

## **1.10 CONVENIENCIA DE REFORMAR EL SISTEMA ARGENTINO EN MATERIA DE JUICIO EJECUTIVO**

*ADOLFO ALVARADO VELLOSO*

**SUMARIO :** 1. El planteo. 1.1. El enfoque normativo. 1.2. El enfoque sociológico. 2. Las propuestas. 2.1. La categorización de los títulos. 2.2. Los lineamientos de los distintos procesos. 2.3. Los tribunales de ejecución.

### **1. EL PLANTEO**

Nadie duda que el proceso ejecutivo — tal como lo conciben nuestras leyes — no es en absoluto “ejecutivo”. Lo asevera así no sólo la cotidiana realidad sino el propio régimen normativo. Se trata, lisa y llanamente, de un proceso de conocimiento abreviado en el que se limitan — y no demasiado — los plazos, las defensas y los recursos, pero que, en definitiva, tiende a obtener no una manifestación de voluntad o conducta física (ejecución propiamente dicha) sino una declaración de voluntad del órgano jurisdiccional.

En efecto, el proceso ejecutivo termina siempre en una sentencia (de remate o desestimatoria de la pretensión del ejecutante) y sólo después que ella adquiere ejecutoria podrá hablarse propiamente de ejecución. Lo que se ejecuta, claro está, no es el título sino la sentencia. Lo que se ejecuta, en otras palabras, no es la pretensión inicial que tuvo sustento en el título sino la pretensión basada en la sentencia condenatoria.

Es por ello que la denominación de proceso ejecutivo no podría ser más inapropiada, pues con ella debe designarse el desarrollo de una instancia encaminada a conseguir medidas de ejecución directamente a cargo del juez. Entre nosotros, en cambio, el llamado proceso de ejecución tiende a la obtención de una resolución judicial que imponga al demandado una determinada conducta cuyo incumplimiento será lo que, en definitiva, determine la apertura de la verdadera ejecución.

Sintetizando, entonces, el régimen procesal de las provincias argentinas carece de un proceso de ejecución. Tiene, en cambio, un proceso de conocimiento, de tipo sumario, reservado para aquellos casos en que la ley — arbitraria y antojadizamente, como luego se verá — acuerda cierta preferencia a determinados títulos.

Por cierto, tal normativa no se compadece ni con un adecuado enfoque jurídico de la problemática de la ejecución ni mucho menos con la realidad sociológica, como seguidamente se verá.

### 1.1. El enfoque normativo.

Para demostrar la distorsión a que apuntamos, bastará efectuar un paralelo conceptual entre lo que puede ser causa de ejecución y lo que la ley admite como ejecutable.

Causa de ejecución debe ser sólo un título fehaciente. Sin embargo, legalmente, son ejecutables los títulos ejecutivos (el pleonasma es de la ley).

De allí que el punto de referencia inicial sea la distinción entre ambos calificativos.

es\*

La fehaciencia es una cualidad intrínseca del título que hace que éste — en mayor o menor grado — deba gozar de fe en juicio. La ejecutividad es, simplemente, un atributo legal — divorciado de la fehaciencia — que se otorga indiscriminada y caprichosamente a títulos disímiles en su esencia.

O sea que la fehaciencia y la ejecutividad que debieran aparecer como causa y consecuencia de una misma situación (si el título hace fe en juicio, la ley debe acordarle ejecutividad) y, por tanto, recorrer idéntico camino, aparecen como descarriladas en andariveles distintos y muy difíciles de aprehender.

Para mejor comprender el planteo, útil será recordar, si- quiera mínimamente, el origen de la ejecución procesal — conceptualmente inobjetable — y su posterior evolución que fue, a no dudar, generadora de la actual distorsión.

En el derecho romano, marginando los distintos matices cronológicos, ocurría en síntesis que, dictada una sentencia de- clarativa, ella sólo era susceptible de ser ejecutada al través de un nuevo proceso (también de cognición), que debía preceder inexorablemente a la ejecución propiamente dicha.

Distinta en cambio era la situación en el derecho germano, donde sí existía la ejecución sin cognición previa: obtenida la declaración del derecho mediante el proceso de conocimiento, se accedía directamente a la ejecución (sin necesidad de nueva cog- nición).

En ambos casos, naturalmente, el único derecho ejecutable era el emanado de la sentencia dictada en un proceso declara- tivo.

Pero la situación varió — y sustancialmente — con el de- recho longobardo franco que tuvo diversas y antinómicas res- puestas en sus manifestaciones en las penínsulas itálica e ibérica.

