

generales de dicho negocio jurídico y, por ende, influenciado por el doble fundamento de la buena fé<sup>(124)</sup> y de la causa del mismo, lo que entraña el enfoque de las soluciones, no desde el punto de vista del interés institucional, sino del interés de los accionistas.

La tajante diferencia entre sociedad y empresa; la existencia de sociedades no empresarias; la imposibilidad de imponer el auto-financiamiento a los accionistas que deseen recibir las utilidades devengadas; la estructuración de la asamblea de accionistas como órgano supremo de la sociedad<sup>(125)</sup>; todos ellos principios, no sólo basados en la elaboración doctrinal de los proyectistas y legisladores centroamericanos, sino en la realidad económica del área donde aun rige el concepto semi-familiar de las sociedades. Sirven, entre otros, de fundamento para defender la tesis aquí expuesta y recabar de los futuros proyectistas centroamericanos la elaboración del proyecto de ley uniforme de Sociedades Anónimas basadas en estos conceptos, de forma que la nueva legislación no sólo sea un cuerpo legal técnicamente admirable, sino una norma jurídica que responda a las necesidades y deseos de los comerciantes que serán los sujetos de sus normas.

Tegucigalpa, D. C., Febrero, 1968.

(124) Artículo 1546 del C. C.

(125) Por ende no cabe en Centroamérica el calificativo de "fetichismo de la omnipotencia" (Problemas Jurídicos Planteados por el Establecimiento de las Sociedades Comerciales en la Comunidad Europea - Revista Derecho de la Integración del INTAL - N° 1, octubre 1967) con que Houin explica el poder en las asambleas de accionistas.

## CRITERIO Y FORMAS EN NUESTROS PROCESOS CIVILES DE EJECUCIÓN

Prof. ANTONIO ROJAS LOPEZ,

Titular Teoría General del Proceso.

A mi querido Profesor de ayer y de siempre Lic. don Víctor M. Elizondo que al abandonar la Facultad de Derecho, deja una estela luminosa de juricidad y hombría de bien.

Si nuestro proceso ejecutivo pudiese hablar, quizás diría a un buen número de togados: que poco y mal me conocéis, no obstante que soy el instrumento más eficaz al servicio del derecho. Por mí —añadiría— se hace realidad la obligación impuesta por la ley o el Juez, por causa mía se materializan en hechos tangibles las palabras escritas en un pedazo de papel, ya provengan estas palabras del racionio lógico del Magistrado, o del pensamiento modesto del ciudadano estampado en un documento especial. Yo obligo al discolo y al renuente a pagar lo que debe, aún contra su voluntad, prescribo y proscribo conductas humanas determinadas, soy la espada de la Justicia, y en último término, en mí se realiza la máxima: "¡Jurisdictio in sola executione consistit!".

Sin embargo, esa arma al parecer tan poderosa, llamada proceso de ejecución, tiene también sus puntos débiles, en tanto y en cuanto están en desajuste con las formas prescritas por la ley y con el criterio de quien le corresponde decir la última palabra: el Juez.

Surge entonces en primer término, la necesidad de refrescar algunas concepciones doctrinarias generales en que se asienta nuestro proceso ejecutivo, aunque sea brevemente; y en segundo lugar, la de conocer el pensamiento de los juzgadores costarricenses, en ciertos casos prácticos que nuestro Código de Procedimientos Civiles no regula con la debida claridad.

Lo que modestamente se escribe a continuación, trata de buscar esas dos metas.

## I. FUENTES DE NUESTROS PROCESOS DE EJECUCION

1.—**Concepto de ejecución.** En su acepción corriente, la palabra ejecución significa acción y efecto de ejecutar, o sea consumación, cumplimiento o realización de algo. Pero en lenguaje forense, alude a la ejecución forzosa, sea aquella que compele al obligado a cumplir con su prestación, aún en contra de su voluntad, por oposición a ejecución voluntaria en la cual el obligado se somete espontáneamente a la ley, sin intervención de los órganos jurisdiccionales.

2.—**División de las sentencias judiciales.** a) Desde el punto de vista de ejecución forzada, la prestación debida puede tener sus fuentes en una sentencia judicial o en ciertos documentos privados o públicos a los cuales la ley reviste de cierta fuerza extraordinaria, capaz de producir con relativa brevedad el embargo y remate de los bienes del deudor para el cabal cumplimiento de la obligación. A su vez la sentencia judicial, encuentra sus fundamentos en el contrato, el cuasi-contrato o en la misma ley.

b) Pero no todos los fallos judiciales son susceptibles de ser ejecutados. Tal condición dependerá de su propio contenido, lo cual nos lleva a revisar la distinción entre las diversas categorías de sentencias, según son también diferentes los procesos en que se dictan.

Escribe Carnelutti<sup>(1)</sup> que cualquiera advierte la razón de ser de tres tipos fundamentales de procesos: una cosa es que el acreedor a quien se niega su crédito pida al Juez la declaración de su existencia; otra que el acreedor a quien no se paga pide la satisfacción de su crédito, y otra que cualquiera que tema que su deudor substraiga sus bienes pida su secuestro para garantir su crédito. En el primer caso hay una pretensión jurídica contestada; en el segundo hay una pretensión jurídica reconocida, pero no satisfecha; en el tercero, la duración del proceso puede poner en peligro la satisfacción de la pretensión jurídica. A estas situaciones corresponden tres procesos distintos: de conocimiento, ejecución y conservación.

3.—Queda planteada así la división tradicional de los procesos atendiendo al objeto que persiguen: de conocimiento, de ejecución y

precautorios. A su vez el proceso de conocimiento puede tener distinto objeto, según que la acción deducida sea de condena, de simple declaración o busque un efecto constitutivo.

En estos tres casos el juicio se tramitará por la vía ordinaria, pero la sentencia que en cada uno de ellos se dicte, tiene alcances y efectos diferentes, porque en unas la plenitud del derecho se realiza con la simple declaración, y en otras es necesario la ejecución.

4.—Si bien es cierto, como lo afirma Couture<sup>(2)</sup>, que en los cuatro tipos de sentencia (declarativa, de condena, constitutiva o de garantía) aparecen normalmente ciertas formas de cumplimiento ulterior, también lo es que la ejecución propiamente dicha es característica tan sólo de las sentencias de condena.

Para arribar a tal conclusión, es necesario revisar los aspectos más salientes de cada tipo de acción.

5.—**La acción declarativa.** En la acción declarativa pura se pretende una declaración sobre la existencia de un derecho del actor (positiva) o inexistencia de uno del demandado (negativa). Al respecto escribe L. Prieto Castro<sup>(3)</sup>: "Otras veces el ejercicio de la acción tiende a conseguir simplemente una resolución vinculante del Tribunal (cosa juzgada) acerca de la existencia o inexistencia de una relación jurídica o de un hecho a favor del actor (acción declarativa positiva) o la inexistencia de un derecho a favor del demandado (acción declarativa negativa).

Es la acción llamada simplemente declarativa, porque no persigue una sentencia que sea base de ejecución (aunque a veces tenga ciertos efectos ejecutivos, como la inscripción o cancelación en un Registro Público, etc.), pues falta un obligado a realizar una prestación. Son innumerables los casos posibles de acción de esta clase: declaración de la cualidad de hijo legítimo o natural, existencia de un derecho hereditario, cualidad de socio, etc.

El punto neurálgico de esta acción es la medida de la necesidad de protección jurídica, para evitar que se pueda distraer la actividad de los Tribunales en cuestiones teóricas o bizantinas. Existe esta necesidad cuando el bien de la seguridad jurídica y la evitación de los perjuicios y rémoras que supone la incertidumbre para el comercio jurídico y vida de los hombres, sólo pueda ser

(1) Citado por H. Alsina en Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, T. I. pág. 270.

(2) Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Tercera edición, pág. 440.

