

NOTAS SOBRE NUESTRO PROCESO EJECUTIVO COMÚN

WALTER ANTILLON M.
Suplente de Teoría del Estado.
A MI ESPOSA.

SEGUNDA PARTE

42. EN GENERAL.

Como lo hemos dejado señalado en la primera parte de este trabajo, nuestro proceso ejecutivo común ha sido tomado de la legislación española, que a su vez lo adoptó de aquella figura del Derecho Intermedio que se llamó precisamente "processus executivus", conservando en lo fundamental la estructura que esta institución tenía en la Edad Media. Y de ahí que entre nosotros la forma típica del título ejecutivo sea aún el de naturaleza negocial privada (pactum executivum), aunque se puede actualmente apreciar la irrupción casi violenta en este campo de los títulos ejecutivos, de los documentos de origen administrativo, que no es sino un reflejo de esta especie de "administrativización" del Derecho que parece ser un fenómeno capital de nuestro tiempo.

De ese origen deriva esa estructura peculiar de la institución que estudiamos, en la que alguno ha encontrado grandes ventajas (Podetti: obra citada, página 83) pero que, en nuestro criterio, tiene muchísimos inconvenientes que aquellas no llegan a compensar, por lo menos en lo que particularmente atañe al proceso ejecutivo común de nuestra legislación, pues debemos advertir que las correspondientes formas del derecho positivo argentino, pese a la comunidad

de origen con el nuestro, acusan a su respecto notables diferencias, como creemos haberlo señalado implícitamente al estudiar una de esas instituciones en la primera parte de estas notas.

Por esos motivos la orientación del estudio que ahora emprenderemos será, más que meramente expositiva, crítica, y tendrá el objetivo fundamental de poner en relieve los que nos parecen los defectos del instituto, y sugerir modestamente algunas soluciones; porque estamos persuadidos de que es imprescindible para la salud de las instituciones jurídicas que alguien, aunque a veces no sea la persona más adecuada para ello, cometa el irrespeto de examinarlas a la luz de la especulación puramente doctrinal.

Tal será, pues, la finalidad del trabajo que iniciamos, fallida tal vez, pero en todo caso con buena intención y sin ira, como decía Ortega y Gasset, maestro en el arte de la crítica.

43. JUICIO EJECUTIVO.

El Juicio Ejecutivo constituye la materia del Título Sexto del Libro Segundo de nuestro Código de procedimientos civiles. En estas notas no vamos a examinar sino los Capítulos Primero a Cuarto inclusive, relativos al Proceso Ejecutivo Común, dejando sin estudiar los restantes, que tratan de la Ejecución Hipotecaria y de Las Tercerías, conforme a la limitación que nos hemos impuesto desde el principio de este trabajo. No obstante, por la íntima relación que estos temas guardan entre sí, tendremos forzosamente que aludir a estas materias afines a nuestro objeto, pero no será, en todo caso, en una forma ordenada, sino ocasionalmente.

a. Proceso ejecutivo e incumplimiento de obligaciones.

Visto que el Ordenamiento Jurídico no tiene existencia sino en cuanto es concretamente vivido por la comunidad,

es necesario que el Estado organice toda una serie de medios encargados de conjurar el incumplimiento de las normas de aquél, que por cualquier motivo puede eventualmente producirse en el seno de dicha comunidad. Siendo múltiple la actividad de los hombres en sociedad, también ha debido diversificarse la tutela que el Estado presta a los derechos surgidos de aquélla, desde la forma que se agota en una simple declaración, hasta las que terminan en una coacción material directa sobre la misma persona humana. La forma de tutela objeto de nuestro estudio es aquella que dentro del campo patrimonial tiende a remediar, haciendo uso de medios derivados, el incumplimiento de las obligaciones llamadas personales, cuando por circunstancias que la ley misma establece deba presumirse la existencia y exigibilidad de las mismas.

X Como el incumplimiento de este tipo de obligaciones hace nacer una situación antijurídica que no se puede remediar con la mera declaración de existencia del derecho del acreedor, la tutela jurisdiccional no tenderá, lógicamente, a conseguir esa declaración de certeza, sino a realizar una cierta actividad en cuya virtud el acreedor debe obtener un beneficio análogo al que le hubiera reportado el cumplimiento normal de la deuda por parte del obligado. Pero ello no significa, ni mucho menos, que el problema de la existencia del derecho del acreedor sea aquí irrelevante: es solamente que se margina ante la presunción de certeza que dimana de ciertos requisitos legales que el acreedor se ha encargado previamente de llenar, sin perjuicio del derecho que el deudor siempre conserva a discutir por los medios apropiados el referido problema.

→ Bien entendido, no se trata aquí de constreñir al deudor a que cumpla la prestación debida. Antes bien, la base de los actos ejecutivos es el incumplimiento, y aquéllos se realizan prescindiendo totalmente de la conducta que pueda el deudor asumir, de manera que el fin perseguido es, como se dijo, la obtención de cierto beneficio para el acreedor,

no derivado del cumplimiento voluntario (cuya posibilidad es dejada de lado por la ley) sino de los resultados de la actividad judicial. Por esto es erróneo, a mi entender, lo que dispone el artículo 693 del Código civil, puesto que no existe ningún medio legal de compeler al deudor "a la ejecución de aquello a que está obligado", salvo, para casos muy calificados, el apremio corporal; a lo único que el acreedor tiene derecho ante el incumplimiento de su deudor (y esto no lo dice el Código) es a la actividad subsidiaria de los tribunales, como ha quedado ya expuesto.

* Ahora bien, ¿en qué consiste esta actividad subsidiaria del órgano jurisdiccional? Ante el hecho, comprobado o presunto, de que el deudor no cumple aquello a que está obligado, ¿qué hace el Juez? Hemos dicho ya que el Juez lleva a cabo, mediante una serie de actos que configuran los diversos tipos de proceso ejecutivo que se conocen, una actividad subsidiaria a la falta de cumplimiento directo por parte del obligado. Mas, ¿en qué consiste dicha actividad? En respuesta a ello debemos recordar que existe en nuestro Código civil una disposición que constituye (¡ésta sí!) la base del proceso ejecutivo, al establecer la responsabilidad "patrimonial" del deudor frente a sus acreedores. En efecto, el artículo 981 del Código civil, al estatuir que "Todos los bienes que constituyen el patrimonio de una persona responden al pago de sus deudas..." fija el fundamento sustancial de la tutela jurisdiccional de los derechos patrimoniales del acreedor, aunque hay que admitir que no lo hace en forma directa y que por el lugar donde está colocado dicho artículo en el Código, es susceptible de acarrear dudas acerca de su aplicación más o menos general. Porque es precisamente esto: la satisfacción del derecho del acreedor por medio de los bienes del deudor, lo que constituye el contenido del proceso ejecutivo. Y asimismo lo entendía VICENTE Y CARAVANTES al definirlo como un "procedimiento breve y sumario por el que se trata de llevar a efecto, mediante embargo y venta de bienes, el cobro de créditos que constan

por algún título que tiene fuerza suficiente para constituir plena probanza".

b. Nuestro juicio ejecutivo y las obligaciones de hacer y no hacer.

Se puede afirmar que a nuestro juicio ejecutivo se aplican, tal y como han sido expuestos, los elementos del esquema general que intentamos en los párrafos anteriores, en cuanto aquél constituye un medio jurisdiccional especial de actuar concretamente los intereses del acreedor derivados de sus derechos de crédito. Así se puede deducir de la lectura de los artículos 426 a 428 del Código del rito, de los artículos 150, 151 y concordantes de la Ley de Cambio, y de otras disposiciones legales. Pueden surgir, sin embargo, algunas reservas, provenientes de la hipótesis estatuida en el artículo 429 del mismo Código, según el cual la vía ejecutiva común es también idónea para la satisfacción de derechos cuya obligación correlativa consista en un hacer o no hacer, siempre que exista el correspondiente título ejecutivo. Así las cosas, no sería incorrecta la aserción, puramente teórica, de que nuestro ejecutivo común es un instrumento general para la satisfacción de intereses nacidos del incumplimiento de toda clase de obligaciones. Y, en efecto, podría imaginarse un documento, por ejemplo un testimonio de escritura pública, en donde constara la obligación incondicional, de una persona a favor de otra, de hacer o no hacer alguna cosa, y que el plazo allí señalado para la referida ejecución o abstención apareciera vencido. ¿Tendríamos en tales circunstancias un verdadero y completo título ejecutivo? La primera objeción sería quizás la iliquidez de tal obligación, pero contra ella podría argumentarse que a la hipótesis del artículo 429, por su carácter especial, no le atañe la existencia del 426 ibídem. ¿Pero podría el Juez despachar una ejecución ilíquida? Nos inclinamos por la negativa y creemos que todo argumento en favor de la procedibilidad de tal acción se estrellará fatalmente contra

el hecho, simple y palpable, de que todas las normas que regulan nuestro juicio ejecutivo común —prescindiendo, naturalmente, del citado artículo 429— han sido concebidas teniendo como objetivo obligaciones líquidas únicamente. Porque, en efecto, tanto el auto llamado "de precepto solvendo", como la práctica del embargo, y hasta la misma sentencia "de remate", repelen, por su estructura y su función, todo otro contenido que no sea el indicado. Y aunque, razonando in extremis, se pretendiera salvar la objeción de la iliquidez diciendo que el referido instrumento público podría contener una determinación económica previa de los daños y perjuicios que produciría el eventual incumplimiento de aquellas obligaciones, ello haría cambiar del todo la situación, pues entonces el proceso no tendría por objeto la obligación de hacer o no hacer, sino la obtención para el actor de la suma fijada por daños y perjuicios (sin mencionar el hecho, por demás evidente y conocido, de que el incumplimiento de las obligaciones de no hacer da lugar, como efecto principal, a un "destruir" lo ejecutado contra el compromiso).

44. EL TITULO EJECUTIVO.

El artículo 425 del Código de procedimientos civiles, que inicia las disposiciones generales (Capítulo Primero) sobre el Juicio ejecutivo, dice en su primer apartado que "no se despachará ejecución sino en virtud de título ejecutivo". Prescindiendo de la posición que el título ocupa dentro de la ejecución, es decir, prescindiendo de su significado objetivo, lo cual estudiaremos oportunamente, vamos ahora a examinar lo que el título es en sí mismo, vamos a indagar sobre su naturaleza, tal y como resulta de las normas de nuestro derecho positivo.

El mismo artículo citado hace en su segundo apartado una enumeración taxativa de las cosas (empleemos esta palabra inofensiva por lo genérica) que pueden constituirlo, diciendo: "... Son títulos ejecutivos: 1º ... 2º ... etc., y será

entonces el estudio de esta enumeración lo que nos dará la noción que buscamos. Pero existe en el Código mismo una dualidad, si nos dejamos llevar por su tenor literal, resultante de que según los incisos 1º, 2º, 3º, 4º, 6º y 7º, de la referida norma, el título ejecutivo es un documento, mientras que el inciso 5º parece apartarse de esta concepción, ya que hace incluir dentro de la enumeración de títulos ejecutivos a "... La confesión judicial hecha por la parte y la que se tiene por prestada en rebeldía de la misma"; lo cual significa que conforme a esa disposición el título ejecutivo es un acto jurídico (confesión judicial) de parte cuyo contenido lo constituye el reconocimiento, expreso o tácito, de una obligación líquida y exigible.

Esa dualidad de nuestro Código en lo que se refiere a su manera de concebir la naturaleza del título ejecutivo refleja sendas doctrinas que, entre otras, se han elaborado sobre el tema.

En efecto, el título ejecutivo ha sido considerado por los juristas algunas veces como documento y otras como acto jurídico (sin que falten, por otra parte, disidentes que, como Carnelutti, consideren que se trata de una "prueba legal"; o como J. Ramiro Podetti, que dice que es una "constatación"). Mucho se ha escrito sobre este tema y no deseamos aquí hacer una reseña de los argumentos que se esgrimen en apoyo de una y otra concepción, ni de los nombres de sus autores, pues entendemos que una tal exposición para ser completa, requiere mucho más espacio del que nos es permitido disponer en la elaboración de estas notas, orientadas hacia aspectos más bien prácticos. En todo caso, como creemos que la controversia está muy lejos de carecer de importancia, haremos seguidamente una breve exposición de nuestro punto de vista.