En Italia, merced al derecho estatutario, comenzaron a perfilarse procedimientos sencillos y rápidos, inspirados en las necesidades que imponía la pujante práctica mercantil y que, en definitiva, implicaron una sumarización (simplificación sustancial y formal) del proceso común. Ello dio origen a los **procesos sumarios determinados** que se caracterizaban por la reducción de la cognición por parte del juez.

Paralelamente, por obra del derecho canónico, surgieron los **procesos sumarios indeterminados** que obedecían a conside- raciones distintas de las recién apuntadas. Aquí la cognición es plena, sólo que abreviada en el tiempo.

En ambos casos, estamos dentro del área de los procesos declarativos.

Pero ya en el campo de la ejecución, se produce una innovación de absoluta trascendencia, cual es la equiparación al título ejecutorio "sentencia" de los **instrumenta confessionata**, en virtud del principio **confessus in iure habetur pro condemnato o confessus pro iudicato est**, al admitirse que la confesión de deuda ante juez o notario tenía los alcances de un título ejecutorio y, por ende, otorgaba al acreedor derecho a iniciar la ejecución sin el correspondiente período de conocimiento.

Las necesidades comerciales de la época generalizaron estos instrumentos, en los cuales el deudor, además de reconocer la obligación, aceptaba (renunciando a oponer oportunamente las defensas del caso) la orden que incluía el notario de cumplirla a su vencimiento (cláusula **guarentigia**) que, al sustituir los efectos de la cosa juzgada, dio origen al efecto ejecutivo de los instrumentos que la contenían.

Tales instrumentos, siguiendo los tradicionales principios romanos que mantenían absoluto respeto por el derecho de defensa, debían ejecutarse por orden del juez, quien disponía la ejecución si el deudor no pagaba al ser requerido al efecto, otorgándosele a éste la posibilidad de oponer excepciones nacidas con posterioridad a la emisión del documento, o intentar separadamente una acción con la pretensión de que se lo absolviera de la ejecución y, por efecto de ello, se le reintegrara el instrumento.

Fruto de estos acondicionamientos históricos y de la posterior influencia francesa en el siglo XIX (de neto corte germánico), se llegó a una elaboración magistral del título y del proceso ejecutivo.

Según los términos de Liebman, el título ejecutivo no puede ser sustituido ni invalidado por ninguna prueba, así sea la más segura y convincente. Puede extinguirse el derecho y, sin embargo, el título vale. Esto es el punto capital de toda la teoría del título ejecutivo. El acreedor munido del título no tiene la carga de provocar el contradictorio, pues su derecho no depende de la convicción que el órgano pueda formarse entre prueba y contraprueba; la acción tiene vía libre, sin depender del parecer del órgano jurisdiccional ni de la inactividad del deudor. La teoría de Liebman se ciñe al concepto de que el título ejecutivo es "un acto jurídico que tiene eficacia constitutiva porque es fuente inmediata y autónoma de la acción ejecutiva, lo cual, por lo tanto,

en su existencia y en su ejercicio, es independiente del crédito". Y volviendo a la concepción medioeval que equiparó a los efectos de la sentencia los del título ejecutivo (instrumentos **confessionata** y **guarentigia**), sostiene Liebman que una vez dictada la sentencia, ella se desprende de los motivos del negocio y de las razones por las cuales la ley le concede fuerza ejecutiva y nace un derecho por sí, un **noum ius** que vive su vida propia, no ligada a la del crédito ni influida por sus vicisitudes.

Se visualiza así, fácilmente, que la evolución del proceso ejecutivo culminó en Italia con la cristalización de un sistema ágil y expeditivo, que concilia los intereses del acreedor y deudor en forma tal que se respetan los derechos de ambos.

No ocurrió lo mismo en España. Allí, el derecho romano fue absorbiendo en poco tiempo la ingerencia germana, con lo cual se diluyó el espíritu imbuidor de la expeditividad. Se legisló el proceso ejecutivo como un proceso de conocimiento común pero sumariándolo por razones cualitativas, en orden a los derechos que allí se debatían.

Se siguió, en definitiva, la antigua línea del **processus executivus** del derecho canónico, que si bien atemperaba el de cognición plenaria, con una tramitación procedimental más abreviada y rápida, seguía abarcando la totalidad del conocimiento del asunto.

En síntesis: la elaboración del proceso y del título ejecutivo que se logró en Italia, no se logró en España. Ambos tendían a la abreviación del trámite: pero mientras en Italia ello se persiguió a través de la reducción del conocimiento, en España fue intentado a través de la reducción de los plazos y de algunas, mínimas, posibilidades defensivas.

