión procesal** es la manifestación de voluntad por la que una persona exige algo a otra —al interior de un proceso—, en ejercicio de su derecho de acción, la **petición** es la expresión correcta y material de esa pretensión (por ejemplo, que me pague los \$ 10.000, que me devuelva la casa, etc. . .).

Esta petición o petitum como también se la llama, no tiene en principio límite o regla a qué ceñirse, salvo el hecho que se trate de un caso justificable. Por lo demás, la existencia de alguna dosis de razón en lo que se pretende, va a ser materia del proceso mismo. Sin embargo, la aparente liberalidad con que el actor puede expresar su petición no es tal, el actor debe adecuar —hacer congruente— la petición, a los hechos que expone en su demanda y a los fundamentos jurídicos que en dicha declaración de voluntad (la demanda) expresa.

Si la **petición** del actor excede al contexto de los hechos y derecho descritos en su demanda, se va a presentar una situación procesal anómala que antiguamente era conocida con el nombre de **Plus petición**. Esta podía ser de tiempo, cantidad o lugar. Era de tiempo cuando se demandaba antes de la fecha en que la obligación era exigible; de cantidad cuando se pretendía excesivamente más de lo que se debía y de lugar cuando se demandaba en un sitio jurídicamente distinto al convenido o prelado por la ley.

Por cierto, tratándose de una irregularidad, la declaración judicial de plus petición traía consigo una sanción. La Partida II, antecedente directo de nuestro Código vigente, regula en su Título 2 (Leyes 42, 43 y 45) sanciones a quien incurrió en plus petición. Así por ejemplo, al que demandaba antes de tiempo, se le condenaba a que espere el doble del tiempo en que se apresuró, y al que pedía de más, se le sancionaba con una suma igual a lo que se había excedido. Es decir se trataba de sanciones procesales, de desventajas en la relación procesal.

No afirmamos categóricamente que la Plus petición es hoy una institución procesal del pasado, pero revisados casi todos los Códigos procesales redactados en los últimos cincuenta años, a excepción de la ley nuestra, ninguna otra regula la Plus petición de manera completa. Son distintos los casos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España de 1881 y el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Argentina), que regulan sólo la Plus petición por razón de cantidad.

Esto se debe a que la ciencia procesal ha considerado que la sanción a los excesos en la calificación del objeto de la pretensión, término con que se conoce a la petición en la ciencia procesal contemporánea, debe ser específica y correspondiente con la naturaleza del exceso.

Así, el defecto de la petición por razón de lugar, constituye a la fecha una afectación a un Presupuesto Procesal, la Competencia, de allí que quien lo haga está expuesto a que el emplazado deduzca —con éxito— una excepción de incompetencia o una contienda de competencia. Si el error en la petición está en el tiempo en que lo hizo, el actor ha agravado una Condición de la acción, el interés para obrar o interés procesal; en tal situación no debe esperar jamás un pronunciamiento válido sobre el fondo, esa es su sanción.

Finalmente, si el exceso de la petición estuviese en la cantidad, en el caso que el actor ganara y el exceso fuese diminuto, simplemente éste (el exceso) no formará parte de la decisión amparada; pero si fuese considerable, además se sanciona al actor con el pago de las costas; así lo hace el Código argentino antes citado.

Podemos enumerar algunas conclusiones preliminares respecto de lo que es la Plus petición. En primer lugar se trata de un medio de defensa usado por el demandado para cuestionar un exceso en la petición por parte del actor. Otra conclusión es que la Plus petición puede ser deducida en cualquier proceso.

Asimismo, siendo un medio de defensa con efectos específicos, es necesario para su uso que el ordenamiento procesal lo tenga regulado. También se puede concluir que la Plus petición es una institución procesal a la fecha en desuso, dado que la doctrina —confirmada por la revisión de la legislación comparada— ha regulado otro tipo de sanciones a los supuestos de Plus petición, dejando a esta sin efectos y, en consecuencia, determinando su virtual desaparición, salvo el caso de la Plus petición de cantidad.

Siendo la Plus petición una institución de antigua data, pasemos a describir sus antecedentes en la legislación nacional, para después intentar comprender qué es lo que a fines del siglo XX recibe en el Perú el nombre de Plus petición.

La Plus petición en la legislación nacional

El Código de Enjuiciamiento en Materia Civil de 1852, nuestro primer ordenamiento procedimental civil republicano¹, reguló la Plus petición (Art. 1133)² sin llamarla así, pero con tal claridad y precisión que la omisión bien puede pasar desapercibida:

El Código dice que la plus petición debe ser deducida como excepción (Art. 619, inc. 6ª y 8ª). Es decir, de la manera como fue deducida por todas las ejecutadas en el presente caso. Por cierto, la excepción de Plus petición sólo tuvo vigencia en el Perú hasta 1912, de allí que no sea correspondiente a la fecha su interposición a través de una excepción.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de España de 1881, ordenamiento que sirvió de modelo a nuestro Código vigente, regulaba y reguló la Plus petición en su Art. 1466³ ("También podrá el ejecutado fundar su oposición alegando la Plus Petición o el exceso en la computación a metálico de las deudas en especie").

Advertimos que la Plus petición tiene en la Ley española el mismo contenido que se le signó en sus orígenes. Es decir, se trata simplemente de una forma de oposición que permite —de ser amparada—, reducir la ejecución en el monto que se cobró indebidamente. Si hubiera un rasgo peculiar, este sería que la Plus petición está ubicada sistemáticamente en el libro referido al proceso ejecutivo. Sin embargo, lo más destacable es que la Plus petición carece en absoluto del rasgo compulsivo y sancionador que se le da en el Perú.

La Plus petición después del Código de 1852 y antes del Código vigente

La Ley del 28 de diciembre de 1896, derogó la vía procedimental recogida en el Código de Enjuiciamiento en Materia Civil de 1852 sobre el proceso ejecutivo. Esta ley no regula la Plus petición como forma de oposición en el estilo planteado por la ley española.

Sin embargo, esta norma incorpora por vez primera al sistema jurídico nacional, la figura de la multa⁴. El referido artículo concede la multa sólo ante supuestos de hecho —a ser probados en el proceso— muy concretos y específicos: cuando el acreedor ha dado personalmente por cancelada la deuda o negase haber recibido una cantidad a cuenta de ella. Por otro lado, la norma sanciona al acreedor malicioso con una multa equivalente al valor de la deuda que haya pretendido volver a cobrar.

La Plus petición en el Código de Procedimientos Civiles de 1912

El Código vigente —antes de sufrir los retoques cosméticos que con abuso del lenguaje suelen llamarse reformas—, fiel a su modelo —la ley española de 1881—, reguló la Plus petición (Art. 663)⁵ formando parte de la oposición con que el deudor se defendía en el proceso ejecutivo.

1 Antes de su vigencia el Perú solucionó sus conflictos de naturaleza civil con la ayuda de la "Novísima Recopilación" y otros comentarios jurisprudenciales como el famoso "Cuadernillo de Guzmán" y la "Culia Filipina", obra escrita, se dice, por un peruano que oficiaba de ujier de la Audiencia de Lima famoso Revia Bolaños.

2 "Art. 113. El que interponga demanda ejecutiva para el pago de una deuda que personalmente hubiese cancelado, o negase alguna cantidad que hubiese recibido por cuenta de ella, será condenado a pagar al ejecutado una multa equivalente al valor de la deuda o de la cantidad que por cuenta de ella hubiese recibido".

En el mismo año de la promulgación del Código, el jurista nacional Juan José Calle definía así la Plus petición: "Se llama plus petición la acción de pedir más de lo debido, o el exceso que comete el actor pidiendo más de lo que se le debe".

Por otro lado, el Código vigente regulaba en su formato original la multa prescrita en el Art. 11º de la Ley de 1896, prácticamente en los mismos términos de ésta, es decir, repitiendo los supuestos de hecho y la sanción.

Sin embargo, cuando el ejecutante demandaba el cobro de sumas no adeudadas por concepto de pago de arrendos (de bienes muebles o inmuebles), se la sancionaba con un monto igual al doble de la cantidad indebidamente reclamada³. Esta sanción más grave debió originarse en el hecho que el proceso de pago de arrendos en vía ejecutiva, no requiere de instrumento con mérito ejecutivo, sólo basta la afirmación del ejecutante que la deuda existe y su monto. En tal sentido, el agravio que producía el uso indebido de la vía ejecutiva, era claramente imputable a la conducta del actor.

Entonces el Código vigente, en su formato original, distinguía la Plus petición en su acepción tradicional y correcta, de la sanción por conducta dolosa, distinguiendo incluso la gravedad de ésta, regulando por ello cada figura de manera separada y clara. Esto se ratifica con la lectura de la Exposición de Motivos del Código vigente, la que se refiere separadamente a la Plus petición y a la multa por conducta dolosa⁴.

Incluso es de apreciar en el mismo Código una tendencia a conceder un efecto especial al amparo de una Plus petición por cantidad: así, como lo hacen los Códigos contemporáneos, sanciona al actor con el pago de las costas, si se manda adelantar la ejecución por suma menor a la demandada, como consecuencia de la defensa hecha por el ejecutado⁵.

Curiosamente el legislador no fundamenta las razones por las que duplica la multa en el caso del pago de arrendos, por lo que nos quedamos con la hipótesis expresada anteriormente sobre este tema.

En definitiva, antes de la dación del Decreto Ley N° 20236 —que derogó la tramitación prevista en el Código vigente sobre proceso ejecutivo—, el ordenamiento nacional no sólo tenía clara la diferencia entre la Plus petición y la multa por pretensión indebida en casos concretos, sino que además, estableció un criterio distinto en la aplicación de la multa, al prescribir un supuesto en el que el monto de la sanción debía ser el doble de lo indebidamente cobrado.

La Plus petición en el Decreto Ley N° 20236

En la línea de los antecedentes normativos descritos desde 1896, la citada norma regula separadamente la Plus petición y otras formas muy específicas de sanción que requieren explicación.

La Plus petición está regulada en el Art. 25º de dicha Ley. Como en los casos anteriores, la norma le da a la Plus petición el contenido con que apareció, es decir, como una forma de oposición, sin precisar su naturaleza

o supuestos de aplicación. Tal vez la diferencia con los antecedentes es que no puede intentarse la Plus petición como excepción, desde que no se encuentra en la enumeración taxativa del Art. 312º del Código de Procedimientos Civiles. Fuera de ello, no es posible saber qué tratamiento recibe actualmente la Plus petición, ya que la norma no prescribe nada adicional al respecto.

En cambio el tema de la multa está regulado en tres artículos 37º, 38º y 39º.

Los artículos 37º y 39º del Decreto Ley N° 20236

El Art. 37º no es otra cosa que una transcripción del Art. 678º del Código de Procedimientos Civiles. Regula el caso del ejecutante que con malicia le imputa al ejecutado la calidad de arrendatario incumplido. Las razones ya referidas en torno a la gravedad de la conducta del actor, determinaron que la multa fuese *doblada*, posición que fue ratificada en el Decreto Ley 20236.

El caso del Art. 39º es distinto. El legislador de 1973 incorporó un nuevo instrumento con mérito ejecutivo (la copia certificada notarial del acta de la Junta de Propietarios de edificios de propiedad horizontal). Este documento no es un título valor ni un instrumento público. Siendo entonces posible que el actor pueda abusar de la falta de formalidad del documento, decide regular una sanción en caso éste se exceda. Así, si el ejecutado prueba que ya pagó, el actor deberá pagarle una suma *igual a la que demandó indebidamente*.