(3) Derecho Procesal Civil, T. I. pág. 60.

alcanzada por la vía del proceso civil y declaración autoritaria (sentencia) de los Tribunales. Siempre que exista una inseguridad objetiva acerca de una relación jurídica frente al demandado, sobre el mismo derecho al que se refiere la acción o sobre cualquiera otra en conexión con él, se da también el interés que hace admisible la acción.— Por regla general no existe y se descarta la necesidad de protección jurídica cuando pueda ejercitarse la acción de condena”.

Para otros autores<sup>(4)</sup>, la acción declarativa no requiere un estado de hecho contrario a derecho —como en la de condena— sino que basta un estado de incertidumbre sobre el derecho y no obliga a nada que tenga que ejecutarse. Ejemplos: la acción de divorcio, de nulidad de testamento, la que busca declaración de que una persona es hija de otra; y la más típica de todas: demanda de inconstitucionalidad, llamada entre nosotros recurso.

Sin embargo, Eduardo J. Couture<sup>(5)</sup>, al concebir la acción como un derecho a la jurisdicción, repudia la división tradicional de las acciones de conocimiento en declarativas, de condena, constitutivas y cautelares, ya que ella es una clasificación de sentencias y no de acciones. Para robustecer su dicho, afirma con razón que una demanda de condena puede culminar en una sentencia declarativa de absolución.

No obstante, según lo veremos luego al analizar la sentencia de condena como madre del proceso de ejecución —que más propiamente que proceso es una etapa del mismo entre nosotros— solamente puede hablarse de sentencia de condena cuando ella es estimatoria de la acción del mismo nombre.

Para el ilustre tratadista uruguayo, no todas las sentencias llamadas declarativas, se limitan a declarar el derecho, pues algunas crean derechos que eran inexistentes antes de su aparición<sup>(6)</sup>. Tales son los casos en que el Juez debe establecer en concreto (sentencias determinantes), situaciones no determinadas por la ley: quantum de honorarios, de alimentos, de indemnización, etc.; régimen de guarda y educación de los menores, régimen de cumplimiento de obligaciones que deben satisfacerse in natura, régimen

(4) Hugo Alsina, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo I, pág.

(5) Op. citada, pág. 80.

(6) P. citada, pág. 310.

de trabajo individual o colectivo, horarios y lugar de trabajo, etc.<sup>(7)</sup> No es posible, agrega Couture, sin perder el sentido de la realidad, sostener que todas esas especificaciones ya estaban contenidas en la ley y que el Juez es la boca que pronuncia sus palabras, un ser inanimado, un signo matemático.

6.—La sentencia constitutiva. En lo que dice a la sentencia constitutiva, llamada así cuando acoge la acción del mismo nombre, resulta difícil separarla de modo claro de la puramente declarativa, y no faltan impugnadores de la independencia de este tipo de acción. Persigue una declaración del Tribunal con efecto de cosa juzgada, y su nombre procede del término *Gestaltungsklagen*, con que se le conoce corrientemente en Alemania, de donde procede la construcción. Para algunos autores<sup>(8)</sup>, se da esta clase de acción para pedir la actuación procesal de un derecho (que se suele llamar potestativo) preestablecido por la ley, como la reducción de una disposición testamentaria o la nulidad de un matrimonio. El nombre responde a que el pronunciamiento del Juez origina o constituye un estado jurídico, haciendo actual la norma de la ley mediante la producción de un cambio del estado jurídico preexistente (terminación del estado matrimonial, interdicción filiación, etc.)

Por razón del objeto, las acciones constitutivas pueden tender a la constitución de un estado jurídico antes no existente (por ej. constitución de servidumbres forzosas) o a la extinción a anulación de otro preexistente (incapacidad para suceder).

En ellas existe la necesidad de protección jurídica por el mismo hecho de otorgar la ley el derecho al cambio o constitución del estado jurídico sólo mediante sentencia judicial.— El efecto a que tiende la acción constitutiva, se produce por regla general para el futuro (*ex nunc*), es decir, desde el instante en que la sentencia es firme, puesto que ella es la que constituye el estado nuevo. Pero algunas veces la sentencia constitutiva opera con carácter retroactivo (*ex tunc*), sea desde el momento de la notificación de la demanda (art. 327 Código Civil), o aún más antes (incapacidad para suceder por testamento, arts. 592, 593 *ibidem*).

Para otros autores<sup>(9)</sup> los efectos de la acción constitutiva, una vez acogida en sentencia, se extienden hacia el futuro, porque

(7) Betti, citado por Couture, Efficacia della sentenza determinativa in tema de legati d'alimenti, Camerino, 1921.

(8) Prieto Castro, Op. citada, pág. 64.

(9) H. Alsina. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, T. I, pág.

ahora la situación es muy diferente a lo que era antes de la sentencia, produciendo un nuevo estado jurídico.

En todo caso, para lo que interesa a este estudio, puede afirmarse que en cuanto a la ejecución, no la necesita ni la sentencia constitutiva ni la declarativa, porque no hacen sino concretar una declaración que ya estaba en la ley.

7.—La Sentencia de condena. a) Cuando el demandante promueve con éxito una acción del mismo nombre, estamos en presencia de un fallo de condena. Lo más frecuente es que el demandante alegue al Tribunal un derecho lesionado, la existencia de una obligación incumplida, un derecho no satisfecho por la otra parte, para que el Tribunal declare, mediante sentencia condenatoria o de condena, la existencia del derecho.

b) La diferencia que distingue las sentencias de condena de las otras categorías de sentencias conocidas por la doctrina (sentencias de declaración de mera certeza y sentencias constitutivas) —escribe Calamandrei—<sup>(10)</sup> sale a la superficie aun bajo un aspecto casi gramatical, si se considera que el verbo condenar, a diferencia de los que el Juez emplea en la parte dispositiva de las otras categorías de sentencias (“declaro”, “anulo”, “revoco” y otros), no agota en sí mismo la propia función, sino que tiene necesidad, para significar una cosa concreta, de ser integrado por un complemento indirecto, regido por la preposición a que los gramáticos llaman complemento de pena, y que está destinado a indicar el contenido de la condena. Cuando el Juez absuelve, o anula, o revoca, el objeto del proceso está sin más alcanzado; pero cuando se trata de condenar, la cosa no queda acabada con decir “condeno”. No se condena sic et simpliciter: se condena a pagar, se condena a restituir, se condena a muerte. Después de la condena, a fin de que el objeto del proceso quede agotado, debe siempre acaecer alguna otra cosa: y precisamente en indicar este quid que debe acaecer después de la sentencia, este comportamiento sucesivo que debe formar la continuación de la sentencia, consiste, para quien mire la cosa superficialmente, uno de los caracteres más visibles de las sentencias de condena. Al cual, en el significado que la palabra condena tiene en el lenguaje ordinario, se debe añadir otro carácter, consistente en lo siguiente: en que este quid sucesivo, del que la sentencia

(10) Estudios sobre el Proceso Civil, Trad. de Sentis Melendo, pág. 551.

de condena aparece como el preanunciación y la preparación, debe constituir siempre para la parte condenada la forzada lesión de un interés, la imposición de un sufrimiento<sup>(11)</sup>. c) Por su parte H. Alsina<sup>(12)</sup>, coincidiendo fundamentalmente con P. Calamandrei, le asigna a la acción de condena los siguientes caracteres: “por ella el actor persigue una sentencia que condene al demandado a una determinada prestación (dar o hacer) o que se deshaga lo hecho si la obligación fuere de no hacer. Para ello se requieren las siguientes condiciones: 1.- Un hecho que importe la violación del derecho: así, en los derechos reales y en las obligaciones de no hacer, es necesario un estado de hecho contrario al derecho (posesión de la cosa ajena, ejecución del hecho prohibido); en las obligaciones de dar o de hacer, la violación resulta de la omisión del hecho debido; pero es de advertir que el ejercicio de un derecho, aunque sea contrario al nuestro, no da derecho a acción, a menos que constituya un abuso del derecho. 2.- Que sea susceptible de prestación, porque nadie está obligado al cumplimiento de un hecho imposible, lo cual se resuelve por las reglas referentes al objeto de los actos jurídicos y especialmente de los contratos; 3.- Que exista una necesidad de protección jurídica, o sea que el interés del actor consista en obtener por medio del proceso la prestación a que el demandado estaba obligado. Por consiguiente, para la satisfacción de la pretensión jurídica deducida en la acción, la sentencia de condena contendrá: 1º La declaración de legitimidad de esa pretensión; 2º La posibilidad de su ejecución aun contra la voluntad del obligado.