La legislación argentina es heredera directa del sistema español, lo cual supone ya partir de un régimen sumariado y no ejecutivo. Pero ese carácter se va acentuando con el tiempo, por la sencilla razón de haberse otorgado legislativamente fuerza ejecutiva a títulos no fehacientes.

Y esta afirmación nos obliga a volver al punto de partida del enfoque normativo. Veamos:

Para ser absolutamente ortodoxos, fuerza es reconocer que para ejecutar un derecho — descartada la autodefensa — es preciso contar con la declaración jurisdiccional de ese derecho. Así, entonces, el único derecho ejecutable sería el emanado de la sentencia.

Sin embargo, es razonable que a ciertos títulos se les otorgue el mismo valor de fehaciencia de la sentencia y, por tanto, se les conceda ejecutividad. Así, no se contradice con el principio enunciado que la, confesión hecha en juicio o el reconocimiento de deuda hecho ante un fedatario, pueda tener la misma fehaciencia que el derecho emanado de una sentencia.

Lo que no es lógico ni entendible es que a una simple declaración del acreedor — como es la liquidación de las expensas comunes en el régimen de propiedad horizontal — se le otorgue ejecutividad cuando, por su propia esencia — por ser una declaración unilateral del acreedor — carece de fehaciencia.

Es esto precisamente, o sea la inclusión de títulos no fehacientes como habilitantes de la vía ejecutiva, lo que ha distorsionado el sistema.

Se trata, sin más ni más, de una guerra librada entre la "ejecutividad", y el "derecho de defensa", donde han existido concesiones recíprocas. En pro de la ejecutividad — digamos con precisión, de la celeridad —, se han creado legislativamente títulos ejecutivos que no tienen la condición básica de la fehaciencia; pero justamente, como consecuencia de ello, se ha ido ordinarizando cada vez más el proceso, ampliando el conocimiento y, por ende, transformándose en una simple cognición sumaria.

En síntesis: jurídicamente no existe una correspondencia entre la causa ejecutable y el proceso de ejecución, circunstancia ésta que, por sí sola, autoriza la revisión de la normativa vigente.

## 1.2. El enfoque sociológico.

A propósito de este trabajo, hemos compilado datos estadísticos emanados de los tribunales de Rosario, los cuales — maguer su reducido ámbito — sirven de referencia a poco que se tenga en cuenta que la cuestión socioeconómica no presenta variantes en las distintas provincias argentinas.

De ellos surge que el 70 % de los pleitos tramitados en la justicia civil y comercial son ejecutivos. Dentro de ese porcentaje, en el 50 % no se oponen excepciones. De las que se oponen, el 25 % son liminarmente inadmisibles. Del 25 % restante — o sea de los procesos donde se oponen excepciones admisibles —, sólo un ínfimo porcentaje prospera.

Resulta así que todo el capítulo de la ley procesal estructura un proceso ejecutivo destinado a ese ínfimo porcentaje.

En efecto: nuestro código, como tantos otros, presupone la posible razón del demandado. A través del artículo se advierte el afán de brindarle la mayor posibilidad de debate y de defensa. Es, a no dudarlo, un proceso pensado más bien en función del demandado y no del actor. Es un instrumento para que el deudor demore el pago y no para que el acreedor logre expeditivamente el cobro.

Tanto se ha distorsionado la ejecutividad, que no sólo se han agregado mayores peldaños a la escalera sino que se ha ido espaciando la distancia entre ellos. Una deuda a todas luces fehaciente, debe recorrer un tortuoso, ascendente e intrincado laberinto para poder ejecutarse.

Nos adelantamos a la crítica que presupone lo que decimos. Desde ya, la existencia de un solo deudor que tuviera razón y que temerariamente hubiera sido demandado ejecutivamente, justificaría la normativa vigente. Por cierto, el derecho de defensa sigue siendo aquí, como en todos los ámbitos del derecho procesal, la premisa fundamental.

Pero la cuestión estriba en establecer si ese uno por ciento, ese ínfimo porcentaje justifica una estructura general. No será que habrá de discernir — de algún modo y *ab initio* — quién es ese deudor que eventualmente puede tener razón y, entonces, a él sí otorgarle un tratamiento defensivo diferente?

Porque es cierto que el derecho de defensa del presunto deudor ha de ser cuidadosamente respetado; pero no es menos cierto que el derecho de defensa del presunto acreedor debe serlo en igual medida. Y bien, con nuestro proceso ejecutivo, tal como es, estamos sobreprotegiendo al primero, pero desatendiendo al segundo. Y esto es, ciertamente, una forma de injusticia.