- 3 Calle, Juan José "Código de Procedimientos Civiles", Tipografía de "El Lucero", Lima, 1912, pág. 346.
- 4 "Art. 678º. El demandante que abusando de la facultad contenida en el Art. 578º, cobra sumas que no se le adeudan, será multado en favor del demandante en una cantidad igual al doble de las cantidades indebidamente cobradas".
- 5 Comité de Reforma Procesal "Exposición de Motivos del Código de Procedimientos Civiles" Imprenta Torres Aguirre, Lima, 1969, págs. 129 y 135.
- 6 "Art. 679º. Si se manda adelantar la ejecución por suma menor que la demandada, en virtud de la defensa hecha por el ejecutado, queda éste exento del pago de las costas causadas hasta que se ejecutante la sentencia; pero son de su cargo las posteriores".
- 7 "Art. 25º. Si el demandado formula oposición a la ejecución, debe proponer al formulante todas las excepciones que le favorecen y/o deducir la nulidad o falsedad de la obligación o del título ejecutivo, la plus petición y el exceso en la conversión, a que se refiere el Art. 21º, exponiendo los hechos y fundamento de derecho en que se apoya".
- 8 "Art. 37º. El demandante que abusando de la facultad contenida en el Art. 11º, cobra arrendamientos que no se le adeudan, será multado en favor del ejecutado en una cantidad igual al doble de las cantidades indebidamente reclamadas".
- 9 "Art. 39º. El ejecutante en el caso a que se refiere el inciso 1º del Art. 2º, sufrirá una multa igual a la cantidad reclamada, en caso de probarse por el ejecutado que ha pagado al ejecutante la suma materia de la ejecución".

El artículo 38º del Decreto Ley N° 20236¹⁶

En principio, de lo dicho queda claro que esta norma no contiene la Plus petición. Sin embargo, dado que en el panorama nacional a esta institución se le ha identificado con este artículo, deviene importante analizarlo para conocer su real contenido.

El primer tema es su carencia de antecedentes legislativos nacionales y extranjeros: no hemos encontrado casos de esta duplicación de la pretendida indebidamente y su calificación como ilícito penal en la legislación comparada.

El segundo tema es que el legislador del Decreto Ley N° 20236, tuvo perfectamente clara la diferencia entre Plus petición y esa otra figura que reguló en los artículos 37º, 38º y 39º. Si después se ha producido un equívoco llamando Plus petición a lo que contiene la norma en estudio, este no ha sido provocado por el legislador.

El tercer tema es que esta institución inominada contenida en la norma estudiada, es radicalmente distinta a las reguladas en los Arts. 37º y 39º que, como hemos visto, difieren también entre sí. La norma jurídica contenida en el Art. 38º, se caracteriza por acumular dos sanciones de naturaleza distinta contra el actor malicioso, por un lado le aplica una sanción de naturaleza patrimonial y, por otro, deja expedito el inicio de un proceso penal, es decir, califica como delito el comportamiento procesal del actor.

Podemos concluir que el artículo 38º, rompiendo los antecedentes legislativos y contra la opinión unánime de los comentaristas nacionales, no sólo no contiene a la Plus petición, sino que además tampoco se trata del caso de la multa y su variante, que sí aparecía en la Ley de 1896, en la regulación original del Código vigente, y que aún aparece en el mismo Decreto Ley N° 20236.

Aspectos especiales del Art. 38º del Decreto Ley N° 20236

Siendo una institución novedosa, describamos otra vez sus rasgos peculiares para interior descubrir de qué se trata.

a) La norma contiene como supuestos de hecho, dos casos identificados y precisos de conducta maliciosa del actor.

b) El legislador ha considerado que estos casos de conducta maliciosa del actor tienen tal gravedad, que al margen de ocurrir al interior de un proceso civil, constituyen actos delictuales.

c) Llegado el legislador a la conclusión anterior, y atendiendo a que el delito ocurre dentro de un proceso de naturaleza civil-patrimonial, decidió sancionar al actor con una reparación patrimonial, a ser declarada y precisada por el propio juez civil, y

d) A efectos de confirmar su calificación de ilícito penal a la conducta maliciosa del actor, el legislador dispone que ésta debe ser el punto de partida de un proceso penal.

Apreciadas sus particularidades, intentemos nombrar a la institución contenida en el Art. 38º del Decreto Ley N° 20236. Desde la óptica procesal civil, nos parece se trata de una sanción civil reparatoria por ilícito penal. Es decir, tratándose de un delito cometido al interior de un proceso civil, el legislador decide sancionar patrimonialmente al actor al interior del mismo proceso, sin perjuicio de reafirmar expresamente que tal sanción no desconoce la naturaleza del delito, por lo que el proceso penal se encuentra expedito.

Aplicación de lo expresado al caso en análisis

1) La Plus petición y el Art. 38º del Decreto Ley N° 20236, constituyen dos instituciones sustancialmente distintas. La primera es una institución procesal anterior al desarrollo científico del proceso, consistente en un medio de defensa —generalmente bajo la forma de excepción—, concedido al demandado a fin de que cuestionara cualquier exceso en que podía incurrir el actor, por razón de tiempo, lugar o cantidad.

La segunda es una institución procesal que castiga la conducta procesal ilícita del ejecutante —determinada con precisión en la norma— con una doble sanción; por un lado una reparatoria, exigible al interior del proceso ejecutivo en donde se produce la conducta sancionable, y por otro, al calificarla conducta ilícita como delito, prescribe el inicio de un proceso penal contra el ejecutante malicioso.

2) El Art. 38º describe con precisión las dos conductas que son pasibles de doble sanción (del pago duplicado de lo dolosamente pretendido y de la punición a través de un proceso penal).

3) Si bien los ejecutados deducen la excepción de Plus petición, esta institución no aparece tramitada ni resuelta en ningún momento del proceso. Reflejando una tradición nacional en la materia, los jueces han considerado que la Plus petición aludida, es la institución regulada en el Art. 38º del Decreto Ley N° 20236.

Con esto se genera una confusión originada no en la costumbre que es fuente de derecho, sino en la práctica comúnmente generalizada que en nuestro medio equivale a la *chicana procesal*.

4) El fallo supremo del 2 de noviembre de 1988 —Antecedente N° 10—, afirma que el Banco actuó con "limeridad y malicia recusable...", al pretender hacerse pago de saldos deudores de contratos de cuenta corriente inexistentes. Sin embargo, hemos advertido que la severidad contenida en el Art. 38º, sólo es justificable por el hecho que el legislador ha identificado con precisión la conducta del agente merecedora de doble sanción.

NOTAS

10 "Art. 38º. El que en litigio en el caso del artículo anterior, interponga demanda ejecutiva para el pago de una deuda que personalmente ha dado por cancelada, o niega alguna cantidad que ha recibido por cuenta de ella, será condenado a pagar al demandado una multa equivalente al doble de la cantidad indebidamente reclamada, sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar".

Y del cotejo de los hechos probados con el artículo 38º, no encontramos que el Banco se encuentre en alguno de los dos supuestos de aplicación que la norma prescribe.

5) La referida ejecutoria hace mención a que el artículo 38º debe ser entendido en la perspectiva del derecho procesal civil y en especial la teoría general del juicio ejecutivo.

Sin embargo, no siendo propósito de este documento un recuento académico de lo que la doctrina enseña al respecto, debemos recordar que sobre el juicio ejecutivo no hay ninguna teoría. Simplemente se trata de un procedimiento originado en las necesidades comerciales de los Municipios Italianos de la Alta Edad Media, que logró en aquella época una gran difusión en Europa, pero que, sin embargo, sufrió prontamente las necesarias modificaciones de la doctrina, al convertirse en un procedimiento que al conceder cada vez una mayor defensa al deudor, devino en un trámite moroso y extenso.

Lamentablemente estas reformas no llegaron a la Península Ibérica, de allí que los países latinoamericanos que copiaron los procedimientos españoles del siglo pasado, lo hayan recibido con todas sus falencias. Por cierto, éste es el caso del Perú, en consecuencia, no es exacto hacer referencia a la aplicación de una concepción científica en la decisión citada.

A manera de conclusiones

a) En el procedimiento comentado se dedujo Plus petición, sin embargo, en ningún momento se le dio el trámite que a su naturaleza correspondía. Incluso, es perfectamente admisible que los mismos que la dedujeron no hayan pensado realmente en interponerla, sino más bien consideraron que estaban haciendo uso de la institución regulada en el Art. 38º del Decreto Ley N° 20234.

b) En el presente caso, no se presentaron los supuestos específicos previstos en el Art. 38º ya aludido, en consecuencia, todo lo ocurrido posteriormente debe ser entendido en el propósito de resarcir este error.

Lo que resulta importante determinar es si el órgano jurisdiccional es una institución que permite a las partes solicitar —las veces que crean conveniente y con los procedimientos que hubieran o los que se puedan crear—, la modificación de una decisión porque contiene un error o un vicio.

III. La vía procedimental utilizada para obtener un segundo pronunciamiento de la Corte Suprema

1. Encontrándose el procedimiento en estado de ejecución de la sentencia del 2 de noviembre de 1988 —Antecedente N° 10—, las ejecutorias solicitadas se requirieron el pago del doble de lo indebidamente demandado. Por Auto de 31 de enero de 1989 —Antecedente N° 12—, el Juzgado requirió al Banco el pago de lo ordenado por la Corte Suprema, precisando en su resolución que es el doble lo que se pretendió cobrar a Colmar S.A. y el doble de lo que se pretendió cobrar a las fadoras,

tal como aparece de la demanda, Auto de pago y de las sentencias recaídas en el procedimiento.

Reclán es éste el momento en donde aparece —con connotaciones extraordinarias— la falta de precisión sobre lo que había sido pretendido (demandado) por el Banco en el procedimiento.

2. Hay un hecho que las partes casi no discuten: la aplicación de la sanción de doble pago; por lo demás, en este rubro la sentencia suprema es categórica. La discusión se centra en torno a cuál es el monto que debe servir de base para aplicar la sanción.

Aquí surge un tema central: ¿es posible discutir y llevar ante la misma Sala Suprema, una decisión de ésta que se encuentra en ejecución?

3. Opinamos que la respuesta es afirmativa. La sentencia del 2 de noviembre de 1988 es para la doctrina procesal una sentencia firme, es decir, un fallo que a pesar de ser expedido por el máximo tribunal de justicia del país, es susceptible de ser cuestionado en un nuevo proceso, en el que se permita a las partes —por la extensión de este nuevo proceso llamado de cognición, aunque en el Perú sigamos llamándolo "juicio ordinario"— un uso completo de su capacidad probatoria.

Es decir, la evidente injusticia de ejecutar un fallo que amparaba una Plus petición que jamás se dio, que aplicó una norma (Art. 38º) cuyos supuestos de hecho no se presentaron, que dio por cancelada una deuda, sin que tal hecho haya sido probado ni discutido en el procedimiento; hacía perfectamente viable que el conflicto se volviera a decidir en un proceso ordinario.

Sin embargo, esta única posibilidad procesal de discutir válidamente la decisión injusta ante la propia Corte Suprema, no fue usada por el Banco.

4. También era posible deducir una petición de aclaratoria ante el juez de la ejecución (2do. párrafo del Art. 1078º del Cód. de Proced. Civiles). Incluso ir en apelación ante la Corte Superior —a la decisión recaída en la aclaratoria fuese contraria— por permitirlo expresamente el Art. 1094º del cuerpo legal antes citado. Sin embargo, el Banco tampoco usó este medio.

Lo dicho en el párrafo anterior sobre el límite de la aclaratoria, permite precluir que nuestro ordenamiento procesal ha recusado la posibilidad de aplicar la teoría de la interpretación auténtica. Esta consiste en permitir a las partes que, sólo en vía de petición de aclaratoria, soliciten que la misma persona o personas que tomaron el órgano jurisdiccional que expidió el fallo oscuro, sea(n) quien(es) lo preclue(n) o aclare(n).

5. Sin perjuicio de analizar en detalle qué hizo el Banco, importa resaltar que cualquier otra vía judicial que empleara iba a estar viciada. En primer lugar porque ser notificado en un procedimiento pre-constituido, es una manifestación del derecho a un debido proceso, que toda persona tiene en un Estado de derecho. Y luego, porque es la propia Constitución la que recuerda y exige el cumplimiento de tal derecho, en el inciso 1) del párrafo 20 de su Art. 2º.

6. El Banco empezó su cuestionamiento a la decisión pidiendo la nulidad del Auto que le requería el pago (Antecedente N° 13).

