

El proceso ejecutivo

Pautas para una reforma integral*

Prof. Dr. Adolfo Alvarado Velloso
Prof. Dra. Alicia García

* Los lineamientos generales de este trabajo integran la ponencia presentada por los autores en el Séptimo Congreso Mexicano de Derecho Procesal, realizado en la ciudad de Monterrey, Estado de Nuevo León, entre los días ocho y doce del mes de noviembre del año mil novecientos setenta y seis.

De la amplia temática objeto de debate, escogemos para esta comunicación, el estudio de la estructura del proceso de ejecución — en análisis retrospectivo y comparativo— a fin de proponer, en función prospectiva, las bases para una reforma integral del sistema vigente.

Sección I

EL ITINERARIO HISTORICO DEL PROCESO EJECUTIVO

Como advierte Simón Safontás (1), el proceso compulsorio tiene una vejez secular.

En el largo camino recorrido, marchas y contramarchas, alteraciones y vacilaciones han prohiado figuras absolutamente diversas que, por curiosa inalterabilidad nominal, se han encuadrado indiscriminadamente en el llamado "proceso de ejecución".

Ello así, parece inexcusable una sucinta reseña histórica.

1. EN LA ANTIGÜEDAD

A) EL SISTEMA ROMANO

En el Derecho Romano es preciso señalar dos grandes etapas: la de la **ordo iudiciorum privatorum** (desde los orígenes hasta el siglo III d. de J.C.) y la de la **extraordinaria cognitio** (desde el siglo III d. de J.C. hasta el final).

En la primera etapa, no existía propiamente un juicio ejecutivo, sino tan sólo formas especiales de ejecución como la **magnus iniectio** (acción personal) y la **per pignoris capio** (acción real).

Superado el estricto formalismo de las **legis actiones**, en lugar de la **magnus iniectio** se recurría a la citación ante el pretor, reclamando el cumplimiento de la sentencia. Si el deudor reconocía la

(1) "Por la reforma del proceso compulsorio". Rev. del Colegio de Abogados de la Plata, nº. 4, p. 111.

existencia de la obligación, el pretor decidía las medidas de ejecución. Si por lo contrario, la negaba sosteniendo la nulidad de la sentencia, el pago y otra excepción admisible, se producía una nueva **litis contestatio** y un nuevo **iudicium**, para lo cual el pretor entregaba la **actio iudicati**, es decir, la fórmula para que el juez decidiese la cuestión (2).

En el periodo de la **extraordinaria cognitio**, en lo que a ejecución se refiere, nada parece modificarse en el sentido de la imprescindibilidad de la **actio iudicati**, es decir, una nueva acción, o mejor aún, un nuevo proceso para lograr la satisfacción del Derecho.

Sintetizando: en el Derecho Romano, obviando los distintos matices cronológicos, dictada la sentencia declarativa no era posible ejecutarla, sino a través de un nuevo proceso (también de cognición) que debía preceder inexcusablemente a la ejecución propiamente dicha.

B) EL SISTEMA GERMANO

Periodizando la evolución procesal germánica, puede hablarse de tres etapas más o menos diferenciadas (3): el periodo **germánico estricto** (desde los orígenes hasta el siglo V. d. de J.C.), el **franco** (siglos V a XII) y el **feudal** (siglos XII hasta la recepción de los derechos extranjeros).

En el primero, proclamada la decisión final a través de un debate dirigido sólo formalmente por el juez, la ejecución se dejaba a la iniciativa privada mediante un apoderamiento particular de bienes o prenda extrajudicial (ejecución directa por el acreedor).

En el periodo **franco**, hay una mayor intervención del órgano jurisdiccional, tanto en la fase de cognición como en la ejecutiva, donde es necesaria la previa autorización judicial para acceder a la realización directa por el oficial para lograr la ejecución de los bienes.

Pero, este avance de la "juridicidad" por decirlo así, sufre un notable menoscabo en el periodo **feudal**, por cuanto las ideas de la época acentúan la enemistad privada, sólo morigerada por la paz provisional, que permite el mantenimiento, y paulatino perfeccionamiento, del sistema consagrado en el periodo franco.

(2) PODETTI, J. RAMIRO. "Tratado de las ejecuciones", 2ª. ed., Ediar, Bs. As., 1968, p. 19.

(3) GUASP, JAIME. "Derecho Procesal Civil", 3ª. ed., Madrid, 1968, t. I, p. 67 y ss.

Como quiera que sea, el común denominador de las tres etapas es el **proceso de ejecución sin cognición previa**, brindando al ejecutado la posibilidad de **demandar** por la injusticia de tal ejecución.

Sintetizando: obtenida la declaración del derecho a través del proceso de cognición, **se accedía directamente a la ejecución** (sin necesidad de nueva cognición).

C) EL SISTEMA LONGOBARDO FRANCO

Un tercer sistema, intermedio entre los opuestos romano y germánico es el **longobardo franco**, que nace de la fusión de ambos y que tiende, por una parte, a evitar el engorroso procedimiento romano que no permitía el acceso directo del acreedor a los bienes del deudor, sino a través de un proceso posterior a aquél en el cual se declarara su derecho; y, por la otra, a evitar la posibilidad de hacerse justicia por mano propia, sin la adecuada intervención del Estado ni el otorgamiento del correspondiente derecho de defensa.