d) A tal punto la sentencia de condena constituye la función más abundante del Poder Judicial, —afirma Couture—<sup>(13)</sup> que durante largo tiempo la doctrina consideró que era ésta su actividad privativa. En efecto, la sentencia de condena es la de más extenso campo de acción y de más abundante desenvolvimiento en la actividad jurisdiccional, desde que siempre impone el cumplimiento de una prestación, ya sea en sentido positivo (dar o hacer), ya sea en sentido negativo (no hacer, abstenerse). De allí que para nuestro estudio, cobra gran importancia esta sentencia, como generadora de un proceso de ejecución, desde luego que si el vencido no se aviene

(11) Véase Liebman, Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione pág. 109, citado por Calamandrei.

(12) Op. citada. T. I. pág. 196.

(13) Op. citada, pág. 318.

voluntariamente a satisfacer el contenido de la condena, ésta se hace efectiva por medio de la ejecución.

8.—Entre nosotros, el proceso civil para ejecutar una sentencia de condena, proviene de dos fuentes primordiales: 1º. La sentencia dictada por una autoridad represiva, en cuanto condena al reo a pagar los daños y perjuicios ocasionados con su hecho punible<sup>(14)</sup>, caso en el cual, por carecer de competencia por razón de la materia (civil), a aquella autoridad penal<sup>(15)</sup> no le es permitido ejecutar su propia sentencia en su aspecto de fijación y pago de esos daños y perjuicios; debiendo el interesado, mediante la promoción de un proceso nuevo<sup>(16)</sup> presentado ante la autoridad civil competente por el territorio y la cuantía, y el grado de instancia, dilucidar la cuestión relativa al quantum y calidad de los daños y perjuicios sufridos. 2º. La sentencia de condena dictada en un proceso ordinario civil —estudiada anteriormente— (Supra N° 7), la cual se ejecuta dentro del mismo juicio donde fue dictada, de modo que la ejecución viene a constituir una fase o etapa, la última, del proceso de condena<sup>(17)</sup>.

9.—Además de esos dos procesos de ejecución nacidas de una sentencia judicial, hay entre nosotros otro grupo de juicios ejecutivos, que se originan en la existencia de un título llamado ejecutivo, al cual la ley por reputarlo legítimo, confiere fuerza suficiente capaz de producir en un plazo relativamente breve, el embargo y el remate de los bienes del deudor. Por una ficción legal, se supone que el derecho del acreedor, está reconocido de antemano por el deudor, conforme al texto del documento constitutivo del título, sin necesidad de la exigencia previa de una declaración judicial vertida en un proceso de conocimiento. Este grupo de juicios ejecutivos se subdivide a su vez en ejecutivos comunes o simples, hipotecarios y prendarios, según la naturaleza del título que le sirve de fundamento.

(14) Artículo 125 Código Penal.

(15) Artículo 160 Ley Orgánica del Poder Judicial.

(16) Artículos 7 y 981 y sig. del Código de Procedimientos Civiles.

(17) Arts. 981 y sig. Código de Procedimientos Civiles.

## II. ALGUNAS INSTITUCIONES COMUNES AL PROCESO DE EJECUCION

10.—Acumulación de acciones y de procesos. En los juicios ejecutivos comunes es corriente el cobro de varios créditos en una sola demanda, cuando cada uno de ellos está respaldado en un título ejecutivo diferente, siempre que en todos ellos aparezca el ejecutante como acreedor y el demandado como obligado; porque bastaría que en uno sólo de esos títulos figurara como obligado una persona diferente, o bien un acreedor distinto del ejecutante, para que no pueda otorgarse la acumulación, desde luego que la heterogeneidad de partes en los títulos, produciría desorden en el proceso por las diferentes defensas que pueden suscitarse.

11.—No importaría que individualmente cada uno de esos créditos fuere de diferente cuantía, incluso de menor, porque la estimación de la demanda resultaría de la suma de todos<sup>(18)</sup>. Las mismas reglas apuntadas sobre la acumulación de acciones son valideras en tratándose de juicios ejecutivos hipotecarios o prendarios.

12.—Pero no sucede lo mismo en tratándose de la acumulación de procesos prendarios o hipotecarios entre sí, por especial disposición del legislador<sup>(19)</sup>, que consideró que estando determinado de antemano el bien que garantiza la obligación, la acumulación de autos produciría confusión y desorden, por lo que dice a los diferentes acreedores reales citados como a las distintas incidencias de pago que se pueden presentar.

13.—Litis Pendencia. No obstante que como ya se dijo, (Supra 12) no es permitida la acumulación de hipotecarios y prendarios, parece indudable que si se presentara el caso de repetición del mismo proceso, debe admitirse las defensas de litis pendencia o de cosa juzgada formal, según haya habido adjudicación o no en el primer juicio, por más que en ellos esté cerrada la puerta a otros incidentes que no sean los de pago<sup>(20)</sup>. Todo en aras de un afán de Justicia para evitar un cobro doble, y en interés de que un mismo bien no puede ser adjudicado, en remate a diferentes personas. Lo mismo cabe decir respecto a juicios ejecutivos comunes y a ejecuciones de una sentencia penal.

(18) Artículo 169, inciso 5 Ley Orgánica del Poder Judicial.

(19) Artículo 126 Código de Procedimientos Civiles.

(20) Artículo 392 mismo Código.

14.—La litis pendencia es la antesala de la cosa juzgada, y supone la existencia de dos procesos idénticos, sea, aquellos en los que son iguales las partes, el objeto y la causa. Se da, como su nombre lo indica, cuando estando pendiente de fallo firme un asunto judicial, se presenta de nuevo ante el mismo u otro Tribunal. Opera como una defensa formal y ataca la ausencia de capacidad en el Juez que conoce del segundo asunto, por corresponderle al que conoce del primero. Se diferencia solamente de la cosa juzgada en cuanto ésta supone la existencia de un fallo firme, dictado con anterioridad en otro juicio igual al en que se interpone la defensa, que viene a resultar de fondo por atacar la ausencia del derecho substancial de la misma relación jurídica, del segundo proceso, bien porque ya fue reconocido en una sentencia, bien porque se declaró su inexistencia.

15.—Cosa juzgada formal y material. a) Lo anterior nos lleva a analizar los problemas que nacen en los procesos de ejecución, en relación con la cosa juzgada en su sentido formal y en su sentido substancial o material. Si entendemos la primera como la preclusión de los medios de impugnación del fallo, lo cual no lleva siempre consigo la fuerza obligatoria de la sentencia frente a toda posible controversia futura sobre el mismo punto decidido<sup>(21)</sup>, debemos concluir que toda decisión definitiva pronunciada en procesos ejecutivos simples, hipotecarios y prendarios, así como en los de ejecución de una sentencia penal, (cosa juzgada formal) es susceptible de discutirse entre nosotros nuevamente en un proceso declarativo ordinario (cosa juzgada substancial o material). Claro está que la interposición de la demanda ordinaria no tendría la virtud de enervar, interrumpir o suspender los procedimientos ejecutivos, como reiteradamente lo han resuelto nuestros Tribunales<sup>(22)</sup>. b) Existe una norma específica en nuestro Código Procesal, el artículo 6, que expresamente permite reclamar en juicio nuevo contra el pago hecho o mandado hacer en virtud de una sentencia, si el condenado no opuso excepciones extintivas de la obligación<sup>(23)</sup>, salvo la de prescripción porque esa omisión supone la renuncia definitiva de la defensa, según el artículo 851 del Código Civil. Tal norma que persigue una efectiva realización de Justicia, por estar consignada en términos generales y sin limitaciones, debe entenderse referida no

(21) P. Calamandrei op. citada, pág. 425.