El problema, en nuestro criterio, se resuelve examinando la función del título ejecutivo dentro del proceso, es decir, qué relevancia tiene y cuándo la tiene dentro del orden de

Document
los actos procesales. Y entonces resulta claro que si el título es el presupuesto general de la vía ejecutiva, lo que el Juez examina primero, de previo a dar paso al ejercicio de dicha vía por el actor, no es el acto jurídico contenido en el documento, puesto que para examinar el acto sería necesario un período de cognición previo, sino la forma de dicho acto tal y como parece documentada, esto es, el documento mismo. Y en verdad, si bien es cierto que el acto jurídico en sí viene a ser, a fin de cuentas, lo que importa, puesto que, ya sea dentro del mismo proceso ejecutivo (como puede suceder entre nosotros), o dentro de un proceso de cognición separado de aquél (como ocurre, por ejemplo, en el proceso italiano), si el demandado demuestra no ser deudor de la cantidad indicada en el título y cobrada por el actor, el documento ejecutivo pierde toda eficacia, no es esa la circunstancia tomada en cuenta por el Juez, ad portas, para dar o no trámite a la ejecución, sino solamente lo que aparece del documento, es decir, la forma en que el acto jurídico aparece presentado en el mismo. ¿Ello equivale a decir que el título ejecutivo no es la verdad del acto jurídico, sino tan solo su documentación?

Se aproxima a la verdad quien sostiene que el título ejecutivo es el documento; pero no arriba todavía a la verdad, puesto que evidentemente existen casos en que el Juez no encuentra en el documento presentado por el actor los requisitos necesarios para que se pueda despachar la ejecución, y debe por ende buscarlos fuera del mismo. Tal sucede, por ejemplo, cuando el documento contiene una obligación condicional, pues entonces no habrá título ejecutivo si el actor no demuestra que la condición ha sido cumplida, debiendo hacer dicha demostración por otros medios, pues lógicamente la misma no se encontrará en el documento, por ser posterior.

Con base en esto podría pensarse que el título ejecutivo no es el documento que podríamos llamar "principal", sino que es constituido por varios documentos o, en general,

por varias pruebas, que el actor hace para legitimar su pretensión ante el Juez, y entonces arribaríamos a la conclusión, sostenida por Carnelutti, que el título ejecutivo es una prueba legal, es decir, cuyo valor no es apreciado libremente sino que lo establece la ley. Pero tampoco nos parece exacto lo anterior (aunque revele un aspecto verdadero) porque si se tratara de una verdadera prueba legal vincularía obligatoriamente la voluntad del Juez respecto a su enunciado, y el demandado no tendría la menor posibilidad de oponerse, o su oposición, sería, ya de antemano, inocua. Además el concepto de prueba legal es inherente, como en general, el concepto de prueba, a un juicio que el órgano jurisdiccional formula en una sentencia, y precisamente esa clase de juicios no se encuentran en la etapa inicial de un proceso ejecutivo, que contiene, a lo más, una decisión provisoria que va implícita dentro de las disposiciones de carácter dispositivo (y pensemos, por ejemplo, en nuestro auto de precepto solvendo).

Dice el profesor Salvatore Satta (Derecho Procesal Civil; CEDAM, Padova, 1953; página 364) que la identificación del título con el documento es más bien una transposición, explicable porque el primero es la calificación o la legitimación resultante del segundo, y creemos que la observación es perfectamente atinada, pues conforme a la misma queda superada la objeción que arriba habíamos formulado y se disuelve el dualismo "acto-documento" en que la doctrina se había debatido. Porque, en efecto, se dice que el actor posee "título" para pedir del Juez una tutela especial, que es la vía ejecutiva, cuando del documento y otras evidencias que el Juez estime conveniente ordenar, se pueda presumir la certeza del acto jurídico que legitima al actor como acreedor. El documento presentado vendría a ser entonces el sustento principal del título ejecutivo, esto es, de la legitimación del actor para pedir, pero no el título ejecutivo mismo. Una transposición idéntica señala el ilustre Profesor de Roma (obra y lugar citados) en el caso de los

llamados títulos de crédito, en los que se suele identificar, en el lenguaje común, el título y el documento.

En cuanto a la dualidad que acusa nuestro Código en el artículo citado, nos inclinamos a pensar que es sólo aparente, y que deriva de un defecto de redacción en el inciso 5º, donde en realidad se quiso aludir al acta que no al acto jurídico de la confesión, y de esa manera se podría concluir con que la teoría del título-documento es la que acepta nuestra legislación. De otro lado obsérvese que no hay otra alternativa de solución que ésta, pues es absurdo pensar que el Código se refiriera al acto jurídico puro, prescindiendo de su documentación; y la prueba más palpable de ello es que al leer y aplicar el artículo citado, en su inciso 5º, nuestros Jueces ordenan agregar a la demanda ejecutiva el prejuicio de posiciones que contiene el acta de confesión.

a. Clases de Título Ejecutivo.

Siguiendo la clasificación tradicional, diremos que el título ejecutivo puede ser de dos clases, desde el punto de vista de su origen: judicial y extrajudicial. Estarían entre los primeros la ejecutoria y las certificaciones a que aluden los incisos 1º y 6º, así como la confesión judicial (expresa o ficta) y el documento privado reconocido o tenido por tal en rebeldía de la parte, a que se refieren los incisos 4º y 5º; y entre los de origen extrajudicial están los indicados en los incisos 2º, 3º y 7º, que a su vez pueden clasificarse en negociales (públicos o privados) y administrativos.

Son judiciales, como se dijo: la ejecutoria de una sentencia, siempre y cuando sea una sentencia de condena, aunque no contenga en el Por Tanto una fórmula condenatoria expresa: basta que de su tenor resulte una declaración de tal naturaleza que no agote el derecho de la parte victoriosa, sino que deba éste ser satisfecho mediante una fase procesal sucesiva, esto es, la fase propiamente ejecutiva.

Las certificaciones de resoluciones judiciales firmes que establezcan a cargo de un tercero o de una parte la obligación de pagar una suma líquida, cuando ésta no hubiere podido cobrarse dentro del mismo juicio. Nos parece que esta disposición se refiere principalmente a la condena en costas, único caso en que un tercero (el fiador) deviene obligado por resolución judicial, ya que también nuestro sistema jurídico consagra la regla, que nos parece es de carácter general, de que nadie puede ser condenado sin ser previamente oído y vencido en un proceso. La "imposibilidad" de cobrar dentro del mismo juicio al tercero o a la parte que resulten condenados en virtud de la resolución tiene que ser de carácter circunstancial, pues el camino normal para hacer efectivo dicho cobro lo indica el propio Código de procedimientos civiles en su artículo 999.

Los dos casos estudiados hasta ahora (incisos 1º y 6º) no se refieren a títulos ejecutivos que sirvan de base al proceso ejecutivo común, sino a vías aún más expeditas, a saber: la de la ejecución directa de la sentencia sin ninguna cognición (pero con liquidación previa, si se requiere) en el caso del inciso 1º; y la vía del apremio directo en el caso del inciso 6º. Por esa razón no entraremos en más detalles sobre el particular.

Las otras dos hipótesis que hemos clasificado como de origen judicial (incisos 4º y 5º) lo son solamente en una forma especial, a saber, en cuanto para su formación interviene un órgano judicial, mas no como autor del título, que lo es la parte que confiesa o reconoce el documento privado, sino como autoridad ante la cual se lleva a cabo dicho acto. Sirva la advertencia anterior para señalar que nuestro criterio se inclina más bien por considerar la hibridez de esta clase de títulos, pero hemos procedido a incluirlos dentro del grupo "judicial", atendiendo al elemento que nos parece dominante, que es, repetimos, la intervención de la autoridad judicial que da certeza al acto, y en casos eventuales incluso suple la voluntad expresa de la parte

con una providencia de rebeldía. Sin embargo es de advertir también la importancia realmente constitutiva que en tales títulos tiene el aspecto o elemento puramente negocial, el cual contribuye en forma determinante a impartirles su especial naturaleza. Y es esta especial naturaleza lo que da lugar a que dichos títulos, a diferencia de los otros de origen judicial ya vistos, solamente sirvan de base al proceso ejecutivo común, pero con la ventaja sobre los títulos de origen extrajudicial, que la cognición resulta particularmente restringida a norma del artículo 431 ibídem, en cuya virtud no se permite al deudor purgar la rebeldía dentro del mismo proceso ejecutivo.

4
El documento privado reconocido ante la autoridad judicial competente, o declarado reconocido en rebeldía de la parte. Para que dé lugar a la acción ejecutiva común el documento privado debe contener un acto jurídico del cual se atribuye presuntamente tal reconocimiento, si es declarada una obligación incondicional y vencida de pagar suma líquida o que pueda liquidarse "con vista de los datos que resulten" del mismo documento. Caso de que éste contenga los requisitos enumerados, pero no resulte la liquidez de la obligación, puede tener eficacia como prueba de especial idoneidad dentro de un proceso ordinario, mas no constituirá título ejecutivo; y valga aquí lo dicho en relación a las obligaciones de hacer y no hacer.

5
La confesión judicial hecha por la parte y la que se tiene por prestada en rebeldía de la misma. También aquí se trata de la confesión (expresa o ficta) de deuda líquida y exigible. Ningún otro contenido que dicho acto jurídico pudiera expresar sería idóneo para la formación del título ejecutivo. Tanto en éste como en el caso de documento privado que examinamos en el anterior apartado, se presenta en la práctica el problema de si la resolución que declara la confesión ficta o el reconocimiento del documento en rebeldía de la parte es una sentencia, un auto o, en fin,

una simple providencia. Mediante reiterada jurisprudencia, la Sala Segunda Civil se ha pronunciado en el sentido de que se trata de una sentencia, y ha exigido que los tribunales inferiores la pronuncien con observancia de los requisitos previstos en el artículo 84 ibídem. Aunque creemos que no es una simple providencia, puesto que no constituye un mero trámite procesal dentro del perjuicio (como lo sería por ejemplo un nuevo señalamiento de fecha para la confesión o el reconocimiento), tampoco nos parece acertado darle el carácter de sentencia judicial, ya que: a) no resuelve ninguna "litis", al no contener ninguna el perjuicio; b) no constituye el acto culminante de un proceso, puesto que el perjuicio de posiciones no es un proceso propiamente dicho, sino un "acto preparatorio". Creemos entonces que tal pronunciamiento debe ser incluido en la categoría de los "autos" simples, en vista de que su contenido no roza el fondo de la relación jurídica sustancial existente entre las partes, sino que se refiere más bien a una peripecia del acto mismo, como lo es la incomparecencia o la negativa a dar una contestación categórica de parte del absolvente (artículo 264 ibídem). De dicha peripecia no puede resultar una resolución judicial con carácter de sentencia, sino tan sólo una presunción iuris tantum que, por ende, puede ser destruida, aún dentro del mismo estadio prejudicial, probando incidentalmente la justa causa de la incomparecencia.

Entre los títulos extrajudiciales tenemos los de formación administrativa y los de formación negocial, los cuales a su vez se subdividen en públicos y privados. Comenzaremos con los de formación administrativa.

Los títulos de formación administrativa, llamados más propiamente "de formación autoritativa y pública" (Satta: Manual cit., pág. 368) son entre nosotros las certificaciones expedidas por funcionarios públicos a ello autorizados, cuando la ley misma les atribuya eficacia ejecutiva. Entre otros tenemos las certificaciones emanadas del Director de la Tributación Directa en las cuales conste una obligación ven-

cida por concepto de impuestos, y las expedidas por las Municipalidades al mismo tenor. La razón de atribuir carácter ejecutivo a tales certificaciones deriva, no solamente de la necesidad que dichas entidades tienen de cobrar por una vía rápida las exacciones que la ley les concede, sino principalmente por su carácter público, que imparte especial certeza a tales documentos.

Los de formación *negocial pública* (incisos 2º y 3º) son el testimonio de una escritura pública debidamente expedido (o en su caso, certificación, que no podrá negarse a dar la oficina del Registro Público, de dicho testimonio y de que se encuentra pendiente de inscripción), y las certificaciones de asientos del Registro Público, siempre que en ellas conste que las inscripciones certificadas no están canceladas o modificadas por otro asiento. En el fondo ambos grupos forman una sola categoría, puesto que su contenido siempre lo es la escritura pública otorgada por personas particulares ante notario, sin que importe aquí si el documento propiamente dicho lo expide el mismo notario o el Registro Público. La razón de existir de la velada advertencia contenida en el párrafo que hemos encerrado entre paréntesis parece ser puramente anecdótica, pero en todo caso luce muy mal dentro del artículo, ya que no es esa la forma de establecer la obligatoriedad de una función del Registro. Si no existía una ley que obligara a dicha dependencia a expedir la certificación, lo que hacía falta era promulgarla debidamente; si dicha ley existía entonces había que hacerla cumplir.