Y como el Derecho no puede cometer el pecado de desentenderse de la realidad, la pregunta se impone: cuantos son los actores que demandan ejecutivamente y que, a la postre, no tienen razón?

La respuesta franca y desprovista de prejuicios jurídicos es la que impone la revisión de la normativa jurídica.

## 2. LAS PROPUESTAS

Las soluciones que proponemos apuntan a tres consideraciones específicas que paliarían la situación recién descrita. Ellas son: a) categorizar los títulos; b) establecer distintos trámites para las distintas categorías, y c) crear tribunales de ejecución. A ellas nos referiremos.

### 2.1. La categorización de los títulos.

En nuestros sistemas procesales se agrupan los títulos ejecutorios y los ejecutivos, sin establecer categorías ni discriminaciones. Este grave error de sistema es el resultado histórico de haber agrupado cuantas normas se fueron dictando acerca de la ejecución forzosa en general bajo la rúbrica de "juicio ejecutivo".

El título, conforme las varias y disímiles elaboraciones que se han hecho de él, puede ser:

- 1) Un derecho instrumental + un derecho material judicialmente declarado;
- 2) Sólo un derecho instrumental;
- 3) Sólo un afirmado derecho material.

El primer supuesto implica que, a través de un proceso jurisdiccional, se haya declarado la existencia de un derecho material. En consecuencia, tal resolución judicial (o arbitral, en su caso) posibilita acceder directamente a la ejecución. Siguiendo la terminología utilizada *supra*, estaríamos en presencia de un título ejecutorio.

El segundo supuesto lleva implícita una instrumentación extrajudicial de la deuda revestida de cierta legalidad o formalidad, que otorga al acreedor la posibilidad de hacer efectivo su

crédito, con un previo conocimiento jurisdiccional limitado a la regularidad formal del título y a las causas extintivas de la obligación. Estamos frente a un título ejecutivo. Empero, se impone aquí hacer una importante distinción: el título que instrumenta la deuda puede ser "fehaciente" (caso del reconocimiento de deuda hecha por el deudor frente al acreedor y a escribano público) o "no fehaciente" (caso de un título cambiario emitido por el deudor). En ambos casos existe una instrumentación extrajudicial de la deuda, revestida de cierta formalidad; pero, en el primer supuesto la fehaciencia está dada por la intervención, en el acto, de un funcionario investido de fe pública; en el segundo, tal requisito, obviamente, no existe. Como se verá luego, por su distinta naturaleza óptica, deben gozar de diferente tratamiento legal en lo que a fuerza ejecutiva refiere.

Por último, el tercer supuesto sólo justifica su fuerza ejecutiva por razones de política legislativa: otorgar el acceso del acreedor a la efectivización del crédito, de la manera más rápida y expeditiva (caso, por ejemplo, de los créditos provenientes de las expensas comunes en el régimen de propiedad horizontal).

Aquí estamos frente a títulos ejecutivos impropios, pues la fuerza ejecutiva otorgada por la ley no se vincula con la fehaciencia del instrumento que contiene la afirmación de la existencia de un derecho material. De aquí que parece claro que, para iniciar la ejecución, es menester una cognición jurisdiccional plena (esto es, referida a examinar la existencia del derecho), si bien reducida en cuanto a términos (trámite abreviado), por responder ello a intereses protegidos contingentemente por la política legislativa estatal.

En definitiva, cualquiera fuere el número de títulos ejecutivos que la ley reconozca, el fundamento de su idoneidad para proceder coactivamente radica en la certidumbre de la existencia del derecho que de ellos resulta. La certidumbre es **definitiva** en el supuesto de la sentencia firme; **provisoria** en los demás casos. Por eso es que en los primeros no resulta posible discutir el derecho, pues éste ya se discutió y declaró; en los segundos, la posibilidad existe pero en forma limitada según la mayor o menor fehaciencia del título.

## **2.2. Los lineamientos de los distintos procesos.**

En orden a la categorización apuntada, será menester conferir a cada clase de títulos un tratamiento diferenciado, donde la relación "conocimiento - ejecución" varíe en proporción a la fehaciencia.

Así entonces tales procesos habrían de instrumentarse conforme las siguientes pautas:

a) **Procesos que se inician con títulos ejecutorios** (por ejemplo, cumplimiento de sentencia declarativa de condena, laudo arbitral, transacción homologada): Debe haber máxima actividad ejecutiva, mínima cognoscitiva.

La propuesta supone que la sentencia declarativa conlleva la orden de ejecución al cumplirse el plazo otorgado al deudor para que efectúe la prestación respectiva.