Oprimos que este fue el primer error. En efecto, el requerimiento estaba contenido en un Auto que había aplicado lo decidido por la decisión suprema. Siendo a criterio del Banco una aplicación equivocada, debió apelar de ella. Aún más, apareciendo de autos la complejidad de la decisión, el concesorio debía ocurrir en efecto suspensivo.

Por otro lado, la nulidad deducida podía ser de un grave defecto: no contar con el vicio que la sustenta. La interpretación que hizo el juez —equivocada a criterio del Banco— no es un vicio, es un error —concretamente un error de juicio— por tanto, la nulidad en nuestra opinión era inadmisibile.

No hacemos referencia al obstáculo legal planteado por el Art. 1154° del Código vigente —que niega discusiones en ejecución de sentencia—, debido a que su anacronismo es de tal proporción que no admite ser considerado un argumento.

7. Al ser declarada infundada la nulidad, el Banco apeló y el Juzgado le concedió la apelación en efecto suspensivo (llamado equivocadamente *doble efecto*).

Esta vez se trata de un error del juez. Los remedios y los recursos no admiten —salvo excepciones reguladas, que no es el caso— una relación gradual, es decir, si no funciona uno, queda el otro. Por tanto, si no fue recurrido el Auto que definió el tema del pago, no es lógico que se le conceda efecto suspensivo a la resolución que sólo denegó una nulidad contra el Auto que sí contenía la discusión jurídica.

8. Confirmado por la Corte Superior el Auto que declaró infundada la nulidad, el Banco interpuso Recurso de nulidad. Este fue declarado improcedente.

El párrafo anterior contiene una descripción lógica y progresiva de los actos procesales ocurridos. Sin embargo, es una descripción inexacta. Veamos por qué. Al margen de los actos irregulares que parecen haber ocurrido en la Sala Superior durante su tramitación, lo cierto es que el recurso de nulidad es declarado improcedente por dos vocales y es concedido por el otro.

Las resoluciones que recaen en los recursos no son necesariamente decretos (autos de trámite) o autos (autos interlocutorios). Su calificación depende de su contenido. Así, si una resolución deniega un recurso, será un auto, siempre que haya un proceso lógico o un discurso racional del juzgador para llegar a él; incluso esto puede ocurrir en aquellos casos en los que, existiendo duda sobre su aplicación, el juzgador lo concede, bastará que haya una elaboración mental reflejada en la resolución para que se trate de un auto. Sin embargo, en aquellos casos en que el concesorio o el denegatorio son simplemente reflejos de una aplicación normativa, estaremos ante un decreto (auto de trámite).

En el presente caso, el denegatorio fue dado por dos vocales y el concesorio por uno. Es decir, en aplicación

de lo dicho y su concordancia con el Art. 132° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no se produjo un pronunciamiento válido de la Corte Superior.

En consecuencia, lo relevante es que sobre el escrito del Banco en que interpone Recurso de nulidad, recayó una no-resolución, es decir un acto procesal de la Sala viciado en su esencia. Formal y válidamente el recurso no fue decidido por la Sala. Lo que se produjo fue una disputa incompleta —conocida con el nombre de *discordia*— que exigía la presencia de otro vocal, e incluso de alguno más, hasta que una decisión congruente con la norma antes citada hiciera resolución.

A pesar del vicio ocurrido y descrito, continuó el procedimiento de impugnación de ejecución de sentencia suprema iniciado por el Banco.

9. Dando por válido el Auto que declaró la *improcedencia del recurso*, el Banco interpuso *recurso de queja*. Este fue declarado *fundado*, contando para ello con cuatro votos conformes.

Vuelve el párrafo anterior a parecer una síntesis lógica y procesalmente correcta de lo ocurrido, sin embargo no lo es. Así, el Auto que declara fundada la queja y ordena se conceda recurso de nulidad, afirma que en la tramitación de este se han producido irregularidades que la Relatoría y un vocal se han encargado de detallar.

Siendo éstos los considerandos, lo lógico es que declarara la nulidad de lo actuado y ordenara a la Sala se pronunciara nuevamente respecto del recurso de nulidad, para conocer incluso si era procedente el recurso de queja. Sin embargo, insólitamente dichos considerandos sólo sirvieron para fundar la queja.

Incluso uno de los vocales que —aparentemente— concede la queja, en estricto no la hace. El citado vocal fundamenta su decisión diciendo que no se ha previsto correctamente el recurso de nulidad del Banco, por lo que su voto es porque se declaren nulos tanto la resolución que deniega el recurso (firmado por dos vocales), como la que lo concede (firmado por uno), expresando que sólo por y para ello considera fundada la queja.

La imprecisión en que incurrió o el uso indebido de su voto —él como juez supremo tiene potestad negatoria, por tanto, debió votar por la nulidad y no por la concesión del recurso—, sirvió para que lo que él expresamente quiso no ocurra, se produjera: que el procedimiento fuera visto respecto del fondo por la Sala Superior.

A manera de conclusión

1. Si bien la decisión suprema contenía una injusticia, ésta pudo ser reparada a través de un pedido de aclaratoria o un proceso contradictorio. Allí el Banco hubiera podido discutir sus derechos y las razones de la injusticia. Aún más, tratándose el segundo caso de un proceso lento y moroso como el ordinario, éste era el indicado para solicitar y obtener una medida cautelar de suspensión que impidiera a la otra parte ejecutar la

sentencia, hasta tanto no se decida en definitiva el nuevo proceso instaurado.

Estos medios fueron descartados, con lo que la injusticia del fallo supremo del 2 de noviembre de 1988, pasa a ser un argumento poco suficiente para comprender y admitir lo que ocurrió después.

2. La alternativa del Banco consistió en "crear un procedimiento de impugnación de sentencia suprema", destinado a obtener otra interpretación de la que había dado el juez al fallo supremo. Este camino no previsto, lo condujo a obtener una interpretación del mismo órgano supremo que expidió el primer fallo.

Por cierto lo obtenido no sólo es irregular, sino que se trata de un procedimiento viciado, que además de afectar la estructura esencial de un proceso, también agrava el derecho a un debido proceso y, por cierto, lo que literalmente expresa la Constitución al respecto.

3. El Banco empezó el procedimiento equivocando el uso de los medios impugnatorios (recursos y remedios).

4. El procedimiento inválido sufrió una interrupción en su desarrollo lógico, que regularmente hubiera significado su fin. Esto ocurrió cuando no se concedió ni se denegó el recurso de nulidad: sin embargo, un recurso de queja sin sustento legal ni doctrinal, "enmendó el pericance" y determinó la continuación del procedimiento.

En definitiva, se llega a la sentencia a ser comentada en base a un procedimiento inexistente —y por eso viciado—, en donde además, se producen en su interior otra suerte de vicios y errores que confirman la defecación total del medio utilizado.

IV. Comentario a la sentencia del 10 de setiembre de 1990

1. El primer tema a considerar es la naturaleza de la sentencia. Se trata de un fallo supremo que "interpreta" otro fallo supremo, ¿ésto es admisible en proceso civil?

Se ha expresado que la sentencia del 4 de noviembre de 1988 tenía dos formas de ser cuestionada: el proceso contradictorio y el pedido de aclaratoria. Ciertamente el primero no conduce a una interpretación de la sentencia que se contradice, sino a su anulación. En cambio el pedido de aclaratoria, sí permite la interpretación de la sentencia.

2. Aceptada la posibilidad de interpretación de la sentencia a través del pedido de aclaratoria, conviene precisar que a pesar de estar normado en nuestro ordenamiento procesal civil (Art. 1078°), dicho medio no fue utilizado por el Banco. En consecuencia, si la única vía prevista para obtener válidamente una interpretación de la sentencia del 2 de noviembre de 1988, no fue usada, debemos concluir que estamos ante una sentencia viciada.

Conviene ratificar que nuestro ordenamiento procesal no regula la interpretación auténtica de la

sentencia. Lo que significa que en el presente caso, aún en la hipótesis negada que el Banco hubiera deducido el pedido de aclaratoria, jamás hubiera podido llegar a través de él a la Corte Suprema, de conformidad con los Arts. 1078° (2da. párrafo) y 1094° del Cód. de Proc. Civiles.

3. Una vez expedido un fallo —con mayor razón si es supremo— el mismo órgano jurisdiccional que lo dio ya no puede variar o modificar su decisión, agotó su poder. Sin embargo, la sentencia es un acto humano, ergo, susceptible de error, falta de claridad o plenitud (deja algo sin resolver, por ejemplo).

Para los errores en las resoluciones están los recursos; para la falta de claridad o plenitud está el **pedido de aclaratoria**. Colombo¹¹ define este último así: "... es uno de los medios por los cuales las partes tratan de lograr que la sentencia cumpla su función de resolver el proceso de modo expreso, positivo y preciso, con arreglo a las acciones deducidas en juicio, depurándola de errores materiales, oscurecidos y omisiones acerca de las profesiones oportunamente deducidas y discutidas".

Por lo demás, resulta pertinente precisar que el **pedido de aclaratoria** no es exactamente recurso, como suele llamarse en el Perú, por tradición derivada de la literatura procesal argentina de comienzos de siglo (Jofré¹², Máximo Castro¹³ y Alsina¹⁴).

Esta precisión es importante porque los recursos tienen por objeto un nuevo examen de la resolución a fin de anularla o revocarla y sustituirla por otra, por contener un error o vicio. En cambio la **aclaratoria** no impugna la sentencia, porque quien la deduce no considera está equivocada, tampoco pide su nulidad o su revocatoria o sustitución por otra; por cierto mucho menos aspira a modificar su contenido. La **aclaratoria** sólo persigue eliminar una deficiencia en la expresión. Como lo expresa Calamandrei¹⁵ la aclaratoria "sirve para enmendar un defecto en la expresión", mientras que los recursos "sirven para enmendar un defecto de voluntad".

Lo expresado significa que aún admitiendo la posibilidad de **interpretar la sentencia** a través del **pedido de**

NOTAS

- Colombo, Carlos J. "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotada y concordada" Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, t. II, pág. 67.
- Jofré "Manual de Procedimiento Civil y Penal" 5ta. ed., t. IV, Buenos Aires, 1943, págs. 208 y 241.
- Castro, Máximo "Curso de Procedimientos Civiles", Buenos Aires, 1927, t. II, págs. 217 y 238.
- Alsina, Hugo "Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial" Ed. EDIAR, Buenos Aires, 1942, t. II, págs. 604 y 639.
- Calamandrei, Piero "La Casación Civil", Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1946, t. II, pág. 226, nota 24.

de claratoria, ésta no permite modificarla. La sentencia es —como también enseña Calamandrei¹⁶— un típico acto de voluntad, por tanto, una aclaratoria que sólo sirve para precisar el contenido de una sentencia, no afecta la decisión volitiva contenida en ella.

4. A pesar de todo lo dicho, cuando la sentencia comentada entra a analizar y decidir, por ejemplo, la naturaleza y consecuencias de las obligaciones de los fiadores, más allá de la bondad de su argumento, está modificando en el fondo de la sentencia, es decir, se está excediendo en los límites de su posibilidad interpretativa que, como se ha apreciado, no va más allá de hacer entendible la decisión primera.

5. La sentencia comentada admite que en la sentencia que interpreta, no se discutió ni probó nada referente al tema de si existe deuda o no, incluso ratifica que este asunto debe ser visto en otro proceso. Sin embargo, al final "interpreta" qué monto debe tenerse en cuenta para fijar el doble pago.

Pero si la sanción de doble pago se aplica sobre lo que se demandó indebidamente y en el proceso no se ha precisado siquiera si hoy deuda o no, ¿cómo llegó la sentencia interpretativa al monto que debe ser duplicado porque fue demandado indebidamente? Ciertamente la respuesta —cuálquiera que sea— es de difícil fundamento.

6. Al referirse al doble pago, la sentencia expresa: "... es el caso dar inevitable cumplimiento a dicho fallo en armonía con el artículo 233º, inc. 1º de la Constitución...". Este considerando tiene dos aspectos destacables.