Tanto el testimonio de escritura como la certificación del mismo o la de asientos, expedidas por el Registro Público, constituyen título ejecutivo por la fe pública de que el Notario goza según la ley y por la seriedad de la institución registral, pero siempre que dichos documentos contengan los requisitos necesarios, formales y materiales que la ley exige. No se puede entender, de la lectura del inciso citado,

que "todo" testimonio de escritura o "toda certificación son, en sí, títulos ejecutivos, pues no se puede confundir la eficacia probatoria de un documento con su condición de ejecutividad. En el caso de los documentos aludidos solamente se reúnen esas dos condiciones si contienen obligaciones líquidas y exigibles, por mucho que su fuerza probatoria sea particularmente idónea.

Los de formación *negocial privada* (inciso 7º) a los cuales la ley atribuye fuerza ejecutiva lo son la letra de cambio, el cheque y el vale, o pagaré. No vamos aquí a intentar una definición de cada uno de dichos títulos, ni tampoco a hablar de sus semejanzas o diferencias, pues esto no corresponde a la materia procesal. Solamente cabe mencionar ciertos particulares que tienen atinencia a la materia procesal, pues integran el título ejecutivo, como son el protesto, cuando la ley lo exige, para las letras de cambio, y el aviso a los endosantes en el caso del cheque, cuando la demanda se dirija contra ellos. El pagaré, en cambio, no requiere nunca tales requisitos y constituye por sí un título ejecutivo completo.

La fuerza ejecutiva es atribuida a estos títulos, no porque de su origen emanen particulares garantías de certeza, puesto que son absolutamente privados, sino por su gran funcionalidad en la vida civil y comercial, la cual ciertamente no se podría concebir en los tiempos modernos si prescindimos de aquéllos. Por este motivo, aunque relegados al anonimato en la enumeración contenida en el artículo 425 *ibídem*, por virtud de un inciso de carácter general, en la práctica han llegado a constituir los títulos ejecutivos por excelencia.

b. Requisitos generales del título ejecutivo.

Como hemos tenido ocasión de adelantar, todo título ejecutivo debe contener ciertos requisitos que, en nuestro criterio, son los siguientes: identificación de las partes, li-

quidez (actual o potencial) y exigibilidad. A éstos se suele agregar (Podetti: obra citada, páginas 93 y ss.) la legitimación sustancial y la causa lícita, pero nos parece que éstos no son propiamente requisitos del título pues, en efecto, la primera, que se resuelve en la llamada "personería ad causam" (activa y pasiva), no se refiere propiamente a aquél, sino a la acción ejecutiva. Podetti no ha tenido más remedio que incluirla como un requisito del título por la razón de que, para él, no existe la acción ejecutiva sino "la acción", en su concepto general y unitario (obra citada, página 87); pero es evidente que el título, desde el punto de vista que lo hemos considerado, no puede contener por sí mismo e independientemente de la persona que lo hace valer en el proceso, o de la persona contra la cual se hace valer, el pretendido requisito de marras. Y lo mismo ocurre con la "causa lícita": ésta será, a lo más, un elemento de la obligación aludida en el título. El prestigiado tratadista argentino menciona también dos "presupuestos" más del título ejecutivo, a saber: plazo vencido e incondicionalidad de la obligación (o bien, cumplimiento de la condición, si existía), pero en nuestro criterio ambos son elementos integrantes de la exigibilidad.

Procedamos ahora a un examen detenido de los tres requisitos que arriba se han indicado:

Identificación de las partes

Como el contenido del título debe ser necesariamente una obligación, obviamente deberá expresarse en el mismo los nombres del acreedor y del deudor, en la forma más completa posible, con expresión de sus calidades y domicilio, si el título, por su naturaleza, lo permite. De otro modo, si del título no resulta la identificación de las partes, no tendrá carácter ejecutivo. Es claro que esta regla tiene, en una relativa medida, excepciones, como lo son los documentos al portador, pero aún en estos debe ser posible

la identificación del obligado u obligados. Nuestro Código no contiene ninguna disposición que establezca expresamente lo anterior como requisito del título ejecutivo, mas es evidente para cualquiera que el Juez, de previo a despachar la ejecución (esto es; de previo a dar curso a la acción ejecutiva) conforme lo prescriben los artículos 436 y siguiente, procederá a confrontar los nombres de las partes expresadas en el escrito de demanda con los que aparecen en el título; y precisamente podemos observar que a esto se refiere el último de los artículos citados cuando habla de que el actor debe acreditar su personalidad. Pues, ¿a qué otra "personalidad" podría referirse la ley sino a aquella en cuya virtud el demandante puede ejercer la acción ejecutiva?

Liquidez de la prestación

Conforme lo dispone el artículo 426 ibídem, no puede despacharse ejecución "... sino por cantidad líquida o que pueda liquidarse con vista de los datos que resulten del documento presentado por el actor, sin necesidad de más prueba...", lo cual significa: a) que la prestación que resulta de la obligación expresada en el documento debe consistir en la entrega de una suma de dinero que allí se indica; y b) que si dicha suma no está expresamente indicada, sea posible determinarla apoyándose para ello en los datos que del mismo documento resulten. No obstante lo dicho existen casos en que el título no contiene todos los datos requeridos para que el Juez, mediante una simple operación aritmética, pueda determinar la suma debida; y entonces pueden darse dos situaciones: a) que sea posible suplir la deficiencia con un simple avalúo pericial, en cuyo caso el título se considera ejecutivo (apartado segundo del artículo citado), porque en tales supuestos la iliquidez de la prestación es sólo aparente, ya que la cantidad debida se puede determinar por un procedimiento expedito; y b) que no baste la estimación pericial, por carencia de los datos suficientes, y entonces estamos ante un caso de ili-

quidez que, desde el punto de vista de la acción ejecutiva, se considera irreductible.

También existe la hipótesis de la liquidez parcial, es decir, cuando el objeto de la obligación sólo es cierto y determinado en parte (artículo 427 *ibidem*) al tenor del título presentado, y entonces la ejecución se despachará por la cantidad líquida solamente.

Al lado de la regla general expuesta, el Código contiene dos excepciones, a saber: cuando la prestación consista en hacer o no hacer algo, caso en el cual estamos ante un absurdo jurídico, por no ser adecuado el proceso ejecutivo común para tutelar debidamente los derechos del acreedor, como hemos creído demostrarlo (ver N° 43, b.); y cuando el título exprese obligaciones cuyo objeto es la entrega de "especies que se cuentan; pesan o miden" (artículo 428). Ya aquí no podría hablarse de liquidez potencial de la prestación, que puede devenir actual mediante un simple avalúo, sino de una prestación distinta. No obstante ello observamos que esta hipótesis se asimila, en cuanto a la prestación se refiere, a la regla general expuesta, por consistir en la entrega de una determinada cantidad de cosas fungibles; y en todo caso se puede aquí apreciar en forma muy clara en qué medida es connatural al proceso ejecutivo este requisito de la liquidez de la prestación, pues, en efecto, en presencia de un título que contenga obligaciones del género referido el Juez debe ordenar, de previo a dar curso a la ejecución, que el deudor entregue a su acreedor los efectos debidos, en un plazo que al efecto señala, y si dicho deudor no cumple, deberá el Juez disponer que tales efectos "se reduzcan a dinero", despachando entonces la ejecución por la suma que resulte. Esta reducción a dinero de que habla el artículo no es otra cosa que un acto de liquidación de la prestación, y puede servir, bien para efecto del embargo y la venta de bienes del deudor (hecho lo cual el acreedor puede pedir que con el producto se adquieran los efectos debidos), o bien, yendo más adelante, que el pro-

ducto de dicha venta se destine a la satisfacción directa de la obligación, en el monto obtenido en virtud del avalúo hecho preliminarmente. De otro lado podemos observar que el caso es realmente extraordinario, y creemos que raramente se presentará en la práctica. Y, dicho sea de paso, en el mismo encontramos un fenómeno insólito dentro de nuestro sistema procesal: el verdadero "precepto de solvendo" que debe hacer el Juez al deudor como acto previo a la ejecución, y que otrora fuera común a todos los tipos de proceso ejecutivo.

En cuanto a las sumas adeudadas en concepto de intereses o perjuicios que formen parte de la prestación expresada en el título, es nuestra opinión que pueden ser reclamadas con base en el mismo, aplicando las reglas contenidas en el artículo 426 (primero y segundo apartados) si ello fuere posible, de manera de formar un todo con la cantidad principal. Pero si no estuvieren liquidadas al momento de despacharse la ejecución, podrán cobrarse después de pronunciada sentencia, previa su determinación por los trámites que señalan los artículos 1000 y concordantes del Código citado, pues siendo prestaciones accesorias su iliquidez no es óbice para que el documento presentado se considere título ejecutivo.

Entendemos la liquidez como "determinación en dinero", según se ha visto de lo dicho anteriormente y siguiendo en esto a la doctrina española antigua, que es la inspiradora de nuestra legislación actual. No obstante, el Código a veces parece referirse al concepto más amplio de "determinación" (artículo 427), que es, según nuestro criterio, la acción y el efecto de precisar inequívocamente la prestación, aunque no lo sea en términos de dinero. Este concepto se aviene más con la doctrina moderna, sobre todo con la italiana, que concibe la liquidez como determinación del objeto (Confr.: Gian Antonio Micheli: *L'Esecuzione Forzata*; Editrice Universitaria, Firenze, 1961; N° 6. En el mismo sentido puede verse en Podetti: *Obra citada*, página 98).

3 Exigibilidad de la obligación

El último de los requisitos que hemos considerado necesarios para que el documento constituya título ejecutivo es, tal y como el Código mismo lo sugiere (artículo 426, último apartado), que la obligación aparezca en el mismo como exigible. Esta cualidad resulta de la constatación objetiva de dos elementos: que la obligación sea incondicional (o bien, si contiene condiciones, que éstas hayan sido cumplidas, o que su cumplimiento esté, por cualquier motivo, dispensado para el acreedor) y que el plazo que aparece otorgado al deudor para la ejecución de la prestación a que deviene obligado se encuentra ya vencido. Las circunstancias dichas, configurativas de la exigibilidad, deben constar por regla general del documento, salvados los casos en que deba complementarse a éste con otras pruebas que el acreedor mismo debe producir de previo al examen del título por el Juez, como ocurre en el caso de la obligación condicional que se deriva del documento (pues si no consta de la literalidad de éste y el deudor alegare oportunamente su existencia, a él corresponderá probarla).

El texto legal que ahora examinamos dice literalmente que "... Para que la ejecución proceda es necesario que la deuda sea exigible", indicando así, aunque en un lenguaje no muy preciso, que el examen que de este requisito hace el Juez tiene lugar antes de "proceder" ejecutivamente, consistiendo entonces en el estudio del documento y sus complementos, en los casos en que estos últimos se requieran. Pero si la indicada norma se debe entender literalmente, es decir entendida en el sentido de que el Juez debe saber que la deuda es exigible antes de despachar la ejecución, la vía ejecutiva común no podría siquiera ser concebida; porque estaríamos directamente en el caso de un proceso de conocimiento típico, en el que el Juez tendría que llamar al deudor como demandado, oír sus razones, evacuar y apreciar la prueba de ambas partes, etc., antes de "proceder"

ejecutivamente. Y vemos entonces que lo que el Juez debe hacer ante la demanda del acreedor provisto de título ejecutivo es presumir la exigibilidad de la obligación conforme resulte del examen del mismo. Veamos cuál es el fundamento de este proceder.

Lo que hemos llamado presunción de exigibilidad no es en el fondo otra cosa que un reflejo, una consecuencia de otra presunción más amplia: la de que el contenido del documento es cierto. Porque, en verdad, ésa constituye la base, la raíz que nutre toda la institución. Dicha presunción encuentra su razón de ser en la experiencia de la realidad extraída del diario vivir, de los casos prácticos, concretamente, de los tribunales, en los que se ha podido observar que, en una gran mayoría de casos presentados, el acto jurídico que sirve de contenido al título existe verdaderamente, o dicho mejor, que a la literalidad del título corresponde efectivamente un derecho del acreedor. Porque, en efecto, si esta experiencia de la vida que se cristaliza en la norma jurídica enseñara que en una cantidad apreciable de casos en que el acreedor acciona munido de título ejecutivo, no le correspondía ningún derecho, porque el deudor había cumplido la prestación, la presunción legal de certeza no existiría, y el Juez exigiría pruebas convincentes antes de proceder ejecutivamente: ello equivale a decir que no existiría la institución del título ejecutivo. Pero en cambio, la enseñanza de la experiencia es precisamente lo contrario, y sobre la misma, entonces, se ha construido toda esta familia de los procesos sumarios con restricción de la defensa e inversión de la carga de la prueba, cuya característica definitoria (de ahí su nombre) la constituye la presencia de un sistema de medidas compulsorias ejercidas sobre el patrimonio del demandado. La estadística muestra claramente que los casos de oposición fundada contra la ejecución son muy raros, y de una abundancia abrumadora aquéllos en que la oposición es maliciosa, y los que se desarrollan sin ninguna oposición.