(22) Res. del Juzgado Cuarto Civil N° 160 de 19/5/67.

(23) Son las defensas consignadas en el artículo 633 Código Civil.

sólo a sentencias ejecutivas sino también incluso a una sentencia dictada en proceso declarativo de condena, por lo cual no ha faltado quien dude de su constitucionalidad<sup>(24)</sup> por considerarla contraria a lo dispuesto por el artículo 42 de nuestra Carta Magna. Sin embargo, toda duda se disipa ya que no se trata de repetición de procesos, y por consiguiente no se atenta contra la cosa juzgada material, si se observa que la causa jurídica del segundo proceso es precisamente el artículo 6 citado, norma de fondo bien distinta de la del primero, no existiendo en consecuencia identidad de los tres elementos, partes, objeto y causa (artículo 724 Código Civil).

c) De lo expuesto se infiere que la cosa juzgada formal impide nueva discusión sobre el mismo punto, en la misma vía de ejecución; pero deja abierta la puerta para que en juicio ordinario —cuya sentencia es la que produce la cosa juzgada substancial protegida en nuestra Constitución— se ventile de nuevo el asunto. Y si ya la sentencia ejecutiva hubiese producido sus efectos materiales y tangibles, desde que como ya se ha visto la interposición del juicio declarativo no los enerva, entonces la formulación de las pretensiones de tal ordinario en su parte petitoria, tendría que ser sumamente cuidadosa y completa a efecto de poder obtener reparación total de todos esos efectos ya producidos.

*OJO* 16.—Acusación de falsedad del documento base.— Conforme a lo dispuesto por el artículo 206 del Código de Procedimientos Civiles, si ante los Tribunales penales fuere argüido de falso el documento “que pueda tener influencia en el pleito”, se suspenderá el juicio en el estado en que se encuentre hasta que recaiga ejecutoria en la causa criminal o auto de sobreseimiento, ya sea este provisional o definitivo. Tal disposición rige para todo tipo de proceso, siendo frecuente el uso (o más bien el abuso) que de ella se hace en nuestro medio, a fin de paralizar las ejecuciones con el único objeto de ganar tiempo el deudor para poder pagar. En un juicio de desahucio se ha dado el insólito caso, de que para impedir el lanzamiento ya decretado por sentencia firme, se acusó de falsa la certificación del Registro Público, que acreditaba el derecho de propiedad del demandante sobre el local arrendado.

Desde luego que en tales casos, los tribunales penales no siempre llegan al fallo final o al sobreseimiento definitivo en donde

(24) El derecho de defensa en el proceso civil (Lic. Carlos Coto A. Tesis de grado).

cabría la posibilidad de declarar calumniosa la acusación, porque ya antes el demandado ha podido ganar tiempo para un arreglo comprensivo incluso de la acusación penal.

Suspendidos los procedimientos ejecutivos por haber sido acusada la falsedad del título, trae como consecuencia la paralización de cualquier tipo de tercería promovida dentro del juicio, si se considera que ésta constituye un incidente o cosa accesorio que debe correr la misma suerte del principal. Sin embargo, la Sala Segunda Civil no lo ha apreciado así<sup>(25)</sup> y ordenó la continuación de los procedimientos en una tercería excluyente de dominio.

En tratándose de juicios ejecutivos prendarios o hipotecarios en los que se acusó de falso el documento, rechazó la suspensión de sus procedimientos con un argumento muy interesante, pero que no compartimos<sup>(26)</sup>, y que es el siguiente: la suspensión del juicio, decretada por el artículo 206 citado, sólo cabe antes de que haya recaído sentencia firme, y como en los prendarios e hipotecarios la sentencia está constituida por la resolución inicial que ordena la subasta, no cabe después la suspensión.

Es obvio que en tales tipos de procesos, donde exista renuncia del trámite, no puede existir sentencia alguna de condena porque el procedimiento comienza precisamente con el remate; y no hay argumento doctrinario en que asentar la afirmación de que la sentencia está constituida por el auto que ordena la subasta. Pero aún admitiéndolo, tampoco se ve como podría denegarse la suspensión de procedimientos, porque el número 206 ya citado, lejos de limitarla al momento anterior a la sentencia, categóricamente manda la suspensión del juicio en el estado en que se halle.

**17.— La deserción.** Problema interesante surge respecto a la suerte que correría la solicitud de deserción en un ejecutivo simple, en donde hubo un embargo preventivo practicado con anterioridad a su presentación, y no ha podido notificarse al ejecutado el auto que despacha la ejecución, bien porque se oculta, o bien por desconocerse su domicilio.

La ley (artículo 851 Código de Procedimientos Civiles) castiga la negligencia del ejecutante que deja transcurrir el término por ella indicado, sin instar efectivamente el curso de los autos,

siempre que hubiere embargo de bienes, porque en tal evento supone un evidente perjuicio para el deudor que no puede permanecer sujeto a la inercia de su contraparte, con sus bienes embargados.

Por consiguiente, en la hipótesis arriba propuesta, habría que acoger la deserción con base en la existencia de un embargo, por más que no haya podido encontrarse al ejecutado para notificarle, ya que este último obstáculo es legal y fácilmente subsanable por medio de la representación ad litem (artículo 149 *ibídem*). El término de la deserción se contaría a partir de la notificación practicada al demandante que sería la única y la última.

Pero no sucede lo mismo, cuando en un juicio ejecutivo común en el que ambas partes fueron notificadas normalmente del auto que despacha la ejecución y decreta embargo en el sueldo del ejecutado, dicho embargo no se hace efectivo inmediatamente, por existir otros acreedores con preferencia de tiempo en la percepción de retenciones.

En tal caso, por más que hayan transcurrido los seis meses de inactividad contados desde la última notificación del auto inicial practicada a cualquiera de las dos partes, no cabría la deserción, porque el embargo decretado no se ha hecho efectivo y real sino tiempo después. Antes de practicarse la primera retención del sueldo para el ejecutante no podría afirmarse en realidad que hay embargo de bienes —condición necesaria legal para que prospere la deserción— vale decir, no hay perjuicio alguno para el deudor. Su menoscabo comienza precisamente con esa primera retención y si a partir de ella, la negligencia del acreedor se alarga por seis meses sin activar efectivamente el juicio, entonces sí prosperaría la deserción.

Y para el caso de que el embargo hubiese recaído en un bien inmueble, y hubiese sido objeto de inscripción provisional en el Registro Público, no cabe la deserción si aquella inscripción caducó por el transcurso de tres meses (art. 468 inciso 4 del Código Civil). Ello en atención a que desde el momento en que la inscripción queda cancelada por la no presentación del mandamiento para la inscripción del embargo practicado, el inmueble queda limpio del gravamen para tercero, y por consiguiente el embargado no ha sufrido perjuicio alguno con el embargo.

(25) Res. N° 709 de 10 Hs. y 35 del 25 de agosto de 1958.

(26) Res. N° 208 de 10 Hs. 30 de 22 de marzo de 1963.

### III. JUICIO EJECUTIVO SIMPLE

18.—El juicio ejecutivo ha sido definido por Manresa<sup>(27)</sup> —cuyo pensamiento acogió nuestro legislador— como el procedimiento que se emplea a instancia de un acreedor contra su deudor moroso para exigirle breve y sumariamente el pago de la cantidad líquida que le debe de plazo vencido y en virtud de documento indubitado. Y añade que esta definición comprende los cinco requisitos que por la jurisprudencia antigua, sancionada por la ley de enjuiciamiento todavía vigente, son necesarios para que pueda tener lugar el juicio ejecutivo, a saber: acreedor o persona con derecho a pedir; deudor cierto; cantidad líquida; plazo vencido, y documento que tenga aparejada ejecución.