Por un lado, la frase "inevitable cumplimiento" trasunta una suerte de obligación o fatalismo en la decisión. Es como si la Corte sintiera que hubiera sido mejor no decir nada sobre el doble pago, pero que el deber de juzgar los obliga a tomar una decisión.

Si así fuera, sería un presupuesto lamentable para decidir un conflicto, la jurisdicción es un poder-deber, quien lo ejerce lo hace con exclusividad e independencia, por eso es un poder, pero a su vez, quien lo tiene no puede sustraerse a tal función, dado que esta intrínsecamente contiene un deber. Mal destino el de aquel Poder Judicial donde sus jueces sienten que deben sentenciar sólo porque las circunstancias los obligan.

Por otro, la norma constitucional citada dice que es garantía de la Administración de Justicia: "1º. La prohibición de revivir procesos fenecidos". Sin embargo, cuando la sentencia analizada, se pretexta de interpretar modifica el fallo supremo anterior, está afectando justamente la norma constitucional que le sirvió de sustento para pronunciar sobre el doble pago.

Incluso al referirse a la necesidad de absolver el recurso de nulidad, dice el fallo comentado que debe hacerlo necesariamente "pronunciándose sobre el fondo". Con esto se ratifica que la decisión suprema comentada no es una sentencia interpretativa, sino una segunda sentencia que vuelve a resolver un proceso ya decidido.

7. Precisamente al haber referencia a los aspectos procediales irregulares ya citados, los que sirvieron para conceder el recurso de nulidad, el fallo analizado admite la existencia de vicios en dicho trámite, de otra manera no puede entenderse la frase: "con prescindencia de cualquier aspecto formal o procesal al respecto, ...".

El tema trascendente es si el máximo tribunal de justicia del país puede considerar que el incumplimiento y agravio de un conjunto de normas y principios procesales —estos últimos de naturaleza constitucional—, constituyen aspectos poco significativos para reparar en ellos, en un proceso que van a definir —esta vez— en última instancia. No se trata —como puede advertirse de lo descrito con anterioridad—, del agravio a normas que regulan el cumplimiento de formalidades, sino de normas y principios que hacen posible estructurar válidamente una relación jurídica procesal. Por eso es difícil aceptar un considerando como el comentado.

8. El fallo analizado dice: "que de la lectura de la demanda, ... aparece que el Banco demanda ejecutivamente a Colmar, ... para que le pague la suma de seis mil millones, ... importe del saldo deudor de cuenta corriente, ...".

Este considerando sería impecable, si no fuese porque se afirma que en la demanda aparece como pretensión únicamente la descrita en el párrafo anterior, dirigida a la empresa Colmar S.A.

No queda la menor duda que fue un grave error demandar a los fiadores por el monto de la fianza —siendo este mayor que la obligación garantizada y no habiendo pacto en tal sentido—, sin embargo, este defecto no sirve para dar a la demanda una lectura distinta a la que tiene. En realidad, es indudable que se demandó a los fiadores por el monto de sus fianzas, como lo es que el Auto de Pago así lo recoge y, lo que es más, como que así fue asumido por todos los intervinientes en el trámite del proceso, hasta llegar a su ejecución.

En consecuencia, cuando el fallo supremo lee la demanda como lo ha hecho, está interpretando el fondo del fallo anterior, es decir, está excediéndose en su posibilidad de decisión.

9. Dice también el fallo comentado que al querer las instancias inferiores ejecutar la sentencia (aplicar el doble pago al demandado a Colmar y a los fiadores), se ha producido una "... desnaturalización que se explica por el errado auto de pago...".

Tal afirmación, sin embargo, no es correspondiente con lo que aparece del proceso. No sólo la demanda y el Auto de pago se refieren a los ejecutados (en plural), también la sentencia de primera instancia, la de

NOTAS

16 Calamandrei, Piero "Estudios sobre el proceso civil", Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, págs. 67 y 68.

la Corte Superior y la de la Corte Suprema —tanto la que declara improcedente la demanda, como la que completándola ampara el doble pago—, ratifican lo resuelto en primera instancia que, a su vez, es sólo un reflejo de lo contenido en el Auto de pago que, por lo demás, ya recibía sobre sí la autoridad de una resolución consentida.

Esto significa que la sentencia comentada no sólo interpretó en exceso como ya se probó, sino que además llega a una decisión que es contradictoria con todo lo decidido por los jueces que intervinieron en el proceso en todo su transcurso, y también con lo que las partes consintieron en el mismo trayecto.

10. En otro considerando, la sentencia analizada expresa lo siguiente: *"que además si el Banco hubiera pretendido accionar directamente contra los garantes exigiéndoles obligación distinta a la del obligado principal... hubiera tenido necesariamente que adjuntar a su demanda el recaudo correspondiente..."*.

Se afirma que los fiadores no pueden ser ejecutados porque ningún instrumento con mérito ejecutivo los acredita como tal. Sin embargo, el Auto de pago corre en el expediente a fojas 206, debido a que el Banco recaudó a su demanda no sólo las siete letras de cambio que contenían el saldo deudor de las cuentas corrientes, sino también los testamentos que contenían

los contratos de fianza cuya ejecución también demandó.

Siendo tales testimonios instrumentos públicos, aparece concluyente que sí se recaudó lo necesario para entender como ejecutadas a los fiadores, de conformidad con el Inc. 2º del Art. 2º del Decreto Ley N° 20236. Curiosamente ésta fue la norma citada por el fallo supremo para sustentar *la falta de instrumento con mérito ejecutivo contra los fiadores (7)*.

11. Se trata —en el contexto de lo analizado— de una crítica secundaria, pero resulta notoria en la sentencia comentada la falta de uso de categorías procesales básicas. En lugar de ellas encontramos frases como: *"... se desestimó la acción ejecutiva..."*; *"... fue materia de acción ejecutiva"*; *"...recurso de interposición de demanda"*, ... entre otras.

Incluso en todas las ocasiones en que se cita el fallo supremo que se interpreta, se le denomina *Ejecutoria Suprema*. Sin embargo, la palabra *ejecutoria* se usa en doctrina procesal para calificar a la decisión judicial que teniendo la autoridad de la cosa juzgada, está expedita —sin nada de por medio— para ser ejecutada. Siendo así, resulta tónico que la sentencia comentada llame *ejecutoria* a la sentencia suprema anterior, la que no sólo no puede ejecutarse, sino que ella misma la está variando en el fondo.

A MANERA DE CONCLUSION

1. Habían dos maneras de cuestionar la decisión suprema contenida en la sentencia del 2 de noviembre de 1988. Por un lado la interposición de un pedido de aclaratoria, dada la oscuridad expresiva (no volitiva) de la decisión y, por otro, el inicio de un proceso de contradicción de sentencia, incluso hubiera sido factible el uso de ambos medios procesales en el orden descrito.

No hacemos referencia al uso de un procedimiento incidental de liquidación porque éste no es pertinente al procedimiento en estudio. No lo es porque la operación aritmética para liquidar la obligación a ejecutar en el presente proceso era demasiado sencilla, se trataba simplemente de duplicar el monto de lo indebidamente demandado. El conflicto está dado precisamente por lo que se entiende como monto demandado **indebidamente**, y éste sin duda no es un dilema numérico.

2. El Banco no pidió la aclaración ni la impugnación de la sentencia por las dos formas admisibles. Para cuestionar su ejecución creó un procedimiento. Dicho "trámite" afecta principios esenciales de derecho procesal civil, dando lugar a la configuración de un procedimiento inválido. Además, existe la prohibición del inciso 1) del parágrafo 20 del Art. 2º de la Constitución.

3. Adicionalmente a su invalidez, el procedimiento que condujo por segunda vez el conflicto ante la Corte Suprema —en estricta concordancia con su carácter de viciado—, estuvo plagado de actos irregulares que —conviene precisar— fueron advertidos por varios jueces, quienes lo manifestaron a través de votos singulares.

4. Prescindiendo de la invalidez del procedimiento utilizado, el segundo fallo supremo sólo era admisible para permitir al juez executor o a la Sala Superior, interpretar la decisión anterior. Entendiéndose en este caso por interpretar, el acto de aclarar y precisar los alcances del primer fallo.

Sin embargo, como se ha demostrado, el fallo comentado excedió su facultad interpretativa y pasó a

analizar y modificar el fondo; además, decidió de manera distinta a como lo habían hecho las Instancias inferiores.

5. El exceso analizado y las irregularidades del "procedimiento" descritos en este artículo, permiten afirmar que se trata de un fallo viciado.

6. Desde la perspectiva de la función social de la jurisdicción, la sentencia comentada genera una sensación de indefinición en las decisiones judiciales que es perjudicial para la Administración de Justicia, cuya relación con su Comunidad, por lo demás, ya se encuentra afectada por la desconfianza.

La situación es tan negativa en este aspecto, que nada garantiza que quien se sienta afectado con la decisión suprema comentada, pueda iniciar un proceso de contradicción de sentencia, y así sucesivamente.

Si el fin más importante del proceso civil es el logro de la paz social en Justicia, la presencia de procedimientos creados después del conflicto y signados por su inutilidad, constituyen la antítesis del fin deseado.

7. Finalmente, un intento de explicación a las razones por las que fue expedido el fallo comentado, puede ser el deseo de evitar se protocolice una **injusticia** derivada de la **indebida y excesiva** sanción de doble pago de la demandado, contenida en el fallo supremo modificado.

Sin embargo, la sentencia es un acto humano, en consecuencia, más allá de todas las coberturas que el Derecho provea para su revisión, siempre habrán algunas que alcanzarán la calidad de definitivas, sin que haya habido interés en su elaboración. Es el precio que todos debemos de pagar por someternos a la Justicia de los hombres. Mientras no descubramos algún sistema mejor, tenemos que someternos a ella, o habremos fracasado como sociedad organizada en base a un Estado Social de Derecho.

PIEZA PROCESAL N° I

CONVENIO DE PAGO

CUARTO.— Una vez firmado el presente convenio, quedarán cancelados íntegramente las obligaciones vencidas y por vencerse, a cargo de las compañías Colmar Empresa Pesquera S.A. y Colcargo Empresa Naviera S.A.

Cualquier tipo de garantía genérica o específica otorgada por las compañías del Grupo Olguín y/o por el propio señor Carlos A. Olguín Uta, en respaldo de las deudas al Banco de Crédito del Perú de Colmar y Colcargo a que se refiere este contrato, serán devueltas y/o canceladas a la firma del presente convenio.

Para que surta efecto lo estipulado en este contrato y, especialmente, lo indicado en los párrafos anteriores de esta cláusula, las embarcaciones mencionadas y detalladas en el Anexo "A", deberán necesariamente estar libres de toda carga, gravamen y medidas judiciales o extrajudiciales que limiten su libre disponibilidad. Asimismo, el señor Carlos Olguín Uta deberá contar con las facultades correspondientes, debidamente inscritas en el Registro Mercantil de Lima, otorgadas por las Compañías Intervinientes en este contrato.