Se ha querido incluir la presunción de certeza como requisito del título ejecutivo, por ejemplo mediante el enunciado de que el título debe referirse a un derecho cierto (artículo 474 del Código de procedimientos civiles de Italia), siendo que en realidad aquélla es presupuesto formal de la acción ejecutiva pues, como toda presunción legal, se refiere a la existencia de uno o varios hechos, y no al enunciado de dicha existencia, que es lo que el título contiene; porque una cosa es que la presunción de certeza descansa en el título y otra muy diferente que constituya un requisito del mismo.

c. Límites objetivo y subjetivo del título ejecutivo.

De lo expuesto podemos concluir con que el contenido del título ejecutivo es, o mejor, representa, un derecho del acreedor correlativo a la obligación presuntamente cierta, líquida y exigible, asumida por el deudor a favor de aquél. Esto indica el límite objetivo del título pues, como se suele decir, el derecho se encuentra todo en el mismo. Por ello es que el título ejecutivo es, en cierto modo, una prefiguración, en estado germinal, del proceso ejecutivo mismo, y que éste no tiene ni puede tener otra finalidad que la de tutelar el derecho que del título se presume.

Ahora bien; la delimitación del derecho que se verifica en el título tiene también como consecuencia que este último devenga un instrumento completo, con vida propia, idóneo por sí para provocar el inicio del proceso ejecutivo y para sustentar su característica actuación, por lo menos hasta el momento en que el demandado demuestre que la acción era infundada y el título una apariencia jurídica.

También encuentra límites el título en cuanto a los sujetos que dentro de él se identifican como acreedor y deudor, de la cual circunstancia se determina precisamente, como ya lo habíamos apuntado al hablar de los requisitos del título, la así llamada legitimación ad causam, activa y pasiva (confróntese: Gian Antonio Micheli: obra y lugar cita-

dos). En el aspecto activo el título produce sus efectos a favor de la persona que, al momento de la ejecución, aparezca como titular del derecho, por ser la que se identifica del documento o un causahabiente suyo, tanto inter vivos como mortis causa. En cambio desde el punto de vista pasivo, su eficacia no va más allá del obligado u obligados, o su sucesión, si se trataba de una persona física, sin que constituya una excepción a esta regla el caso de la acción dirigida contra los socios de una sociedad en nombre colectivo (artículo 42 de la Ley de Sociedades Mercantiles) porque aquí no se trata de ampliación de los límites subjetivos del título sino de un caso de responsabilidad subsidiaria impuesta por la ley.

45. EL PROCESO EJECUTIVO COMUN.

Bajo este epígrafe estudiaremos el proceso ejecutivo común en sus aspectos estático y dinámico. Desde el punto de vista del primero aludiremos a sus presupuestos procesales, examinaremos la acción ejecutiva, sus condiciones, contenido, etc.; y en el aspecto dinámico vamos a estudiar lo que nuestro Código llama impropiaemente "Ejecución" (Capítulo Segundo del Título y Libro citados) y que no es otra cosa que los trámites hasta la sentencia inclusive. Los procedimientos de embargo serán objeto de estudio más adelante, aunque en la realidad se desarrollen, o se suelen desarrollar, contemporáneamente a los trámites de la llamada "ejecución", por ser aquél un instituto de naturaleza cautelar, no ejecutiva, aunque yuxtapuesto aquí a los trámites del proceso ejecutivo.

a. Presupuestos.

Los presupuestos meramente formales del proceso ejecutivo común son, como los de todo otro proceso civil, la competencia del Juez y la capacidad de las partes para ser tales. Siendo el estudio de los presupuestos un tema general

del Derecho Procesal no creemos necesario detenernos en muchas explicaciones, y con mayor razón porque entre nosotros el proceso ejecutivo no ha merecido una especial determinación de competencia, sino que en este aspecto se rige en un todo por las reglas comunes de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por ello pasaremos de inmediato al estudio de la acción ejecutiva.

b. Acción Ejecutiva.

Chiovenda definía la acción ejecutiva como "el poder jurídico de dar nacimiento a la condición para la actuación práctica de la voluntad concreta de la ley, que garantiza un bien de la vida" (Istituzioni di Diritto Processuale Civile, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1960; Vol. I, Nº 88). De esta definición, que no compartimos en un todo, por ser consecuente a la concepción que de la acción tenía el gran Maestro, podemos sin embargo hacer destacar la idea de "la actuación práctica de la voluntad concreta de la ley", es decir, de concretar en resultados materiales el derecho de una persona, dando así remate a la actividad jurisdiccional y vida al ordenamiento jurídico. Porque, en efecto, es de ahí de donde se destaca la distinción entre la acción ejecutiva y las otras clases de acción.

Ahora bien, normalmente la acción ejecutiva presupone una actividad jurídica antecedente, pues de ningún modo podría admitirse que los tribunales acojan una pretensión a obtener, directamente, ventajas materiales sobre un patrimonio, así de buenas a primeras, sin que preexista a la tal pretensión un algo que constituya su garantía de legitimidad, por lo menos en un grado satisfactorio. Si, por ejemplo, alguien viene ante el Juez pidiéndole que embargue bienes de otra persona, y para ello se basa tan solo en su palabra, aquél le exigirá que garantice los eventuales daños que tal medida pueda ocasionar. Pero si a la solicitud acompaña el gestionante algún atestado en el cual conste

que su pretensión es legítima, o existen serias razones para creer que lo sea, entonces el Juez tutelaré su interés. Todo esto está dispuesto así en la ley positiva, pero además de esa su obligatoriedad, es de sentido común que así sea. Y precisamente es este sentido común lo que sustenta las normas relativas a la acción ejecutiva, cuyo presupuesto o condición específica es aquella actividad antecedente que resulta de ordinario del documento presentado por quien la pretende, legitimándolo para ello.

Pero el documento o documentos en que consta el título del actor para pedir la vía ejecutiva no son, en abstracto, con prescindencia de la persona de aquél, título idóneo, si no existe relación de identidad entre dicho actor y quien es designado como acreedor, o entre quien es indicado como deudor en dicho documento y aquél contra quien se procede en juicio.

Y así tenemos, entonces, las condiciones de la acción ejecutiva: el título ejecutivo y la legitimación ad causam, en sus dos aspectos activo y pasivo, entendiendo por "condiciones" de la acción aquellas circunstancias que tornan posible la consecución de los fines que la misma persigue, fines que más adelante examinaremos con cierto detalle.

Entre las condiciones de la acción en general se suele incluir el derecho y el interés para actuar, y por ello tendremos que tomar posición también frente al problema de si lo son efectivamente o no. Al respecto creemos, siguiendo las ideas del profesor Satta, que no tiene sentido hablar de un derecho y de una acción como fenómenos independientes, ni de un interés para actuar separado del interés sustancial de obtener la tutela jurídica, pero no entraremos en un planteo general de estos puntos sino en relación a la acción ejecutiva, que es ahora nuestro objetivo.

En efecto, el derecho no es una condición de la acción ejecutiva porque, en primer lugar, repetimos, la acción y el derecho son insolubles, y lo único que el actor tiene al

momento de incoar la demanda ejecutiva es un poder de acción que se resuelve en "acción", es decir, en actividad procesal; y en segundo lugar, porque el fin de la acción ejecutiva no es la declaración vinculatoria de un derecho (cuya existencia, por lo demás, es presumida merced al título ejecutivo) sino, como había intuido el Maestro Chioa, una actividad tendiente a la satisfacción material de aquel presunto derecho del actor. Esto podría parecer fácilmente refutable en el caso de nuestro proceso ejecutiva común, que no es ejecución pura puesto que contiene una etapa de cognición sumaria; pero aún en este caso puede sostenerse nuestra tesis, porque tal cognición sumaria no remata en una sentencia que declara el derecho con fuerza de cosa juzgada (condenando o absolviendo al demandado) sino en un proveído instrumental cuyo contenido se agota en confirmar o revocar los actos ejecutivos cumplidos hasta ese momento. Prueba de ello es que, no obstante la firmeza de la llamada "sentencia de remate", las partes conservan la facultad de accionar para que en sede ordinaria se haga un pronunciamiento definitivo sobre sus pretendidos derechos.

Tampoco, según creemos, el interés para actuar es presupuesto de la acción ejecutiva, como no lo es en general de ninguna acción. Cuando se dice que una persona tiene un interés, que la ley tutela, para iniciar y sostener un procedimiento ejecutivo, se quiere expresar a fin de cuentas, pero en un lenguaje confuso, que dicha persona puede ejercitar la acción ejecutiva. Y la cosa sería solamente cuestión de nombre (interés tutelado=acción) si no se pretendiera que se trata de fenómenos distintos y separables. El dueño de un pagaré vencido que "ejecuta" a su deudor no hace otra cosa que ejercitar la acción ejecutiva, único remedio que le queda si aquél se niega a pagar. Si el Juez no da curso a la ejecución porque, digamos, de acuerdo con la ley vigente no existe ese tipo de tutela, por qué decir que falta "un interés para actuar" tutelado por la ley, si

lo que en realidad no existe es, precisamente, la acción ejecutiva?

La falta de las condiciones de la acción ejecutiva tiene como consecuencia el rechazo de la pretensión del actor, ya sea en puertas, ya inmediatamente después de la clausura de la etapa de cognición, en la llamada "sentencia de remate" (que en este caso no lo es). Sin embargo, en cualquiera de esos dos momentos puede el actor pedir que "se ordinarie la vía", como se dice en nuestra jerga forense, lo cual significa que desea que su pretensión a la tutela jurisdiccional se tramite por el procedimiento ordinario, vale decir, de cognición plena (artículos 434 y 438 *ibidem*). Este fenómeno es muy revelador, en cuanto sirve para demostrar el carácter tan singular que la acción ejecutiva tiene frente a las acciones ordinarias. Dicha acción es, por una parte, un privilegio, pero de otra constituye una limitación. Privilegio, porque el acreedor legitimado obtiene con cierta rapidez los beneficios materiales que pretende (o para decirlo mejor, tiene la posibilidad de obtenerlos, pues ocurre a menudo que no aparece ningún bien a nombre del deudor, y el crédito queda entonces insatisfecho); y limitación porque su pretensión está limitada por el título, de modo que cualquier defecto en éste que no sea fácilmente subsanable provoca un "no ha lugar", por mucho que en el fondo exista la deuda, porque el examen del título no va, lógicamente, al fondo, sino a la forma. Pero también es revelador este expediente de "ordinar la vía" en cuanto demuestra que el proceso ejecutivo no es un ordinario en pequeño, sino que su objetivo es totalmente otro, por mucho que entre nosotros se encuentren ciertas semejanzas de estructura.

46. TRAMITACION DEL PROCESO.

a. Escrito de demanda y auto inicial

El escrito con que se propone la demanda ejecutiva debe llenar ciertos requisitos mínimos, que son: a) designa-

ción de las partes, incluyendo sus calidades y domicilio, tanto para efectos de identificación como de competencia; b) objeto del proceso, es decir, lo que se pretende obtener del mismo; c) hechos, es decir, la situación fáctica relativa a la situación jurídica existente entre las partes; y d) fundamentos de derecho, o sea, la cita de los artículos de ley que apoyan la pretensión del actor. La falta de alguno de estos requisitos debe provocar, por parte del Juez, la negativa a despachar la ejecución, aunque dudamos que, de hecho, suceda siempre así; e incluso hay casos en que el petitum es incompatible con el proceso ejecutivo, y ello sucede siempre que se pida que en sentencia se condene al demandado, lo cual es muy corriente de ver en nuestros tribunales. Por otro lado existe una exigencia general de nuestra ley que atañe al escrito inicial de toda demanda, y es la de estimar en dinero la pretensión formulada.