Se advierte aquí un pristino renacimiento del Derecho Romano que no implica, claro está, un retorno puro a los orígenes, sino un nuevo proceso, un **tertium genus**, nacido en la Edad Media por la fusión de ambos derechos, por la influencia del Derecho Canónico y por las necesidades del comercio.

Claro está que tal simbiosis no se estructura con iguales características en los distintos países, y ello hace menester un nuevo estudio retrospectivo, referido ahora a la evolución que, desde el medioevo hasta nuestros días, sufre el proceso de ejecución en las distintas legislaciones (4).

2. EN ITALIA

A) El **solemnis ordo iudicarius** vigente en el medioevo iba a encontrar una importante limitación, merced al Derecho Estatutario de las ciudades italianas. Comenzaron a perfilarse procedimientos sencillos y rápidos, inspirados en las necesidades que imponía la pujante práctica mercantil y que, en definitiva, implicaron una simplificación sustancial y formal, sumarización, del proceso común.

Entre tales procedimientos especiales (sumarios) detenemos nuestra atención en el **proceptum o mandatum de solvendo cum clausula iustificativa**, que es el antecedente remoto del actual monitorio.

Simplificando su estructura, las notas que lo caracterizaban se reducían a las siguientes:

(4) Limitaremos nuestra exposición a Italia y España.

El proceso se iniciaba con una **orden del juez** de pagar o hacer alguna cosa. Esta orden o mandato venía emanada **sin una previa cognición**, ya que las posibles objeciones a la admisibilidad del proceptum o mandatum derivadas de la falta de cognición previa, venían resueltas con la justificación que el proceso recibía de las cláusulas que en él se contenían (si senseris reus te gravatum, compareas coram nobis complementum iustitiae recepturus).

En razón de tal cláusula, el curso del procedimiento podía llegar a dos resultados opuestos:

—Si el deudor intimado **no comparecía**, el mandato se confirmaba pasando en autoridad de cosa juzgada.

—Si el deudor **comparecía**, su sola comparecencia hacía que el procedimiento especial cesara, ordinariizándose el trámite ⁽⁵⁾.

Éstos procesos sumarios que luego recibirían el nombre de **determinados** se caracterizaban por la reducción, por incompleta, de la cognición por parte del juez. Esto es, la diferencia entre ellos con el plenario ordinario es de finalidad y contenido, ya que afecta a su objeto y a la cognición del juez.

B) Paralelamente, por obra del Derecho Canónico (fundamentalmente a través de la Clementina Soepe, 1306) se intenta dotar al procedimiento común de otra forma más acelerada y sencilla. De tal manera, surgen otros procesos sumarios (**indeterminados**) que obedecen a consideraciones distintas de las que originaron el primitivo monitorio.

En efecto: los sumarios derivados de la Clementina Soepe son de cognición plena, sólo que con una tramitación abreviada, reducida, rápida, pero que abarca la totalidad del asunto. La diferencia con el ordinario es meramente adjetiva, formal.

C) A su turno, se produce una ampliación del ámbito del processus executivus cuando al título ejecutivo "sentencia" se le equiparan los "**instrumenta confesionata**" por virtud del principio "**confessus in iure habetur pro condemnato**" o "**confessus pro iudicato est**" ⁽⁶⁾.

(5) GUTIERREZ-ALVIS Y CONRADI, FAUSTINO. "El procedimiento monitorio", trabajo realizado como tesis de laurea para la colación de grado de Doctor en la Facoltà di Giurisprudenza della Università di Bologna, bajo la dirección del profesor Tito Carnaccini y publicado por la Universidad de Sevilla, serie Derecho, nº. 4 (Sevilla, 1972).

(6) Hemos referido antes las curiosas transformaciones del proceso ejecutivo. He aquí, algo realmente curioso: en aquella época, la confesión extrajudicial (ante notario) amplía el ámbito del título ejecutivo. En la actualidad, el CPC Santa Fe, en su art. 444 consagra la siguiente norma: "La confesión hecha en el juicio declarativo absolviendo posiciones o de otro modo, no confiere título ejecutivo".

al admitirse que la confesión de deuda ante juez o notario tenía los alcances de un título ejecutivo y, por ende, otorgaba al acreedor, derecho a iniciar la ejecución sin el correspondiente periodo de conocimiento ⁽⁷⁾.

Las necesidades comerciales de la época generalizaron estos instrumentos ejecutivos, 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.

D) Fruto de estos acondicionamientos históricos y de la posterior influencia francesa en el siglo XIX (de neto corte germánico) se llega a una elaboración magistral del título y del proceso ejecutivo ⁽⁸⁾.

Es oportuno recordar aquí el pensamiento 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 ejecutiva tiene vía libre, sin depender del parecer del órgano jurisdiccional, ni de la inactividad del deudor". Su teoría 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, la 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 **guarentigia** y **confesionata**), dice que, así como una vez dictada la sentencia, ella se desprende de los motivos

(7) POZZETTI, op. cit., p. 20.

