

# Algunos Aspectos sobre el Proceso Ejecutivo

**Luis Alberto Liñán A.**

Abogado. Jefe de Práctica del Curso  
Introducción de Derecho Procesal  
en la Universidad de Lima

## 1) I. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Lima, 21 de mayo de 1985.-

**VISTOS; ... y CONSIDERANDO:** Que, la tacha de nulidad y falsedad formulada por la ejecutante respecto de los recibos obrantes a fojas cincuenticuatro a sesenticuatro, deberá ser declarada infundada por improbada, tanto más que los mismos guardan relación con los cheques recibidos por don Juan Urbano Alania Arias, en representación de la ejecutante, cuyo reconocimiento obra a fojas ochentaisiete (...); que la excepción de Pago y Compensación deducida por el ejecutado, deberá ser declarada improcedente, porque dicha excepción no se encuentra comprendida dentro de nuestro ordenamiento jurídico legal a que se refiere el capítulo II del Código de Procedimientos Civiles, en su artículo trescientos doce; que la plus petición deducida por el ejecutado deberá ampararse, en razón que el ejecutado con los recibos de fojas cincuenticuatro a sesenticuatro, concordantes con los cheques que en fotocopia corren a fojas ochenta, ochentiuño y ochentitres, ha acreditado haber abonado un total de cuatro millones ochentitres mil setecientos vein-

tinieve soles y que corresponden inclusive a fechas ulteriores a la fecha de interposición de la diligencia preparatoria, sin que la ejecutante haya desvirtuado que las mismas corresponden a otra deuda; que así, el ejecutante ha sumado a la presente acción sumas que han sido materia de pago con antelación, por lo que deberá imponerse a la ejecutante la multa de lo indebidamente cobrado; por estas consideraciones y de conformidad con lo dispuesto por el artículo veinticuatro, veinticinco y treinta y tres del Decreto Ley veinte mil doscientos treinta y seis, modificado por el Decreto Legislativo ciento veintisiete, **FALLO** Declarando Infundada la Tacha de Nulidad y falsedad formulada por el ejecutante; improcedente la excepción de pago y compensación, deducida por el ejecutado y fundada la Plus Petición deducida por el ejecutado y Fundada en parte la demanda; y en consecuencia que el ejecutado don Camilo León Portocarrero abone a la Agencia de Aduanas Ruvibal, la suma de siete millones ciento diecisiete mil setecientos setenticuatro soles oro más los intereses legales; y así mismo que la firma ejecutante pague al ejecutado la suma de ocho millones ciento setenticinco mil cuatrocientos soles oro, que corresponde al doble de lo indebidamente cobrado, sin costas. Fdo. José Espinoza Córdova.- Juez. Olga Antunez López.- Secretaria.