El escrito debe presentarse al tribunal junto con el documento en donde consta el título ejecutivo, a fin de que el Juez determine, previo examen de ambos, si el actor está legitimado para ejercitar la acción ejecutiva. Si llega a la conclusión afirmativa entonces "despacha la ejecución", es decir, pone en el expediente una resolución cuyo contenido es el siguiente: 1º orden de despachar la ejecución, lo cual significa, según nos parece, una indicación de que se procederá ejecutivamente contra el demandado, indicando la suma de dinero que será objeto del "cobro judicial"; 2º orden de embargar bienes del accionado "en cantidad bastante para cubrir la suma cobrada y un cincuenta por ciento más para intereses y costas" (artículo 437 íbidem), así como cualquier otra disposición relativa a la materialización del embargo, como puede ser el nombramiento de ejecutor, expedición de cartas-órdenes, mandamientos, etc.; 3º, prevención al ejecutado de que para oponerse a la ejecución cuenta con el plazo de cinco días; y 4º prevención al ejecutado para que en el acto de la notificación o dentro de los tres días siguientes señale casa u oficina donde se le pueda seguir notificando.

Dice el artículo 435 íbidem: "Si se tratare de una cuenta corriente y si el deudor hubiere convenido al celebrar el contrato, que vencido el plazo señalado para cortarla y satisfacer el saldo, pueda el acreedor ejecutar hasta por el monto porque se abrió el crédito, se despachará la ejecución por esa suma, a reserva de que en el término de la oposición, pueda el deudor rectificar la liquidación hecha por el acreedor". Parece ser que la finalidad de la disposición es la de brindar al acreedor la posibilidad de ejecutar a su deudor sin necesidad de proceder a una liquidación detallada previa de la cuenta existente entre ambos, trasladando a la fase de oposición el momento de la liquidación; pero desde el punto de vista procesal, que es el que nos interesa, dicha norma presenta la singularidad de ser un caso donde falta la certeza en cuanto al monto del crédito, y ello puede producir más de un embarazo en el curso del proceso, pudiendo suceder perfectamente que el demandado opusiera una defensa de pago parcial y, con base en la misma, una excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de cuantía, lo que llevaría a una situación incierta por el momento en que, según la ley (artículo 442 íbidem) deben ser resueltas cada una de las referidas excepciones. Claro que, se dirá, lo mismo puede eventualmente ocurrir en una ejecución corriente, pero lo singular de este caso es que el actor está autorizado por la ley para ejecutar por el máximo, y el Juez debe despachar la ejecución por esa suma. No se trata de la posibilidad de hecho de que el monto varíe, como ocurre en toda ejecución, sino de una incerteza teórica, a priori.

b. Periodo contencioso

El período contencioso del proceso ejecutivo común se inicia con la "citación a juicio hecha al deudor" que contiene el auto de precepto solvendo. Malgrado el nombre que se le da, este auto no contiene ninguna intimación a cumplir la obligación dirigida al demandado por el Juez,

sino que aquél llega a tener noticia del proceso por lo general en una forma indirecta, mediante la traba del embargo. Si el Juez se dirige especialmente a él es solamente para citarlo a juicio y no para que pague a su acreedor, de donde hemos sacado la conclusión, arriba expuesta, de que también en nuestro proceso ejecutivo común está implícitamente descartada la posibilidad del cumplimiento voluntario de la obligación por parte del deudor. Claro que éste puede hacer detener los procedimientos en cualquier tiempo mediante el pago, pero entonces debe depositar una suma adicional para responder a intereses no liquidados y gastos del proceso, y esto, en la práctica, puede significar una apreciable suma. En otra parte hemos señalado que en el proceso ejecutivo italiano existe el precepto de solvendo como una medida introductoria a la ejecución, que sirve, entre otras cosas, de constatación oficial de la mora y como aviso de que, dentro de un determinado plazo, se procederá a la ejecución forzada, con lo cual se excluye la posibilidad de maniobras por parte del acreedor de mala fe, que ejecuta sin previo aviso para lograr que su deudor se vea constreñido a darle mayores ventajas que las derivadas del crédito mismo, o simplemente con ánimo de causarle perjuicio.

Dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto inicial puede el deudor oponerse a la ejecución, ofreciendo la prueba de los hechos en que funda sus excepciones (artículo 440 *ibídem*), prueba que, según la ley, debe ser evacuada dentro de los cinco días inmediatos. Por su parte el actor puede proponer su "contraprueba" dentro de este último plazo, y gozará de un término igual para evacuarla que se concede a su favor como una prórroga, si no le hubiere sido posible hacerlo simultáneamente con el demandado (artículo 443). Esta brevedad de los términos, que haría de nuestro Código el ideal de los procesos listas, no corresponde, por desgracia, a la realidad, ya que descansa en un equívoco, según nuestro criterio. El equí-

voco, que por otra parte, informa muchas otras de nuestras disposiciones sobre práctica de prueba (ver los artículos 202 y 390, entre otros), consiste en suponer que en Costa Rica existe para el desarrollo del proceso un sistema de audiencias, en donde el Juez indica a las partes, directamente, las posteriores audiencias en que pueden practicar su prueba. Y es que en un sistema tal sí puede exigirse a la parte que ofrezca su prueba en un corto plazo, y ella estará en capacidad de hacerlo; pero tal cosa es incompatible con nuestro sistema ultra-escrito, en que la expedición de las diligencias no depende casi de las partes interesadas, sino de la "agenda" del tribunal; donde para que una de ellas sepa lo que la otra ha dicho se necesita por lo menos una semana; y donde, por fin, los cinco días de que habla el artículo 440 se convierten, cuando las cosas marchan óptimamente, en quince.

Resumiendo, creemos que este período contencioso del proceso ejecutivo cuya duración máxima es diez días, pero que puede ser prorrogado a favor del actor hasta por otros cinco más, es solamente una bella ficción sin ninguna correspondencia con lo que realmente pasa, y que nuestro proceso ejecutivo común, por esta y otras razones que se irán viendo en el curso de este trabajo, se ha ido convirtiendo en un proceso común, del cual solo se diferencia en que para embargar no es necesario hacer depósito.

c. Excepciones

Dijimos que la oposición del demandado se produce mediante la formulación de excepciones (artículo 440) y aquí cabría preguntarse si este precepto autoriza a dicha parte a oponerse simplemente, alegando sus razones, o exige un mínimo de fórmulas rituales, en el sentido de que el demandado tenga que decir expresamente: "opongo las siguientes excepciones... etc.". El artículo prescribe que el demandado "deberá... proponer sus excepciones..." y esto nos induce a pensar que la segunda hipótesis es la

correcta, no obstante tener el grave inconveniente de hacer depender de un formalismo el destino del procesado. Sería algo realmente lamentable que una manifestación del demandado en el sentido de indicar que, por ejemplo, la deuda ha sido pagada, o está prescrita, no fuera tomada en cuenta por estimarse que no había sido expresada claramente la voluntad de oponer las relativas excepciones, y dudamos que en el caso concreto el Juez omita tomar en cuenta la oposición por ese motivo; pero de otra parte no hay que subestimar el valor de ciertas formalidades que obligan a las mismas partes a expresarse claramente y permiten al Juez saber qué es lo que las mismas solicitan. En la Jurisprudencia de nuestras Salas se suele repetir, de tiempo en tiempo, que el ordenamiento procesal costarricense no contiene fórmulas rituales, pero la verdad es que sí existe y debe existir también en nuestro proceso un mínimo de ritualidades. Si el demandado dice, por ejemplo: "el señor Juez no es competente para conocer de este negocio", o "No estoy de acuerdo con lo resuelto y espero que el Superior lo revoque", dudamos que tales manifestaciones puedan ser tomadas en cuenta, respectivamente, como una excepción de incompetencia de jurisdicción y como un recurso de apelación, por mucho que se diga que nuestro sistema no contiene fórmulas rituales.

Tampoco existe en nuestro Código, teóricamente, ninguna limitación relativa a la clase de excepciones oponibles dentro del proceso ejecutivo (artículo 441 citado) pero de hecho resultarán necesariamente limitaciones, impuestas por la misma naturaleza del título ejecutivo en base al cual se actúa, como vemos en el caso del artículo 152 de la Ley de cambio, en lo que se refiere a la letra y al pagaré, o en el caso del artículo 55 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, en lo que se refiere a los títulos expedidos por la Oficina de Tributación Directa en cobro de dicho impuesto. También constituye una notable limitación en lo relativo a las defensas oponibles lo que prescribe el artículo 431 del Código

de Procedimientos Civiles en relación al título ejecutivo fundado en la confesión ficta o en el documento tenido como reconocido en rebeldía del prejudicado, puesto que al no permitirse la impugnación de los hechos tenidos como ciertos al tenor del acta de posiciones o del documento, se excluye automáticamente las defensas dirigidas a atacar la certeza del crédito, su exigibilidad, su monto, etc; quedando el demandado reducido a las de forma y, según nos parece, a las de prescripción y compensación, aunque también estas últimas podrían quedar excluidas al tenor del título mismo.

Quando se propongan excepciones formales, dirigidas contra los presupuestos procesales, como la llamada de falta de personería de las partes (falta de capacidad para ser parte o, en su caso, defecto de representación) o la de incompetencia de jurisdicción, debe el Juez hacer un pronunciamiento previo y especial sobre las mismas, en cuya virtud la actividad normal del proceso quedará suspendida hasta que el punto sea completamente definido. En los demás casos el contenido de las defensas será objeto de decisión en la sentencia (artículo 442). En virtud de lo anterior hay que entender que también una excepción formal como lo es la de litispendencia debe ser resuelta en el fallo, lo cual parece ser una lamentable omisión de la ley, que hace nugatoria la finalidad misma de dicha excepción, pues no se gana mucho con que el Juez que conoce del segundo proceso venga a declarar en sentencia la procedibilidad de aquélla, después de que el pobre accionado ha tenido que soportar un doble embargo, hacer frente a dos procesos, etc. Y no se diga que dicha excepción se puede resolver también in limine litis por ser en el fondo una incompetencia de jurisdicción, porque además de que tal argumento no tiene apoyo en la ley, tampoco resulta fácil de explicar dónde está la incompetencia del Juez que tramita el segundo proceso, si el mismo le corresponde por territorio, materia y cuantía. El objetivo que se persigue mediante la declaración de litispendencia parece centrarse en la econo-

mía procesal, así como en impedir pronunciamientos contradictorios, y todo esto es completamente ajeno a los objetivos perseguidos con la declaración de incompetencia de jurisdicción.

Además de las limitaciones en cuanto a la clase de excepciones oponibles dentro del proceso en estudio, resultan otras relativas a la prueba admisible a efecto de demostrar los hechos en que aquéllas se fundan. Y vemos entonces que, de acuerdo con la regla del artículo 752 del Código Civil, la prueba testimonial queda excluida para los fines dichos, salvo cuando el demandado tenga en su poder un documento que constituya principio de prueba por escrito, o en fin, cuando se den los otros casos del artículo 757 del mismo Código. Otro ejemplo es el del artículo 152 de la Ley de Cambio, en donde se estipula que el demandado debe producir su prueba por medio de documentos o pidiendo confesión a la contraria, únicamente. En fin, resumiendo podemos afirmar que los dos medios de prueba mencionados (documentos, confesión) constituyen en general dentro del proceso ejecutivo común, la prueba por excelencia, no solamente debido al carácter que podríamos llamar "documental" de este proceso, sino porque los otros tipos de prueba, o no se prestan para ser utilizados en el mismo, o están excluidos o casi excluidos por la ley, como le sucede a la prueba testimonial.

d. *La oposición extraordinaria del artículo 433*

Dispone el artículo 433 del Código de procedimientos civiles: "En cualquier tiempo en que presentare el ejecutado o un tercer opositor, título ejecutivo que destruya la fuerza del que haya servido para despachar la ejecución, se revocará ésta. Mas el desembargo no se efectuará sino cuando sea firme la revocatoria o se diere fianza bastante para el caso de que la resolución no sea confirmada por el superior". Por ahora nos interesa solamente el primer párrafo,

que creemos se puede descomponer en las siguientes reglas: a) El demandado puede, en cualquier tiempo, oponerse a la ejecución presentando título del que resulte que el actor es su deudor por una suma igual o mayor que la cobrada dentro del proceso; b) lo dicho puede hacerlo, también en cualquier tiempo, un tercero; c) si el documento presentado es título ejecutivo, el Juez debe revocar "la ejecución", es decir, debe dejar sin efecto lo actuado en el proceso ejecutivo, con las salvedades que veremos.