(8) Ibidem, p. 52.

del negocio en virtud de los cuales fue dictada, así, creado el título mediante un negocio jurídico, se desprende, no sólo de los motivos del negocio, sino de las razones por las cuales la ley le concede fuerza ejecutiva y nace un derecho por sí, un **novum ius** que vive su vida propia, no ligada a la del crédito, ni influenciada por sus vicisitudes" (9).

E) En esta línea, el actual Código de Procedimientos Civiles Italiano "poniéndose en el camino trazado por los estudiosos, ha conseguido liberar la ejecución de todas las formas embarazosas del procedimiento contencioso que, por excepción pueden presentarse en su curso". Esta distinción "se ha tenido presente sobre todo, al disciplinarse la materia atinente a las oposiciones del deudor y de los terceros; se han reservado las formas del proceso de conocimiento a aquellos únicos casos en que la oposición hace necesaria una resolución con todas las garantías formales pertinentes, y el restante procedimiento ejecutivo ha sido agilitado y purificado de las formas contenciosas, dándosele la forma de una simple solicitud a la demanda de autorización para vender, que anteriormente se deducía con la citación, y la forma de ordenanza o decreto a esas providencias ejecutivas que antes estaban revestidas de las solemnidades inútiles de la sentencia colegiada, como sucedía con las sentencias de autorización para vender o con las sentencias de adjudicación" (10).

Esquematizando, entonces, el sistema consagrado en el Código Italiano, puntualizamos lo siguiente:

a) la ejecución forzosa no puede tener lugar, sino en virtud de un título ejecutivo por un derecho cierto, líquido y exigible (art. 474).

Y son títulos ejecutivos:

- Las sentencias y las providencias a las cuales la ley confiere expresamente fuerza ejecutiva;
- Los pagarés, los otros títulos de crédito y documentos a los cuales la ley confiere expresamente fuerza ejecutiva;
- Las escrituras otorgadas ante un notario u otro oficial público autorizado por la ley, respecto de las obligaciones por sumas de dinero que resultan de las mismas (art. 474).

(9) LIEBMAN, ENRICO TULLIO, "La opposizione di merito nel processo d'esecuzione", 2ª. ed., Roma, 1936, p. 158.

(10) "Exposición de Motivos del Código de Procedimientos Civiles Italiano", trad. de FRANCISCO DE CILLIS y JULIO DASSEN, ed. Depalma, Bs. As., 1944, p. 4.

Ante la presentación del título, debe notificarse éste y la intimación de pago, en forma personal, al deudor (art. 479).

La intimación de pago consiste en el emplazamiento de cumplir la obligación que resulta del título dentro de un término no inferior a 10 días, bajo apercibimiento de procederse a la ejecución forzosa, en caso de incumplimiento (art. 480). Esta intimación se vuelve ineficaz si no se inicia la ejecución en el plazo de 90 días desde su notificación (art. 481).

La ejecución forzosa (que no puede iniciarse antes del vencimiento del término indicado en la intimación y, en todos los casos, antes de haber transcurrido 10 días desde la notificación, art. 482), comienza con el embargo (art. 491).

El deudor puede evitar el embargo pagando la suma que se ejecuta y los gastos. En tal oportunidad, puede formular la reserva de repetir la suma pagada (art. 491).

El pedido de adjudicación o venta de los bienes embargados se formula después de transcurridos 10 días desde el embargo (art. 501), salvo de las cosas averiadas que puede hacerse de inmediato, (nótese, además, que el embargo pierde su eficacia si no se pide la adjudicación o venta en el plazo de 90 días desde su traba, art. 497).

El deudor o presunto deudor así ejecutado que pretenda discutir el derecho a la ejecución, o la regularidad formal del título o intimación, debe deducir su oposición por separado en el proceso ordinario (arts. 615 y 617). Este proceso, si bien en algunas ocasiones puede dar lugar a que se suspenda la ejecución (art. 623 y ss.), es independiente de ésta; sobre ella no ejerce influencia alguna, mientras no exista sentencia ejecutoriada que acoja la pretensión del actor (ejecutado) oponente ⁽¹¹⁾.

b) A los fines de nuestra propuesta, también es necesario señalar que al lado del proceso de ejecución, el Código Italiano regula un tipo intermedio, el monitorio (o proceso de intimación) cuya característica estructural más saliente es que se compone de dos etapas: una de **concesión**, dirigida a la obtención de una resolución (orden de pago); otra, de **oposición** a dicha resolución, con la particularidad de ser ésta eventual o facultativa del deudor.

Aunque más adelante volvamos sobre el tema, baste por ahora puntualizar que:

(11) PODETTI, op. cit., p. 58.

— Pueden deducirse por esta vía cierto tipo de pretensiones (suma líquida de dinero o una cantidad cierta de cosas fungibles o entrega de una cosa mueble determinada) siempre que se ofrezca prueba escrita del derecho que se alega, o si el crédito se refiere a honorarios de abogados, procuradores o quienquiera haya prestado su obra con motivo de un proceso; o si el crédito se refiere a honorarios de profesiones liberales para las cuales exista un arancel legalmente aprobado (art. 633).

