

SOBRE LA REORGANIZACIÓN DEL PROCESO EJECUTIVO

SUMARIO: I. *Introito.* II. *Sobre el método seguido.* III. *Sobre los supuestos teóricos de la ejecución forzada.* IV. *Diferencias entre la ejecución penal y civil.* V. *Análisis de la ejecución de la sentencia de condena.* VI. *Nacimiento de los títulos ejecutivos extrajudiciales. El instrumento público y la escritura pública.* VII. *Documento privado reconocido ante notario.* VIII. *Documento privado en general.* IX. *Las letras de cambio y demás documentos de crédito, etc.* X. *Títulos ejecutivos en base a documentación emanada del acreedor.* XI. *Virtudes y defectos del juicio ejecutivo.* XII. *Caracteres del sistema de la ejecución forzada pura.* XIII. *Vías sumarias para acceder a la ejecución.* XIV. *Examen crítico.* XV. *Conclusiones.*

I. INTROITO

En la IV Jornada de Derecho Procesal del Litoral Argentino, celebrada en octubre de 1976, en Bahía Blanca, el tema que quizá provocó mayor expectativa y fue objeto de más extensas discusiones fue el segundo, titulado: "Régimen de las excepciones en procesos ejecutivos, ordinarios, sumarios y especiales. Conveniencia de incorporar otras excepciones en el juicio ejecutivo."

En *lege lata*, hubo consenso general en el sentido de no ampliar el número de excepciones admitidas por el Derecho vigente. En *lege ferende* tampoco hubo acuerdo sobre la necesidad de estructurar una reforma integral de la ejecución forzada. Las discrepancias se manifestaron en como debía ser el cambio. En el plenario triunfó una moción (minoría en Comisión) por la que se declaró:

a) "Que los nuevos procesos compulsorios a estructurarse tiendan a un régimen de ejecución pura, vale decir que entre el título y el apremio propiamente dicho, no se intercalen etapas de bilateralidad o contradicción."

b) "Que se recomiende la implantación de dos tipos de procesos de ejecución que habiliten el apremio sobre el patrimonio del deudor según se trate de títulos ejecutorios, judiciales o extrajudiciales (convencionales y administrativos).

"Que se asegure la fehaciencia de los títulos ejecutivos mediante la instru-

mentación en Códigos Procesales, de normas que regulen los requisitos de forma e integración de títulos."

c) "Que paralelamente se introduzca un procedimiento monitorio para cierto tipo de créditos que no gozan de fuerza ejecutiva y que merecen una protección especial."

La Jornada trazó una aspiración: tender, en la reorganización del proceso ejecutivo, hacia un régimen de ejecución forzada pura; definió la esencia de tal sistema: la no intercalación de una etapa de conocimiento entre el título y el apremio. No estableció —faltó tiempo para ello— cómo debía estructurarse ese proceso. Afortunadamente, en mi opinión, no se aferró a ningún modelo preestablecido. Queda, pues, para futuras reuniones científicas la concreción de la idea.

La cuestión, por cierto, interesa también en el Uruguay puesto que nuestro régimen de ejecución forzada es, sustancialmente, el mismo que el de la Argentina. La fecunda colaboración entre procesalistas de ambos países, que, por cierto y en beneficio nuestro por lo mucho que aprendemos, se ha hecho habitual en los últimos tiempos, debe, sobre el tema, culminar, para el Río de la Plata, en la proyección de un sistema original, configurado sobre la base de lo mejor de la experiencia propia y ajena. Abrir camino en ese sentido es la razón de este opúsculo.

En toda indagación científica, la bondad del resultado a obtener depende en grado sumo de la metodología a emplear. Por eso me ha parecido conveniente exponer, en breve trazo, la utilizada en este trabajo.

II. SOBRE EL MÉTODO SEGUIDO

Se discute cuál es el valor que el derecho consagra: si es la justicia, la paz social, el orden, la seguridad, la solidaridad, etc. o todos ellos en relación de complementariedad o de dependencia. Pero sin perjuicio de tal especulación creo se puede convenir que persigue un fin esencialmente práctico: regular la vida social, procurando orientarla en un sentido determinado, mediante la prescripción de una conducta, bajo la amenaza de una sanción estatal;¹ ello, por sí solo, excluye que se pueda considerar a la disciplina que lo estudia como una ciencia *solamente* de objetos ideales, como pretende un cerrado racionalismo.²

Al subrayar el "solamente" se quiere poner énfasis en que no se desdenea,

¹ Hans Kelsen: *Teoría pura del derecho*, cap. III, 3, b, p. 72 y ss. Eudeba, 1967; *Teoría general del Derecho y del Estado*, Imprenta Univeritaria, México, 1950, I, B, d), p. 19.

² Del cual, quizás, su más genuino representante sea Fritz Schreier: *Concepto y formas fundamentales del derecho*, Losada, B. Aires, 1942.

por el contrario, se considera imprescindible, en el estudio de cualquier institución jurídica, precisar su esencia, determinar los supuestos teóricos que la justifican, así como ubicarle dentro de una determinada normativa, con su legalidad y categorías peculiares (perspectiva lógico-conceptual sistemática). Pero esto no es suficiente. El derecho es, siempre, derecho de una sociedad determinada, con sus problemas, necesidades y exigencias propias. Por tanto, para comprender el cabal sentido de una norma hay que considerarla en relación a su contexto histórico-social tanto el que la explica y que le dio vida, como el que la actualiza (perspectiva histórico social), así como tener en cuenta cuál ha sido la respuesta que ella da a la problemática planteada (perspectiva teleológica). Como esas respuestas no suelen ser iguales en todos los países, el conocimiento debe completarse con el de esa diversidad de experiencias (método comparativo, propio del Derecho comparado).³

Todos estos distintos perfiles, necesarios para una comprensión integral del instituto, alcanzan especial relieve cuando estamos en el campo de la estimativa jurídica (y de eso se trata cuando el tema es la "reorganización del proceso ejecutivo") porque esos distintos modos de abordar el objeto están en ese caso, intencionalmente orientados hacia una *crítica de lo existente* que tome debida nota de lo mejor de ella y deseche lo malo, obsoleto o caduco y sobre tal premisa construya un modelo ideal en que basar el hacer futuro. Porque sólo conociendo, previa y (en lo posible) íntegramente la realidad, ésta puede ser trascendida, transformada y perfeccionada, primero, en la idea que de ese cambio nos hacemos y luego en la *praxis*, en la actividad basada en lo proyectado. Pero para discernir sobre lo bueno o lo malo se necesitan ciertos valores, ciertos principios que sirvan de medidas. Por eso, la perspectiva estimativa es, siempre, una *perspectiva axiológica*.

El tema de la reorganización del proceso ejecutivo se presta para una indagación de ese orden porque, desde un punto de vista lógico conceptual puro, que parta de la esencia de la ejecución forzada y de cuales son sus supuestos teóricos (*infra* N^o 3), el único título de ejecución tendría que ser la sentencia de condena con autoridad de cosa juzgada, lograda luego de un proceso ordinario de conocimiento, tal como ocurre en materia penal. Sin embargo, los diversos instrumentos que se crearon en la baja Edad Media, más o menos emparentados entre sí, que procuraron acceder a la ejecución forzada por vías mucho más aceleradas que el proceso ordinario de conocimiento, o, sencillamente, suprimiendo todo proceso previo de cognición no surgieron por azar, por casualidad, por capricho, sino a impulso de necesidades sociales que maduraron en ese preciso momento histórico y no antes ni después, como eclosión

³ Ver: Héctor Fix-Zamudio: *Derecho comparado y la ciencia jurídica en México*, Colegio Nacional, México, 1974.

de una serie de factores que se habían ido acumulando en los siglos precedentes. Su desarrollo y posterior extensión, sobre todo en lo que más particularmente nos atañe: la de los títulos ejecutivos extrajudiciales, en todos los casos ha respondido a causas sociales, a la imperiosa necesidad de tutelar determinados intereses considerados vitales para la subsistencia o el desarrollo social en protección de los cuales se han buscado medios rápidos o compulsivos de satisfacerlos sobre la base ya no de la certeza sino de la probabilidad de la existencia de los presupuestos teóricos de la ejecución forzada. Esta experiencia no es de desdenar, como tampoco la de otros países que, por otros medios, procuraron y procuran satisfacer iguales exigencias. Valorando estas distintas experiencias, sacando lo mejor de cada una de ellas, es posible la elaboración de un modelo que no sea una copia servil de lo existente, sino su superación dialéctica.

Se comenzará con un somero análisis de los supuestos teóricos de la ejecución forzada; se proseguirá con la diferencia entre ejecución penal y civil, con la sentencia como título de ejecución por excelencia; con el nacimiento y posterior extensión de los títulos ejecutivos extrajudiciales en los países que han continuado fieles al "juicio ejecutivo" medieval; las ventajas e inconvenientes de tal sistema; el de ejecución forzada pura, tal como se presentan en Alemania, Italia, Francia y Austria; el de los medios sucedáneos ideados, en esos países, para cubrir el déficit que provoca la lógica restricción en el reconocimiento de títulos ejecutivos extrajudiciales que apareja el sistema; las ventajas e inconvenientes de este régimen, y se concluirá con el esbozo de una solución que, sobre la base de lo mejor de ambos regímenes, constituya un progreso.