La ejecución habrá de incoarse intimidando al deudor a cumplir la condena en un plazo que fijará la ley, bajo apercibimiento de procederse a la inmediata entrega al acreedor del dinero embargado o de subastar los bienes que hubieran sido objeto de embargo.

En el proceso ejecutivo no se admitirá debate alguno entre acreedor y deudor, entre terceros y acreedor y entre acreedores entre sí.

Sin embargo, la intimación podrá ser atacada por el deudor o tercero afectado, haciendo valer su oposición mediante proceso de cognición, en el que sólo se admitirá la articulación de excepciones procesales y extintivas de la obligación siempre que éstas sean de fecha posterior al título y se encuentren fehacientemente probadas.

La ley deberá determinar taxativamente los casos en los cuales la apertura del proceso de conocimiento podrá paralizar la ejecución, sin perjuicio de su continuación mediante la constitución de caución suficiente.

Obviamente, se descarta la posibilidad de juicio ordinario posterior pues la oposición a la ejecución se hace valer, precisamente, en proceso declarativo.

b) **Procesos que se inician con títulos ejecutivos fehacientes** (por ejemplo, reconocimiento de obligación hecha en escritura pública o por confesión judicial, o en documento privado reconocido ante juez competente): Debe haber mediana actividad ejecutiva, mediana actividad cognoscitiva, siendo mayor la primera que la segunda.

La propuesta supone la promoción de un proceso de corte sumarísimo cuya demanda implicará la petición de intimación al deudor para que cumpla su obligación dentro de un plazo que la ley establecerá bajo apercibimiento de ordenarse la entrega del dinero embargado o la subasta de bienes, en su caso.

Se admitirá debate entre deudor y acreedor y entre éste y terceros afectados, pudiendo hacerse valer excepciones procesales, las de falsedad material e inhabilidad de título (ambas referidas a lo puramente extrínseco, es decir, sin admitir discusiones causales) y las extintivas de la obligación, siempre que sean de fecha posterior al título y se encuentren fehacientemente documentadas.

La sentencia sólo podrá ser apelada por el actor. El ejecutado podrá promover, dentro de ciertos plazos, proceso declarativo de repetición haciendo valer — exclusivamente — defensas que, por su naturaleza, no pudieron ser opuestas en la ejecución.

c) **Procesos que se inician con títulos ejecutivos no fehacientes** (por ejemplo, títulos fiscales, documentos cambiarios, etcétera): Debe haber mediana actividad ejecutiva, mediana actividad cognoscitiva, siendo menor la primera que la segunda.

La propuesta supone la promoción de un proceso de corte sumario (similar al actual juicio ejecutivo que rige en la mayoría de las legislaciones procesales argentinas), cuya demanda implicará la petición de intimación al deudor para que cumpla la afirmada obligación dentro de un plazo que la ley establecerá, bajo apercibimiento de ordenarse la entrega del dinero embargado o la subasta de los bienes, en su caso.

Se admitirá debate restringido al título mediante la oposición de excepciones procesales, falsedad material e inhabilidad de título (ambas referidas a lo puramente externo), en su caso, las propias del Derecho Fiscal (por ejemplo, la de exención) y las extintivas de la obligación, siempre que resulten de relativamente fácil prueba (omitimos acá la documentación fehaciente como único medio probatorio).

La sentencia podrá ser apelada por el ejecutado que opuso excepciones y, de resultar perdidoso, podrá promover dentro de cierto plazo el proceso declarativo de repetición haciendo valer, exclusivamente, defensas que por su naturaleza no pudieron ser opuestas en el ejecutivo.

d) **Procesos que se inician con títulos ejecutivos impropios** (por ejemplo, los créditos provenientes de expensas comunes en el régimen de propiedad horizontal): Debe haber mínima actividad ejecutiva, máxima actividad cognoscitiva.

La propuesta supone la adopción plena del procedimiento monitorio italiano.

e) En todos los supuestos enunciados *supra*, siempre que al ser intimado de pago, el deudor cumpla judicialmente su obligación, reservando el derecho de litigar, no sufrirá restricción alguna en el régimen defensivo, probatorio y recursivo.

### **2.3 Los tribunales de ejecución.**

Por último, y para completar el panorama propuesto, sería a todas luces conveniente la creación de tribunales con competencia ejecutiva específica. Se trataría, lisa y llanamente, de órganos destinados a verificar los extremos de admisibilidad de la vía ejecutiva, ordenar el embargo y remate y resolver las excepciones procesales cuando ellas se interpusiesen y hacer efectiva la subasta.

En el supuesto de que se entablara debate acerca del propio título — a través de la interposición de excepciones de fondo —, la litis sería remitida al juzgado civil y comercial de turno.