## II. SENTENCIA DE LA CORTE SUPERIOR.

**VISTOS y CONSIDERANDO:** (...) Que; debe declararse fundada la plus petición por ser procedente la imposición de la multa por el doble de lo indebidamente demandado en la vía ejecutiva de conformidad con lo dispuesto por el artículo treintiocho del Decreto Ley veinte mil doscientos treintiseis por haber negado el ejecutante la cantidad recibida a cuenta (...); que la excepción de compensación debe también declararse fundada en aplicación de lo dispuesto por el artículo mil doscientos noventa y cuatro del Código Civil de mil novecientos treintiseis (artículo mil doscientos ochentiocho del Código Civil de mil novecientos ochenticuatro) extinguiéndose las obligaciones recíprocamente hasta donde respectivamente alcancen debiendo ejecutarse solamente el saldo (...); que el concepto excepción es diferente en el artículo trescientos doce del Código de Procedimientos Civiles (lista cerrada de cuestiones declinatorias, dilatorias y perentorias que deben tramitarse en cuaderno aparte) del concepto excepción contenido en el artículo veinticinco del Decreto Ley veinte mil doscientos treintiseis; pues en este artículo se entiende como lo explica con toda claridad la Exposición de Motivos del Código de Procedimientos Civiles en el artículo que le sirvió de modelo, todo hecho impeditivo, modificativo o extintivo, es decir toda alegación de hechos que favorecen al ejecutado dentro de los que la misma exposición de motivos citada incluye en forma expresa al pago parcial y a la compensación (...); el cobro de gastos habidos en la diligencia preparatoria, en vía ejecutiva, deviene inoperante porque éstos aún no estaban determinados; que de igual manera los gastos de este proceso cobrados ejecutivamente no son amparables porque ellos están comprendidos en las costas que la ley señala; que debe hacerse pronunciamiento sobre los puntos demandados y omitidos en la sentencia apelada en aplicación de lo dispuesto por el artículo mil ochentiseis del Código de Procedimientos Civiles, por tratarse de puntos accesorios; **REVOCARON** la sentencia en cuanto declara improcedentes las excepciones de pago y compensación, las que **DECLARARON** fundadas; **INTEGRANDO** el fallo **DECLARARON** fundada la oposición y en consecuencia **MANDARON** se lleve adelante la ejecución sólo por la cantidad de cuatro millones quinientos cuarentidos mil cuatrocientos setentitres soles, más intereses legales, **DECLARARON** improcedente la demanda en cuanto se pide los gastos de reconocimiento judicial (Diligencia Preparatoria de Reconocimiento) y gastos, la **CONFIRMARON** en cuanto declara fundada en parte la

demanda y fundada la plus petición (...); la **CONFIRMARON** en cuanto declara infundada la tacha de nulidad y falsedad deducida por el ejecutante; sin costas; y los devolvieron.- SS. Pantoja Rodulfo.- Aparicio Valdez.- Castillo Castillo.-

## III. EJECUTORIA SUPREMA.

**Expediente 179 - 86. Lima.**  
**Lima, 17 de agosto de 1987.-**

**VISTOS** por sus fundamentos; declararon **NO HABER NULIDAD** en la resolución de vista de fojas cientos treinta y tres, su fecha doce de noviembre de mil novecientos ochenticinco (...), condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; en los seguidos por Agencia de Aduanas Rubival Sociedad Anónima con don Camilo León Portocarrero, sobre pago de intis; y los devolvieron.- SS. Portugal Rondón.- Mendez Onsborn.- Valladares Ayarza.- Peralta Rosas.- Linares Alencastre.-

### 2) Antecedentes

El proceso que vamos a analizar en el presente artículo, es uno tramitado en la vía ejecutiva; la ejecutante es la Agencia de Aduanas Rubival S.A. quien solicita al Sr. Camilo León Portocarrero el pago de la suma de S/ 7'117,774.00 Soles Oro; el título ejecutivo que sustenta la ejecución, lo constituyen una serie de órdenes de pago reconocidas en rebeldía del emplazado, en la diligencia preparatoria iniciada en forma previa.

El ejecutado, notificado con el auto de pago, se opone a la ejecución argumentando haber realizado pagos a cuenta de la deuda puesta a cobro, por lo cual deduce las excepciones de pago y compensación; del mismo modo deduce plus petición. Durante la etapa probatoria, el ejecutante tacha de nullos y falsos unos cheques presentados por el ejecutado.

Los temas aludidos son resueltos en forma diversa por las sentencias que a continuación transcribimos, lo cual nos motiva a realizar algunos comentarios en torno a ellos.

### 3) ANALISIS

#### 1. Tacha de Nulidad y Falsedad.

La tacha es una defensa ante un medio probatorio, consiste en una afirmación que se hace respecto de un impedimento o defecto en un medio probatorio presentado.

En el caso de documentos -públicos o privados- éstos pueden ser tachados de **nulos o falsos**; la nulidad se refiere a un defecto esencial (de fondo) del documento que le resta validez, mientras que la falsedad es un defecto de forma que proviene de una discrepancia entre lo que aparece en el documento y la realidad, ya sea por alteración material del documento o por alteraciones de la realidad.