— Otra nota de este proceso es la llamada "reducción de la cognición". Esto quiere decir que la actividad instructora dirigida a formar la convicción del juez en función de la legitimidad, justificación y oportunidad de la resolución pedida se caracteriza por una cognición sumaria e incompleta o, lo que es lo mismo, falta la plena cognición de la existencia o inexistencia de los intereses sustanciales o procesales tutelados por el derecho objetivo. Ello deriva de la **probable existencia** del derecho sustancial que se hace valer, por lo que el juez desarrolla una actividad dirigida a conseguir la certeza, si bien subjetiva, en base a elementos probatorios sumarios, sobre los que funda su convicción. En suma: hay una diferencia de intensidad en la actividad dirigida a formar la convicción del juez ⁽¹²⁾.

Puntualizados estos dos aspectos de la legislación italiana (proceso de ejecución y proceso monitorio), vayamos ahora a España, fuente inmediata de la normativa de nuestro juicio ejecutivo.

3. EN ESPAÑA

Si bien, como surge de lo recién relatado, la evolución del proceso ejecutivo culminó rápidamente en Italia con la cristalización de un sistema ágil y expeditivo, que concilia los intereses de acreedor y deudor en forma tal que se respetan los derechos de ambos, en España no se logró una verdadera ejecutivización del proceso ejecutivo, prefiriéndose legislarlo como un proceso de conocimiento común, pero sumariándolo por razones cualitativas, en orden a los derechos que se debaten en él.

Y es que España se presentaba como un país fuertemente unido durante los últimos tiempos de la época cristiano-bárbara y, aun más, después de la dominación sarracena (producida en 714, donde por obvias razones no floreció el comercio como en las ciudades italianas ni abundó, como en ellas, una particular legislación localista).

Fue así como, al permitir el pueblo bárbaro, desde el principio mismo de la invasión, la coexistencia de su propio derecho con el

(12) GUTIERREZ-ALVIZ Y CONRADI, op. loc. cit.

romano (ya en coexistencia, a su turno, con el de suevos, vándalos y alanos) se tarda relativamente poco tiempo en la absorción de aquél por éste, perdiendo desde entonces toda vigencia el principio germánico de expeditividad que tan hondo arraigara en Francia, Italia y Alemania.

Se siguió así en la línea del antiguo "processus executivus" instrumentado a raíz de la Constitución Clementina (1306) que atemperó el proceso de cognición común o pleno, a través de otro proceso, también plenario, pero con una tramitación procedimental más abreviada y rápida. De la comparación de ambos, resulta que tanto uno como otro, abarcan siempre la totalidad del conocimiento del asunto, pero presentan una mera diferencia adjetiva o formal (13).

Salteando los avatares propios de la historia de España y de los distintos ordenamientos legales que imperaron en ella, menester es detenernos en las Siete Partidas del Rey Alfonso el Sabio, donde se regula, a través de la Partida Tercera, el procedimiento judicial y, específicamente en su Título XXVII, el de ejecución de sentencia, en el que encontrará la legislación posterior relativa a la materia, su más valioso antecedente.

Es en la Novísima Recopilación de las Leyes de España (1805) (14), donde se regula el Juicio Ejecutivo (Título XXVIII del Libro XI) en forma separada de la Ejecución de las Sentencias (Título XVII del Libro XI), instrumentándolo en forma muy similar a la prevista en la posterior **Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855**, donde el juicio se desarrolla en dos estadios perfectamente diferenciados:

— Un periodo de **conocimiento**, que se inicia con la demanda formulada en los mismos términos que la ordinaria (art. 945), acompañada del título ejecutivo; examinado éste, el juez despacha o deniega la ejecución sin prestar audiencia al demandado (art. 946) entregándole en el primer caso el mandamiento al actor (art. 948) para que éste, por medio del alguacil o escribano de juzgado requiera el pago al deudor (art. 948), bajo pena de trabar embargo sobre sus bienes (art. 954); hecho el embargo, se cita de remate al deudor en

(13) Los antecedentes hispanos en materia de ejecución se remontan al Fuero Juzgo, Ley 23, Tit. 1, Libro 2 y Fuero Real, Ley 3, Título 13, Libro 2 (ambos refieren los trámites previos para ejecutar una sentencia); y el Título 27 de la Partida Tercera y 28 del Libro II de la Novísima Recopilación, que ya legislaba específicamente sobre los "juicios ejecutivos".

(14) En ella se reforma la recopilación publicada por el Rey Felipe II en el año 1557 y se incorporan las pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones reales y otras providencias no recopiladas y expedidas hasta 1804.

persona (art. 959) para que dentro de los tres días siguientes a la citación (art. 960), se oponga a la ejecución mediante las excepciones enumeradas en el art. 963 ⁽¹⁵⁾. De la oposición hecha por el ejecutado se corre traslado al actor para que lo conteste y proponga prueba por su parte, dándose posteriormente copia al demandado de la contestación del actor, pasado lo cual se reciben los autos a prueba por 10 días (art. 966), concluidos los cuales y sus prórrogas, si las hubo, las partes pueden informar de su justicia y derecho (art. 969), dictándose dentro de los tres días siguientes al de la vista, la sentencia de remate (art. 969).

— Un segundo estadio, de **apremio**, que comprende las diligencias que tienen por objeto ejecutar la sentencia de remate (art. 979 y ss.).