Para nuestro régimen de "juicio ejecutivo" se tomará como base el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina (en adelante, C. P. de la N.)⁴ y el Código de Procedimiento Civil Uruguayo (en adelante, C.P.U) y leyes especiales que lo complementaron.

III. SOBRE LOS SUPUESTOS TEÓRICOS DE LA EJECUCIÓN FORZADA

Se suele representar, de un modo simbólico, el fenómeno de la realización coactiva del derecho, de este modo:

Dado H , debe ser P (norma primaria).⁵

Si *no es* P debe ser S (norma sancionatoria).⁶

⁴ Utilizo los excelentes comentarios de Carlos J. Colombo en *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Abeledo-Perrot, B. Aires, 1975.

⁵ Secundaria, para Kelsen (*obs. cit.*) endonorma para Carlos Cossio: *La teoría egológica del derecho*, Losada, B. Aires, 1944, cap. III, c).

⁶ Primaria, para Kelsen; perinorma para Cossio.

En donde *P*, es la prestación a cargo de un sujeto y a favor de otro; *H* son los hechos constitutivos de aquélla; *no es P* es el incumplimiento de la prestación por el deudor y *S* es la sanción correspondiente a dicho incumplimiento.

La cuestión, sin embargo, no es tan simple: el aspecto procesal de la realización coactiva del Derecho sólo de modo implícito está comprendido en la norma sancionatoria.⁷

Es que para que se dé la sanción (*S*) es necesario se haya acreditado en un debido proceso la existencia no sólo de *P*, sino también de *no P*; tanto de la prestación como del entuerto.

Como el mismo Kelsen reconoce: "Si el orden jurídico atribuye a un estado de hecho la calidad de supuesto y de consecuencia de derecho, lo que forma el supuesto y la consecuencia de derecho nunca es el hecho en sí, sino el hecho comprobado por el órgano competente, dentro de un procedimiento jurídico."⁸

Y esa comprobación se hace en un debido proceso en el que no sólo se le ha dado al actor la oportunidad de alegar y probar los hechos constitutivos de su pretensión sino, también al demandado, la de alegar y probar todo hecho extintivo o impeditivo de aquélla. La condena resulta de la prueba suficiente, a juicio del juez, de la existencia y exigibilidad de la prestación así como de la falta de prueba (suficiente) de su cumplimiento.

Pero la sentencia no se limita a comprobar el entuerto sino que, como dice Carnelutti "contiene además la elección y la determinación de la sanción",⁹ a la que condena al responsable.

Por eso, la sentencia de condena es una norma, puesto que no se limita a ser un acto de conocimiento sino que, primordialmente, es un acto de voluntad y, como tal, se proyecta hacia el futuro en lo penal, en la ejecución forzada de la condena; en lo civil o *en la promesa de su ejecución*. La cosa juzgada, a su vez, le da calidad de definitiva; de indiscutible a la condena.

La sentencia de condena, pues, contiene no sólo la comprobación de los presupuestos de hecho que justifican la sanción, *sino a la sanción misma*.

Por eso, dicha sentencia es el título de ejecución por antonomasia. En materia penal, es el único título de ejecución.

⁷ Es lo que decía Couture en *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Depalma, B. Aires, 1958, N° 315, p. 483: "Pero la norma jurídica procesal completa dice: 'Dado B debe ser C y si no lo fuere, puede ser C previo P (proceso)'."

⁸ Kelsen: *El contrato y el tratado*, pp. 15-16, citado por Cossio, *op. cit.*, nota 196 bis.

⁹ Francisco Carnelutti: *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Uteha, B. Aires, 1944, t. I, 42, p. 163.

Por lo expuesto, cabría definir a la ejecución forzada como la actividad jurisdiccional¹⁰ por la que se hace efectiva la sanción, de este modo comprobada y declarada. Es un concepto que vale tanto para el proceso civil como para el penal. Es un concepto que corresponde a la teoría general del proceso.¹¹

IV. DIFERENCIAS ENTRE EJECUCIÓN PENAL Y CIVIL

Al final del capítulo anterior se dio un concepto general de la ejecución forzada como aplicación de una sanción, que tanto sirve a la civil como a la penal. Ello no excluye sensibles diferencias.

La fundamental distinción tiene que ver con el *tipo* de sanción que se hace efectiva en uno y otro caso.

La sanción penal es de naturaleza *aflictiva*; constituye una *pena*, propiamente dicha; por eso, salvo el caso excepcional de la multa, no se satisface sino mediante la ejecución forzada misma, aunque a ella se somete voluntariamente el condenado; la sanción civil, por ser satisfactoria del interés del acreedor puede cumplirse privadamente y eso es lo deseable que ocurra. De esta fundamental diferencia surge la de que, mientras la ejecución penal de la sentencia se promueve de oficio, la civil, solamente a iniciativa del acreedor, *en la hipótesis de falta de cumplimiento de la condena por el deudor*. De ahí que, como ya se señaló (*supra* III), en materia civil, la sentencia de condena, como norma no es otra cosa que *la promesa, al acreedor, de la ejecución forzada si el deudor no cumple con la condena*.¹²

Una tercera diferencia estriba en que mientras se puede acceder a la ejecución civil por otro título que no sea la sentencia (título ejecutivo extrajudicial), ello no es posible en materia penal.

V. ANÁLISIS DE LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA DE CONDENA CIVIL

De lo expuesto resulta que la ejecución forzada de la sentencia de condena, en materia civil, presupone un doble incumplimiento del deudor: el de la norma primaria o endonorma (el deudor se obligó a determinada prestación frente al acreedor y, a su vencimiento, no cumplió) y el de la propia norma sancionatoria que es la sentencia (el juez lo condenó a pagar la pres-

¹⁰ Tal como lo reconoce la casi unanimidad de la doctrina.

¹¹ En contra: Salvatore Satta: *Manual de Derecho Procesal Civil*, Ejea, B. Aires, 1971, tomo II, N^{os}: 316 y 320; véase, sin embargo, la réplica de Gian Antonio Micheli, en *Derecho Procesal Civil*, tomo III, Eja, B. Aires 1970, pp. 405 y ss.

¹² Es lo que Micheli, *op. cit.*, t. I, N^o 14, nos dice con otras palabras.

tación [o su equivalente] y tampoco cumplió). Por supuesto, la sentencia de condena sólo acredita el primer entuerto; no el segundo: la violación a su propio mandato.

¿Habrá, entonces, que incoar un nuevo proceso de conocimiento para dar oportunidad al condenado para probar que cumplió con la sentencia? Tal es lo que ocurría en el derecho romano. Transcurrido el *tempus iudicati*, el plazo que se le otorgaba al deudor para que cumpliera la sentencia, el acreedor debía pedir al pretor citara nuevamente al deudor (*actio iudicati*); si éste se oponía se producía una nueva *litis contestatio* y un nuevo *iudicium*, en el que si el deudor no probaba sus excepciones se le condenaba al doble. Si no se oponía, el pretor libraba el decreto de ejecución sobre la persona o sobre el patrimonio del deudor.¹³

Parece, sin embargo, excesivo obligar al acreedor, que ya ha tenido que soportar todas las vicisitudes de un proceso ordinario de conocimiento para que se le reconozca su derecho a que siga otro para dar oportunidad al deudor de probar que cumplió con la sentencia. De ahí que en la baja Edad Media se recurriera al *officium iudicis*, al poder del juez de ejecutar sus propias decisiones como consecuencia de la *actio in factum iudicati* y por tal vía, a que la sentencia de condena firme diera lugar, sin más, a la ejecución forzada.

Pero, como puede ocurrir que en el interin entre la cosa juzgada y el ejercicio de la acción ejecutiva, se hayan operado hechos extintivos de la prestación hay que dar oportunidad al deudor para que los haga valer.

En el sistema de la ejecución forzada pura, el deudor sólo podrá oponer hechos posteriores a la última vista de la causa (artículo 767 Código Procedimientos alemán), por separado de la ejecución, promoviendo un proceso ordinario de impugnación.

Por el contrario, en algunos países que adoptaron el modelo del *processus executivus* medieval se permitió que esa oposición se entablara en el mismo proceso de ejecución. Así, en España, antes de la ley de Enjuiciamiento de 1855, según explican Manresa y Reus, pasada la sentencia en autoridad de cosa juzgada, el juez ordenaba al deudor su cumplimiento dentro de 10 días, transcurridos los cuales, a petición del acreedor se despachaba la ejecución por los trámites del juicio ejecutivo (*Nov. Recopilación*, Ley 1ª, tít. 17, libro 11).¹⁴ Contra tal excesiva liberalidad, reaccionó dicha ley de enjuiciamiento, disponiendo que trabado el embargo se siguiera la vía de apremio (artículos 892 y 893). Caravantes sostuvo que, en su concepto, "deberán oírse las excepciones

¹³ Hugo Alsina, *Tratado*, Com. Argentina Editores, B. Aires, 1946, t. III, cap. XXXVII, a, p. 36.