Como puede verse, estamos ante un caso de compensación, que ha merecido en el Código un régimen especial, de acuerdo con la naturaleza de ese modo de extinción de las obligaciones. Puede extrañar el hecho de que la oposición no esté, en este caso, sujeta a términos perentorios, como lo está la formulación de excepciones en general, pero ello se explica del hecho de que la compensación se opera de iure "desde el instante en que concurren las condiciones que la hacen nacer" (artículo 809 del Código civil), y de ahí que, si el crédito del demandado contra el actor deviene exigible posteriormente a la expiración del plazo que el primero tenía para oponer excepciones, siempre se pueda hacer oposición alegando la compensación, pues a partir de ese momento ha dejado de existir, en virtud de la misma y de pleno derecho, el crédito hecho valer por el actor contra el demandado dentro del proceso. La excepción de pago, en cambio, debe formularse dentro del período indicado, porque sólo tiene validez cuando el pago se ha hecho con anterioridad al proceso; si el pago se verifica estando éste pendiente, lo que se hace es presentar un escrito de desistimiento firmado por el actor, y no la presentación de la excepción.

El título ejecutivo a cargo del actor puede ser presentado al proceso, tanto por el propio demandado como por un tercero, con lo cual ha querido dar la ley una inusitada amplitud a este tipo de oposición, previendo aún el caso de que el referido documento no esté en poder de

su dueño, por cualquier razón. El interés del tercero en la oposición podía estribar en este caso en lograr prelación en el orden de embargos sobre los bienes del demandado, en la misma forma que puede hacer depósito, conforme al artículo 463, apartado final, del Código de procedimientos civiles, para lograr los mismos fines.

Si el documento presentado es título ejecutivo a favor del demandado y contra el actor, el Juez debe revocar la ejecución, aún cuando en el proceso hubiere recaído sentencia, pues los efectos de ésta no interfieren en absoluta para que el crédito del actor se extinga en virtud de la compensación, sin perjuicio de la cosa juzgada formal que la misma produce y que podría ser opuesta al demandado para efecto de cobrarle las costas causadas.

La norma citada contiene en su párrafo segundo una disposición que constituye una salvedad frente a los efectos de la revocatoria de la ejecución decretada por el Juez, al disponer: "... Mas el desembargo no se efectuará sino cuando sea firme la revocatoria o se diere fianza bastante para el caso de que la resolución no sea confirmada por el superior". Y decimos que el párrafo transcrito constituye una salvedad (obsérvese el uso de la expresión: "Mas el desembargo... etc.") porque precisamente de conformidad con el mismo debe interpretarse que la revocatoria sí opera de inmediato sus efectos enervantes sobre los otros actos del proceso independientes del embargo. Este fenómeno se explica en virtud de que, estando uno frente al otro dos títulos ejecutivos de igual fuerza (que, por lo tanto, se anulan recíprocamente), el segundo debe poder borrar lo que en virtud del primero se ha realizado. No es solamente un fenómeno de extinción de la obligación: también lo es de insubsistencia de la acción ejecutiva, y por eso es que el texto legal habla de "revocatoria de la ejecución", usando los mismos términos empleados en el artículo 446 *ibídem*, lo que nos parece muy significativo.

Y es tal vez por este motivo que se ha sostenido por algunos estudiosos de nuestro Derecho Procesal Civil que la revocatoria de que habla el artículo 433 debe pronunciarse siempre en sentencia, lo cual excluye que pueda ser pronunciada, no solo antes sino, lo que constituye su originalidad más destacada, después. Pero se olvida que el artículo de marras dice claramente: "en cualquier tiempo", y ello no admite limitaciones por vía de interpretación; y no se repara debidamente en el hecho de que no se puede equiparar la oposición a que este texto alude con la que se basa en las excepciones comunes, porque la base o fundamento de la primera es un título ejecutivo a favor del demandado y contra el actor, y no un simple documento de descargo.

De este hecho de presentarse el demandado al proceso munido de una legitimación que, de no operarse la compensación, sería idónea incluso para entablar una acción separada contra el actor, se concluye lógicamente, a nuestro entender, que la ley ha querido evitar que aquél entable este segundo proceso, en donde la posición de las partes estará invertida, brindando de este modo una solución mucho más sencilla y que satisface cumplidamente el principio de la Economía Procesal. Se trata, en suma, de un caso de acumulación de acciones ejecutivas recíprocas.

Como quiera que sea, debe también reconocerse que el artículo que examinamos, tan fecundo en situaciones interesantes, es omiso en muchos puntos, de modo que muchas de sus proyecciones deben ser puestas en claro mediante una interpretación hecha a la luz de los principios generales de nuestro Derecho Procesal Civil. Y ello sucede particularmente en lo que mira a los efectos de la revocatoria de la ejecución, que tendrán que variar según el momento en que la compensación se hace valer, es decir, según que la oposición tenga lugar antes de la sentencia de remate o después. Y así tenemos que: a) si la oposición se propone antes de la sentencia, la revocatoria sustituye a ésta, pro-

duciendo idénticos efectos, puesto que en el fondo constituye, ella misma, una sentencia (artículo 81, inciso 2º, ibídem); y b) si se propone después, entonces la revocatoria consiguiente da lugar al enervamiento de la ejecución, pero no anula la sentencia misma, que puede ser opuesta al demandado en cuanto a los extremos subsistentes, como la condenatoria en costas, la cual se basa en los actos anteriores a la sentencia y que, de consiguiente, quedaron bonificados por ésta.

Tampoco determina claramente la ley el régimen procesal de la oposición que hemos llamado "extraordinaria", pero de su naturaleza misma se deriva que debe ser tratada como un incidente especial, si se propone después del término de oposición, y como una excepción perentoria si se propone dentro del mismo (artículo 392, primer apartado, ibídem).

Con las anteriores consideraciones no pretendemos dejar agotado el tema, ni decir la última palabra sobre el mismo. Reconocemos los primeros que la hipótesis contenida en la norma de comentario se presta a muy diversas interpretaciones, merced a su nada clara formulación. Sirva entonces lo anterior al menos como una tentativa de esclarecimiento, que no como un logro efectivo, que estamos lejos de haber creído cosechar. Mucho se puede decir todavía sobre el asunto y esperamos poderlo hacer con más espacio del que aquí podemos dedicarle.

e. Excepciones usuales en nuestro proceso ejecutivo común

En la práctica nuestro proceso ejecutivo corriente suele tener como base más frecuente un título ejecutivo resultante de letra de cambio, pagaré o cheque, pues la práctica abusiva que del crédito nos hemos acostumbrado a hacer determina que dichos instrumentos terminen su vida en los Tribunales de Justicia, donde los portan sus dueños en procura de la tutela de sus intereses. De ahí la monotonía que

alguna vez se ha observado en relación con nuestros "casos judiciales" del género; y de ahí también esa especie de "constante" que se comprueba en el empleo de ciertas excepciones por parte de los demandados.

Estos motivos duramente anecdóticos nos han decidido a estudiar las referidas excepciones, que son las de pago, pago parcial y prescripción, exponiendo aquí brevemente nuestras observaciones, no sin antes advertir que el uso frecuente que de dichas defensas se hace está determinado precisamente por la especial normación que en las leyes correspondientes tienen los títulos aludidos, y sobre todo por el uso concreto que de ellos se suele hacer en la vida civil. Pues en efecto el pagaré y el cheque son los instrumentos favoritos de nuestros prestamistas (sin contar al "certificado de prenda", acaso más popular que aquéllos, pero que no estudiamos aquí por dar lugar a un especial tipo de proceso ejecutivo), mientras que la letra de cambio, por su naturaleza más dinámica, sigue siendo el instrumento por excelencia del comerciante.

El pago es el modo normal de extinción de la obligación (nosotros diríamos: de la acción) y en esa virtud ha sido admitido como excepción en todos los tipos de proceso ejecutivo, ya que siendo la fuente de éstos el incumplimiento, la defensa de pago deviene naturalmente la forma normal de desvirtuar la presunción de dicho incumplimiento.

El pago no es un hecho puro y simple, sino un acto jurídico, de manera que su prueba está sujeta a la limitación que establece el artículo 752 del Código civil; y siendo, por otra parte, de efectos extintivos, su prueba corresponde a quien lo aduce frente a la presunción del hecho constitutivo que dimana del título. De todo esto resulta la consecuencia de que la ley obligue a quien aparezca como deudor de una letra de cambio, cheque o pagaré, no solamente a probar que ha pagado, sino a hacer tal prueba mediante documento o confesión, ad-

mitiendo la de testigos solamente en el caso excepcional del artículo 757 *ibídem*.

Nuestro criterio es que la excepción correspondiente sólo puede basarse en el pago hecho antes del proceso, ya sea directamente al acreedor o mediante consignación judicial verificada y aprobada (artículo 807 y siguientes del Código de procedimientos civiles). De otro modo no cabe la excepción, y si el demandado desea pagar, debe hacer el depósito de la suma reclamada en juicio más un veinticinco por ciento (artículo 449 *ibídem*, interpretado a *fortiori*), todo sin perjuicio de que el acreedor ya establecido el proceso, acepte el pago directo y dé por terminado el proceso mismo. Y de aquí podemos sacar la conclusión de que si el actor no da por terminado el juicio después de haber recibido del demandado, privadamente, la suma de capital y el aumento porcentual dicho, tampoco puede el segundo oponer excepción de pago por la vía del artículo 392, primer apartado, *ibídem*, sino que debe probar la composición extrajudicial de la litis, la cual produce efectos muy diferentes de los que produciría la excepción, de ser admitida.

Como anota el Profesor Podetti (obra citada, página 225), es impropio hablar de "*pago parcial*", sino que se debe decir "*entregas parciales*", o, usando un vocablo corriente entre nosotros, "*abono*", pues en la terminología jurídica el concepto de "*pago*" significa necesariamente "*pago total*", de la misma manera que no puede hablarse de "*extinción parcial*" de la obligación, mas sí de reducción de su monto.

Por su naturaleza la excepción de abono sufre en el proceso ejecutivo común el mismo tratamiento que la de pago, de modo que para ella vale lo dicho arriba en cuanto a esta última. El código la contempla implícitamente en el artículo 446, al decir que "... la sentencia resolverá sobre las excepciones alegadas y declarará si hay lu-

gar a continuar la ejecución y por qué cantidad...", pero aún prescindiendo de este indicio, su admisibilidad siempre resultaría del tenor del artículo 441 *ibídem*.

En el caso de ejecución hipotecaria se ha puesto en duda su procedencia en virtud del tantas veces citado artículo 392 *ibídem*, el cual dispone en su segundo apartado que en este tipo de proceso "... si hubiere renuncia de trámites, no se admitirá otro incidente que el de pago...", y ello ha provocado más de un debate en nuestros Tribunales, en razón de la acepción que debe darse a la palabra "pago" en este caso.

La situación se ha resuelto por lo general en el sentido de aceptar el respectivo incidente, no con base en argumentos de carácter técnico, sino cediendo al principio (podría decirse: al sentimiento) del "*favor debitoris*", y argumentando, equivocadamente, que quien puede lo más (probar el pago) puede lo menos (probar el abono). Pero es obvio que aquí no está la solución definitiva del problema, ya que puede ocurrir que el demandado, con ánimo de atrasar la aprobación del remate, proponga incidente por el abono, digamos, de un colón, que dice haber hecho a su acreedor, y tal incidente sería atendible si se quiere ser consecuente con el criterio expuesto. De otra parte la opinión contraria, además de que se basa en una interpretación correcta del vocablo "pago", tiene la consecuencia, favorable al principio de expedición de los procedimientos en que parece estar inspirada la institución del proceso hipotecario con renuncia de trámites, de que evita las dilatorias, sin perjuicio de los derechos que el demandado podría hacer valer en sede separada, pero ofrece el inconveniente de que puede prestarse a grandes abusos por parte de los ejecutantes, en el caso de que el crédito estuviera reducido a una suma ínfima.

Nos parece que la solución ideal es la intermedia, que para un problema parecido ha elaborado la juris-

prudencia de las Cámaras Primera y Segunda Civiles de la Corte de Buenos Aires, República Argentina (Podetti obra y lugar citados), en el sentido de no admitir la excepción de abono, reservando la oportunidad para que el demandado haga valer sus derechos al momento de la liquidación final, en que aquél podrá, entonces sí, impugnar las partidas de capital e intereses, así como las demás que deben establecerse con base en las mismas. Creemos que esta vía concilia los argumentos de ambos lados, y es perfectamente practicable conforme a los procedimientos del juicio hipotecario con renuncia de trámites.