PIEZA PROCESAL N° II

DEMANDA EJECUTIVA INTERPUESTA POR EL BANCO DE CREDITO DEL PERU CONTRA COLMAR EMPRESA PESQUERA S.A. Y OTROS SOBRE PAGO DE DINERO

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA:

BANCO DE CREDITO DEL PERU, debidamente representado por el doctor Jorge Luis Kossuth Maccera, con L.E. N° 2291099, según poder inscrito en los as. 3345 y 3391 de fs. 664 y 687 del tomo 359 del Registro Mercantil de Lima, señalando domicilio legal en el Ilustre Colegio de Abogados de Lima, Palacio de Justicia, Cuarto Piso, Casilla de Abogado N° 15, atentamente decimos:

1. Que, interponemos demanda en la VIA EJECUTIVA contra la firma COLMAR EMPRESA PESQUERA S.A. con domicilio en Nicolás Aylón N° 1680, distrito de San Luis, Lima; a fin de que nos pague la suma de S/. 6,498'227.944.00 (SEIS MIL CUATROCIENTOS NOVENTIOCHO MILLONES DOSCIENTOS VEINTISETE MIL NOVECIENTOS CUARENTICUATRO Y 00/100 SOLES ORO), importe total de los saldos deudores de los siguientes siete Cuentas Corrientes contratadas con nuestro Banco: 1) Cuenta Corriente N° 157872 por S/. 6'362.955.00 (SEIS MILLONES TRESCIENTOS SESENTIDOS MIL NOVECIENTOS CINCUENTICINCO Y 00/100 SOLES ORO); 2) Cuenta Corriente N° 098434 por S/. 5.608'344.111.00 (CINCO MIL SEISCIENTOS OCHO MILONES TRESCIENTOS CUARENTICUATRO MIL CIENTO ONCE Y 00/100 SOLES ORO); 3) Cuenta Corriente N° 096975 por S/. 94'997.446.00 (NOVENTICUATRO MILLONES NOVECIENTOS NOVENTISETE MIL CUATROCIENTOS CUARENTISES Y 00/100 SOLES ORO); 4) Cuenta Corriente N° 097666 por S/. 439'265.814.00 (CUATROCIENTOS TREINTINUEVE MILLONES DOSCIENTOS SESENTICINCO MIL OCHOCIENTOS CATORCE Y 00/100 SOLES ORO); 5) Cuenta Corriente N° 098416 por S/. 55'890.684.00 (CINCUENTICINCO MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA MIL SEISCIENTOS OCHENTICUATRO Y 00/100 SOLES ORO); 6) Cuenta Corriente N° 157861 por S/. 242'761.350.00 (DOSCIENTOS SESENTIDOS MILLONES SETECIENTOS SESENTIUN MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y 00/100 SOLES ORO); y, 7) Cuenta Corriente N° 159870 por S/. 30'615.584.00 (TREINTA MILLONES SEISCIENTOS QUINCE MIL QUINIENTOS OCHENTICUATRO Y 00/100 SOLES ORO), cerradas y liquidadas con los 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 girado 7 (siete) letras de cambio a la vista, que han sido protestadas conforme lo acreditamos con las cambiales que presentamos y en las que aparecen las constancias de protesto por falta de aceptación asentadas por la Notaría del doctor Anibal Corvetto Romero.

2. La presente ejecución también la interponemos contra los fiduciosarios de la firma COLMAR EMPRESA PESQUERA S.A. y que son: Inmobiliaria Santa Manuela S.A.; Equimat

S.A., Inmobiliaria Yoc S.A.; estos tres con domicilio en Nicolás Aylón N° 1680, San Luis, Lima; Inmobiliaria Prof S.A., con domicilio en Gaspar Hernández N° 974, y don Carlos Holguín Ura, con domicilio en Guillermo Dansey N° 819, Lima, a fin de que nos paguen por esta misma obligación la suma de US\$ 2'000.000,00 (DOS MILLONES Y 00/100 DOLARES AMERICANOS), monto hasta el cual se obligaron según escritura pública de 24 de Diciembre de 1981, otorgada ante la notaría del doctor Ricardo Samanamud, instrumento público en el cual también se especifican las hipotecas que otorgan los fidejantes en respaldo de su fianza, cuyo testimonio cumplimos con adjuntar.

3. Igualmente la presente ejecución también la interponemos contra los siguientes fidejantes solidarios de la firma COLMAR EMPRESA PESQUERA S.A. y que son: COLCARGO EMPRESA NAVIERA S.A., INMOBILIARIA SANTA MANUELA S.A., OMNIBUS Y CAMIONES DEL SUR - COLSUR S.A., CAMENA DISTRIBUIDORA S.A., todos éstos con domicilio en Nicolás Aylón N° 1680, San Luis, Lima; y contra don Carlos Holguín Ura, con domicilio en Guillermo Dansey N° 819, Lima, a fin de que nos paguen por esta misma obligación la suma de US\$ 4'300.000,00 (CUATRO MILLONES TRESCIENTOS MIL Y 00/100 DOLARES AMERICANOS), monto hasta el cual se obligaron, igualmente, por escrituras públicas de 19 de Febrero y 7 de Julio de 1980, otorgadas ante el notario doctor Ricardo Samanamud, escrituras públicas en la que además figura la hipoteca naval sobre el Chalva V y cuyos testimonios cumplimos con acompañar.

Hacemos extensiva la ejecución a los intereses y comisión de ley al tipo del 60% más 2% anual de comisión o al tipo de interés autorizado por el Banco Central de Reserva del Perú al momento del pago capitalizado y que tenemos derecho a cobrar, de acuerdo a lo dispuesto en los Arts. 581, 583 y 584 del Código de Comercio, a los gastos notariales y a las costas del juicio.

Fundamos la acción en las siguientes disposiciones legales: Artículos 1233, Inciso 1°; 1775 y siguientes del Código Civil; en los Artículos 563 y siguientes del Código de Comercio; en los Artículos 17, 56, 58 de la Ley de Títulos Valores y en el Inciso 4° del Artículo 2° y Artículo 19° y siguientes del Decreto Ley N° 20236.

POR TANTO:

Pedimos a usted señor Juez admitir la presente demanda, tener por presentada la documentación indicada y por su mérito, dictar el auto de pago de conformidad con las disposiciones citadas.

OTROSÍ DECIMOS: Que, se requiera a los ejecutados para que dentro de tercero día señalen domicilio en esta capital dentro del radio urbano o nombren apoderado que los represente, bajo apercibimiento de ley.

OTROSÍ DECIMOS: Que, acompañamos la Boleta Única de Uligante así como las especies valoradas para las notificaciones que la ley establece.

OTROSÍ DECIMOS: Que, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 125 del Código de Procedimientos Civiles, no adjuntamos las copias de los recaudos arriba referidos ya que los mismos sobrepasan de 50 fojas que establece dicha disposición legal, en mérito de lo cual los documentos originales que acompañamos a nuestra demanda, se deberán poner de manifiesto en la oficina del cursor, por el término de tres días.

Lima, 29 de Marzo de 1984.

PIEZA PROCESAL N° III

AUTO ADMISORIO (DE PAGO) DE LA DEMANDA EJECUTIVA

Lima, seis de Abril de mil novecientos ochenta y cuatro.

Por presentada; en lo principal; con los documentos acompañados debidamente protestados; notifíquese a Colmar Empresa Pesquera S.A., para que al día siguiente de notificada abone al Banco recurrente, la suma de seis mil cuatrocientos noventa y ocho millones doscientos veintisiete mil novecientos cuarenta y cuatro soles; más intereses y comisiones pactados, gastos y costas que se le demande; asimismo notifíquese a los fidejantes inmobilia-

ta, don Carlos Olgún Lira, Inmobiliaria Yoc Sociedad Anónima, Camena Distribuidora Sociedad Anónima, Inmobiliaria Santa Manuela Sociedad Anónima, Omnibus y Camiones del Sur - Colsur Sociedad Anónima, Equimof Sociedad Anónima, Colmar Empresa Pesquera Sociedad Anónima, Calcargo Empresa Naviera Sociedad Anónima e Inmobiliaria Prol Sociedad Anónima, respectivamente formular oposición a la ejecución alegando que el día de junio de mil novecientos ochentidós se celebró un convenio privado multilateral de pago conviniéndose la cancelación íntegra de las obligaciones vencidas y por vencerse a cargo de las Compañías Colmar Empresa Pesquera Sociedad Anónima y Calcargo Empresa Naviera Sociedad Anónima y que cualquier tipo de garantía genérica y específica otorgada por el señor Carlos Olgún Lira o por las Compañías del denominado Grupo Olgún serían devueltas y/o canceladas a la firma del contrato; que en tal virtud ni la ejecutada principal ni los otros co-ejecutados le adeudan suma alguna al Banco por los conceptos demandados; deducen plus-petición para que al ejecutante se le apliquen las sanciones de ley; corrido traslado a fojas doscientos setentidós y siguientes el Banco ejecutante absuelve el trámite en forma negativa; abierta la causa a prueba actuada la ofrecida, y vencido el probatorio y expedida la causa para sentencia, el Juzgado pasa a expedir; y: **CONSIDERANDO:** que de conformidad con el artículo veinticinco del Decreto Ley veinte mil doscientos treinta y seis, la única oportunidad que tiene el ejecutado para deducir excepciones es al formular oposición dentro del término previsto por el artículo veinticuatro del citado dispositivo; que la excepción de falta de personería deducida por la ejecutada principal a fojas cuatrocientos sesenta y siete ha sido propuesta luego de vencido el término previsto por la ley, por lo que resulta improcedente por extemporánea, debiendo tenerse en cuenta, a mayor abundamiento, que con las instancias que corren de fojas cuatrocientos noventa y ocho a quinientos cinco, se ha acreditado la representación por el Banco ejecutante de don Jorge Luis Kassuth Maccoera; que las tachas propuestas por el Banco ejecutante a fojas una del incidente de fecha número dos respecto al documento que abra a fojas trescientos noventa y ocho del principal, así como por Colmar Empresa Pesquera Sociedad Anónima a fojas una del incidente número tres, por Equimof Sociedad Anónima a fojas una del incidente número cuatro, por Inmobiliaria Prol Sociedad Anónima a fojas una del incidente número cinco, por Calcargo Empresa Naviera Sociedad Anónima a fojas una del incidente número seis, por Inmobiliaria Yoc Sociedad Anónima a fojas una del incidente número siete, por Inmobiliaria Santa Manuela Sociedad Anónima a fojas una del incidente número ocho, y por Omnibus y Camiones del Sur Sociedad Anónima a fojas una del incidente número nueve, respecto del documento que abra a fojas doscientos noventa y nueve del principal, devienen improcedentes, por cuanto no están referidas a los defectos formales de dichos documentos, teniendo en cuenta además que su valor probatorio será apreciado por el Juzgador con sujeción a las reglas de la crítica; que de acuerdo con el numeral cuatrocientos cuarentidós del Código de Procedimientos Civiles, sólo está obligada a exhibir un documento la parte que lo tiene en su poder, de tal manera, que al haber manifestado la ejecutada principal, al formular oposición al mandato de exhibición a fojas seis del incidente respectivo, que no obra en su poder el documento referente a fojas sesenta y cuatro del principal cuyo exhibición se le solicita, resulta fundada la oposición al mandato de exhibición, aun cuando es necesario precisar que ello no constituye impedimento para que el Juzgador aprecie su valor probatorio con sujeción a las reglas de la crítica; **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, de manera que haya compensaciones sucesivas sin proceder a la liquidación hasta el cierre de la cuenta; que como lo señala Ripert, en su tratado elemental de Derecho Comercial, la cuenta se llama corriente porque registra sucesivamente una serie de operaciones; que en este sentido la Exposición de motivos del Código de Comercio explica, que los créditos y deudas que arrojan las operaciones que se efectúan en un determinado lapso, pierden su individualidad, su primitiva condición jurídica, para convertirse en partidos de Debe y Haber y es por esto que con acierto se dice que la cuenta corriente es un crisol dentro del cual se echan los créditos, los cuales se funden resultando de esta fusión; o que ambos estén sin deberse a que el uno es deudor del otro al cerrarse la cuenta; que si bien las operaciones reductoras de créditos y deudas destinadas a pasar a la cuenta corriente pueden ser de cualquier naturaleza, ésta, como también lo aclara la Exposición de Motivos del Código, no debe confundirse con la apertura de crédito en cuenta corriente que es, por su esencia, un préstamo; que por el contrato, el contrato de cuenta corriente, cuyas características esenciales consagra el artículo quinientos sesenta y siete del Código acotado, es un contrato especial, sui generis, que tiene caracteres propios y por el cual nace una situación completamente nueva y perfectamente definida para las partes, haciendo desaparecer la condición de acreedor o deudor, durante el curso de la cuenta hasta la liquidación definitiva; es por lo tanto elemento característico de este contrato, la indivisibilidad en que los créditos que forman la cuenta constituyen un solo todo, de tal manera que resulta extraño a su naturaleza íntimica que puedan efectuarse pagos parciales durante su vigencia, ya que mientras esté**