¹⁴ Manresa y Reus: *Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, t. IV, p. 174.

de pago y falsedad o de prescripción de la ejecutoria.⁵ Es la solución del C. P. de N., agregándole la de *quita espera* o remisión. Dichas excepciones pueden oponerse dentro de 5 días perentorios a partir de la citación para la venta de los bienes embargados (artículo 505) y se resuelven de modo sumarisimo (artículos 507 a 509). Sólo se admitirán las excepciones que se probaran por documentos que se acompañarán al deducirlas (artículo 507).

El C.P.U. establece un sistema mixto. Si se pide la ejecución dentro de los 90 días de haber quedado consentida o ejecutoriada la sentencia se va directamente a la vía de apremio sin que, por lo menos de la letra de la ley, surja que se permita al deudor oponerse a la ejecución alegando hechos extintivos o impeditivos posteriores a la sentencia. Por el contrario, si se pide la ejecución más allá de los 90 días, el título pierde su fuerza a ejecutoria y "trabado el embargo, se citará al deudor para que oponga excepciones dentro de seis días perentorios, siguiéndose los trámites del juicio ejecutivo hasta hacerse pago al acreedor" (artículo 495). Aunque no se diga cuáles excepciones pueden oponerse, es obvio que sólo podrán admitirse las fundadas en hechos posteriores a la sentencia; los anteriores están excluidos por la cosa juzgada. No condiciona la admisión de la excepción al acompañamiento de su prueba escrita. Se trata de un régimen que no resiste, a mi juicio, la menor crítica. Antes de los 90 días: extrema severidad; luego de los 90 días: extrema benignidad.

Es de hacer notar que en Alemania el artículo 775 de su Código Procesal prescribe que se suspenderá la ejecución si se exhibiere al ejecutor, documento público o privado extendido por el acreedor del que resulte que ha sido pagado o concedió plazo luego de la sentencia que se trate de ejecutar o se presentare recibo de Correos en que aparezca que se ha girado al acreedor la cantidad debida después de haberse dictado la sentencia que se trata de ejecutar. Esto en un régimen de "ejecución forzada pura".

En la misma situación que la sentencia se encuentra la ejecución del laudo arbitral (art. 499 C.P. de N y arts. 491, 492 C.P.U.).

En lo que respecta a la sentencia dictada por Tribunal extranjero, declarada ejecutable mediante el procedimiento del exequátur, se ejecutará, según el C.P.U. "por los trámites del juicio ejecutivo". Con mayor tecnicismo, el C.P. de la N. por su artículo 518 inciso 3º, dispone que "si se dispusiere la ejecución, se procederá en la forma establecida para las sentencias pronunciadas por tribunales argentinos".

⁵ Caravantes: *Procedimientos judiciales*, Gaspar y Roig, Madrid, 1958, t. IV, Nº 1856.

VI. NACIMIENTO DE LOS TÍTULOS EJECUTIVOS EXTRAJUDICIALES. EL INSTRUMENTO PÚBLICO Y LA ESCRITURA PÚBLICA

La sentencia de condena es el título de ejecución por excelencia, por haber sido precedida de un proceso de conocimiento basado en un contradictorio entre actor y demandado. Pero de esa misma virtud, emana su mayor desventaja, pues ese proceso normalmente demanda un tiempo considerable, sobre todo si se incoa con la ritualidad del procedimiento ordinario.

En la baja Edad Media, el comercio, ampliamente desarrollado en las comunas italianas, provocó la necesidad de la creación de medios más ágiles para la tutela de los derechos que el juicio ordinario¹⁶ entre los que se encuentran los títulos ejecutivos extrajudiciales. Se busca inspiración en los textos del Derecho Romano, pero interpretados por los glosadores, de modo de adaptarlos a las necesidades y costumbres de la época. No vamos a detallar el proceso por el cual, desde los juicios fingidos por los que se constituían y reconocían los derechos basados en que la *confessio in iudicio*, reforzada por la fe del juramento (costumbre germánica), importaba un allanamiento a la demanda que daba lugar, sin más, al dictado de una sentencia favorable al actor se pasó, para esos casos, a los *praeceptum de solvendo* (mandatos de ejecución) dados por el juez sin forma ni estrépito de juicio; luego, a la creación junto al juez, de *judices cartularii* para pronunciar los *praeceptum de solvendo* y por último del reconocimiento a un oficio, distinto al judicial, de la potestad de recoger era declaración del deudor, dar fe de ella y conferirle ejecutoriedad.¹⁷ Lo cierto es que ya a fines del siglo XII o principios del XIII, el instrumento notarial como título extrajudicial está perfectamente configurado. La fe notarial convierte en legalmente *indiscutible para todos* y, en primer término, para el deudor, "el hecho del otorgamiento" por éste de la prestación a su cargo y la ejecutoriedad de tal instrumento viene impuesta por "la cláusula guarentigía", por la cual el obligado aceptaba que "puede ser executado y como sentencia definitiva, contra él dada y por él consentida y pasada en cosa juzgala".¹⁸ Se está tentado a comparar la certeza notarial con la que la cosa juz-

¹⁶ Cfr.: Enrico Tulio Liebman: *Sobre el juicio ejecutivo* en "Estudios de Derecho Procesal", en homenaje a Alsina, Ediar, B. Aires, N^{os}. 1 y 2; J. Ramiro Podetti: *Tratado de las ejecuciones*, Ediar, B. Aires, 1952, N^o 3.

¹⁷ Para seguir en sus detalles este proceso, Rafael Núñez Lagos: *Estudios sobre el Valor Jurídico del Documento Notarial*, Academia Matritense del Notariado, Madrid, 1945 y, sobre todo, Eduardo B. Ponde: *Origen e historia del Notariado*, Depalma, B. Aires, 1967.

¹⁸ Ver en la obra citada de Núñez Lagos, p. 55, nota 6, con transcripción de la fórmula.

gada confere a la sentencia. La fe notarial es a la realización pacífica del individual por acto de autoridad). *Ambas dan certeza.*

Semejanza no significa equivalencia. *Ambas no dan la misma certeza.*

Con referencia a los supuestos teóricos de la ejecución forzada: *P, NO P y S* (*supra* Nº II): prestación, en tuerto y sanción, tenemos:

A) El instrumento notarial sólo contiene *una norma primaria*: la prestación a que se obliga el deudor en favor del acreedor. Por ser anterior al en-tuerto y a la sanción, sobre ellos sólo puede predicar *previsiones*, cuantas más, mejor, dentro de lo permitido por el ordenamiento jurídico;¹⁹ tales son, por ejemplo, el pacto de mora automática, frente al incumplimiento y, en relación a la sanción, su regulación más o menos extensa que la prevista por la ley, dentro de la libertad que, al respecto, ésta otorgue a las partes. Así, por ejemplo, el acuerdo de que, en caso de incumplimiento el acreedor podrá demandar la resolución del contrato y además la multa o cláusula penal. Por el contrario, la sentencia de condena *es una norma sancionatoria* que, como tal, presupone el incumplimiento y en base a él, fija la condena que corresponde al caso. La "cláusula guarentigia", en realidad, implicó un intento de superar esta insuficiencia del instrumento notarial; se pretendió sustituir la sanción por declaración autoritaria por la *auto-sanción* del propio deudor para el caso de incumplimiento, autorizando la ejecución forzada como si el instrumento notarial sólo arroja una simple presunción por el hecho de que su copia ejecutiva aún se encuentre en poder del acreedor, a pesar de que la prestación se ha hecho exigible. Esta inutilidad de la cláusula guarentigia dio lugar a que se le suprimiera por entenderla implícita en la obligación contraída. Curiosamente, subsiste en la legislación alemana.

Pero aún respecto a la misma prestación la certeza que da el instrumento notarial no es la misma que la sentencia firme. Si bien respecto a su existencia los "hechos del otorgamiento" en cuanto el notario da fe de haberlo visto u oído se imponen obligatoriamente a todos, sólo destruye mediante la querrela de falsedad, en cuanto a su validez, o sea a las calificaciones sobre su legalidad, es, como dice Núñez Lagos²⁰ *legal y válido 'juris tantum'*, mientras una sentencia firme no declare su nulidad. Por el contrario y salvo casos excepcionales²¹ la sentencia con autoridad de cosa juzgada es indiscutible e

¹⁹ L. A. Viera: *Función notarial y proceso*, Apartado de la "Revista de la Asoc. de Escribanos del Uruguay", t. 59, Nºs. 9-10, 1973.

²⁰ *Ob. cit.*, p. 68.

²¹ Depende de la extensión con que en el derecho positivo se admita el recurso de revisión.

inimpugnable en todos los aspectos, tanto sobre los hechos juzgados como sobre las calificaciones de ellos; su certeza es (cuasi) absoluta.