Para Vicente y Caravantes<sup>(28)</sup> el juicio ejecutivo es un procedimiento sumario por el que se trata de llevar a efecto por embargo y venta de bienes, el cobro de créditos que constan por algún título que tiene fuerza suficiente para constituir por sí mismo plena probanza.

\* No se dirige pues, este juicio —añade— a declarar derechos dudosos o controvertidos, sino a llevar a efecto los que se hallan reconocidos por actos o en títulos de tal fuerza que constituyen una vehemente presunción de que el derecho del actor es legítimo y está suficientemente probado, para que sea, desde luego, atendido.

El juicio ejecutivo, se lee en un antiguo tratadista español, tiene naturaleza sumaria y se “introdujo en favor de los acreedores para que, sin experimentar los dispendios ni dilaciones de la vía ordinaria, ni las molestias o vejaciones de los deudores morosos, consiguiesen brevemente el cobro de sus créditos sin distraerse del desempeño de sus deberes respecto a sus empleos, oficios o familias”<sup>(29)</sup>.

19.—El título de ejecución. a) Pocos vocablos del lenguaje jurídico —escribe Couture—<sup>(30)</sup> 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

(27) Manresa, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo V, pág. 444.

(28) Vicente y Caravantes, Tratado histórico, crítico y filosófico de los procedimientos judiciales, T. III, pág. 267.

(29) Eugenio de Tapia, Febrero Novísimo o Librería de jueces, abogados y escribanos. T. V. pág. 6, Valencia 1837.

(30) Op. citada, pág. 448.

*Título Ejec. = prueba legal del crédito. P. fines de ejecución.*  
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 y condición respecto al derecho, otros discuten sobre el sentido instrumental que tiene el mismo vocablo, pensando en el título como documento, papel, pieza o conjunto de piezas escritas. 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 deudor, tiene el documento y no tiene la calidad de acreedor.

b) Entre nosotros el título ejecutivo es el documento que constituye la prueba legal del crédito para los fines de ejecución. Tal se desprende de la enumeración que contiene nuestro Código Procesal Civil en su artículo 425, referida por completo a documentos, y del texto de los números 426, 429, 431, 432 y 437. Acogemos así el pensamiento de Carnelutti<sup>(31)</sup>, quien considera el título ejecutivo como un documento dotado de una particular eficacia en el sentido de que atribuye a la situación jurídica que en él se representa la certidumbre necesaria para que se actúe por medio de la ejecución forzosa. Basta con esto, a su juicio, para concluir que se trata de un documento que hace prueba legal, sin que ello exprese por completo su carácter. “La verdad es, —escribe— que mientras que la prueba legal simple u ordinaria, sirve tan solo para establecer la verdad de un hecho, o mejor, para proporcionar la certidumbre de la existencia de un hecho, pero no de una situación jurídica, o sea del efecto jurídico de este hecho, el título ejecutivo produce, por el contrario, también esta certidumbre”.

\* Podemos pues definir el título ejecutivo diciendo que es el documento, público o privado, que origina en el órgano jurisdiccional competente la obligación de desarrollar su actividad con finalidad ejecutiva.

(31) Carnelutti, Instituciones del Nuevo Procesal Civil Italiano, pág. 160.



Para Calamandrei<sup>(32)</sup> el título ejecutivo "con un parangón algo burdo, pero muy claro, se puede considerar la llave indispensable para abrir la puerta de la ejecución, o, mejor, como la puerta de entrada sin la cual no es posible atravesar el umbral del proceso ejecutivo".

Lo expuesto basta sin duda, para dar una idea de la importancia y trascendencia que tiene el título ejecutivo y de la función que le está reservada en el campo del proceso civil.

20.—Nuestro Código y la Jurisprudencia nacional: algunos casos importantes.

A.—Por leyes especiales, ciertos documentos están revestidos de fuerza ejecutiva (inciso 7 artículo 425 Código Procesal Civil), entre otros, los títulos-valores regulados por el Código de Comercio, facturas, etc. La Sala Segunda Civil de la Corte Suprema de Justicia, encargada hasta hace poco de la resolución en última instancia de los juicios ejecutivos de mayor cuantía, sentó la tesis de que un certificado de prenda, debidamente inscrito, en el que el deudor se compromete a pagar una suma de dinero en café en fruta —lo cual es muy frecuente en nuestro medio— si bien no es un pagaré, sí constituye título ejecutivo en el cual existe deuda líquida y exigible y procede despachar ejecución si se renuncia al privilegio prendario<sup>(33)</sup>. Pero, ¿podría despacharse ejecución y embargo inmediatos si la obligación es de pagar con café en fruta y está consignada en una fórmula de "pagaré"? La negativa parece la respuesta, puesto que por definición, el "pagaré" es la promesa de pagar incondicionalmente una suma de dinero determinada, sin que parezca muy clara la reducción señalada en el artículo 428 del Código si el ejecutante no quiere las especies, sino el dinero. Claro está que una vez hecha la computación por el procedimiento de ejecución de sentencia (art. 1003) habría mérito para decretar el embargo (art. 989 ibídem).

B.—Constituyendo título ejecutivo la confesión judicial hecha por la parte, el mismo tribunal resolvió en el sentido de que si el perjudicado reconoce su firma puesta en un documento que contiene a su cargo una obligación líquida y exigible, se tiene también por reconocido su texto; y entonces el título se constituye ejecutivo,

(32) Calamandrei, El procedimiento monitorio, pág. 14, Trad. de Sentís Melendo.

(33) Res. Nº 212 de 8 Hs. y 35 de 29 de marzo de 1965.

por más que luego, en el mismo acto de la confesión, hiciere alguna manifestación contraria a los términos del documento, por considerar que existe independencia entre la confesión y el acto de reconocimiento<sup>(34)</sup>. La tesis es acertada porque no viola el principio de la indivisibilidad de la confesión (art. 729 Código Civil), desde luego que el reconocimiento debe aceptarse en toda su integridad, como acto independiente, y sin perjuicio de la posible declaración de falsedad del texto del documento en la vía respectiva.

C.—Si la obligación es de dar, hacer o no hacer (artículo 429), como en el caso de entregar unas acciones, transmitir un derecho, abstenerse de levantar un muro, etc., no cabría el derecho de embargo porque no se trata de cobrar una suma de dinero (artículo 437). El procedimiento a seguir, interpretando fielmente la citada norma 429, sería simplemente el de conceder el término legal para oponer defensas, sin siquiera despachar ejecución, citar partes para dictar sentencia, y una vez pronunciada ésta, ejecutarla por los procedimientos del título sobre ejecución de sentencias. Sin embargo, la misma Sala ha sostenido<sup>(35)</sup> que si la obligación es de transmitir un derecho, es obligación de dar y por consiguiente no está regulada por el mencionado número 429.

D.—Existe duda si una vez ordinariado un juicio ejecutivo (Arts. 434 y 438 Código de Procedimientos Civiles), es dable levantar el embargo decretado. En realidad el único caso en que se puede presentar tal duda lo constituye el artículo 434, ya que en cuanto al 176 párrafo penúltimo, el embargo no podría levantarse por estar garantizados sus resultados, y en el 438 hay que suponer que ni siquiera hay embargo alguno que levantar.