La nulidad o la falsedad pueden deducirse de oficio si ésta es ostensible o, a petición de parte, ya sea iniciando un proceso o en vía incidental, mediante una **TACHA**.

Si se tacha de nulo o falso un documento público, debido a que éste produce fe -por la forma como ha sido otorgado-, quien alega la nulidad o la falsedad debe probarla. Tratándose de documentos privados el caso es distinto. Pues quien ha presentado el documento debe probar en contra de la tacha.

Teniendo como presupuesto lo expuesto, consideramos que la tacha deducida por la ejecutada es **improcedente**, pues no ha atacado la nulidad o falsedad del documento, sólo ha manifestado que éstas pertenecen a otras obligaciones. En este sentido los documentos no adolecen de vicio alguno, sino simplemente no acreditan el pago de la suma demandada.

La defensa de la ejecutada frente a éstos documentos, **no debió ser una tacha, sino una de fondo**, alegando que si bien los documentos son válidos, no deben ser merituados por el juez, por las razones ya aludidas; en tal sentido la sentencia de primera instancia -confirmada en este extremo en la Corte Superior- comete un error al declarar infundada la tacha por improbada.

## 2. Excepciones Deducibles en el Proceso Ejecutivo.-

Tradicionalmente se ha definido a las excepciones como medios de defensa del demandado que

atacan aspectos formales o procesales de la demanda interpuesta o el derecho material o sustantivo en que se funda la pretensión<sup>1</sup>.

Remigio Pino Carpio<sup>2</sup> sostiene que al lado de toda pretensión de carácter sustantivo, existe una pretensión procesal con carácter propio. De este modo, se distinguieron las denominadas excepciones **sustantivas** y las **procesales**; las primeras se oponían a la pretensión sustantiva, que se regulaban en el Código Civil; las segundas se oponían a las pretensiones procesales y se regulaban en los Códigos de Procedimientos Civiles.

Es en esta línea de pensamiento que se dicta el Código de Procedimientos Civiles de 1912, el cual en su artículo 663, antecedente inmediato del artículo 25 del D.L. 20236 establece: "*si el demandado formula oposición a la ejecución debe proponer al formularla 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...*".

Según el artículo transcrito, si el demandado desea cuestionar aspectos sustantivos (de fondo) de la demanda dirigida en su contra deberá hacerlo por medio de una excepción, pues el artículo citado no le da otra alternativa; esto porque se está entendiendo a la excepción en su concepto tradicional de medio de defensa general (excepciones sustantivas y procesales); esta tesis queda corroborada más adelante cuando el artículo 26 del mismo D.L. 20236, establece que en el caso de títulos valores, el ejecutado puede deducir las "**excepciones que se funden en su relación personal con el demandante**".

En este sentido, concordamos con el contenido de la sentencia de la Corte Superior que revocando la de primera instancia, en este extremo, declara Fundadas las excepciones de pago y compensación.

Analicemos ahora, las consecuencias de comprender dentro del concepto excepción a las llamadas "**excepciones sustantivas**". Si se declara fundada una excepción "procesal" su consecuencia (según nuestro ordenamiento procesal vigente) será la nulidad de todo lo actuado, no existiendo así un pronunciamiento sobre el fondo de la litis; mientras que de ampararse una excepción sustantiva, va existir un pronunciamiento sobre el fondo de la litis

1. PERLA VELAOCHAGA, ERNESTO. *Juicio Ordinario*. Imprenta Editorial Lumen S.A. Lima - 1973

2. PINO CARPIO, REMIGIO. *Nociones de Derecho Procesal y Comentarios del Código de Procedimientos Civiles*. Tipografía Peruana S.A. Lima - 1963

y se declarará fundada la oposición e infundada o fundada según el caso, la demanda.