La eficacia del instrumento notarial, pues, no es igual a la de la sentencia con autoridad de cosa juzgada. Esto es lógico porque nunca el conocimiento notarial, (que versa sobre el negocio) puede equipararse al judicial (que verse sobre el entuerto) y que además se obtiene luego de un proceso, regulado por la ley como un contradictorio entre las partes. Se trata de dos realidades ónticas distintas sobre las que se pueden predicar semejanzas, no total equivalencia.

El instrumento público no puede ser equiparado con la sentencia firme, pero a su vez, por su mayor fehacencia, con el privado,²² y éste es un dato del que no se puede prescindir cuando se trata de reorganizar el proceso ejecutivo.

Lo dicho respecto al instrumento notarial cabe extenderlo a todo instrumento público autorizado por funcionario con potestad de autenticar actos entre particulares (v. gr.: en el Uruguay, actas de conciliación ante el órgano correspondiente del Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social, artículo 10, Ley 14.188).

Impuesta por las necesidades sociales (las mismas que en la baja Edad Media determinaron la *actio in factum iudicati* y el *officium iudicis*) la ejecutividad del instrumento notarial ha constituido, como lo dice la experiencia, un indudable progreso, aunque del punto de vista de una ortodoxa "pura" no se ajuste a todos los supuestos teóricos que justifican la ejecución forzada (*supra* N° III).

Claro está que no ha tenido igual tratamiento, en los países que han adoptado el régimen de la ejecución forzada pura que el que se le ha dado en aquellos fieles al modelo del *processus executivus* medieval.

En los primeros, el instrumento notarial y el público equivalente han sido *realzados* al punto de ser considerados títulos ejecutorios como la sentencia de condena. Las diferencias apuntan en cuanto a las objeciones u excepciones a la ejecución en las que el deudor puede fundar su demanda impugnativa: mientras para la sentencia de condena sólo puede oponer excepciones fundadas en hechos posteriores a la última vista de la causa (artículo 767, inciso 2°, Código Procesal alemán); tal restricción no rige para la oposición a la ejecución basada en escritura notarial o pública equivalente. Puede oponer cualquier objeción, sin limitación (artículo 797 *in fine*).²³

En los segundos, el instrumento notarial y el público equivalente han

²² En esta distinción se basaba la propuesta de la Comisión en mayoría, aunque sus conclusiones no coinciden con lo que hoy se dice aquí.

²³ Ver Leo Rosenberg: *Derecho Procesal Civil*, Ejea, B. Aires, 1955, t. III, N° 183, IV, 2, c), p. 112.

sido *degradados* en cuanto a su ejecutividad a una situación igual a la de los documentos privados y, en algunos casos, pero.²⁴

VII. DOCUMENTO PRIVADO RECONOCIDO ANTE NOTARIO

En situación similar a la escritura pública e instrumentos públicos equivalentes, se encuentra, en mi opinión, el documento privado reconocido por el deudor, *tanto respecto a la firma como al contenido*, ante notario.

En el C.P. de la N. el artículo 523 N^o 2 confiere fuerza ejecutiva "al documento privado... cuya firma estuviere certificada por escribano con intervención del obligado y registrada la certificación en el protocolo".

En el Uruguay, el artículo 54 de la ley 13.355 modificó el artículo 874, inc. 5^o del C.P.U. agregando que son títulos ejecutivos: "Los documentos privados suscritos por el obligado ...cuyas firmas hayan sido autenticadas por escribano público."

A su vez, la acordada de la Suprema Corte de Justicia de 10 de febrero de 1971, reglamentaria de la función notarial, estableció el modo por el cual, ante el notario, el otorgante del documento debe reconocer *su firma y el contenido de aquél*, de todo lo cual el escribano debe dar fe, así como de la identidad del otorgante, en la certificación.

En *lege ferenda* cabe, pues, atribuir al documento privado cuya autenticidad, en su contenido y en su firma, ha sido, de ese modo certificada por escribano, una ejecutoriedad equivalente a la que se atribuya a la escritura y demás documentos públicos en los que un sujeto, distinto al autorizante, contrae o reconoce una prestación a su cargo.

En Francia, es título ejecutorio el acto bajo firma privada reconocido como auténtico por el mismo signatario ante notario.²⁵

VIII. DOCUMENTO PRIVADO EN GENERAL

A diferencia del instrumento notarial y, en general, del público cuando el funcionario está autorizado a instrumentar actos de otros (actas de conciliación), que son, por sí mismo, auténtico, el documento privado no es, por sí solo, genuino. Puede adquirir el carácter de auténtico (contra el otorgante)

²⁴ Así, por ejemplo, en el Uruguay, para el cobro contra el inquilino moroso el pago de la cuenta de gastos comunes debidamente conformada, se confiere la vía de apremio del art. 211 C.P.U. que prácticamente deja al ejecutado sin defensa (art. 8, Ley 14.266).

²⁵ Ver Paul Cuche: *Précis de voies d'exécution*, pp. 12-20.

si lo reconoce en la forma indicada en el capítulo anterior; pero qué valor atribuirle cuando no ha mediado tal reconocimiento, cuando citado judicialmente el presunto firmante no comparece o comparece pero sólo reconoce la firma o, peor aún, reconoce la firma pero niega el contenido o, simplemente, niega la firma.

En los países que siguen el sistema de la ejecución forzada pura no es posible reconocer ejecutoriedad a este tipo de documentos que carecen de una certeza suficiente como para atribuirles tal fuerza ejecutoria.

Por el contrario, los países que han mantenido el juicio ejecutivo han sido más audaces y le han reconocido calidad ejecutiva a tales documentos, cuando representen obligación en cantidad cierta y exigible, si la firma ha sido dada por reconocida judicialmente, en rebeldía del citado o cuando esa firma ha sido reconocida por auténtica, aunque se niegue su contenido (C.P. de la N, 526,527; C.P.U, 876, inc. 2º, 878).

Si la firma es desconocida el C.P.U. establece que "podrá el acreedor usar de su derecho en el juicio ordinario".

Con más osadía, el C.P. de la N. por su artículo 528 dispone: "Si el documento no fuere reconocido, el juez, a petición del ejecutante, previo dictamen de uno o de tres peritos, según el monto del juicio, designados de oficio, declarará si la firma es auténtica. Si no lo fuere, se procederá según lo establece el artículo 531..." es decir, se inicia el ejecutivo con el embargo y la intimación de pago.

Es innegable que éste, se diría, atrevimiento del legislador en atribuir calidad ejecutiva a documentos de los que sólo surge una presunción a favor del accionante deriva del hecho de que se permita al deudor oponerse a la ejecución en el mismo proceso ejecutivo.

Claro está que se trata de situaciones que distan bastante de los presupuestos teóricos de la ejecución forzada (*supra* Nº III). En estos casos no hay certeza siquiera de la misma prestación sino una presunción basada en una regla de experiencia por la cual, normalmente, quien firma un documento sabe y quiere su contenido, pero esta falta de certeza está contrabalanceada por la facultad, otorgada al deudor, de oponerse a la ejecución en el mismo proceso —para lo cual se abre un período sumario de conocimiento— y en eso radica, precisamente, una de las mayores virtudes del sistema (*infra* XI,E).

IX. LAS LETRAS DE CAMBIO Y DEMÁS DOCUMENTOS DE CRÉDITO

Entre los documentos privados merecen una mención especial los cambiarios: letras, pagarés, vales, conformes, concebidos a la orden y transferibles por simple endoso. En todos los países, ellos merecen un tratamiento privile-

giado. En Alemania dan lugar a una acción especial, la cambiaria que permite obtener de modo sumarisimo una sentencia de condena. En Italia, el artículo 474 del Código de 1940 les reconoce la calidad de "títulos ejecutivos" (ejecutorios, para nosotros); para ello basta el protesto que no tiene por qué ser personal; es suficiente el practicado ante la municipalidad; incluso se puede prescindir de este requisito si fue renunciado expresamente por el deudor; no es necesario, en este caso reconocimiento judicial de la firma. El documento cambiario, además, es título ejecutivo sin necesidad de cláusula ejecutiva (artículo 475).²⁶ Por otra parte, la primera etapa de la ejecución, la de *pignoración* (embargo ejecutivo) se realiza sin intervención alguna del juez, como ocurre con los otros títulos; basta con exhibir el documento al Oficial de Justicia (*infra* N° XII,4).

En el C.P.N. artículo 523, N° 5 es título ejecutivo la letra de cambio y el vale o pagaré cuando tuvieren fuerza ejecutiva de conformidad con las disposiciones del Código de Comercio o ley especial.

El C.P.U., por su artículo 874, N° 8 reconoce calidad de título ejecutivo a la letra, vale o pagaré protestado personalmente, con arreglo al artículo 869 del Código de Comercio a la persona contra la que se va a dirigir la acción. Con arreglo a dicho artículo el título no se forma si el protestado aduce tacha de falsedad, en el momento del protesto a su aceptación, giro o endoso, según el ejecutado sea el aceptante, girador o endosante. Si el protesto no es personal, cabe formar el título mediante la citación para el reconocimiento de firma, como ocurre con los demás documentos privados.