La Sala Primera Civil se ha pronunciado repetidamente<sup>(36)</sup> en el sentido de que no es dable hacer ese levantamiento de embargo. Ese criterio es peligroso, puesto que reata al deudor a las consecuencias de un embargo en sus bienes, de por sí ya de valor dudoso con sólo la sentencia pronunciada en el ejecutivo, y con un perjuicio que se puede prolongar por largo tiempo. Abre la puerta de la vía ordinaria a quienes con un título imperfecto, soslayan la obligación

(34) Res. Nº 251 de 10 Hs. y 20 de 16 de abril de 1958 y 494 de 3 de julio de 1957.

(35) Res. Nº 86 de 10 y 50 de 19 enero 1961.

(36) Ver entre otras las Res. números 422 de 9 Hs. y 10 de 12 de setiembre 1967 y 857 de 8 y 5 de 4 de julio de 1961. En igual sentido la Res. de la Sala de Casación Nº 122 de 10 Hs. de 19 de noviembre 1961.

de garantizar los perjuicios que puedan ocasionar con el embargo preventivo, (artículo 173).

E.—Surge aquí la pregunta de si es dable cobrar un crédito constante en título ejecutivo, por la vía ordinaria. La respuesta la otorga el número 186 de nuestro Código al mandar que toda contienda judicial que no tenga señalada una tramitación especial, se decidirá en juicio ordinario, existiendo especial tramitación señalada en el título VI del Código para cobrar judicialmente esos créditos.

No obstante, la misma Sala Primera ordenó darle curso a una demanda ordinaria con base en título ejecutivo, aduciendo como argumento que el acreedor puede renunciar al beneficio del trámite especial y rápido del proceso ejecutivo, y acogerse al lento del ordinario de condena<sup>(37)</sup>. La tesis no parece ser muy feliz, si se toma en cuenta que la condenatoria en honorarios de abogados es más onerosa para el deudor accionado en la vía ordinaria, y además está obligado a garantizar las costas del juicio (art. 192).

F.—Curiosa interpretación otorgó la Sala Segunda Civil a los artículos 187 del Código y 169 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al disponer que si el ejecutante no liquida los intereses comprendidos entre el vencimiento del pagaré y la presentación de la demanda ejecutiva, en el mismo libelo que la contiene, entonces tales intereses no se pueden conceder en sentencia, por más que en el escrito inicial se hubiesen reclamado de modo general<sup>(38)</sup>.

Las citadas normas 187 y 169 lo que hacen es dar reglas respecto a la estimación de la demanda, agregando el 187 que el valor señalado por el actor a su demanda será lo más que pueda conceder la sentencia, en aquellos casos en que se reclame el pago de una suma de dinero; pero bien puede suceder que la cuantía comprenda un monto elevado de intereses vencidos —no indicados expresamente— y no obstante, con el criterio de la Sala, no pueden ser concedidos, aunque estén reclamados en la petitoria.

Y es que la ley no obliga a liquidar esos intereses vencidos en el acto de presentarse la acción ejecutiva, sino que por el contrario, el artículo 430 de nuestro Código, no sólo permite omitir la liquidación en ese momento, sino que también manda pagarlos al acree-

dor al ejecutarse la sentencia, que por lo mismo debe contener condenatoria al respecto.

G.—En lo que dice a la resolución que cita partes para dictar sentencia, existen criterios opuestos entre ambas Salas, pues mientras la Primera sostiene que se trata de un auto, la Segunda afirma que es una simple providencia<sup>(39)</sup>. La cuestión reviste carácter importantísimo, puesto que la apelación está denegada por la ley a las providencias. (art. 857).

Si aceptamos que para el dictado de un auto, el Juez debe realizar un juicio valorativo y mental, comparando lo que manda la ley (premisa mayor) con lo que informan los autos (premisa menor), para obtener una conclusión (resolución judicial), entonces la que cita a las partes para dictar la sentencia constituye un auto, desde el momento que aquella citación significa el anuncio judicial de que el debate está concluido, y ese anuncio es el resultado de un proceso de valoración mental que realiza el Juez, (artículos 333 y 444 Código de Procedimientos Civiles).

Debe destacarse la obligación del Juez en realizar de oficio la mencionada citación de partes para dictar su fallo, por imperativo de las citadas normas legales; lo cual disipa toda duda de si en juicio ejecutivo es atendible la solicitud que formulara en ese sentido el ejecutado, puesto que a fortiori, si el Tribunal debe proceder de oficio, con mayor razón a solicitud de cualquiera de las partes. Así se ha pronunciado la Sala Segunda Civil<sup>(40)</sup>, quien también sostuvo que el Tribunal no puede declarar o tener de oficio por inevaluable, en juicio ejecutivo, prueba pendiente de evacuación, sino que debe mediar el respectivo incidente de inevaluabilidad, (art. 444 Código de Procedimientos Civiles). Interpreta con acierto el pensamiento del legislador, en el sentido de que la citación de partes para dictar el fallo debe producirse en la etapa o momento procesal en que los autos se encuentran listos para ese objeto; pero que la culpa o morosidad de quien solicitó una prueba aún sin evacuarse, no puede ser declarada de oficio<sup>(41)</sup>.

H.—No pocas dudas despierta el texto del artículo 449 ya que por una parte permite levantar el embargo depositando la suma

(37) Res. N° 342 de 9 Hs. y 40 de 19 de mayo de 1959.

(38) Res. N° 927 de 10 Hs. y 40 del 26 de setiembre 1962 y N° 726 de 10 Hs. y 40 de 27 de julio de 1941.

(39) Res. N° 326 de 8 Hs. y 25 de 5 de junio de 1967.

(40) Res. N° 223 de 9 Hs. y 45 de 25 de marzo de 1960.

(41) Res. N° 957 de 8 y 30 de 27 de octubre de 1964.

reclamada más un veinticinco por ciento para intereses futuros y costas; y por otra, depositando la cantidad por la cual se ha decretado el embargo. La duda nace de que por lo general y en acatamiento a lo dispuesto por el artículo 437, el embargo se decreta por la suma cobrada más un cincuenta por ciento, surgiendo entonces la incertidumbre de si para hacer levantar el embargo es preciso depositar la suma reclamada más un veinticinco por ciento o más un cincuenta por ciento.

Aunque no conocemos jurisprudencia al respecto, la solución podría ser la siguiente: hay casos en que el embargo se decreta por una suma fija, sin el aditamento del cincuenta por ciento, como ocurre en tratándose de saldo en descubierto en la ejecución hipotecaria o prendaria (artículos 493 Código Procesal Civil y 577 Código de Comercio), en ejecución de sentencia (artículo 989 Código de Procedimientos Civiles), en la obligación alimenticia (artículo 17 Ley de Pensiones Alimenticias), en el embargo decretado en bienes del procesado penal (artículo 136 Código de Procedimientos Penales), el auto de aprobación de tasación de costas (artículo 999 Código Procesal Civil). En todos estos casos, que no son todos, basta con el depósito de la suma por la cual se decretó el embargo, para levantarlo. En todos los demás, el levantamiento debe ordenarse con el depósito de la suma reclamada y un veinticinco por ciento más.

Aunque la ley no impone al embargado límite de tiempo alguno dentro del cual deba gestionarse el levantamiento, la Sala Segunda sentó jurisprudencia en el sentido de que el levantamiento del embargo con el veinticinco por ciento, sólo puede darse en el propio acto de realizarse la traba o inmediatamente después mediante depósito a la orden del Juez<sup>(42)</sup>. Tal modo de pensar crea además la incertidumbre respecto del alcance de la palabra "inmediatamente", que puede significar "luego", "al punto", "al instante", o bien extenderse a las horas hábiles del día en que se practica el embargo o hasta que quede firme la resolución que lo decreta.

Pero sí puede el deudor o el tercer poseedor del inmueble sujeto a los procedimientos de apremio, evitar el remate o suspenderlo, depositando a la orden del Juez tan sólo el capital cobrado y los intereses correspondientes, según lo ha resuelto reiterada-

(42) Res. Nº 24 de 8 y 15 Hs. de 8 de enero de 1965 y 479 de 1963.

mente la misma Sala<sup>(43)</sup>, por cuanto con ese depósito se ha logrado el fin primordial perseguido al establecerse la acción.