Si bien, el D.L. 20236 permite deducir excepciones sustantivas dentro del proceso ejecutivo; debemos precisar que no concordamos con ello, porque hablar de "excepciones sustantivas" es ir contra la naturaleza misma de la excepción como instituto procesal.

La excepción es una defensa de forma a través de la cual se denuncia la falta o defecto de un presupuesto procesal o una condición de la acción, en ningún momento ataca la pretensión del actor; es por esto que concluimos que una excepción siempre será procesal, es más, decir "excepción procesal" es redundar.

Existen hechos extintivos, impeditivos o modificativos que por desconocimiento u olvido del actor, existen al momento de ejercitar su derecho de acción, estos hechos no están referidos al proceso ni mucho menos a la relación jurídica procesal, se refieren al derecho sustantivo, y a la relación sustantiva previa (a la que hacía alusión Pino Carpio); si el demandado cuestiona estos hechos, no esta deduciendo excepción alguna, sino que realiza una típica defensa de fondo.

Es este concepto de excepción (procesal) el que tenía el juez de primera instancia, que lo llevó a declarar improcedentes las excepciones sustantivas; si bien ese razonamiento es científicamente válido, para nuestra legislación, específicamente la del proceso ejecutivo, no lo es por las razones ya aludidas.

El Código Procesal Civil -próximo a entrar en vigencia- regula a las excepciones en la sección correspondiente a la postulación del proceso, a las cuales da un tratamiento acorde con el derecho procesal contemporáneo, eliminando algunas -excepciones- en relación al Código de Procedimientos Civiles de 1912 e incluyendo otras; desterrando totalmente a las llamadas "excepciones sustantivas". En relación al proceso ejecutivo, éste se encuentra tratado de una forma orgánica dentro de los procesos de ejecución; estableciéndose en forma taxativa los supuestos en los cuales se puede contradecir (oponerse) al mandato ejecutivo (auto de pago).

### 3. Cobro de gastos de Diligencia Preparatoria, en la vía ejecutiva.

Los títulos ejecutivos son aquellas categorías de actos que la ley reconoce como necesarios y suficientes para legitimar la demanda con la cual se promueve ejecución<sup>3</sup>.

Al causar la ejecución forzada grandes consecuencias sobre el patrimonio del deudor, las legislaciones buscan otorgar la calidad de títulos ejecutivos a pretensiones que traen consigo cierta presunción sobre la existencia de un crédito, esto además porque el proceso debe ser rápido y el órgano jurisdiccional no puede indagar en cada ejecución la legitimidad del derecho, por ésto se subordina a la ejecución de rigurosas condiciones de admisibilidad, los mismos que buscan constituir garantías de la existencia del derecho del acreedor.

Nuestra ley del proceso ejecutivo, Decreto Ley 20236, enumera en su artículo 2 los títulos ejecutivos con los cuales se puede acceder al proceso ejecutivo; en los incisos 1, 2 y en el artículo 6, se refiere a la Absolución de Posiciones, al Reconocimiento prestado en Diligencia Preparatoria como título ejecutivo; esto quiere decir que si de lo actuado en una Diligencia Preparatoria aparece la existencia de una obligación, ésta será exigible en la vía ejecutiva; en el caso de obligaciones de dar suma de dinero ésta deberá además ser una cantidad líquida.

En el proceso bajo comentario, la ejecutante pretende cobrar en la vía ejecutiva los gastos incurridos en la Diligencia Preparatoria, previa al proceso ejecutivo. La sentencia expedida por la Corte Superior declara improcedente la demanda en este extremo por considerar que estos "no están aún determinados".

Interpretando este considerando, *contrario sensu*, tendríamos que concluir que si los gastos estuvieran determinados (fueran una cantidad líquida), su cobro sería exigible ejecutivamente, entonces, ¿cuál sería el título ejecutivo en base al cual se puede solicitar el pago de los gastos incurridos en la Diligencia Preparatoria?. Según la sentencia de la Corte Superior, parece ser que el título lo constituye el mismo expediente de Diligencia Preparatoria, pero según nuestra ley, sólo lo confesado o reconocido en Diligencia Preparatoria, tiene mérito ejecutivo; los gastos no emanan de la confesión ni del reconocimiento.