¿Cómo explicar este tratamiento preferencial a un documento privado que, a lo sumo, está amparado por una presunción de autenticidad, en aquellos países que admiten la ejecución con el simple protesto, aún no personal y sin necesidad de reconocimiento judicial de la firma? Forzoso es remitirse a las necesidades del comercio y del crédito, a la función que esos instrumentos cumplen como "moneda de los comerciantes" y por tanto a la exigencia de tutelar su fácil circulación y rápido cobro.²⁷

Cabe, sin embargo, puntualizar que el reconocimiento de la calidad de ejecutivo a un documento del que sólo resulta una presunción de autenticidad no condice con un tipo de ejecución en la que se prive al deudor de toda defensa en ella. Por eso la solución italiana por la que se les otorga a la letra de cambio y demás documentos de créditos una fuerza compulsiva, incluso mayor

²⁶ Davis Supino-Jorge de Semo, en Bolaffio-Rocco-Vivante: *Derecho Comercial*, t. 8, Ediar, B. Aires, 1950, N°s 501 y ss., pp. 615 y ss.

²⁷ Ver al respecto: *La carga de la prueba de la excepción de falsedad*, en "Revista de Estudios Procesales" de Rosario, N° 27, de Angelina F. de De la Rúa y Mario Alex Escribano Juárez.

que la de la sentencia y el instrumento público, no parece razonable. Por el contrario es perfectamente admisible tal calidad en un régimen como el del "juicio ejecutivo", puesto que la falta de garantías en la formación del título se compensa con la posibilidad dada al deudor de oponer excepciones en la misma ejecución, sobre todo si ellas, para respetar el carácter literal, abstracto, autónomo y cartular propio de tales documentos, se limitan a las estrictamente personales al tenedor-ejecutante.

Lo dicho respecto a las letras de cambio, vales, pagarés, etc., cabe extenderlo al cheque, dado el papel fundamental que juega en la sociedad moderna como medio de pago en sustitución del dinero. Existe, creo, un interés público mayor en protegerlo, lo que se manifiesta, para quienes transgreden las normas sobre provisión suficiente de fondos, de sanciones penales, bancarios y comerciales. Por otra parte la presunción de autenticidad de ellos es más intensa por las garantías que la ley y la reglamentación, por lo general, establecen, para su uso. Incluso el incumplimiento resulta acreditado por la constancia puesta al dorso por el Banco girado del rechazo del cheque por falta de provisión de fondos.

En el Uruguay, dicha constancia que el Banco girado debe obligatoriamente poner, suple el protesto y da lugar a acción ejecutiva para el pago del cheque rechazado contra el librador (ley 14.412, artículo 39).

También el interés de tutelar ciertos instrumentos de crédito, nacidos en la práctica de los negocios e íntimamente vinculados con la producción y el comercio justifican y explican la regulación legal y el reconocimiento de calidad ejecutiva, en la Argentina, a la *factura conformada* (artículo 523, Nº 5, C. P. de la N.); en el Uruguay al *cheque diferido* (ley 14.412, artículo 70 y sigs., especialmente el 71 en su remisión al 39 de la misma ley). Son siempre las exigencias sociales las que impulsan la creación de nuevos títulos ejecutivos en nuestros países.

Cabe, asimismo, mencionar entre ellos a los originados en las relaciones laborales, en protección del trabajador, como el instituido en el Uruguay, por el artículo 4º de la ley 10.449, por el que es de tal clase: "la planilla de trabajo que acredite los jornales o sueldos acordados al obrero o empleado, conjuntamente con un certificado del Instituto Nacional del Trabajo y Servicios Anexados que establezca el salario legal que corresponda abonar al obrero u empleado".²⁸ Aquí el título no lo constituye el reconocimiento hecho por el deudor de una prestación a su cargo, cierta y exigible, sino la *prueba conjunta* de un documento que emana de él (la planilla de trabajo) y un certificado de

²⁸ La ley instituía el título para el cobro de las diferencias de salarios emanados de los laudos de los Consejos de Salarios que ya no existen. Creo sin embargo, que sigue rigiendo la disposición para los salarios legales o fijados por el Poder Ejecutivo.

naturaleza administrativa, de los que surge el crédito a favor del trabajador por la diferencia no pagada. Este ejemplo parece darle razón a Podetti cuando sostuvo que, en nuestros países, el título ejecutivo es la "constatación fehaciente de una obligación exigible"²⁹ que coincide con la dada por Caravantes de que lo constituye "la vehemente presunción de que el derecho del actor es legítimo y está suficientemente probado".³⁰ Naturaleza semejante tiene el instituido por el artículo 31 de la misma ley, modificado por el artículo 1º de la Nº 14.159 por la que tiene valor de título ejecutivo la constancia de la mora en el pago de los salarios comprobada por la Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social.

X. TÍTULOS EJECUTIVOS EN BASE A DOCUMENTACIÓN EMANADA DEL ACREEDOR

Hasta ahora se han examinado una serie de títulos a los que la ley, en el régimen del "juicio ejecutivo" les atribuye calidad suficiente para promoverlo por resultar, de la propia documentación emanada del deudor, la vehemente presunción de la legitimidad del crédito reclamado.

No se ha detenido aquí la evolución del título ejecutivo en los países que se han mantenido fieles al sistema derivado del *processus executivus* medieval. Así por ejemplo, el artículo 523 Nº 5 del C.P. de la N. dice que trae aparejada ejecución: "la constancia del saldo deudor de la cuenta corriente bancaria", expedida de acuerdo con el Código de Comercio o ley especial³¹ y el artículo 524 dice que constituirá título ejecutivo "el crédito por expensas comunes de edificios sujetos al régimen de propiedad horizontal", debiendo justificarse "mediante certificados de deuda que reúnan los requisitos exigidos por el reglamento de copropiedad" y a falta de previsión por "copia protocolizada de las actas de las reuniones del consorcio celebradas de conformidad con el reglamento en el que se ordenaron o aprobaron las expensas. Asimismo, se acompañará constancia de la deuda líquida y exigible y del plazo concedido a los copropietarios para abonarla, expedida por el administrador o quien haga sus veces".³² En ambos casos, el título, desde el punto de vista documental, resulta de constancias, certificaciones o testimonios de documentos emanados del pro-

²⁹ Podetti, *op. cit.*, Nº 51, p. 91.

³⁰ Caravantes, *op. cit.*, Nº 1.102.

³¹ En el Uruguay, más por construcción jurisprudencial que porque así resulte de la ley (art. 35 ley de 24/3/1919).

³² En el Uruguay, es título ejecutivo para el cobro de gastos comunes entre copropietarios en propiedad horizontal, la cuenta formulada por el administrador y aprobada por la asamblea de copropietarios (art. 14 ley 14.559). Véase, sin embargo, contra el inquilino, nota 24.

pio acreedor, pero en condiciones tales que hacen presumir la veracidad de la prestación puesta a cargo del ejecutado. Lo mismo cabe decir de los créditos fiscales a favor del Estado, municipios por impuestos, o contribuciones de mejoras y demás tributos o a favor de entes estatales o paraestatales de previsión social por los aportes impagos de sus contribuyentes, amparados por la presunción de legitimidad inherente a todo acto administrativo. En todos estos casos, sin embargo, el factor que ha impulsado a reconocer calidad ejecutiva a tales créditos así documentados ha sido la necesidad de una tutela especial que facilite su rápido cobro, dado el alto interés social que ellos revisten.

Esta evolución del concepto de título ejecutivo demuestra la ductilidad de nuestro "juicio ejecutivo" para adaptarse a las exigencias de la época y esa flexibilidad resulta del equilibrio sobre el que, indudablemente, reposa el sistema, entre el interés social de tutelar determinados créditos y el opuesto de evitar una ejecución injusta. Al primero se contempla, otorgándole al crédito que se desea especialmente proteger, una acción ejecutiva basada en la prueba, preestablecida en la ley, de la que, según ciertas reglas de experiencia, resulta si no la certeza absoluta, por lo menos la fuerte presunción de su legitimidad y al segundo, confiriéndole al deudor la posibilidad de oponerse a la ejecución en el propio proceso ejecutivo. El legislador se encuentra propenso a reconocer a dichos instrumentos en esas condiciones, acción ejecutiva, porque cualquier injusticia que pueda derivar de la falta de plena certeza pueda ser reparada en el propio proceso ejecutivo mediante la oportuna apertura de un plazo perentorio en la que el deudor pueda hacer valer sus defensas. Que en su consagración práctica ese equilibrio no se logre no puede ser causa de la eliminación del sistema, sino, en todo caso de su perfeccionamiento, del mismo modo que sería absurdo que el automovilista cambiara el motor de su automóvil porque en el taller no se lo dejaron a "punto".

XI. VIRTUDES Y DEFECTOS DEL JUICIO EJECUTIVO

De lo expuesto resulta, en gran parte, cuáles son, a mi juicio, las virtudes y defectos de nuestro actual régimen de juicio ejecutivo. Trataré de ser, por ello, breve.