abierta la cuenta no puede hablarse de deudor o acreedor, pues ello sólo resultará al producirse el cierre de la cuenta, conforme lo dispone el artículo quinientos setentiseis del Código de Comercio; que si bien el artículo quinientos setenta y cinco del Código citado, establece que la existencia del contrato de cuenta corriente, puede acreditarse por cualesquiera de los medios de prueba admitidos por la ley, a excepción de la testimonial, es necesario tener en cuenta que se trata de un contrato bilateral para cuyo perfeccionamiento se requiere el consentimiento de ambas partes; que acreditada la existencia de este contrato, que debe participar de los elementos y características antes anotados, resultará aplicable, sólo en el caso de la cuenta corriente bancaria, el procedimiento establecido en el artículo quinientos ochentuno del Código de Comercio, para el reconocimiento y cobro del saldo resultante; que de los testimonios de las escrituras públicas corrientes de fojas seiscientos treinta y siete a fojas seiscientos cincuenta y dos, de fojas ciento noventa y tres a fojas doscientos dos, y copia simple corriente de fojas ciento setenta y cuatro a fojas ciento ochentuno, así como de los instrumentos obrantes de fojas seiscientos veinte a fojas seiscientos treinta y seis y de fojas seiscientos sesenta y tres a fojas seiscientos ochenta y seis, se desprende que el Banco ejecutante y la ejecutada principal celebraron diversos contratos y operaciones bancarias consistentes, en la constitución de hipotecas navales sobre las embarcaciones Chálwa I y Chálwa II para garantizar créditos o fianza del exterior así como las obligaciones que tenía o pudiera tener ante el Banco de Crédito, en el otorgamiento por el Banco ejecutante de fianzas ante Bancos del exterior para financiar parcialmente la adquisición por parte de la ejecutada principal de la embarcación Chálwa V y constitución de hipoteca naval sobre dicha embarcación, y en aperturas de créditos en cuenta corriente y créditos documentarios, con la participación de los demás co-ejecutados que se constituyeron en fiadores solidarios de la ejecutada principal por los montos y en la forma que en dichos instrumentos aparece; que sin embargo, el Banco ejecutante a quien le corresponde la carga de la prueba a tenor de lo dispuesto por el artículo trescientos treinta y siete del Código de Procedimientos Civiles, no sólo no ha acreditado que los diversos contratos y operaciones bancarias que las partes celebraron, hayan sido llevados recíprocamente a cuentas corrientes, sino que ha manifestado expresamente, como es de verse de su escrito que corre a fojas quinientos veintinueve, que en razón de la naturaleza específica de las operaciones crediticias contratadas por las demandadas, no existen contratos de cuenta corriente específicos referidos a los que son materia de la presente acción, sin que esta afirmación haya sido desvirtuada con la prueba que posteriormente aportó el Banco ejecutante con su escrito corriente de fojas seiscientos ochenta y siete a fojas seiscientos noventa, sino que por el contrario, conforme se explica en el mencionada escrito, el Banco ejecutante procedió simplemente a trasladar a las cuentas que allí se relacionan, los saldos deudores provenientes de los diversos contratos y operaciones bancarias celebradas entre las partes, para luego sin que se hubiere verificado movimiento alguno, efectuar el cierre de las cuentas y cobrar los mismos saldos deudores utilizando el procedimiento previsto en el artículo quinientos ochentuno del Código de Comercio, conforme es de verse de las cartas notariales, estados de cuenta y letras de cambio giradas a la vista que acompaña como recaudo de su acción y que en autos corre de fojas uno a fojas ciento sesenta y tres; que si bien los ejecutados no dieron respuesta a las comunicaciones que les pasó el Banco adjuntando los saldos deudores y el artículo quinientos ochentuno del Código citado, dispone que si no hallan respuesta del cliente durante el plazo allí previsto, se tendrán por reconocidos los saldos en la forma presentada, y sus saldos deudores o acreedores serán definitivos y exigibles, debe entenderse que para que tales efectos se produzcan deben derivar de un contrato de cuenta corriente ya que no puede haber efecto sin causa, de tal manera que si no existe el contrato de cuenta corriente o por lo menos si su existencia no está acreditada, no resulta viable el procedimiento previsto en el artículo bajo comentario; que por otra parte conforme se desprende del convenio de pago que las partes celebraron por documento privado de fecha dos de junio de mil novecientos ochenta y dos y que en autos corre de fojas trescientas a fojas trescientos dos y de fojas trescientos treinta y cuatro a fojas trescientos cuarenta, los diversos contratos y operaciones bancarias que las partes celebraron, no perdieron su individualidad; que en este sentido debe aclararse que si el Juzgado en este procedimiento que tiene como finalidad específica decidir sobre la acción ejecutiva derivada de contratos de cuenta corriente, no puede pronunciarse sobre las consecuencias y efectos del referido convenio de pago, no puede sin embargo, dejar de apreciarlo con sujeción a las reglas de la crítica en lo que resulte relevante para dirimir esta controversia; que de dicho documento aparece que como pago total de las obligaciones de la ejecutada principal y de Colcarigo Empresa Naviera Sociedad Anónima, el Banco ejecutante recibió dinero en la forma estipulada en la cláusula tercera y el producto de la venta o adjudicación de diversas embarcaciones que se encontraban hipotecadas en favor del Banco y, en la cláusula tercera, el Banco ejecutante declara que procede de inmediato, esto es a la firma del convenio, o hacerse pago parcial de la deuda mediante la remesa que de dos millones seiscientos mil dólares debía efectuar la firma Japonesa Mitsubishi Corporation, incluyendo intereses, según acuerdo de pago que se perfeccionó por escrit-

tura pública de fecha dieciocho de Mayo de mil novecientos ochentidós, extendida ante el Notario Ricardo Samanamud cuya copia simple obra en autos a fojas trescientos cuarentés y siguientes, declarando el Banco que a esa fecha ya había recibido dos millones treinta y ocho mil dólares americanos y posteriormente de los documentos que obran de fojas trescientos cuarentino a fojas trescientos cuarenticuatro aparece que en efecto, la firma Mitsubishi Corporation cumplió con remesar al Banco la suma total de dos millones seiscientos tres mil dólares americanos a satisfacción del Banco; que el pago parcial y la imputación al pago resultan extraños e incompatibles con la naturaleza intrínseca del contrato de cuenta corriente ya que conforme se señaló anteriormente, mientras existe la cuenta corriente no hay deudor ni acreedor y la indivisibilidad constituye elemento esencial de este contrato, de tal manera 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: que siendo esto así, la oposición formulada por los ejecutados deviene fundada, ya que el Banco ejecutante no ha acreditado que los saldos deudores que ha puesto a cobro derivan de contratos de cuenta corriente; que si bien el artículo treinta y ocho del Decreto Ley veinte mil doscientos treinta y seis establece que para que proceda la plus petición debe acreditarse, fehacientemente, que el ejecutante ha interpuesto demanda ejecutiva para el pago de una deuda que personalmente ha dado por cancelada o que niega alguna cantidad que ha recibido por cuenta de ella; que el hecho de que la oposición sea amparada y se desestime la ejecución, no conlleva necesaria e inevitablemente a la sanción del ejecutante si no se acreditan los presupuestos que el numeral citado exige para que exista la plus petición, que el ejecutado formula, ya que como sucede en el presente caso, 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; 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 fiadoras solidarias, pero 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 parciales que recibió a cuenta; que por lo 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 corresponda; que por estas consideraciones y estando a lo previsto por el artículo veintiséis del Decreto Ley veinte mil doscientos treinta y seis: **FALLO:** declarando improcedente la excepción de falta de personería deducida por Colmar Empresa Pesquera Sociedad Anónima a fojas cuatrocientos sesentisiete; improcedente las tachas instrumentales propuestas tanto por el Banco ejecutante como por los ejecutados en los incidentes respectivos que se agregarán a estos autos; fundada la oposición al mandato de exhibición formulada por Colmar Empresa Pesquera Sociedad Anónima en el incidente respectivo que también se agregará a estos autos; fundada la oposición a la ejecución formulada por los ejecutados a fojas doscientos cincuenticuatro, doscientos cincuentiséis, doscientos cincuentiocho, doscientos sesenta, doscientos sesentidós, doscientos sesenticuatro, doscientos sesentiséis, doscientos sesentiocho y doscientos setenta y, en consecuencia, **improcedente la demanda ejecutiva de fojas doscientos cuatro y siguientes incoada por el Banco de Crédito del Perú e infundada la plus petición deducida por los ejecutados al formular sus oposiciones a la ejecución, dejándose a salvo el derecho de las partes para que lo hagan valer en la vía que corresponde; y dejándose sin efecto la medida de embargo obrante en el incidente separado de su propósito; sin costas.**— entrelíneas.—no.—a.—corra. Fdo. Gina Norris Portugal H. Juez del Segundo Juzgado en lo Civil, ante mí, J. Chávez R. secretario.— Lo que hago saber a Ud. Lima, Junio seis de 1986.

PIEZA PROCESAL N° V

SENTENCIA DE LA CORTE SUPERIOR DE LIMA

DEMANDANTE: Banco de Crédito del Perú
DEMANDADO: Colmar Empresa Pesquera y Otros

Exp. N° 1724-86

Lima, veintinueve de Diciembre de mil novecientos ochentiséis.

VISTOS: interviniendo como Vocal ponente el Señor Chumbiavaca fías; con sus acompañados; por sus fundamentos pertinentes; y, CONSIDERANDO: que, con arreglo a la

segunda parte del artículo mil setecientos del Código de Procedimientos Civiles, la parte vencida totalmente, queda obligada al pago de costas; que, en el presente caso, la entidad bancaria demandante ha sido vencida totalmente en la lite, por lo que procede establecer en el fallo el pago de costas: CONFIRMARON la sentencia apelada de fojas setecientos cuarentiséis, su fecha treinta de Mayo último, que declara improcedente la excepción de falta de personería deducida por Colmar Empresa Pesquera Sociedad Anónima a fojas cuatrocientos setenta y siete, improcedentes las tachas instrumentales propuestas tanto por el banco ejecutante como por los ejecutados en los incidentes respectivos, fundada la oposición al mandato de exhibición formulada por Colmar Empresa Pesquera Sociedad Anónima en el incidente respectivo, fundada la oposición a la ejecución formulada por los ejecutados a fojas doscientos cincuenta y cuatro, doscientos cincuenta y cinco, doscientos cincuenta y seis, doscientos cincuenta y siete, doscientos cincuenta y ocho, doscientos cincuenta y nueve, doscientos sesenta, doscientos sesenta y uno, doscientos sesenta y dos, doscientos sesenta y tres, doscientos sesenta y cuatro, doscientos sesenta y cinco, doscientos sesenta y seis, doscientos sesenta y siete, y, en consecuencia, improcedente la demanda ejecutiva de fojas doscientos cuatro y siguientes; e infundada la plus petición deducida por los ejecutados; dejándose a salvo el derecho de las partes para que la hagan valer en la vía que corresponde; y deja sin efecto la medida de embargo obrante en el incidente separado de su propósito; la REVOCARON en cuanto exarata del pago de costas; DECLARARON que el Banco de Crédito del Perú debe pagar costas; y lo devolvieron.— S. CHUMBAUCA RIOS.

PIEZA PROCESAL N° VI

PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA

Lima, diecisiete de Junio de mil novecientos ochenta y ocho:

VISTOS con los acompañados por sus fundamentos pertinentes, en discordia concordada en parte; DECLARARON NO HABER NULIDAD en la resolución de vista de fojas ochocientos sesenta y cinco, su fecha veintinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y seis, en cuanto confirmando en un extremo y revocando en otro la apelada de fojas setecientos cuarentiséis, fechada el treinta de mayo de mil novecientos ochenta y seis, ampliada a fojas setecientos cincuenta y cuatro, declara improcedente la excepción de falta de personería deducida por Colmar Empresa Pesquera Sociedad Anónima a fojas cuatrocientos setenta y siete, improcedentes las tachas instrumentales propuestas tanto por el Banco ejecutante como por los ejecutados en los incidentes respectivos; fundada la oposición al mandato de exhibición formulada por Colmar Empresa Pesquera Sociedad Anónima en el incidente respectivo, fundada la oposición a la ejecución formulada por los ejecutados a fojas doscientos cincuenta y cuatro, doscientos cincuenta y cinco, doscientos cincuenta y seis, doscientos cincuenta y siete, doscientos cincuenta y ocho, doscientos cincuenta y nueve, doscientos sesenta, doscientos sesenta y uno, doscientos sesenta y dos, doscientos sesenta y tres, doscientos sesenta y cuatro, doscientos sesenta y cinco, doscientos sesenta y seis, doscientos sesenta y siete, y en consecuencia improcedente la demanda ejecutiva de fojas doscientos cuatro y siguientes; en los seguidos por Banco de Crédito del Perú con Colmar Empresa Pesquera Sociedad Anónima y otros sobre pago de soles.