3. LIEBMAN, ENRICO TULLIO. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Editorial EJE. Buenos Aires - 1980.

Lo anterior, nos lleva a **formularnos tres preguntas**: a) ¿existen las costas en una diligencia preparatoria? b) los gastos originados en una diligencia preparatoria, liquidados por el juez, ¿tienen mérito ejecutivo? y, c) el pago de las costas de una diligencia preparatoria - en caso de existir éstas - ¿está subordinado a que el ejecutado quede obligado al pago de costas en el proceso ejecutivo ?

En primer lugar, diferenciamos las costas de la condena de costas. Las primeras debemos entenderlas como gastos -procesales y personales- incurridos por cada una de las partes en el proceso, de este modo concluiremos que éstas existirán en todo tipo de proceso, inclusive en las Diligencias Preparatorias; mientras que la condena en costas es el derecho que tiene la parte ganadora que el vencido le reembolse las costas; éstas serán determinadas en la sentencia, no siendo obligatorio que se demanden, pues su cobro proviene de la ley y no de la voluntad del demandante.

El caso de las Diligencias Preparatorias, es especial, porque en ellas - por su propia naturaleza - no hay ganador ni perdedor; dado que su objeto es actuar una determinada prueba anticipadamente o preparar un documento para iniciar un proceso posterior. Por ello el cobro de las costas, se hará efectivo al final del proceso ejecutivo, y dependerá si en él, el ejecutado fue condenado a su pago.

Hemos dejado para el final analizar la segunda interrogante, referida a si los gastos de la diligencia preparatoria tienen mérito ejecutivo. Consideramos que su cobro debe ser exigido en ejecución de sentencia pues como ya quedó expresado, el pago de ellas estará subordinado a que en el proceso ejecutivo, el ejecutado sea condenado al pago de costas, por lo tanto no puede demandarse como una pretensión más, como lo hizo la ejecutante en el expediente bajo análisis; con esto queremos decir que las costas en una diligencia preparatoria **no tienen mérito ejecutivo**, pues no se sustentan en ningún título ejecutivo. Sin embargo, podríamos sostener que tienen mérito **ejecutorio**.

De este modo, consideramos que la Corte Superior actuó correctamente al declarar **improcedente** la demanda en éste extremo, pero el argumento que dió no fue el adecuado; debió decir: por ser una cantidad **iliquidable**, - ya que no existe forma de

liquidarlas, ésto sólo corresponde al juez ante el cual se actuó la diligencia preparatoria - y además por no sustentarse en un título ejecutivo.

Finalmente, y a fin de encontrar una solución al problema planteado, la única posibilidad que encontramos viable para exigir el pago de los gastos de la Diligencia Preparatoria, es solicitando dentro de ella su regulación, así su monto será líquido. Luego, iniciar el correspondiente proceso ejecutivo y en la demanda precisar como pretensiones "*el pago de la obligación principal, los intereses legales y las costas del presente proceso y los de la diligencia preparatoria que sustenta la presente demanda*".

#### 4. Plus Petición

Nos relevamos de tocar el tema de la naturaleza jurídica de la Plus Petición como Instituto Procesal, toda vez que ya fue analizado en profundidad, en las páginas de esta misma revista<sup>4</sup>; sólo realizaremos algunos comentarios relacionados con el proceso en análisis.

Como se puede apreciar, las tres sentencias declaran fundada la Plus Petición y ordenan al ejecutante abone al ejecutado "el doble de lo indebidamente demandado"; no obstante, existe entre ellas aparentemente una sutil diferencia, a la que quisiera referirme.