En relación a las virtudes:

A) Respecto por el *principio de jurisdicción*, por el cual todo conflicto intersubjetivo (e indudablemente lo es el de ejecución, aunque de distinta índole que el de cognición) debe ser resuelto por un tercero imparcial y ajeno al mismo y con la aptitud moral y técnica necesaria para ello; en resumen, por *un juez*.

B) *Principio de la unidad de jurisdicción*. El mismo juez de la ejecución es el que entiende en la oposición del deudor a ella.

C) *Principio de la unidad de proceso*. Por cada prestación sólo hay un proceso de ejecución y si se quiere promover otro, la excepción de litispendencia lo impide.

D) Mayor capacidad de adaptarse a las nuevas necesidades sociales mediante la creación de nuevos títulos ejecutivos. Me remito a lo expuesto en el capítulo anterior.

E) Pero, quizás, su mayor virtud sea la facultad que otorga el título de obtener la inmediata adopción de medidas provisionales de seguridad (embargo ejecutivo) sin tener que justificar riesgo alguno y sin tener que prestar caución, contrabalanceada con la dada al deudor de oponer excepciones a resolverse de modo sumario.

Defectos:

A) Peligro de su "desnaturalización" u "ordinarización",³³ visible en regímenes como el C.P.U. que por un lado permiten al deudor oponer "cualesquiera excepciones" —artículo 887—³⁴ y, además y sin limitación en el texto, la de promover un juicio ordinario posterior sobre lo ya juzgado.³⁵

B) Pero, en mi opinión, el más grave defecto es colocar en el mismo plano de ejecutividad a títulos como la escritura notarial y demás documentos públicos a quienes las propias leyes de fondo les reconocen especial fehadencia que a otros que, en el mejor de los casos, sólo arrojan una vehemente presunción de autenticidad.

No considero un defecto el carácter mixto del juicio ejecutivo aunque así parezca para un conceptualismo "puro" que no tenga en cuenta la realidad social. En mi opinión, la atribución de calidad ejecutiva a los documentos privados referidos en los capítulos VII al X, constituye un progreso como, en su hora, lo fue la creación del *instrumenta confessionata* y del *guarentigiata*, pero ese progreso ha sido posible, como se ha dicho, porque los riesgos que importa reconocer tal calidad a documentos que no dan absoluta certeza sobre los pre-

³³ Ver Alsina, *op. cit.*, cap. XXXVII, N° 5, d); Davis Lascano: *Hacia un nuevo tipo de proceso*, en "Revista de Derecho Procesal", dirigida por Alsina, año I, N° I, pp. 80 y ss.

³⁴ Sobre *El origen histórico de la facultad del deudor, en el juicio ejecutivo, de oponer cualesquiera excepciones*, mi trabajo en "Revista de la Facultad de Derecho", Montevideo, 1961, año XII, N° 2, pp. 411 y ss.

³⁵ Es cierto, sin embargo, que esta posibilidad ha sido muy poco utilizada en la práctica.

supuestos teóricos de la ejecución forzada, sino, en el mejor de los casos, vehementemente presunción de su existencia, han sido compensados con la posibilidad, otorgada al deudor, de oponerse a la ejecución en el mismo proceso ejecutivo. Falta saber si los medios sustitutivos empleados en los países de ejecución forzada pura (*infra* N° XIII) (monitorio, documental con reserva de excepciones, etcétera) tienen igual idoneidad para el logro de una mejor y más rápida justicia o si lo prudente es, para esos casos, mantener el sistema, perfeccionándolo con todo lo positivo que ofrece la experiencia ajena.

XII. CARACTERES DEL SISTEMA DE LA EJECUCIÓN FORZADA PURA ³⁶

1º El deudor no puede oponerse a la ejecución en el mismo proceso de ejecución sinó, ejerciendo, por separado, una acción ordinaria impugnativa destinada a que se declare que aquélla no corresponde ante un órgano distinto a la ejecución (Francia, Alemania) o ante el mismo órgano de la ejecución (Italia) el que puede ordenar la suspensión de ella si hay graves motivos justificados.

2º De lo anterior resulta que, en este régimen no cabe la distinción entre título ejecutivo y ejecutorio. Todos los ejecutivos son ejecutorios. La consecuencia es la restricción de los títulos extrajudiciales considerados ejecutables. En *Alemania*, sólo tienen ese carácter: "los documentos autorizados por Tribunales o notarios nacionales, estos últimos dentro de los límites de su competencia y en la forma prescrita, con tal que documenten la obligación de pagar una cantidad determinada de dinero, de otras cosas fungibles o de valores y que el deudor se someta en el mismo a la ejecución inmediata" (artículo 794, N° 5 del Código Procesal). La última parte es una curiosa reminiscencia de la cláusula *guarentigia*. En Francia son títulos ejecutables los "actos notariados" (Ordenanza de Villers Cotterets, Ley del 25 Ventoso, Año XI, artículo 19, artículo 547 del Código de Procedimiento Civil Napoleónico); en *Italia*, son títulos ejecutivos: artículo 474... 2) las letras de cambio, así como los demás títulos de crédito y los documentos a que la ley atribuya expresamente la misma eficacia; 3) los documentos extendidos por notario o por otro oficial público autorizado por la ley para extenderlos, respecto a las obligaciones de sumas de dinero en ellos contenidas".

³⁶ Para el derecho alemán, Leo Rosenberg, *op. cit.*, y James Goldschmidt: *Derecho Procesal Civil*, Labor, B. Aires, 1936; las citas al código se refieren al texto publicado en este libro; para el derecho francés, Cuche, *op. cit.*, y *Code de Procedure Civil*, Dalloz, París, 1962; para el derecho italiano, el texto del Código de 1940, en el tomo I del *Sistema* de Carnelutti y las obras de los autores citados en estas notas.

3º En cuanto a la competencia, depende de la naturaleza de los bienes a ejecutar y no de la prestación. Así, para la ejecución sobre bienes muebles es competente, en Francia, el "ujier" y en Alemania el "ejecutor judicial", que son Oficios independientes del órgano jurisdiccional, que no actúan bajo su dirección ni éste les puede hacer indicación alguna sobre la conducción. Son remunerados por quien solicita sus servicios (sin perjuicio del posterior reembolso del precio de la ejecución). No es, pues, extraño que el artículo 753 del Código Procesal alemán exprese que el ejecutor actúa "por mandato del acreedor" y que el artículo 754 disponga sobre el alcance de tal mandato;³⁷ la ejecución de créditos del deudor contra terceros o sobre bienes inmuebles corresponde, por el contrario al Tribunal del domicilio del deudor, en el primer caso o de la ubicación del inmueble, en el segundo.

El Código italiano de 1940, por su artículo 484 dispone que "la expropiación debe ser dirigida por un juez"; no debe, de ello, concluirse que es siempre *ante el mismo juez*, puesto que se mantiene la (para nosotros incomprendible) distribución de la competencia según la naturaleza del bien a ejecutar. En efecto, si se trata de bienes muebles o de créditos, entiende el pretor, pero si es un inmueble, se sigue ante el Tribunal (artículo 16); desde el punto de vista territorial, la competencia también se fija por el lugar de ubicación del bien o el del domicilio del deudor si es un crédito lo embargado (artículo 26).

4º Como lógica consecuencia de lo anterior, en los tres países, existe un procedimiento para la expropiación forzosa de muebles; otro para la de créditos y otra para los inmuebles, etc. El artículo 483 del Código italiano autoriza al acreedor (como es lógico) "a la acumulación de los diversos medios de expropiación previstos por la ley", vale decir que por el mismo crédito pueden ejecutarse muebles, inmuebles y créditos hasta cubrir la cantidad reclamada y accesorios, pero como para cada uno de ellos hay un órgano diferente y un procedimiento distinto, todo ello provoca que, por la misma prestación, pueda incoarse distintas ejecuciones, separadas y autónomas. De los inconvenientes de tal sistema nos da jugosa noticia Redenti³⁸ al que me remito.

4) La ejecución se realiza, no en base al título, sino a su copia que lleva inserta *la cláusula ejecutiva*. De este modo el título adquiere un carácter más

³⁷ Claro está que la relación entre acreedor y ejecutor no es la de un "mandato" (Rosenberg, p. 62), pero la expresión sirve para demostrar sentido privatístico del sistema, lo que da razón a Podetti cuando afirmara que se origina en las costumbres de las tribus bárbaras germanas.

³⁸ Enrico Redenti: *Derecho Procesal Civil*, Ejea, 1957, t. II, N^{os}: 2-3, II, pp. 350 y 221, I, p. 392).

que solemne, sacramental.³⁹ La cláusula ejecutiva la extiende el secretario del Tribunal que la dictó, si es una sentencia o el notario, si es un acto notarial que la autorizó (artículo 797, inc. 1º Código alemán). Por esta vía es posible una ejecución sin intervención judicial alguna. Es el notario el que, en la cláusula, inserta la orden de ejecución y el ejecutor la lleva a cabo, si es sobre muebles. La única defensa que le queda al deudor es acudir ante el juez competente a fin de que se declare, en proceso ordinario, que no corresponde la ejecución y, eventualmente, obtener una orden de suspensión de ella. Es evidente el carácter privadístico que en tal régimen alcanza la ejecución. En Italia aunque la expropiación debe ser dirigida por un juez, ello no impide que la fase previa de la intimación y la inicial de la *pignoración* (embargo) se haga directamente por el Oficial de Justicia, con el agravante de que, tratándose de letras de cambio y demás documentos de crédito no es necesario cláusula ejecutiva alguna (artículo 475), ni reconocimiento judicial de firma y, a veces, tampoco el protesto.