La prescripción es otro de los motivos de excepción usado frecuentemente en el proceso ejecutivo común, en primer lugar, porque la misma se opera a un plazo relativamente corto para las obligaciones constantes en los títulos a que nos venimos refiriendo, y en segundo lugar, porque ocurre mucho entre nosotros que los prestamistas, una vez vencida la obligación constante, por ejemplo, en un pagaré, no proceden de inmediato a su cobro, sino que permiten a su deudor continuar abonando periódicamente los intereses. Como esta situación puede durar mucho tiempo, cuando por fin el documento se presenta al Tribunal como base de la correspondiente ejecución, de su contenido aparece que el vencimiento de la obligación se ha operado mucho tiempo antes, dando ello frecuentemente lugar a la referida defensa. Esta situación se suele dar también en el caso de la letra de cambio, pero por razones diversas, casi siempre derivadas del empleo mismo que de aquélla se hace en el comercio.

También la prescripción, en su forma negativa, es un modo de extinción de la acción (y no del derecho, como dice el artículo 865 del Código Civil), y tiene lugar cuando transcurre un determinado plazo sin que aquélla se ejercite, siempre y cuando se produzcan los requisitos que la ley sustancial prevé (Título Sexto del Libro Tercero del Código Civil). Sin embargo la prescripción es renunciable

expresa o tácitamente, entendiéndose que se produce la renuncia en esta última forma cuando aquél a quien la prescripción podría favorecer no opone la correspondiente excepción antes que recaiga sentencia firme dentro del proceso en que deviene demandado (artículo 851 ibídem).

Sobre el momento de oponer dicha excepción dentro del proceso ejecutivo común se han dividido las opiniones entre nosotros, así como en otros países que tienen una legislación de tipo semejante, pues frente a la regla citada del Código Civil se suele oponer el artículo 440 del de Procedimientos Civiles, el cual, aplicado en relación con el 441 ibídem, parece limitar la facultad de oponer excepciones al término de cinco días que para ello se otorga al demandado en el auto que despacha la ejecución.

Ante un problema semejante que se presenta en la República Argentina, el Profesor Podetti (obra citada, página 222), después de hacer una reseña jurisprudencial del debate, expresa su propia opinión en los siguientes términos: "Aun cuando no existe un límite preciso entre normas procesales y sustanciales y en consecuencia entre lo que debe ser normado en unos y otros códigos, es evidente que la oportunidad y forma de interponer o deducir en juicio una defensa, es materia clara y definitivamente procesal. Basta pensar que de ello depende que el procedimiento tenga un orden y que se puedan producir los efectos preclusivos de los actos procesales, que constituyen un principio fundamental en el sistema que hemos adoptado: el de eventualidad, para comprender que no es admisible que una ley sustancial interfiera y desarticule dicho orden y dichos efectos. VELEZ SARSFIED, tan cuidadoso generalmente en no invadir la esfera legislativa local en materia de procedimientos, siguió, en este caso y sin reflexión, el precedente de códigos que no tenían ese límite, al incluir el artículo 3962" (aclaramos que esta última disposición es semejante al artículo 851 de nuestro Código civil, en cuanto a la regla que nos interesa). En parecidos términos se han

producido en nuestro país las opiniones de quienes sostienen esa misma tesis, arguyéndose, entre otras razones, la de que en el campo de la materia procesal debe privar siempre lo dispuesto por el Código de procedimientos civiles sobre lo que establece el Código civil, y que siendo el artículo 440 citado una norma especial del proceso ejecutivo común, constituye para el caso una derogatoria de la general contenida en el artículo 851 ya tantas veces mencionado.

No obstante la autoridad y fuerza persuasiva de las opiniones expuestas, la nuestra es contraria a esa tesis, cuya base, creemos, descansa en la falsa premisa de que en el citado artículo 851 se haya querido establecer una norma de carácter procesal. Al disponer el referido precepto que la reunión tácita de la prescripción "... resulta de no oponer la excepción antes de la sentencia firme..." lo que hace es establecer la hipótesis de hecho en cuya virtud tal renuncia se tiene por verificada, y ello es, indudablemente, materia sustancial, por más que aluda a una situación cuyo marco real es un proceso contencioso. Más bien nos parece que si es propio hablar aquí de interferencia o invasión de las esferas en que deben estar contenidas las disposiciones de uno y otro código, sería más lógico concluir que, con la interpretación que combatimos, se pretende una invasión de las normas procesales en el campo del derecho sustancial, y nos parece que ello sería muy difícil de justificar. La norma del artículo 440 de procedimientos civiles no es derogatoria de la del 851 del Código civil, sencillamente porque no puede estatuir sobre los derechos sustanciales que el deudor otorga esta última, ya que tal cosa está fuera de su campo de vigencia. La manera de fijar las condiciones en cuya virtud se tiene por verificada la renuncia tácita de la prescripción no es materia procesal, como no lo es la de fijar las condiciones para que se produzca la nulidad de un contrato, o para que se tenga como válida la compra-venta, etc.

f. *Proposición y producción de la prueba*

El demandado debe ofrecer la prueba de sus excepciones en el mismo acto de oponer éstas o por separado, con tal que lo haga dentro del término de cinco días de que habla el artículo 440 citado, y la misma debe rendirse dentro de los cinco días hábiles inmediatos. Por su parte el actor no tiene que probar su legitimación para ejercitar la acción ejecutiva, puesto que ésta resulta del título, pero puede ofrecer su "contraprueba" con el objeto de desvirtuar los hechos en que el demandado funda sus excepciones. Dicha contraprueba debe ser propuesta y evacuada dentro del término concedido al demandado para practicar la suya, pero si ello no fuere posible (y en la práctica, como hemos dicho, esta posibilidad es, usando una expresión moderada, muy remota) puede pedir al Juez que se le prorrogue el término por cinco días más (artículo 443 *ibídem*).

Una vez transcurridos los plazos dichos, que constituyen lo que la ley llama "el término probatorio", y si la prueba propuesta por las partes no hubiere sido evacuado por causas no justificadas atribuibles a ellas, se precluye automáticamente la fase procesal que podría llamarse "probatoria" y el proceso es impulsado de oficio hacia la etapa sucesiva (artículo 444 *ibídem*).

Las reglas particulares sobre la manera de proponer y producir la prueba deben buscarse en los correspondientes Capítulos del proceso ordinario, conforme lo dispone el artículo 247 *ibídem*, de modo que siendo materia de carácter general no vamos a ocuparnos de ella en detalle. Pero sí queremos apuntar que en materia de inejecutabilidad, no cabe dentro del proceso ejecutivo la formulación del relativo incidente ni la consiguiente declaración expresa de la misma por parte del Juez, porque conforme al citado artículo 444, basta que en el proceso se constate el hecho de que la prueba no se ha evacuado, sin que en ello hubiere mediado "culpa o morosidad" del Tribunal, para que se

pueda disponer directamente la citación de partes para sentencia (en apoyo de nuestra tesis, que podría parecer inquisitorial, nos remitimos al artículo 233 *ibídem*, especialmente en sus apartados segundo y cuarto).

La misma preclusión se opera, por lo demás, en el caso de que el demandado deje pasar el término de cinco días sin oponer excepciones, o aunque las oponga, si no ofrece ninguna prueba, o si rechazada ésta por el Juez, el auto correspondiente alcanza firmeza, y en esos casos el proceso debe ser impulsado de oficio.

g. "Citación de partes para sentencia"

La sentencia que se dicta en el proceso ejecutivo común es siempre precedida de una providencia que constituye el último rastro de lo que en otros tiempos se llamó "preparación del juicio para sentencia" (expresión ésta que, con diverso contenido, conserva nuestro Código) que era una etapa destinada a que el Juez ordenara a los abogados devolver los legajos y presentar sus conclusiones; todo lo cual, por fortuna, ha desaparecido hoy de la mayor parte de los textos legislativos de materia procesal, para ocupar el puesto que le corresponde en la Historia del Derecho de la Baja Edad Media. Pero en nuestro Código se ha sostenido contra los embates del tiempo ese vivo testimonio de otras épocas que se llama "citación de partes para dictar la sentencia", o dicho en forma más correcta: "providencia de citación de las partes para dictar la sentencia", a la que se ha atribuido la función, puramente honoraria, de señalar el momento en que se cierra el debate entre las partes. Y decimos que es una función honoraria porque no hay ninguna necesidad de señalar dicho momento dentro del proceso, ya que el mismo es un efecto normal de la preclusión de la fase probatoria; prueba de ello es que la citación de partes no existe en los procesos de menor cuantía, en el desahucio ni en los interdictos.

En el procedimiento civil de hace varios siglos la sentencia era comunicada oralmente por el Juez a las partes: hasta en ese momento era que el Juez decía a cuál de ellas correspondía el derecho (de ahí el vocablo "iuris dictio" que aún define la función del Juez) ordenando seguidamente que dicho fallo fuera por escrito por un subalterno (copiador de sentencias) y custodiado en el Tribunal. Para entonces sí era necesario disponer, mediante una providencia previa, que las partes fueran citadas a fin de que se presentaran al Tribunal a oír la sentencia. Pero hoy día tal disposición no cumple ningún fin, pues las partes no tienen que venir ni vienen al Tribunal a oír su sentencia, sino que ésta les es notificada oportunamente. ¿Por qué motivo ha llegado hasta nosotros esa tan peculiar institución? Nuestra opinión es que ello ha ocurrido por descuido del Legislador, que originalmente la copió del proceso español, y del Reformador, que no ha parado mientes en ella.

h. Sentencia.

El artículo 446 *ibídem* establece el contenido de la llamada "sentencia" del proceso ejecutivo común, al disponer que la misma "... resolverá sobre las excepciones alegadas y declarará si hay lugar a continuar la ejecución y por qué cantidad; o la revocará". Esto, en la práctica, se suele expresar en los siguientes términos, cuando se trata de un pronunciamiento favorable al actor: "Se rechaza las excepciones opuestas por el demandado y se confirma la ejecución. Prosiga el procedimiento hasta que XX se haga cumplido pago de la suma tal, etc."; y cuando el pronunciamiento es favorable al accionado, así: "se acoge la excepción de ... opuesta por el demandado a la acción, y se revoca la ejecución, etc.". Trataremos ahora de encuadrar dicha sentencia dentro de alguna de las formas de la clasificación aceptada por la doctrina moderna, en cuya virtud se distingue entre sentencias declarativas, cons-

titutivas, de condena y cautelares. Y vemos entonces que, por su contenido, la resolución de que nos ocupamos no es, evidentemente, declarativa en sentido propio (porque en sentido amplio el solo hecho de pronunciar una sentencia significa declarar algo), pues no hace una declaración del derecho a favor de una de las partes sino que, sintomáticamente, guarda silencio sobre ello. No es tampoco constitutiva, puesto que no da nacimiento a una nueva situación jurídica sustancial con respecto a una o ambas partes, ya que, por el contrario, dispone "continuar" algo que, por lo tanto, ya existía de antes. Tampoco es de condena, como han sostenido algunos estudiosos en nuestra medio, pues de ella no resulta la imposición de una conducta a una de las partes, y ni siquiera puede decirse que establece una condena implícita, puesto que no contiene ningún enunciado que implique esa consecuencia, como podemos observarlo claramente del artículo examinado (la única condena que podría decretar es la relativa a costas, pero ello es característica general de toda sentencia y por ende, no puede ser base de una distinción). Ni es, por fin, cautelar, puesto que no contiene ninguna disposición en resguardo de los intereses de las partes. Y de esta manera hemos agotado la clasificación ortodoxa sin encontrar acomodo a este "mirlo blanco" de nuestro sistema procesal, que es la sentencia del proceso ejecutivo común.

Entonces recurrimos de nuevo al estudio de dicho proceso en busca de una pista, y centramos nuestra atención en el elemento determinante del mismo, y que, a la vez, constituye su punto de arranque: el título ejecutivo, para hacernos una pregunta: ¿por qué razón el título ejecutivo que emana de una resolución judicial firme no da base al proceso ejecutivo común, sino a un procedimiento de liquidación directa en el que no media sentencia? La respuesta nos sale casi al encuentro, por evidente: la razón está en que, siendo la fuente de dicho título una sentencia de condena, ello hace innecesario el pronunciamiento de otra

que venga a confirmar lo resuelto en aquélla, puesto que sería absurdo someter a nuevo control por el órgano jurisdiccional lo que ya ha sido objeto de sentencia firme.