De lo hasta aquí expuesto, se infiere fácilmente la notoria diferencia que existe entre el sistema español y el italiano y abona nuestra anterior crítica laudatoria a la regulación de aquellos países donde la ejecución es propiamente tal y no una forma atenuada del proceso de conocimiento ordinario.

La Ley de Enjuiciamiento Civil del 3 de febrero de 1881, sin perjuicio de adiciones y reformas que se le han ido imprimiendo, también divide el juicio ejecutivo en dos periodos: el primero, llamado de **ejecución** o **ejecutivo**, que comprende desde que se entabla la demanda hasta que se dicta la sentencia de remate; y el segundo, llamado de **apremio**, desde que se dicta esta sentencia hasta que se hace el pago al acreedor.

4. EN LAS PROVINCIAS ARGENTINAS

A título de ejemplo, describimos, someramente el trámite consagrado en el **Código Procesal de la Provincia de Santa Fe**:

Presentada la demanda, si el juez encontrara que el título en que se funda trae aparejada ejecución, librará mandamiento de embargo (art. 452); trabado éste y comparecido el deudor o declarada y notificada su rebeldía, se lo citará de remate con prevención de que si no opone excepción legítima en tres días, se llevará adelante la ejecución (art. 473); opuestas las excepciones se correrá traslado al ejecutante por el término de seis días; contestado el traslado se

(15) Son: 1) Falsedad de título ejecutivo; 2) Prescripción; 3) Fuerza o miedo de los que con arreglo a la ley hacen nulo el consentimiento; 4) Falta de personalidad en el ejecutante; 5) Pago o compensación de crédito líquido que resulte de documento que tenga fuerza ejecutiva; 6) Quita, espera y pacto o promesa de no pedir; 7) Novación; 8) Transacción o compromiso.

abrirá la causa a prueba por un término que podrá prorrogarse hasta cuatro días como máximo (art. 476); vencido el término probatorio el juez decretará traslado por tres días a cada parte, para alegar; presentados los alegatos o vencido el término para hacerlo, se llamarán autos para sentencia (art. 477), la que debe dictarse dentro de los diez días (art. 480), siendo recurrible salvo que la ejecutada hubiera sido citada en persona y no hubiera opuesto excepciones (art. 484). Cualquiera sea la sentencia, tanto el actor como el demandado tienen derecho de promover el juicio declarativo que corresponda, no estando permitido discutir en éste las excepciones procesales relativas al anterior ni cualquier defensa que hubiese sido ventilada y resuelta en él.

Con escasas variaciones procedimentales, los demás códigos argentinos siguen el esquema enunciado.

Sección II.

INFERENCIAS

De lo precedentemente expuesto puede inferirse que el proceso de ejecución ⁽¹⁶⁾, tal como lo conciben nuestras leyes, no es propiamente **ejecutivo**, sino, como ya lo hemos repetido varias veces, un proceso de conocimiento abreviado en el que se limitan los plazos, las defensas y los recursos que puede oponer el deudor y que tiende a obtener no **una manifestación de voluntad o conducta física** (ejecución propiamente dicha), sino **una declaración de voluntad del órgano jurisdiccional**.

(16) El proceso de ejecución puro, según dependa de la existencia de una obligación de dar o de hacer, permite a GUASP, clasificarlos en: a) Procesos de dación y b) Procesos de transformación. Los primeros, a su vez, pueden ser: a.1.) De dar una cantidad de dinero, que lleva ínsita la expropiación de los bienes del deudor y que origina la que denomina ejecución expropiatoria (ejecución de sentencia de condena, apremio por costas judiciales, etc.) y a.2.) De dar una cosa distinta del dinero, que lleva ínsita la satisfacción específica del acreedor y que origina la llamada ejecución satisfactoria (apoderamiento del bien mueble del deudor, otorgamiento de la posesión del inmueble al acreedor). Por su parte, los procesos de transformación admiten ser divididos en: b.1.) Ejecución transformativa, derivada de un hacer o deshacer forzoso (Nótese que no puede reclamarse al juez el cumplimiento de una obligación de no hacer) y que tiende a transformar la realidad física tal como existía anteriormente (este tipo admite efectos: si la obligación de hacer es personalísima y el deudor no la cumple, se resuelve en el pago de daños e intereses; si no es personalísima puede ser realizada por el juez en sustitución del deudor incumplidor); y b.2.) Ejecución distributiva, que supone el reparto de un patrimonio entre varios sujetos (caso de concurso o quiebra). Ver todo en op. cit., t. II, p. 193 y ss.

Como lo enseña Guasp ⁽¹⁷⁾, cuyo pensamiento resulta plenamente aplicable a nuestra normativa, la denominación "proceso ejecutivo" induce a error porque su finalidad no es la de conseguir medidas de ejecución directamente a cargo del juez (desde la iniciación misma del proceso), sino obtener una resolución judicial de fondo que imponga al demandado una cierta situación jurídica y cuyo incumplimiento será el que determine la apertura de la verdadera ejecución:

Resulta así que el proceso ejecutivo termina siempre en una sentencia (de remate o desestimatoria de la pretensión del ejecutante) y que sólo después que ella adquiere ejecutoria podrá hablarse de ejecución. Pero, nótese bien que, como especialmente lo remarca Guasp con agudo criterio, no será ya la ejecución de la pretensión inicial, sino la ejecución de la pretensión que se base, como título, en la sentencia condenatoria dictada con fundamento en el título que permitió el pronunciamiento de tal sentencia de condena.