Se suele tomar a este sistema como modelo. Se me ocurre, sin embargo, que son mayores sus vicios que sus virtudes y que él choca abiertamente con principios muy caros en el Río de la Plata. Solamente cabe destacar el realce que se hace del instrumento notarial y, en general, del público colocándolo, por su particular fehaciencia, a un nivel equivalente a la sentencia y demás proveimientos judiciales.

XIII. VÍAS SUMARIAS PARA ACCEDER A LA EJECUCIÓN ⁴⁰

Cuáles son los medios sucedáneos empleados en los regímenes de ejecución forzada pura para suplir la restricción en los títulos ejecutivos extrajudiciales, a la que, naturalmente, lleva el sistema (*supra* N° XII, 2).

1. Alemania

A) *El proceso monitorio puro* (artículos 608 a 703 Código procesal), reservado para las prestaciones en cantidad determinada de dinero u otras cosas fungibles o de valores, sin límite de cantidad y sin que el accionante tenga que justificar, aunque sea sumariamente, su crédito. A pedido del actor se libra un mandamiento condicionado de pago, en el plazo de una semana indicándosele, al mismo tiempo, al deudor, que si tiene excepciones que oponer, presente

³⁹ Mi obra, citada nota 19, donde transcribo las cláusulas ejecutivas francesa e italiana.

⁴⁰ Las referencias al proceso de mandato austriaco son sacadas de Rosenberg, *op. cit.*, t. II, p. 528 y Goldschmidt, *op. cit.*, p. 41.

su oposición dentro de ese plazo. Si no media oposición, a petición del acreedor se le expide un mandamiento de ejecución el que se equipara a una sentencia contumacial declarada provisionalmente ejecutable. Si se opone, cesa el procedimiento monitorio y a pedido de cualquiera de las partes el Tribunal señala término para proseguir la causa por vía ordinaria. Del artículo 702, resulta que la oposición, puede formularse de palabra en la Secretaría del Juzgado y en este caso no será preciso que la misma extienda diligencia. No es necesaria fundarla y, según Rosenberg, puede oponerse hasta por teléfono ⁴¹

B) *El proceso documental* (artículos 592 a 600). Las mismas prestaciones en cantidad cierta de dinero u otras cosas fungibles o valores pueden dar lugar al procedimiento documental si la totalidad de los hechos necesarios para fundar la acción se pueden probar por medio de documentos. Al demandado sólo se le admite excepciones que pueda probar por documentos o confesión de la contraria. Si opone excepciones que no pueda probar por esos medios se le condena con reserva del ejercicio ulterior de sus derechos; en ese caso el procedimiento queda pendiente como ordinario pero la sentencia se considera definitiva para los efectos de los recursos y de la ejecución forzada.

C) *El proceso cambiario* (artículos 602 a 605), para letras de cambio, cheques y demás documentos de crédito. Es un proceso documental con plazos de comparecencia (personación) mucho más breve, para contestar la demanda (puede ser de 24 horas si la demanda fue notificada en el lugar de la sede del Tribunal).

Queda, de este modo, precisadas las vías que en el derecho procesal alemán se puede emplear para el tipo de prestación indicado a fin de acceder a la ejecución, sin necesidad de un previo y pleno proceso ordinario de conocimiento. Si se tiene título autorizado por notario o por el Tribunal en el que el deudor ha declarado someterse expresamente a la ejecución inmediata, acceso directo al apremio, igual que una sentencia de condena (*supra* N° XII, 2); si se tiene documentación suficiente pero no de la calidad de la anterior (v.gr.: documento privado o público sin esa declaración del deudor) por la vía del proceso documental, se puede lograr una sentencia provisionalmente ejecutable, sin caución si el deudor no opone excepción fundada en prueba escrita; si es un documento cambiario, la misma vía documental pero mucho más acelerada y si no se tiene documentación alguna, el monitorio puro por el que se puede lograr un mandamiento de ejecución, si no media oposición del deudor.

Todas estas vías son primo-hermanas de nuestro "juicio ejecutivo" (su parentesco es visible) y nacieron más o menos, contemporáneamente en ese fecundo período que fue la baja Edad Media.

⁴¹ *Op. cit.*, t. II, N° 160, 6, p. 535.

2. Austria

El derecho austríaco tiene un *procedimiento monitorio* puro, semejante al alemán, para prestaciones en cantidad cierta u otras cosas fungibles, pero limitado a 1,500 chelines⁴² y el procedimiento llamado de *mandato* que constituye una fusión de los procedimientos monitorio y documental alemán. Los hechos en que el actor funda su pretensión deben estar probados mediante prueba documental acompañada a la demanda; en base a ella se dicta un mandato de pago en el que se hace constar que el demandado debe pagar dentro de los 14 días siguientes a la notificación o elevar excepciones contra él, so pena de ejecución. Si, en tiempo oportuno, se proponen excepciones, se cita para una audiencia y luego se dicta sentencia en la cual se expresa si se mantiene el mandato en vigor o se revoca y en qué medida, pero, aun cuando se opongan excepciones, la orden de pago es título hábil para la ejecución con fines de aseguramiento.

Tiene del procedimiento monitorio la particularidad de que, presentada la demanda, se dicte, sin oír al deudor, mandamiento de pago condicionado a la falta de oposición posterior; difiere del monitorio puro en que la demanda debe fundarse en prueba escrita, y en que no es suficiente la simple oposición, deben articularse excepciones en sentido estricto y en que la oposición no termina el procedimiento sino que, sobre las excepciones se resuelve en el mismo proceso de mandato; tiene del documental alemán el requisito de que sólo procede si la demanda se funda en prueba escrita suficiente; difiere en que se dicta el mandamiento de pago de inmediato y no luego de incoar el proceso documental y en que se puede oponer cualquier excepción, sin limitación, por lo que la sentencia que se dicta no es una simple sentencia con reserva.

Es el más parecido a nuestro juicio ejecutivo, sobre todo al uruguayo, luego de la reforma por la ley 13.355 de 17/8/65.

En materia cambiara se sigue también el procedimiento de mandato pero el plazo para el pago u oposición de excepciones es sólo de 3 días.

3. Italia

Procedimiento de "conminación" o "inyunción" (artículos 633 a 656 Código procesal civil promulgado el 28-X-40 y en vigor desde el 21-IV-43). Es un procedimiento monitorio con aspectos que lo vinculan con el documental alemán con reserva de excepciones y con el de mandato austríaco.

⁴² Ver Rosenberg y Goldsmidt, *op. cit.*

Corresponde cuando se trata de hacer valer una prestación de suma líquida de dinero o de una determinada cantidad de cosas fungibles o de entrega de cosa mueble. Con la demanda se acompaña prueba escrita, salvo se trate de créditos por servicios profesionales, para los que basta se acompañe minuta de los gastos y prestaciones con arreglo a los aranceles obligatorios o, en su defecto, con la conformidad de la asociación profesional competente (636); la prueba escrita, para los demás casos, es muy amplia. A esos efectos se consideran tales: "las pólizas u promesas unilaterales mediante documento privado y los telegramas, incluso si carecieren de los requisitos prescritos en el Código Civil. . . y los extractos auténticos de los libros de comercio y de los prescritos por las leyes tributarias, siempre que se lleven en regla". Respecto de los créditos del Estado o de entidades o instituciones sujetas a tutela o vigilancia del Estado se consideran idóneos los "libros o registros de la administración pública, siempre que un funcionario autorizado al efecto o un notario certifique que se llevan con regularidad, conforme a las leyes y a los reglamentos". Respecto de los créditos que derivan de omisiones en el pago a las entidades de previsión o a las obligaciones de asistencia derivadas de contratos colectivos de trabajo o de normas a ellos equiparadas, constituirán, asimismo, prueba "los accertamientos efectuados por la inspección corporativa y por los funcionarios de las entidades" (artículo 635).

Presentada la demanda si el juez entiende que reúne los requisitos prescritos anteriormente, conmina al deudor, mediante decreto motivado, a cumplir la prestación dentro de 20 días o formular oposición, so pena de ejecución. La oposición se formula por acto de citación a juicio al intimante, pero para que valga, el oponente deberá comparecer, en un plazo igual al de la mitad del ordinario para contestar la demanda, formalizando demanda de oposición al decreto (artículo 647). De este modo la iniciativa del contradictorio se pone a cargo del intimado.⁴³ No obstante oposición, el juez podrá ordenar la ejecución provisional si aquélla no se funda en prueba escrita o de pronta solución o si el intimante ofrece caución por el importe de las eventuales restituciones, costas y daños (artículo 448); también corresponderá la ejecución provisional, previa conminación al deudor a pagar o consignar sin dilación, cuando el crédito se funde en una letra de cambio y demás papeles comerciales o en documento extendido por notario o por otro oficial público autorizado⁴⁴ o cuando exista peligro de grave perjuicio en el retardo (artículo 642); esta ejecución provisional podrá sin embargo ser suspendida a instancia del opositor

⁴³ Consecuente con el concepto de Calamandrei sobre el monitorio (*El procedimiento monitorio*, Edit. Bibl. Arg., 1946, I.3).