La sentencia de primera instancia, en sus considerandos, impone al ejecutante "una multa de lo indebidamente cobrado por haber adicionado a su acción **sumas** que han sido materia de pago" (sic). Nótese que en ningún momento la sentencia vincula a esta multa con el artículo 38 del D.L. 20236, ni mucho menos con la llamada Plus Petición; luego en el fallo declara fundada la plus petición y ordena el pago del **doble** de lo indebidamente cobrado.

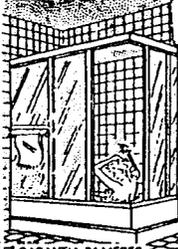
La sentencia de la Corte Superior (confirmada por la Corte Suprema), sí vincula la multa del doble de lo indebidamente demandado, con el artículo 38 del D.L. 20236.

Estas aparentes contradicciones, se deben a que la Plus Petición que regula nuestra ley del proceso ejecutivo - D.L. 20236 - en su artículo 25, es una

4. MONROY GALVEZ, JUAN. *Apuntes para un Estudio de la Plus Petición en la Doctrina y el Procedimiento Civil Peruano*. En Themis No. 18.

institución sin desarrollo legislativo, que se regula simplemente como una forma de oposición a la ejecución, sin indicarse su naturaleza o supuestos de aplicación. De allí que la **práctica procesal** y sobre todo los **jueces** hayan identificado a la Plus Petición con la multa del artículo 38 del mismo D.L. 20236, lo cual no es exacto, pues ésta última se presenta ante supuestos de hecho que la misma norma precisa, relacionados con la conducta maliciosa del ejecutante.

La Plus Petición entendida como un simple medio de defensa del demandado y la multa del artículo 38 del D.L. 20236, han sido dejados de lado - al igual que la mayoría de códigos contemporáneos - por el Código Procesal Peruano de 1992 y reemplazados por institutos más acordes con la naturaleza de cada acto procesal.

 <h2>Puertas</h2> <p>De Tina y Ducha</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Con Planchas tipo Cristal importado.</li> <li>• Resisten al calor.</li> <li>• No se deforma</li> <li>• Variados colores y diseños.</li> <li>• Aluminio, dorado, bronce, negro y natural.</li> </ul> <p><b>S</b> <i>Por cada compra reclama su regalo</i></p>	<h2>Fibra de Vidrio</h2>  <ul style="list-style-type: none"> <li>• TINAS En variados colores.</li> <li>• CALAMINAS Y PLANCHAS Dejan pasar la luz, no se deforman, medidas y colores variados.</li> <li>• TANQUES Para agua cap. 500 y 1,000 Lts. No se oxidan, fuertes, livianos e indeformables</li> <li>• ASIENTOS (Para Aeropuertos, Omnibus, Salas de espera, Terminales terrestres, Restaurants).</li> <li>• BANQUITOS - LAVADEROS.</li> </ul>	<h2>Aluminio</h2> <p>Natural, Bronce, Dorado y Negro</p>  <ul style="list-style-type: none"> <li>• VENTANAS, PUERTAS,</li> <li>• MAMPARAS, CELOSÍAS.</li> <li>• BARRAS Y REJAS DE SEGURIDAD FIJAS.</li> <li>• BARANDA ESCALERA, BALCON.</li> </ul>
<p><b>S C S</b> OFICINA DE VENTAS: Leoncio Prado 501 - Telf. 47-5902 - 45-4114 SURQUILLO - Atención de 8:30 a 6 p.m.</p>		

*Centro Internacional de Cultura Contable y Financiera*

ENTIDAD ORIENTADA A LA INVESTIGACION Y DIFUSION DEL CONOCIMIENTO EN MATERIA CONTABLE, FINANCIERA, TRIBUTARIA Y EMPRESARIAL

**AJUSTES POR INFLACION - FLUJOS DE EFECTIVO  
EFECTO CONTABLE, TRIBUTARIO Y SOCIETARIO**

**Seminarios, Consultas y Asesoría**

**Expositor: Juan Luis Medina Frassinetti**  
**Informes: Telf.: 755011 Fax: 754682**