Queda en claro así que nuestro proceso ejecutivo no es más que un verdadero proceso de conocimiento (pero no ordinario), por lo que debe encuadrarse dentro de la figura de los **procesos sumarios**, y dentro de ellos, no por razones de cantidad ⁽¹⁸⁾, sino de calidad o cualitativas, fundadas no en la escasa relevancia económica de la pretensión, sino en la **fehaciencia** con que aparece al exterior y que justifica un tratamiento privilegiado.

Hacemos especial hincapié en el concepto de **fehaciencia**: por definición, una cosa es "fehaciente" cuando hace fe en juicio ⁽¹⁹⁾. De ahí la congruencia de equiparar los antigua "confessionata" a la sentencia judicial.

La realidad legislativa argentina nos indica que paulatina y constantemente se ha desnaturalizado la referida premisa de fehaciencia al otorgarse "ejecutividad" a títulos que, intrínsecamente, no son "fehacientes".

De allí que debemos partir de la distinción entre dos vocablos de diferente contenido: "fehaciente" y "ejecutivo". Un título puede revestir una calidad y no la otra. Por ejemplo, una escritura pública que instrumenta un testamento **es un título fehaciente, pero no ejecutivo**; a la inversa, la liquidación emitida por el administrador de un

(17) Op. cit., t. II, p. 130 y ss.

(18) Como por ejemplo en el caso del juicio sumarísimo que legisla el CPC de Santa Fe, artículo 413 y ss., para los supuestos en que "la cuantía no exceda de la fijada para la competencia por valor de la Justicia de Paz Departamental..."

(19) Ver Diccionario de la Real Academia Española, Madrid, 1925 (MCMXXV).

edificio sujeto al régimen de propiedad horizontal, referida a deudas por expensas comunes del consorcista, **es un título ejecutivo, pero no fehaciente.**

Tan exacto es lo que afirmamos que no necesita más demostración que ésta: **ejecutividad** y **fehaciencia** son categorías distintas. Mientras la "ejecutividad" es una **categoría legal** (pues su existencia depende de que la ley así lo diga), "fehaciencia" es una **categoría racional** (pues su existencia depende, no de la voluntad del legislador, sino de la constatación, a través de un juicio lógico, de la concurrencia de determinados requisitos en la formación del título, que hacen que éste pueda gozar de fe en juicio).

No obstante lo apuntado precedentemente, la omnimoda voluntad (o simplemente, el capricho) del legislador argentino, ha ampliado indiscriminadamente el campo de los títulos ejecutivos: partiendo de los tradicionales "sentencia" e "instrumento público" (equiparado a ella), se ha llegado a dar ejecutividad a títulos no fehacientes emitidos por el deudor y, lo que es más grave aún, a títulos no fehacientes emitidos por el propio acreedor.

Ello torna necesario efectuar un definitivo replanteo del problema a fin de otorgar ejecutividad pura o cuasipura a títulos que, por su fehaciencia, deben gozar de ella, retaceándola para los demás, que no son fehacientes; así, habrá que instrumentar un nuevo proceso o tipos de procedimientos que se adecúen a los diferentes títulos. A dar las pautas para tal tarea tiende este trabajo.

Pero antes, vayan estas reflexiones.

Sección III

REFLEXIONES

El estudio retrospectivo y comparativo que hemos efectuado, nos induce a pensar lo siguiente:

1) En pura abstracción jurídica, desvinculada de toda referencia normativa, **conocimiento y ejecución** son funciones independientes entre sí. A riesgo de ser simplistas, creemos que una cosa es **declarar un derecho** y otra bien distinta, **lograr la satisfacción de tal derecho** (hacerlo efectivo).

Parece necesario, para clarificar nuestro pensamiento, transcribir textualmente, la pristina claridad de Couture (que, por reverencia, no nos atrevemos a parafrasear) cuando dice:

En la ejecución "...no se trata de obtener algo con el concurso del adversario, sino justamente en contra de su voluntad. Ya no se

está en presencia de un **obligado**; como en la relación de derecho sustancial, sino en presencia de un **subjetus**, de un sometido por la fuerza coercible de la sentencia" ⁽²⁰⁾.

"La ejecución resulta ser la etapa final de un largo itinerario. En el proceso humano que consiste en saber, querer y obrar, la ejecución corresponde al último tramo. En el proceso judicial también se comienza por saber los hechos y el derecho mediante el contradictorio, esto es, quiere en sentido jurídico, a cuyo querer se asigna una eficacia especial; y, por último, obra, esto es, asegura prácticamente el resultado de la obra intelectual y volitiva, mediante las diversas formas exigidas por el contenido mismo de la sentencia" ⁽²¹⁾.

2) Leyendo detenidamente el párrafo anterior, se infiere sin hesitación que la ejecución así concebida debe ser la secuela natural de un conocimiento jurisdiccional, de un debate con amplitud de defensa que culmina con una sentencia declarativa. Así las cosas, parece claro que la sentencia pueda ser título válido para incoar una ejecución pura o cuasipura ⁽²²⁾.