I.—En cuanto a si es admisible o no la apelación interpuesta contra una resolución que deniega un incidente de nulidad del remate, la jurisprudencia ha sido variable. El artículo 385 en su párrafo décimo rechaza el recurso cuando es denegada la nulidad de actuaciones o rechazada de plano. Sin duda alguna, el legislador quiso así evitar las demoras a veces mal intencionadas que por vía de las incidencias de nulidad tienen lugar frecuentemente, considerando que si el juzgador de primera instancia la deniega, es porque hay sobrado motivo para ello. Acorde con esa misma línea directriz de evitar esas demoras, en la misma norma legal cerró la puerta para la nulidad de resoluciones reclamada en forma incidental, disponiendo que tal nulidad debe alegarse al interponerse el recurso que quepa contra ellas.

Por tales razones, la misma Sala Segunda denegó en el pasado la alzada contra la resolución que declara sin lugar un incidente de este tipo, en el que se alegaba la nulidad de todo lo actuado, incluso del remate, en un ejecutivo prendario<sup>(44)</sup>.

Pero luego, considerando que pueden darse casos de grave importancia, en los que se discute la validez de una venta judicial realizada a una hora distinta de la señalada o publicada, o de que se trata de remate de una cosa ajena (art. 472), decidió admitir el recurso para darle oportunidad al Superior de revisar el fondo del problema<sup>(45)</sup>.

Pero también ha decidido con acierto —porque consagra la santidad de la firmeza de las resoluciones judiciales— que una vez firme el auto que aprueba un remate, no cabe nulidad del mismo aunque haya subastado una cosa ajena<sup>(46)</sup>.

J.—Otra duda surgida de la redacción del artículo 475 que regula el tercer remate sin base, es saber cuánto debe depositar la persona que presenta el deudor para mejorar la postura del primer oferente que no llegó al cincuenta por ciento del primitivo avalúo. La ley está concebida en los siguientes términos: "Si ésta no llegare

(43) Ver entre otras Res. Nº 445 de 22 de junio de 1954, 309 de 8 de mayo de 1957 y 1327 de 13 de noviembre de 1963.

(44) Res. Nº 566 de 10 Hs. y 20 del 25 de junio de 1962.

(45) Res. 665 de 10 Hs. y 35 de 15 de julio de 1963.

(46) Res. Nº 759 de 9 Hs. y 15 de 3 de agosto de 1963.

al cincuenta por ciento, con suspensión de la aprobación del remate, se hará saber el precio ofrecido al deudor, el cual dentro de los nueve días siguientes podrá pagar al acreedor, librando así los bienes, o presentar persona que mejore la postura y haga el depósito de ley”.

Cabe entonces preguntarse si “el depósito de ley” mencionado será el correspondiente a la base del primer remate, del segundo o el diez por ciento de la suma ofrecida por el primer postor.

La Sala Segunda Civil ha dispuesto que debe ser el diez por ciento de la suma ofrecida por el licitador<sup>(47)</sup>. Pero como ambos son licitadores, —dentro de una especie de cuarto remate que habría de celebrarse con participación de los dos— entonces siempre subsiste la duda en cuanto al monto de la suma que debe depositar el mejorante para tomar parte en la nueva licitación.

Todo el problema deviene de la forma un tanto confusa e incompleta en que está redactada la mencionada norma 475, obligando a los Tribunales a realizar ingentes esfuerzos para darle feliz solución a los múltiples problemas de orden práctico que se presentan y que no fueron previstos por el legislador.

Por otra parte, no se ve lógica alguna en el legislador que en el tercer remate, por ser sin base no obliga al postor al depósito para tomar parte en él, y sí obliga al licitador ofrecido por el deudor a que lo haga.

#### IV. JUICIOS EJECUTIVOS HIPOTECARIOS Y PRENDARIOS

21.—Estos dos tipos de juicio son gemelos en nuestra legislación, teniendo muy pocas diferencias desde el punto de vista procesal, constituyendo la principal el origen mismo de la garantía real, pues mientras en los primeros, los hipotecarios, el bien que garantiza la obligación es un inmueble, en los segundos lo es un bien mueble.

Ambos son juicios especiales y sumarios, que tienen por objeto el remate inmediato del bien o bienes que garantizan la obligación.

(47) Res. N° 799 de 10 Hs. y 25 de 17 de agosto de 1961.

El juicio ejecutivo hipotecario, escribe el maestro Pallares<sup>(48)</sup> es aquel en que se ejercitan algunas de las acciones hipotecarias que reconoce la ley y que son: acción constitutiva de la hipoteca, acción de ampliación de la hipoteca, de división de la hipoteca, de inscripción o cancelación del gravamen hipotecario, de pago de dicho crédito y de prelación y pago. Pero sostiene que el juicio ejecutivo hipotecario propiamente dicho sólo concierne a las dos últimas acciones, es decir, a las de pago y prelación.

Entre nosotros, tanto el prendario como el hipotecario se refieren a las acciones que tienen por objeto el pago inmediato del crédito por medio del remate del bien que lo garantiza. Las demás acciones deberán dilucidarse por la vía ordinaria, según lo manda el artículo 186 del Código Procesal Civil.

Por consiguiente, en ambos se presume la existencia de un título o documento que debe estar debidamente registrado, en el que conste un crédito vencido y líquido. Ese título, en tratándose de la hipoteca, debe estar constituido por escritura pública (art. 409 Código Civil); y en la prenda, por la fórmula oficial de contrato o en documento público o privado, con la firma del deudor autenticada por un abogado (art. 537 Código de Comercio). La prenda inscrita en el Registro respectivo con renuncia de trámite da derecho para hacer efectivo el privilegio sobre la pignorado, pero si no lo está, no confiere privilegio de garantía, aunque si conserva la condición de título ejecutivo (arts. 564 y 566 ibídem).

En ambos se puede renunciar a la garantía o privilegio, y pedir embargo de otros bienes por la vía ejecutiva común<sup>(49)</sup>.

22.—Pero en tratándose de fincas sin inscribir en el Registro Público, no cabe darle curso a la acción por la vía de la ejecución hipotecaria, por lo peligroso que resulta rematarla sin conocer su dueño actual, los embargos y anotaciones que puedan pesar sobre el inmueble, ni tampoco otro tipo de gravámenes que pueda soportar. Aunque no conocemos jurisprudencia al respecto, nuestra afirmación encuentra apoyo en las disposiciones combinadas que contienen los artículos 409, 417, 419, 450, 464, 478 y 479 del Código Civil y 456, 457, 483, 485, 486 y 487 del Código de Procedimientos.

(48) Semanario Judicial de la Federación, tomo XXXIII, pág. 153.

(49) Res. Sala Segunda Civil N° 412 de 6 de mayo 1961.

23.—Algunos casos importantes a través de la jurisprudencia nacional.

A.—Cuando en el hipotecario el ejecutante no es acreedor de primer grado, y el precio de la subasta no alcanza para pagar su crédito y menos las costas y gastos hechos por ese acreedor de grado inferior, ha dicho la Sala Segunda<sup>(50)</sup> que el acreedor de grado primero debe pagar las costas y gastos ocasionados al ejecutante, si el precio de la subasta no alcanza para pagar esas costas, y si se le permitió indebidamente a tal acreedor de grado primero hacer postura en la subasta en calidad de abonar a su crédito. Agrega el Tribunal, que eso le es permitido únicamente al ejecutante que tenga libres sus derechos.

Pero ¿qué sucedería si conforme a ese criterio —que se conforma en un todo con lo mandado por los artículos 470, 476 y 480 del Código— el acreedor de grado primero no ejecutante, hace el depósito total, tanto para tomar parte en el remate, como para pagar el saldo del precio? Pues sencillamente se le volvería a girar, sin que el ejecutante de grado inferior tenga derecho alguno a percibir nada por los gastos y costas que hizo, si el precio de la venta judicial no alcanza para cubrirlos, desde luego que tiene preferencia para el pago de su crédito el primer acreedor.