Resolución recaída luego que vista la causa sobre el punto en discordia (el doble pago), el voto del señor Castilla mantuvo la discordia y colocó la votación 3-3.

Lima, diecisiete de junio de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS con intervención del disidente con relación al punto en discordia y continuando la misma, la remitieron a mayor número de votos, llamando para dismitir al señor Vocal designado por ley.

PIEZA PROCESAL N° VII

COMPLEMENTO DEL FALLO SUPREMO ANTERIOR (Pieza N° VI), AQUI SE RESUELVE EL PUNTO EN DISCORDIA (DOBLE PAGO) CON EL VOTO DEL SEÑOR SILVA VALLEJO

Lima, dos de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS con los acompañados; en discordia; completando la resolución de fecha diecisiete de junio del año en curso; y CONSIDERANDO: que al analizar con criterio objetivo la conducta procesal que ha observado el ejecutante Banco de Crédito del Perú, respecto de la cantidad que reclama, se llega a la conclusión de que ha actuado con temeridad y malicia recusable, 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 artificiosamente, pues no había para ello consentimiento ni acuerdo de voluntades que exigen la ley y la doctrina en todo acto jurídico bilateral —artículo mil trescientos cincuenta y siguientes del Código Civil vigente; que lo anteriormente anotado resulta inobjetable ya que los contratos de crédito ofrecidos como prueba por el actor obrante de fojas seiscientos catorce a fojas seiscientos veintiocho, no guarda ninguna relación de causalidad con las siete cuentas corrientes y cambiales rotaría, de la ejecución, es más, el propio Banco demandante, en su recurso de fojas quinientos veintinueve, niega explícitamente la existencia de contrato alguno de cuenta corriente, evidenciándose de esa forma todo lo antes anotado, pues ello implica la negación y contradicción de lo que sirvió de sustento en su recurso de interposición de la acción ejecutiva; dentro de este mismo contexto a mayor abundamiento, resulta igualmente reprochable la actitud asumida por el actor al pretender desconocer las consecuencias del convenio de pago obrante a fojas trescientos, suscrito con los ejecutados el día de junio de mil novecientos ochenta y dos, mediante el cual los demandados reconocieron en favor del Banco ejecutante un conjunto de obligaciones contractuales de diversa índole, comprometiéndose formalmente a cancelarlas mediante remesas de dinero enviadas por la firma Mitsubishi Corporation en virtud del acuerdo suscrito con el señor Carlos Helguín Ura, en su calidad de demandado principal y representante de las empresas accionadas, así como también con el producto de la venta de un grupo de embarcaciones pesqueras hipotecadas con anterioridad a favor del Banco de Crédito del Perú; además del pago de la suma de dos millones treinta y ocho mil dólares americanos en efectivo recibidos a entera satisfacción por el ejecutante —cláusula tercera de la aludida transacción; que con los cartas remitidas por el propio Banco actor que aparecen a fojas trescientos cuarenta y uno, trescientos cuarenta y dos y trescientos cuarenta y tres, extendidos a favor de la mencionada firma Mitsubishi, con los correspondientes testimonios de cancelación de hipotecas y venta de embarcaciones que obran a fojas trescientos sesenta y tres, trescientos ochenta y cinco y cuatrocientos dieciséis, queda fehacientemente acreditado que las empresas demandadas cumplieron con las obligaciones y pagos convenidos en su oportunidad, quedando por tanto cancelados en su integridad los compromisos establecidos de común acuerdo; que todo lo anteriormente expuesto encuadra perfectamente en la disposición trigésima octava del Decreto Ley veinte mil doscientos treinta y seis, la misma que es entendida según el derecho procesal civil y en especial por la teoría general del juicio ejecutivo, como la petición exagerada del demandante quien reclama más de lo que efectivamente se le debe, previendo para este caso una sanción pecuniaria por el pago de una deuda que personalmente ha dado por cancelada como en el presente caso o niegue una cantidad recibida por cuenta de ella, sanción a que se deberá hacer acreedor por haber quedado claramente evidenciada la flagrante inconducta 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 perjudicadas no solamente su economía, sino también su prestigio comercial, elemento importante dentro de las relaciones de índole comercial y empresarial que están sujetas; DECLARARON HABER NULIDAD en la resolución de vista de fojas ochocientos sesenta y cinco, su fecha veintinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y seis en cuanto confirmando la apelada de fojas seiscientos cuarenta y tres, fechada el treinta de mayo de mil novecientos ochenta y seis, aclarada a fojas seiscientos cincuenta y cuatro con fecha seis de junio del mismo año, declara infundada la plus petición deducida por los demandados; reformando la primera y revocando la segunda declaración FUNDADA la referida plus petición, ordenándose en consecuencia, que el actor les pague el doble de lo indebidamente pretendido cobrar; en los seguros por Banco de Crédito del Perú con Calmar Empresa Pesquera Sociedad Anónima y otro sobre pago de soles; y los devolvieron. — MENDEZ OSBORN. — MARTOS BECERRA. — LINARES ALENCASTRE. — SELVA VALLEJO.

PIEZA PROCESAL N° VIII

VOTO DE LOS VOCALES QUE MANTUVIERON SU POSICION EN DISCORDIA Y EN MINORIA

RESPECTO DE LA QUE HIZO DECISION (Pieza N° VII)

970-87-LIMA

Por los fundamentos pertinentes de la recurrida; y CONSIDERANDO ADEMÁS: que el único punto materia de la discordia es el referente a la plus petición deducida por los demandados a fojas doscientos cincuentiséis, (Inmobiliaria Yoc Sociedad Anónima), doscientos cincuentiocho (Camerina Distribuidora Sociedad Anónima), doscientos sesenta (Inmobiliaria Santa Manuela Sociedad Anónima), doscientos sesentidós (Omnibus y Camiones del Sur, Colsur, Sociedad Anónima), doscientos sesenticuatro (Equinox Sociedad Anónima), doscientos sesentiséis (Colmar Empresa Pesquera Sociedad Anónima), doscientos sesentiocho (Colcarga Empresa Naviera Sociedad Anónima) y doscientos setenta (Inmobiliaria ProI Sociedad Anónima); que la aplicación de la sanción prevista por el artículo treintaiocho del Decreto Ley veinte mil doscientos treintaesé es limitada a dos situaciones o casos definidos fuera de los cuales no tiene lugar dicha sanción, como son: cuando la demanda ejecutiva se refiere al pago de una deuda que el acreedor personalmente la dio por cancelada o cuando niega alguna cantidad que ha recibido a cuenta de ella, ninguna de cuyas situaciones o casos se da en este proceso; puesto que la demanda ejecutiva ha sido declarada improcedente, en razón de no haberse probado que los saldos deudores objeto de dicha demanda derivan de contratos de cuenta corriente, a que se refiere la Instrumental de fojas dos a doscientos tres, por lo que no es viable el procedimiento ejecutivo para la cancelación de esos saldos; que, consecuentemente, cualquier reclamación o pretensión sobre adeudo de saldos o pagos parciales derivados de los contratos u operaciones bancarias a que se contraen la Instrumental de fojas seiscientos treintaes a seiscientos cuarentasiete, ciento noventitrés a doscientos dos, ciento sesenticuatro a ciento ochentinueve, seiscientos catorce a seiscientos treintauno, y seiscientos cincuentiocho a seiscientos ochentiocho, en las que han participado la ejecutante, Banco de Crédito del Perú y la ejecutada Colmar Empresa Pesquera Sociedad Anónima y las coejecutadas fidejores ya mencionadas, así como las consecuencias o efectos del convenio de pago de dos de junio de mil novecientos ochentidós (fojas trescientos dos y trescientos treintaes a trescientos cuarenta) cuya vigencia niega la demandante, por no haberse cumplido las condiciones pactadas, deben hacerse valer como claramente lo indica la sentencia de fojas setecientos cuarentasés a setecientos cincuentuno, aclarada a fojas setecientos cincuenticuatro, (confirmada por la de vista de fojas ochocientos ochentidós), en la forma y vía legales correspondientes, con cuyo fin ha dejado a salvo los derechos de las partes; que, por consiguiente, mediando las circunstancias procesales anotadas y el sentido del fallo en cuanto a la demanda misma, resulta evidentemente infundada la plus petición o sanción que pretenden los demandados, por no darse en este proceso ninguna de las situaciones o casos previstos expresamente por el artículo treintaiocho del Decreto Ley citado; nuestro voto, es porque se declare NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ochocientos ochentidós, su fecha veintinueve de diciembre de mil novecientos ochentidós, en cuanto confirmando la de primera instancia de fojas setecientos cuarentasés a setecientos cincuentuno, su fecha treinta de mayo del mismo año, ampliada a fojas setecientos cincuenticuatro, su fecha seis de junio del indicado año, declara infundada la plus petición deducida por los demandados en los fojas ya mencionados en esta resolución; y deja a salvo el derecho de las partes para que lo hagan valer en la forma y vía legales correspondientes. — VALLADARES AYARZA. — PERALTA ROSAS. — CASTILLO CASTILLO.

PIEZA PROCESAL N° IX

**AUTO QUE DECLARA FUNDADA LA QUEJA
CONTRA RESOLUCION DE 3RA. SALA DE CORTE
SUPERIOR DE 12 DE MAYO DE 1989, QUE DECLARA
IMPROCEDENTE RECURSO DE NULIDAD CONTRA
AUTO DE 4 DE MAYO DE 1989 QUE ORDENA SE
EJECUTE EL FALLO SUPREMO.**

QUEJA N° 215-89

Lima, cuatro de setiembre de mil novecientos ochentinueve.

VISTOS: en discordia concordada, por lo que es innecesaria la intervención del señor Vocal disidente; y advirtiéndose de las copias que se tiene a la vista presuntas irregularidades procesales que incluyen la razón de la Relatoría de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, fotocopiada a fojas mil seiscientos treinta y nueve, según lo que se habría testado una resolución, hacia lo que se contrae el pronunciamiento del señor Vocal Superior Ortiz Portillo, hechos estos que determinan la necesidad de tener a la vista el expediente de la materia en función del recurso de nulidad hecho valer por el Banco de Crédito del Perú; declararon FUNDADA la queja interpuesta por el citado Banco contra la Tercera Sala de la Corte Superior de Lima; en los seguidos con Colmar Empresa Pesquera Sociedad Anónima y otros; MANDARON que la Sala Civil dé por interpuesto el recurso de nulidad y eleve los de la materia; con citación, interviniendo el doctor Ruelas Terrazas de conformidad con el artículo ciento veintifés de la Ley Orgánica del Poder Judicial, — S.S. SILVA VALLEJO. — VASQUEZ VEJARANO. — MONTOYA ANGUERRY. — OSORIO BERNUY. — RUELAS TERRAZAS.