⁴⁴ Estos son títulos ejecutorios; la ventaja para el acreedor del monitorio es que puede inscribir hipoteca judicial (art. 655).

y mediante ordenanza no impugnabile, por el juez instructor, cuando concurren graves motivos (artículo 649).

XIV. EXAMEN CRÍTICO

El monitorio puro alemán no me seduce como sustitutivo de nuestro juicio ejecutivo; se accede a él sin necesidad de prueba alguna, pero basta la simple oposición, sin expresión de causa y hasta por teléfono, para que cese. No parece que sirva para estas latitudes, salvo para sumas módicas, como en Austria, adaptándolo a nuestro medio. El documental tiene la virtud de que sólo corresponde a la "totalidad de los hechos necesarios para fundar la pretensión se prueban por escrito" y sólo puede detenerlo prueba escrita contraria o confesión del actor. Es un proceso de conocimiento en el que la prueba escrita requerida no da lugar, en principio, a embargo ejecutivo. Es preferible, a mi modo de ver, nuestro juicio ejecutivo en que esa prueba escrita es *calificada por ley* y por ello da mérito para la inmediata adopción de medidas provisionales de seguridad (embargo ejecutivo) y la mediata continuación del apremio si el deudor no opondrá excepciones en plazo perentorio; el procedimiento monitorio italiano tiene el inconveniente de la amplitud de la prueba escrita;⁴⁵ el intimado no sólo debe oponerse sino promover por separado un contencioso ordinario de impugnación, es preferible nuestro ejecutivo al que se llega, como ya se expresó, en virtud de título calificado por el legislador que da mérito a embargo ejecutivo y en que la oposición sólo se puede formalizar mediante excepciones, propuestas en plazo perentorio y resueltas en el mismo proceso. En cuanto al procedimiento de mandato austríaco es, prácticamente, nuestro juicio ejecutivo.

En resumen: en estos casos de menor fehaciencia (*supra* Nos. VIII a X) no parece haber razones para sustituir nuestro juicio ejecutivo por estas fórmulas europeas, sino mantenerlo, mejorándolo con la incorporación de algunos de los principios de éstas.

XV. CONCLUSIONES

Luego de este exhaustivo examen, se está en condiciones de propiciar diversas propuestas para la reorganización del proceso ejecutivo en el Río de la Plata:

⁴⁵ Como señala Redenti: "en un procedimiento ordinario de cognición se reducirían a veces a simples elementos indiciarios (*op. cit.*, t. II, p. 212).

1º *Mantenimiento del principio de jurisdiccionalidad para la ejecución* (*supra* N° XI, A). La ejecución debe ser, siempre, ordenada y dirigida desde su inicio hasta el fin, por un juez. Descarte, por consiguiente de una ejecución promovida, en todo o en parte, directamente ante ujieres, ejecutores, oficiales de justicia o alguaciles.

2º *Mantenimiento del principio de unidad de ejecución y cognición*. El mismo juez o Tribunal de la ejecución es el que debe entender en las oposiciones a ella (*supra* XI, B y régimen italiano, XII, 1).

3º *Mantenimiento del principio de la unidad de competencia y proceso*. La competencia debe ser fijada por la naturaleza, el monto y el lugar de cumplimiento de la prestación y no por la naturaleza de los bienes a ejecutar (*supras* XI, C y XII, 3 y 4), de modo que cada título sólo de lugar a un proceso de ejecución.

4º *Para la sentencia con autoridad de cosa juzgada, laudo arbitral firme y sentencia extranjera declarada ejecutable previo exequatum* (*supra* V). Procedimiento de ejecución forzada pura. El ejecutado podrá oponerse, promoviendo por separado, demanda impugnativa fundada en hechos impeditivos o extintivos posteriores a la cosa juzgada. Sólo suspenderá la ejecución, con carácter cautelar y por tanto sujeta a revisión, la oposición que se funda en prueba escrita fehaciente a juicio del juez.

5º *Para la escritura pública u otros instrumentos públicos ante funcionario autorizado o los documentos privados reconocidos ante el juez o notario por el deudor, tanto en su contenido como en su firma*. Procedimiento de ejecución forzada pura (*supra* VI y VII). El ejecutado podrá proponer, por separado, demanda impugnativa, sin limitación en cuanto a las objeciones (solución alemana, ver *supra* VI, párrafo penúltimo). Se podrá suspender la ejecución, con igual alcance cautelar que en el número anterior, si se ofrece prueba escrita fehaciente o se justifican graves motivos.

6º *Para los actuales títulos de menor fehaciencia* (*supras* VIII, IX, X) *y otros que en el futuro, el legislador declare con igual alcance*. Para este rubro se formula una propuesta que consiste en una combinación de lo que se estima mejor de nuestro juicio ejecutivo, del monitorio y del documental.

A) Dichos títulos serían idóneos, para la obtención inmediata, *inaudita altera parte*, de embargo contra los bienes del deudor, sin necesidad de tener que ofrecer contracautela ni probar riesgo especial alguno (rasgo típico de nuestro juicio ejecutivo (*supra* XI) que no se da en el monitorio ni en el documental.

B) Para la obtención inmediata, de igual modo, de una orden mandando llevar adelante la ejecución hasta cubrir la cantidad reclamada, acrecidas y costas y costos, condicionada a la no oposición de excepciones dentro de un

plazo perentorio (rasgo típico del monitorio, por la inversión del contradictorio que representa).

Al respecto, la experiencia uruguaya es sumamente ilustrativa. En el régimen del C.P.U. anterior a la ley 13.355, primero se pedía embargo; hecho este efectivo, había que pedir se citara de excepciones por un plazo perentorio; transcurrido ese plazo sin oposición, previo un nuevo pedido de sentencia de remate, se dictaba ésta mandando llevar adelante la ejecución. Por el artículo 53 de la ley 13.355 se modificó este procedimiento. Si el juez entiende suficiente el título en una sola providencia inicial; *a*) decreta inmediatamente el embargo; *b*) manda llevar adelante la ejecución hasta hacerse efectiva la cantidad reclamada, intereses, tributos y costos; *c*) manda citar de excepciones al deudor por un plazo perentorio. Cumplido el embargo, se formaliza la citación; si el deudor no se opone, la orden de llevar adelante la ejecución queda firme y se puede, sin más trámite continuar el apremio. La reforma ha significado un enorme alivio en los trámites en todos estos casos en que no hay oposición de excepciones que, en el conjunto, son la gran mayoría.

Es cierto que en el C.P. de la N. el procedimiento está bastante simplificado. Según el 531 si el juez hallare que el título en base al cual se promueve la ejecución es ejecutivo librará mandamiento de embargo; con el mandamiento el oficial de justicia intima el pago, en el acto, de la suma reclamada y en su defecto procede a hacer efectiva la orden de embargo; la intimación importa la citación para oponer excepciones dentro de cinco días. Si no se opone excepciones dentro del plazo, el juez, sin otra sustanciación, pronuncia sentencia de remate (artículo 542). No obstante, dada la conocida lentitud de los trámites en ambas orillas del Plata, se me ocurre que el lapso entre el vencimiento del plazo para oponer excepciones y el dictado de la sentencia debe llevar tiempo, cuya pérdida se evita en el procedimiento uruguayo.

C) De las excepciones se dará traslado al ejecutante. Las pruebas de que se quiera valer cada parte deberá ser acompañada y ofrecida en uno y otro acto. La prueba testimonial se recibirá en audiencia en la que se dictará sentencia sobre el mérito de las excepciones (principio de oralidad del procedimiento de mandato austríaco, *supra* XIII, 2).

D) Si con las excepciones no se ofreció prueba escrita, el ejecutante podrá pedir se continúe con la ejecución, con caución o si ella, a juicio del juez, según la seriedad de las excepciones opuestas. Sobre las excepciones se resolverá en juicio ordinario posterior (principio del proceso documental con reserva de excepciones, *supra* XIII, 1, B) y de la ejecución provisional italiana.

E) La posibilidad de iniciación, por parte del deudor, de juicio ordinario posterior dependerá de dos convingencias: si se establece un régimen ilimitado de excepciones, como el actual uruguayo, no habrá posibilidad de juicio ordi-

nario posterior, salvo se haya resuelto continuar con la ejecución con reserva de ese juicio posterior (letra D); si se establece un régimen limitado de excepciones, el ordinario posterior sería para las excepciones no comprendidas o para el caso de la letra D.

Luis Alberto VIERA
Ex catedrático de Derecho
Procesal