B.—Con acierto manifiesto, la Sala Segunda mencionada no ha permitido que un acreedor hipotecario no ejecutante, citado en juicio, promueva otro por aparte para hacerse pago de su crédito. Por ello anuló todo lo actuado en ese segundo proceso hipotecario, argumentando que no resulta ni legal ni procesalmente admisible la coexistencia de ambas acciones, ya que se desnaturaliza el espíritu de las normas jurídicas en virtud de las cuales se cita a los coacreedores, y por eso el trámite seguido vino a ser legalmente imposible<sup>(51)</sup>.

Efectivamente, no puede permitirse la pluralidad de procesos hipotecarios que persiguen el mismo bien, no sólo por las razones aducidas por la Sala, sino también por el grave peligro resultante de que diferentes personas adquieran en los remates el mismo bien, peligro que quiso evitar el legislador mediante la citación a los coacreedores para que se apersonen a hacer valer sus derechos en un sólo proceso, (arts 417 Código Civil y 485 del de sus procedimientos). Debe agregarse además, el perjuicio que sufriría el

(50) Res. N° 306 de 7 de mayo de 1957.

(51) Res. Números 442 de 10 y 20 de 14 de mayo de 1959 y 347 de 20 de abril 1961.

deudor debido al múltiple pago de las costas, si se admitiera la pluralidad de hipotecarios.

Sin embargo, la Sala Primera sienta la tesis contraria a la Segunda<sup>(52)</sup>, afirmando que no se puede obligar al acreedor a apersonarse en otro juicio en donde se siguen procedimientos de remate del mismo bien embargado, ya que ello equivale a una acumulación de acciones que la ley no autoriza.

Pero en realidad, —comentamos nosotros— no se trata de acumulación de acciones, sino más bien de una especie de juicio hipotecario universal restringido, porque se trata de liquidar todos los créditos hipotecarios que pesan sobre una sola finca. Estos mismos principios deben ser aplicados a la prenda.

C.—Acorde con este modo de pensar, coincidimos con la Sala Segunda<sup>(53)</sup> en que desde que un acreedor hipotecario o prendario ha sido citado y notificado formalmente en juicio para que se apersona en defensa de sus derechos, y si no le es permitido cobrar su crédito por aparte, debe considerársele como un interesado directo en la marcha del proceso, estando en consecuencia facultado para impulsar sus procedimientos normales ante la inercia del ejecutante.

Y que si el ejecutante, en posible colusión con el deudor decidiera suspender el remate o todos los procedimientos, el Tribunal está obligado a rechazar la gestión si no viene respaldada por todos los acreedores interesados. En contra de ese modo de pensar podría aducirse lo dispuesto por el párrafo segundo del artículo 471 en combinación con el número 480 en cuanto manda el primero que el remate no se suspenderá sino cuando lo pida el ejecutante; pero, la realidad es que el vocablo “ejecutante”, debe dársele en este caso su cabal sentido, sea que todo acreedor real citado en el proceso hipotecario, debe ser considerado como ejecutante, si su crédito está vencido.

Debe presumirse que hay un interés común que liga a los coacreedores, en que todos y cada uno de ellos sean pagados de sus créditos. Desde ese punto de vista todos son ejecutantes, y sin la venia de uno sólo de ellos, no puede suspenderse el remate.

El único privilegio que debe otorgársele conforme a la ley, (art. 470 Código de Procedimientos Cviles) al acreedor que plantea

(52) Res. 266 de 8 Hs. 11 de junio de 1963.

(53) Res. 706 de 1959.

la demanda ejecutiva hipotecaria, es el de tomar parte en la subasta sin necesidad de garantizar el respectivo tanto por ciento de la base, debiendo los demás acreedores hacer el depósito con tal objeto.

Figuremos un caso en que hay tres hipotecarios vencidos, de diferentes grados, cuyos acreedores por su orden son: 1) A; 2) B; 3) C. Pueden presentarse las siguientes hipótesis: A ejecutante no deposita, pero sí B y C; B ejecutante no deposita pero sí depositan A y C; C ejecutante no deposita, pero sí depositan A y B.

En cualquiera de las tres hipótesis, el peligro de una colusión entre ejecutante no obligado a depositar y el deudor, en perjuicio de los otros acreedores, se soslaya obligando en el acto del remate al ejecutante a garantizar con depósito en efectivo y en el tanto por ciento correspondiente, la diferencia resultante entre el monto de su crédito con intereses y costas, y la suma que ofrezca por el bien rematado. Urge una reforma en tal sentido, pues ya ha ocurrido el caso de que un ejecutante en connivencia con el deudor, y protegido por la exoneración del crédito, ofrece una suma fabulosa y antojadiza por el bien, que desde luego no deposita, sin consecuencia alguna para él. ¡Y esto lo repite en varias subastas!

D.—Se ha pronunciado también con razón la Sala Segunda, por la inadmisibilidad de una tercería excluyente de preferencia<sup>(54)</sup> dentro de un juicio ejecutivo hipotecario, considerando que la cuestión de preferencia opera de pleno derecho, conforme al de cada cual inscrito en el Registro Público, a la hora de distribuirse el precio (arts. 417 y 418 Código Civil, 488 y 489 Código Procesal Civil).

Menos duda cabe acerca de la inadmisibilidad de una tercería excluyente de dominio dentro de un proceso hipotecario, no sólo por la naturaleza propia de este último, en donde se persigue el pago del crédito garantizado con el bien, cualquiera que sea su dueño, sino también porque el posible error de rematar cosa ajena, o una por otra, es reparable por la vía de la nulidad incidental (art. 472 Código de Procedimientos Civiles).

E.—El artículo 62 de la Ley de Prenda anterior ya derogada, y el 572 del actual Código de Comercio, establecen la obligación, para darle curso a una tercería excluyente de dominio dentro de un proceso prendario, de que el tercerista presente ejecutoria que

declare haber sido usurpados por el pignorante los derechos del legítimo propietario de los bienes prendarios, por lo menos certificación de estar admitida ante los tribunales de justicia represiva, acusación encaminada al logro de tal declaratoria.

Quiso así el legislador evitar la confabulación posible entre tercerista y deudor, obligando al primero a acusar penalmente al segundo por el posible delito de estafa resultante de haber pignorado cosa ajena o haberla vendido después de otorgada la prenda.

Pero la Sala Segunda Civil<sup>(55)</sup>, interpretando erróneamente la frase "haber sido usurpados por el pignorante", se ha manifestado en repetidas ocasiones asignándole el sentido penal de delito de usurpación, y por consiguiente ha dicho que el delito que debe ser acusado debe ser ese y no el de estafa. El error salta a la vista, tan solo en considerar que la usurpación es una figura delictiva referida a inmuebles y no a muebles.

En cambio ha dicho, con excelente criterio<sup>(56)</sup> que es documento auténtico, base de una tercería, el contrato de prenda presentado e inscrito en el Registro respectivo, en el que el tercero es adquirente; o en otras palabras, que no puede prosperar la tercería excluyente de dominio, con sólo la certificación de la prenda otorgada por el tercerista si en tal documento no consta que éste es adquirente (inciso 3 artículo 493 Código de Procedimientos Civiles).

—oOo—

NOTA: Los criterios y formas de las ejecuciones de sentencias penales y civiles de condena, con jurisprudencia nacional, serán objeto de posterior estudio del autor.

(54) Res. N° 1183 de 28 de diciembre de 1964.

(55) Carecemos de las citas respectivas de resoluciones; pero afirmamos que existen.

(56) Res. Números 1286 de 10 Hs. y 20 de 29 de noviembre de 1961 y 91 de 25 de enero de 1965.