PIEZA PROCESAL N° X

VOTO SINGULAR DEL SEÑOR OSORIO BERNUY PARA SUSTENTAR POR QUE DEBE DECLARARSE FUNDADA LA QUEJA

EL SECRETARIO GENERAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, que suscribe, CERTIFICA: que el voto del señor doctor Osorio Bernuy es conforme con la resolución que antecede, por los siguientes fundamentos: CONSIDERANDO: que si debe declararse FUNDADA la presente queja, es solo en cuanto tienda a corregir el trámite de la misma, mas no pronunciarse sobre el fondo de la misma; toda vez que el auto denegatorio del recurso de nulidad está suscrito por dos Vocales Superiores y el que concede dicho recurso de nulidad por un solo magistrado que integran la Tercera Sala Civil; que tratándose de queja en materia civil, producida discordia expresa, ha debido llamarse a otro Vocal para dirimirla con arreglo a ley, con citación de las partes; que esto no se ha hecho así y en estas condiciones no se puede consentir que se eleve el presente cuaderno de queja ante el Supremo Tribunal por cuanto sería cómplice de una aberración jurídica que debe ser previamente subsanada por la instancia inferior; que de no ser así: MI VOTO es porque se declaren nulas ambas resoluciones que fotocopiadas corren a fojas mil seiscientos treinta y nueve y mil seiscientos treinta y nueve; se disponga que la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima proceda a sustanciar el escrito por el cual el Banco de Crédito del Perú interpone recurso de nulidad, con arreglo a ley; se opeleban a los Vocales Torres Pachas y Ortiz Portillo integrantes de la mencionada Sala por no ajustar su intervención a las normas procesales vigentes; devolviéndose el presente cuaderno. — BERNARDO DEL AGUILA PAZ. — Secretario General de la Corte Suprema.

PIEZA PROCESAL N° XI

SEGUNDO FALLO DE LA CORTE SUPREMA QUE ACLARA, PRECISA O DETERMINA EL COMPLEMENTO DEL ANTERIOR FALLO SUPREMO (Pieza N° VII) SOBRE EL TEMA DEL DOBLE PAGO

Lima, diez de setiembre de mil novecientos noventa:

VISTOS: en discordia concordada, con el cuaderno de embargo y CONSIDERANDO: Que por Ejecutoria Suprema del dieciséis de Junio de mil novecientos ochenta y ocho a fojas novecientos se desestimó la acción ejecutiva planteada por el Banco de Crédito del Perú por improcedente, declarándose NO HABER NULIDAD en la resolución de vista de fojas ochocientos sesentidós, su fecha veintinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y

lisis que confirmó la apelada de fojas setecientos cuarentiséis su fecha treinta de mayo de mil novecientos ochentiséis, la que expresamente deja a salvo el derecho de las partes para que lo hagan valer en la vía que correspondo, 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 fundada la ejecución, por Ejecutoria Suprema de fojas novecientos dos su fecha dos de noviembre de mil novecientos ochentiocho que en discordia completa la anterior se ha declarado fundada la plus petición, por lo que es el caso dar inevitable cumplimiento a dicha fallo en armonía con el artículo doscientos treinta y tres, inciso once de la Constitución Política del Estado; que al haberse declarado fundada la queja número doscientos quince ochentinueve transita a fojas mil trescientos dieciocho, y en consecuencia, que se conceda el recurso de nulidad de la resolución de vista de fojas mil cuatro, con prescindencia de cualquier aspecto formal o procesal al respecto, debe esta Sala Suprema absolver necesariamente el recurso de nulidad, pronunciándose sobre el fondo de la resolución recurrida, ya que de otra manera se incumpliría flagrantemente con el indicado mandato supremo y también con lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo mil ochentiséis del Código de Procedimientos Civiles, pues cualquier deficiencia de forma en el denegatorio de fojas mil trece ha quedado totalmente superada por el mencionado mandato Supremo de fojas mil trescientos dieciocho; que la Ejecutoria Suprema de dos de noviembre de mil novecientos ochentiocho de fojas novecientos dos es clara pues en ella se concluye porque: "el Banco de Crédito del Perú, respecto de la cantidad que reclama, pretendió con ferocidad y malicia hacerse pago de saldos deudores provenientes de inexistentes contratos de cuentas corrientes", que la mencionada Ejecutoria asevera que los contratos de crédito ofrecidos como prueba por el ejecutante no guardan relación de causalidad con las siete cuentas corrientes y cambiales materia de la ejecución; que por último, la misma Ejecutoria Suprema afirma: "que el Banco ha negado explícitamente la existencia de contrato alguno sobre cuentas corrientes" y "esto implica la negación y contradicción de lo que sirvió de sustento a su recurso de interposición de la demanda"; que obviamente con estos claros considerandos la Ejecutoria Suprema que ampara la plus petición ha determinado con absoluta precisión lo que fue materia de la acción ejecutoria y por tanto lo que debe ser materia del doble pago, es decir la suma de seis millones cuatrocientos noventa y ocho mil doscientos veintisiete punto noventa y cuatro intis; que de la lectura de la demanda de fojas doscientos cuatro aparece claramente que el Banco demanda ejecutivamente a Colmar Empresa Pesquera Sociedad Anónima para que le pague la suma de seis mil cuatrocientos noventa y ocho millones doscientos veintisiete punto noventa y cuatro Soles Oro, hoy seis millones cuatrocientos noventa y ocho mil doscientos veintisiete punto noventa y cuatro intis, importe del saldo deudor de los siete cuentas corrientes que detallan y que aparecen con siete letras de cambio protestadas por falta de aceptación y el pago conforme a los artículos quinientos ochenta y quinientos ochentuno del Código de Comercio; que pese a todo lo expuesto las instancias inferiores al pretender dar cumplimiento a la tantas veces citada Ejecutoria Suprema de dos de noviembre de mil novecientos ochentiocho, lo han desnaturalizado incurriendo en causal de nulidad prevista en los incisos octavo y décimo segundo del artículo mil ochentidécimo del Código de Procedimientos Civiles, pretendiendo que la ejecutante abona no sólo el doble de lo pretendido cobrar sino también el doble de las sumas hasta por las que los fiadores garantizaron la obligación de la ejecutada principal, desnaturalización que se explica por el error auto de pago dictado a fojas novecientos diez y porque no se ha tenido en cuenta que al comprender el Banco en su acción ejecutiva a los fiadores, si bien indica el monto hasta por el que dichos fiadores otorgaron garantía solidaria a favor del ejecutante, expresamente señala que comprende a dichos garantías por la misma obligación de la ejecutada principal, como no podría ser de otra manera pues el artículo mil ochocientos setentidécimo del Código Civil establece que la obligación del fiador, —por su calidad de accesoria—, no puede exceder de lo que debe el deudor afianzado, salvo que se obligue expresamente de un monto más eficaz que el deudor —que no es el caso—; que además si el Banco hubiera pretendido accionar directamente contra los garantías, exigiéndoles obligación distinta a la del obligado principal y en moneda extranjera —dólares americanos— hubiera tenido necesariamente que adjuntar a su demanda el recibo correspondiente teniéndose en cuenta lo que disponen los artículos dos y trece del Decreto Ley veinte mil doscientos treinta y seis, a más del cumplimiento forzoso del artículo veintuno del mismo dispositivo legal; que las instancias inferiores tampoco han ameritado que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo treinta y ocho del indicado Decreto Ley veinte mil doscientos treinta y seis y ejecutorias Supremas al respecto, la plus petición represente el doble de la cantidad indebidamente reclamada en la demanda, lo que como se ve de fojas doscientos cuatro pretende el pago de los saldos deudores de siete cuentas corrientes ascendientes a seis mil cuatrocientos noventa y ocho millones doscientos veintisiete punto noventa y cuatro soles oro, hoy seis millones cuatrocientos noventa y ocho mil doscientos veintisiete punto noventa y cuatro intis, pues hay que insistir que los fiadores fueron demandados en calidad de tales y exclusivamente por la misma obligación del deudor principal, tan

cierto es ello, que cuando el ejecutante cursa a los fiadores y a don Carlos Olguin Lira las cartas notariales de fojas veintinueve a cincuentidós, cincuenticuatro a sesentiocho, setenta a setentiocho, ochenta a ochenticuatro, ochentiséis a noventa y seis, noventa y ocho a cien, ciento dos a ciento quince, ciento diecisiete a ciento treinta y uno, ciento treinta y cuatro a ciento cuarenta y seis y ciento cuarenta y ocho a ciento sesentidós, se refiere exclusivamente a las siete cuentas corrientes en que sustenta la ejecución, y además cuando solicita el embargo preventivo que se tiene a la vista, lo hace por la suma de doce millones de Ints. monto que está de acuerdo sólo con el importe de las siete cambiales ascendientes a seis millones cuatrocientos noventa y ocho mil doscientos veintisiete punto noventa y cuatro Ints. que recaudan la acción ejecutiva; que por último, los propios fiadores: Inmobiliaria Santa Manuela Sociedad Anónima a fojas ochocientos veintitrés, Equimat Sociedad Anónima a fojas ochocientos veintisiete, Prol Sociedad Anónima a fojas ochocientos treinta y uno, Colmar Empresa Pesquera Sociedad Anónima a fojas ochocientos cuarenta y tres, don Carlos Olguin Lira a fojas ochocientos cuarenta y siete, Omnibus y Camiones del Sur "Colsur" S.A. a fojas ochocientos cincuenta y uno y Comena Distribuidora Sociedad Anónima a fojas ochocientos cincuenta y cinco; cuando fundamentan el recurso de apelación pidiendo que se declare fundada la plus petitio, expresa, clara y concluyentemente reconocen y admiten, que lo que les pretende cobrar el Banco de Crédito del Perú y por lo que han sido demandados en calidad de fiadores, asciende a la suma total de seis millones cuatrocientos noventa y ocho mil doscientos veintisiete punto noventa y cuatro Ints, por lo que se tiene inexorablemente que concluir en que la plus petitio es exclusivamente el doble de dicha suma, vale decir doce millones noventa y seis mil cuatrocientos cincuenta y cinco punto ochenta y nueve Ints; que en conclusión al declarar la Ejecutoria Suprema de fecha dos de Noviembre de mil novecientos ochenta y ocho fundada la plus petitio, ordenando que el actor les pague el doble de lo indebidamente pretendido cobrar, no hace sino resolver en armonía con las consideraciones glósadas y además porque el doble pago de lo indebidamente ejecutado corresponde a la deudora principal y a sus fiadores, en la medida en que éstos hubieran contribuido al pago de lo indebidamente ejecutado; que finalmente la citada Ejecutoria Suprema debe ejecutarse sin modificación ni alteración alguna de acuerdo a lo expuesto y en estricta observancia del artículo doscientos treinta y tres inciso once de la Constitución Política del Estado, y en consecuencia el Banco de Crédito del Perú debe cumplir con pagar el doble de lo indebidamente cobrado, que representado en siete letras de cambio asciende a la suma de doce millones noventa y seis mil cuatrocientos cincuenta y cinco punto ochenta y nueve Ints. DECLARARON HABER NULIDAD en la resolución de vista de fojas un mil cuatro su fecha cuatro de mayo de mil novecientos ochenta y nueve que confirmando el auto apelado de fojas noventa y cuatro, su fecha dieciséis de febrero de mil novecientos ochenta y nueve declara infundada la nulidad interpuesta por el Banco de Crédito del Perú a fojas noventa y veintitrés, Reformando la primera y revocando la segunda, la declararon FUNDADA y en consecuencia, ordenaron que el ejecutante, Banco de Crédito del Perú, pague por concepto de plus petitio a la ejecutada principal Colmar Empresa Pesquera Sociedad Anónima y a sus fiadores solidarios: Inmobiliaria Santa Manuela Sociedad Anónima, Equimat Sociedad Anónima, Inmobiliaria Yac Sociedad Anónima, Inmobiliaria Prol Sociedad Anónima, Colcarga Empresa Naviera Sociedad Anónima, Omnibus y Camiones del Sur - Colsur S.A., Comena Distribuidora Sociedad Anónima y Carlos Olguin Lira, quien además representa a la ejecutada principal y también a los fiadores demandados: la suma total de doce millones noventa y seis mil cuatrocientos cincuenta y cinco punto ochenta y nueve Ints, por concepto de plus petitio; y los devolvieron en los segundos por el Banco de Crédito del Perú con Colmar Empresa Pesquera Sociedad Anónima y otros sobre pago de ínteres.

FIRMAN: ALFARO ALVAREZ.— PERALTA ROSAS.— VILCHEZ GUEVARA.— MENDOZA AGURTO.— BERNARDO DEL AGUILA PAZ - Secretario General de la Corte Suprema.