(20) CALAMANDREI, PIERO, "Istituzioni...", t. I, p. 85. En sentido análogo, BAYLEY, "Curso de Obligaciones...", Montevideo, 1937, p. 279 y ss.

(21) COUTURE, EDUARDO J., "Fundamentos de Derecho Procesal", 3ª. ed., Depalma, Bs. As., 1958 p. 439.

(22) COUTURE, en su Anteproyecto de Código Procesal Civil para el Uruguay (1945) legislaba una "ejecución pura" en el Libro 2º. (Ejecución en vía de **apremio**, arts. 416 a 422), cuando ella se pidiera en virtud de los siguientes títulos, siempre que traigan aparejada la obligación de pagar cantidad de dinero líquida y exigible: 1) Sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; 2) Crédito hipotecario, en cuya escritura se hayan renunciado por el deudor los beneficios del juicio ejecutivo; 3) Contrato de prenda (industrial o agraria), debidamente inscripto, en los cuales se hayan renunciado por el deudor los beneficios del juicio ejecutivo; 4) Laudo arbitral no pendiente de recurso de nulidad; 5) Transacción, aprobada judicialmente; 6) Convenio celebrado en el acto de la conciliación. Respecto de tales títulos se propicia una directa agresividad sobre los bienes del deudor; embargo, ningún periodo de conocimiento y transformación de los bienes por remate.

En cambio, en el Libro 3º., normaba el "**juicio ejecutivo**", para los siguientes títulos: 1) Sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada cuando se pide su cumplimiento después del año de ejecutoriada; 2) Transacción no aprobada judicialmente; 3) Instrumentos públicos; 4) Documentos privados, suscriptos por el obligado, o por un representante y reconocidos, o dados por reconocidos por ante juez competente; 5) Letras de cambio, vales y pagarés protestados personalmente.

En el Libro 4º., regulaba las **ejecuciones especiales** de obligaciones de dar, de hacer, de escriturar, de no hacer, y de sentencias dictadas contra el Estado y los Municipios y entes autónomos (arts. 456 y ss.).

Por último, en los Libros 5º. y 6º., trataba de la **ejecución de sentencia extranjera** y de las **ejecuciones contra el deudor civil o comercial**, respectivamente.

En cambio, no resulta razonable que idéntico o parecido tratamiento jurisdiccional se de, por ejemplo, a un título fiscal o a los créditos provenientes del saldo de cuenta corriente bancaria (Código de Comercio, 741 y 787). En estos casos, la ejecutividad deviene del puro querer legislativo; para acceder al procedimiento privilegiado de ejecución, no fue necesario que hubiera debate ni, obviamente, declaración jurisdiccional de derecho alguno. ¿Cuál es la razón para acordarles la llamada "fuerza ejecutiva"? Parece elemental deducir que se trata, simplemente, de brindarles un tratamiento más beneficioso para el presunto acreedor, a través de un proceso "sumarizado"... ¡pero no ejecutivo!

En este orden de ideas, recuérdese que ya David Lascano ⁽²³⁾, después de reconocer que cronológicamente la sentencia fue el primer título ejecutivo porque hacia cierto e indubitable el derecho... casi todas las legislaciones extendieron el procedimiento ejecutivo, por vía de excepción, respecto de ciertos títulos que podían ser equiparados por la ley a un pronunciamiento judicial (por ejemplo, el reconocimiento de la obligación hecha por escritura pública o por confesión judicial, o en documento privado reconocido ante juez competente), pues son actos que, en cierto modo, producen la certidumbre de la existencia del derecho.

En cambio, teniendo presente las diferencias que, de todas maneras, existen entre la sentencia y los otros títulos ejecutivos equiparados a ella, tales legislaciones regularon separadamente la ejecución que éstos autorizan de la que procede por incumplimiento de un fallo judicial. Debían hacerlo así para determinar el régimen excepcional al legislarlo, pues no es idéntica la situación de quien fue condenado por sentencia firme que la del simplemente obligado por un acto particular, por auténtico que sea.

3) Dice Couture que... "pocos vocablos del lenguaje jurídico tienen más acepciones que la palabra **título**. Se explica, pues, que disputas tan encarnizadas como las que versan sobre el concepto de título ejecutivo o de título perfecto, provengan de un diverso sentido que los contendientes dan al mismo vocablo. En tanto unos asignan a la palabra su significado material, relativo a **calidad**, atributo o condición respecto del derecho, otros discuten sobre el sentido instrumental que tiene el mismo vocablo como documento, papel, pieza o conjunto de piezas escritas" ⁽²⁴⁾.

(23) "Hacia un nuevo tipo de proceso". Revista de Derecho Procesal de Hugo Alsina, 1943, 1ª. parte. p. 80.

(24) Op. cit., p. 448.

Para que el título ejecutivo sea tal, se sostiene que "es menester la reunión de dos elementos: por un lado, la existencia de una declaración de la **existencia de la obligación**; por otro, la **orden de ejecución**... Partamos de la idea ya anticipada de que el vocablo **título** quiere decir, en primer término "calidad" (título de dueño, título de heredero). Se tiene título cuando se está habilitado jurídicamente para hacer una cosa... pero también se tiene título, cuando se tiene en la mano el documento que acredita esa calidad".

El equívoco radica en que "puede haber **calidad sin documento** y **documento sin calidad**: el acreedor que ha extraviado el pagaré tiene el crédito y no tiene el documento; el tenedor de un pagaré oportunamente pagado, pero no retirado por el acreedor, tiene el documento y no tiene la calidad de acreedor".

Bien puede ocurrir, en consecuencia, que quienes disputan sobre cosas bien distintas, tengan razón desde sus respectivos puntos de vista. El precepto "nulla executio sine titulo" puede referirse indistintamente a ambas cosas según surja de los términos del derecho positivo. Es el caso, por ejemplo, de los locadores que tienen título ejecutivo por cobro de alquileres (CPC Santa Fe, 442 inc. 2º. y CPC Nación, 536, 6º.) o, al menos, acceso a la vía ejecutiva mediante su preparación (CPC Santa Fe, 445 y CPC Nación, 525, 2º.), aun cuando el arrendamiento sea verbal y no exista documento alguno a su favor. Es también el caso del título que tiene el Estado por cobro de ciertos impuestos, sin documento alguno o con documento emanado de la propia Administración. Adviértase, para extremar esta evidencia, que en nuestro derecho positivo, por ejemplo, las constancias municipales, que en ciertos casos pueden ser emitidas por cesionarios de los derechos del Municipio (caso de empresas pavimentadoras), gozan de un tratamiento igual a la sentencia declarativa... (!) ¿Cuál es la razón jurídica de tal equiparación?

4) Las breves reflexiones que preceden nos imponen la necesidad de sistematizar el concepto de título ejecutivo y de categorizar los distintos créditos que normativamente se encuadran, sin diferenciación alguna, en el rubro legal "títulos ejecutivos".

Señala Safontás que "por su origen, los títulos ejecutivos pueden clasificarse en "judiciales" (ejecutorios) y "extrajudiciales" (convencionales y administrativos) ⁽²⁵⁾.

En nuestros sistemas procesales se agrupan los títulos ejecutorios y los ejecutivos, sin establecer categorías o discriminaciones.

(25) Op. cit., p. 115.

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" en general (26).

5) Nos apartamos de la clasificación de Safontás y, en su lugar, proponemos distinguir entre títulos **ejecutorios** y **ejecutivos**; y, a su turno, dentro de los últimos, entre **fehacientes** y **no fehacientes**.

Ello así, urge las siguientes conclusiones:

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 executorio (judicial).

El segundo supuesto lleva implícita una instrumentación extrajudicial de la deuda revestida de cierta legalidad o formalidad, que otorga al acreedor jurisdiccional limitado a la regularidad formal del título y a las causas extintivas de la obligación. Estamos frente a un título ejecutivo (extrajudicial). 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 tal 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 se 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).

(26) PRIETO CASTRO, "Derecho Procesal Civil", t. II, p. 182 y ss.

Aquí estaríamos 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, y siguiendo el pensamiento de Lascano ⁽²⁷⁾, 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 los mismos resulta. La certidumbre es **definitiva** en el supuesto de 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 por lo mismo que no ha mediado aún sentencia jurisdiccional.

Desgraciadamente, y a manera de colofón, reiteramos que nuestro régimen legislativo en materia de ejecución se ha complicado en demasía al otorgar la ley, contingente, temporal y especialmente, fuerza ejecutiva a diversos y disímiles instrumentos de los que surge (o no) a priori el título en cuya virtud se funda la ejecución. Ya Lascano criticó el sistema al afirmar que "nuestro juicio ejecutivo parte de una ficción: la de que el derecho existe".

Sección IV.

CONCLUSIONES

A base de lo expuesto, pensamos que una reforma integral del proceso ejecutivo, debe apuntar a un doble orden de consideraciones:

Por un lado, a categorizar, por su origen, las diversas clases de títulos ejecutivos; por el otro, en orden a tal categorización, conferirles un tratamiento diferenciado a cada uno de ellos (desde una máxima ejecutividad, con conocimiento sumamente restringido, hasta una mínima ejecutividad, con conocimiento pleno).

La idea no es absolutamente nueva y tampoco nos pertenece en su integridad. Ya en 1965, Augusto Mario Morello ⁽²⁸⁾ publica una

(27) Op. cit., p. 82.

(28) "Bases para una reforma integral de la ejecución forzada". Jurisprudencia Argentina 1965, VI, Doct. 42.

brillante exposición que resume en acabada síntesis las ideas que acá compartimos, aunque con variantes diversas, como luego se verá.

Siguiendo tales lineamientos, pensamos que los procesos de ejecución podrían estructurarse a base de las siguientes pautas:

1) 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 intimando 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⁽²⁹⁾ 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.

2) 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 sumarisimo cuya demanda implicará la petición de intimación al deudor

(29) Suponemos también que la ejecución no es admisible sin embargo previo.

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.

3) Procesos que se inician con títulos ejecutivos no fehacientes. (Por ejemplo, títulos fiscales, documentos cambiarios no protestados): 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 perdedor, 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.

4) 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.

5) 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.