Y ahora caemos en la cuenta de que la razón de ser del tipo de sentencia que examinamos estriba en revisar (y, si es el caso, confirmar) una actividad que se ha realizado a espaldas del órgano jurisdiccional, y que constituye precisamente el contenido de los títulos que hemos llamado "extrajudiciales", para concluir con que la sentencia aludida no es otra cosa que un acto jurídico de homologación judicial de una situación de derecho configurada extrajudicialmente, acto jurídico que solo tiene parangón en el derecho analogación con los llamados "ex partes procedure".

Porque, en efecto, el hecho de que la sentencia, luego de confirmar los actos procesales anteriores (la ejecución), ordene su continuación, no significa otra cosa que un "pase" a esa actividad jurídica llevada a cabo por las partes y que forma el contenido del documento que legitima al actor. De donde resulta otro aspecto que queremos hacer resaltar, y que deriva de ese "revisar" (y si es el caso "confirmar") que constituye el fondo de la sentencia. Y es que —las mismas palabras puestas entre comillas nos lo están indicando— esta resolución presenta o, mejor, insinúa cierto perfil de segunda instancia, en la cual se supervisa esta especie de "autocondena" que el deudor hace en el documento negocial. Porque el título ejecutivo, como por lo demás ya ha sido observado, es algo así como una sentencia privada cuya inejecución —que pone en entredicho su eficacia, y en evidencia la fragilidad de los negocios jurídicos en la esfera privada— legitima al actor para elevar "los autos" a instancia judicial, para lograr la confirmación y realización por obra del Juez. Por cuya razón éste, después de revisar formalmente el título y de oír al demandado, revoca o confirma, disponiendo en este último caso "continuar los procedimientos".

En cuanto al título ejecutivo extrajudicial de origen autoritativo y público, nos parece que pueden aplicarse sin forzamientos las antecedentes observaciones, por tener base en una situación jurídica cuya existencia es afirmada por un órgano público, y porque tampoco la Administración, al igual que el acreedor particular, puede proceder al cobro compulsivo de sus créditos sin que medie esa instancia de homologación que lleva a cabo el órgano jurisdiccional.

La sentencia recaída en el proceso ejecutivo común tiene efectos preclusivos, como toda resolución homologatoria, en cuya virtud, una vez firme, no puede ser revisada, si bien es cierto que se dan ciertas situaciones que son susceptibles de rendirla inocua de manera indirecta, como cuando se declara la extinción de la obligación por compensación operada antes de que aquélla recayera, o como cuando el demandado obtiene la repetición de lo pagado en sede ordinaria, o la declaración de extinción del crédito del actor. Pero no produce la cosa juzgada material, y la razón de esto no está en la sumariedad del proceso ejecutivo común, como corrientemente se dice, puesto que también es sumario el juicio ordinario de menor cuantía y sin embargo la sentencia que lo concluye sí produce ese efecto, sino que se limita a confirmar o revocar una actividad antecedente, sin pronunciarse sobre los derechos subjetivos de las partes.

Porque si fuera una sentencia de condena, como se suele sostener, tendría que acarrear necesariamente la cosa juzgada, porque todo pronunciamiento judicial emitido en contradictorio y que tenga por objeto derechos subjetivos de las partes tiene que producir dicho efecto, pues de otro modo sería vana la administración de justicia y ningún litigio quedaría nunca saldado en forma definitiva. Creemos para concluir, que una sentencia de condena que no produzca la cosa juzgada no puede merecer tal nombre sino, a lo sumo, el de "opinión de condena".

Y aquí nos damos cuenta de que lo que en la doctrina procesal latinoamericana se suele llamar el "juicio ordinario posterior" no es esa especie de recurso de revisión del ejecutivo antecedente que algunos señalan, sino un proceso completamente nuevo que versa sobre el derecho de las partes y, subsidiariamente, sobre la repetición de lo pagado. Aquí el proceso ejecutivo anterior no es tomado como "juicio" favorable al acreedor que lo estableció, contraponiendo en esa forma la sentencia del mismo y la que recae en el proceso ordinario posterior, sino como actividad o conjunto de actividades cumplidas en perjuicio del ejecutado, siendo esto último lo que hace nacer la acción ordinaria de repetición de lo indebido.

i. *Prosecución del proceso con sentencia impugnada*

La sentencia del proceso ejecutivo común es provisoriamente ejecutiva, en el sentido de que, no obstante su impugnación, puede llevarse adelante la orden contenida en la misma de "continuar los procedimientos", siempre y cuando el actor afiance las resultas, es decir, el perjuicio que eventualmente sufra el deudor por la continuación del proceso, si en segunda instancia fuere revocada la ejecución (artículo 447, primer apartado, *ibidem*).

Por su parte el demandado puede hacer levantar el embargo que pesa sobre sus bienes aunque no esté firme el fallo del Juez que revoca la ejecución, prestando igualmente las debidas garantías para el caso de que dicho fallo no sea confirmado por el Superior (artículo citado y 433 *ibidem*).

Dichas garantías serán calificadas por el Juez, previa audiencia que se confiere a la parte contraria (artículo 447, segundo apartado, *ibidem*).

La responsabilidad del fiador que, para los fines dichos, presentare el actor, consiste en quedar obligado

"... a la devolución de la cosa o cosas que el fiado haya recibido y sus productos o intereses ... y a la indemnización de los daños y perjuicios", si el fallo de primera instancia es revocado. Y en la misma eventualidad, el fiador ofrecido por el ejecutado para levantar el embargo, deviene obligado a pagar "lo juzgado y sentenciado", es decir, el importe del crédito cobrado en juicio, sus intereses y las costas causadas (artículo 448 *ibídem*), lo cual se explica en vista de que, una vez levantado el embargo, el demandado podría ocultar sus bienes, lo cual tornaría ilusorio el proceso, caso de que fuere revocada la sentencia favorable a aquél.

47. EL EMBARGO.

a. *Naturaleza y función*

El embargo es un acto jurídico procesal en cuya virtud uno o más bienes del demandado devienen sujetos al resultado de un proceso, en el sentido de que la capacidad satisfactiva que los mismos poseen es aprovechada en beneficio de los intereses del actor jurisdiccionalmente tutelados. Es, como dice el Profesor Satta (obra citada, N° 330), el paso que va de la sujeción genérica del patrimonio del deudor a favor de sus acreedores, a la sujeción efectiva y particularizada de determinados bienes en vista de un reclamo concreto.

Decimos que es de carácter procesal porque nace de un acto de voluntad del Juez realizado dentro de un proceso, pero sus efectos son de carácter sustancial, ya que se resuelven en una modificación (a veces sólo transitoria) del derecho de propiedad del demandado. Pues, en efecto, por virtud del embargo aquél no deja de ser propietario, pero su dominio pleno se transforma en dominio limitado, en cuanto sufre una apreciable merma de sus atributos.

El embargo es el equivalente procesal de la hipoteca y la prenda, pero se distingue de éstas en dos sentidos: a) no otorga un privilegio absoluto sobre el bien, pues los acreedores de igual condición que el actor que sean admitidos en el proceso como terceristas coadyuvantes, pueden ser pagados en paridad con aquél del producto de la venta de dicho bien; y b) sus efectos, en lo que mira al demandado, son más intensos que los de la hipoteca y la prenda, pues aquél, de propietario pleno pasa a depositario judicial y, a veces, a administrador, sin derecho a usar sus bienes en provecho propio, e incluso en muchos casos pierde la posesión efectiva de los mismos.

No tiene el embargo naturaleza propiamente ejecutiva, sino cautelar, y por ello no constituye un trámite al que corresponda un determinado momento procesal en la sucesión de los actos que componen el proceso ejecutivo común. Por ello el actor puede pedir embargo como acto prejudicial, antes de iniciar el proceso, o en cualquier momento durante la fase contenciosa de éste, o bien con posterioridad a la sentencia de remate. Pero llevadas las cosas a este punto el embargo sí deviene esencial, ya que el actor no puede solicitar el remate sin haber embargado; y aquí señalamos uno de los principales efectos del embargo, que consiste en la individuación de los bienes para los fines de la expropiación.

Conforme a la ley, el embargo debe decretarse regularmente en el auto inicial del proceso ejecutivo, pero entendemos que ello depende de la voluntad del actor, quien tendría la facultad de posponer ese trámite a una etapa ulterior mediante solicitud hecha expresamente en ese sentido (artículo 437 *ibídem*), pues siendo una medida cautelar que se toma en resguardo de sus intereses, podría él renunciar a la misma sin que la estructura del proceso se altere en ninguna forma.

El decreto del Juez no constituye, en sí, el embargo, sino tan solo su fuente autoritativa, ya que es necesario

"practicarlo". Dicha práctica, en todo caso, se puede verificar inmediatamente después de dictado el auto en que el embargo se decreta, es decir, sin esperar a que dicha resolución alcance firmeza, pues en verdad nunca la alcanza en lo que al embargo se refiere, ya que éste, como todos los actos de su naturaleza, es esencialmente revocable.

La traba o práctica del secuestro asume formas diversas según la naturaleza del bien que a la misma se quiera sujetar, y así vemos que para embargar un crédito (o una cuenta bancaria) basta una simple nota de aviso al deudor (o al banco); para inmuebles se requiere la anotación al margen del correspondiente asiento del registro, Sección de Propiedad o Hipotecas, anotación que se formaliza mediante inscripción posterior; y para muebles corporales debe practicarse una diligencia judicial con ciertas solemnidades, que lleva a cabo el Juez o Alcalde u otro funcionario nombrado o comisionado al efecto.

b. Práctica del embargo

Bajo este epígrafe examinaremos las disposiciones del Código de procedimientos civiles que regulan la práctica material y formal del embargo, tratando de seguir, en cuanto lo permita la congruencia de la exposición, el orden de los artículos correspondientes.

1º) Conversión y liberación de bienes objeto de embargo.

El Capítulo III del Título VI del Libro II del Código, relativo al embargo, se inicia con el artículo 449, el cual dispone que el demandado tiene la facultad de evitar la práctica del embargo (no el decreto) entregando al Ejecutor una suma de dinero cuyo monto la ley determina según el caso; y puede también hacer levantar el ya recaído sobre determinado bien, depositando a la orden del Juez la indicada suma. Esta puede ser: a) el capital e intereses liquidados que se reclama, más el veinticinco por ciento

para intereses futuros y costas; b) la cantidad por cuyo monto el embargo se decretó (ver artículo 437 *ibídem*); y c) el valor de lo embargado, según estimación pericial practicada sumariamente por orden del Ejecutor o del Juez, según sea el caso.

Mediante el depósito de cualquiera de las sumas indicadas (a elección del demandado) no se produce el pago de la obligación, sino la conversión del objeto embargado o que se iba a embargar, pues la suma dicha viene a sustituir a dicho objeto, y éste deviene libre en tal forma que queda legalmente excluida la posibilidad de que se le pueda secuestrar de nuevo "por razón del mismo reclamo". Y esto, según creemos, obedece a una razón: que la ley busca facilitar esta conversión para que se expedito el procedimiento, y mediante la garantía de liberación definitiva del bien o bienes estimulando al demandado a realizarla.

Pareciera también que en la referida norma haya un resabio de la antigua legislación colonial española que protegía especialmente ciertos bienes familiares, permitiendo en la forma dicha que el demandado pueda liberarlos definitivamente de la persecución del acreedor embargante.

En caso de concurrencia de embargos sobre el mismo bien, los embargantes posteriores al actor pueden hacer levantar el embargo de éste, o cualquier otro embargo anterior, depositando cualquiera de las sumas que, según hemos indicado, puede consignar el demandado. Pero naturalmente que tal depósito no debe producir la liberación a que nos hemos referido, por no concurrir los motivos dichos, sino que la finalidad del mismo es obtener la prelación o una mejor posición en el orden de los embargos (artículo 464, *in fine*).

2º) Forma de trabar el embargo.

En lo que a la traba del embargo se refiere encuentra aplicación el principio del "locus rei sitae", en cuanto la ley sólo considera competente para la misma a la autori-

dad judicial del lugar en donde los bienes se encuentren, de manera que si el proceso se encuentra en lugar distinto, el Juez deberá comisionar a aquélla para todo lo relativo a la traba (artículo 450, apartados primero, segundo y cuarto, *ibídem*).

El Juez o Alcalde puede practicar la diligencia personalmente, o nombrar un Ejecutor, o bien comisionar a un Notario, fijando previamente la suma que corresponde a honorarios y gastos, la cual depositará el interesado antes de la ejecución de la diligencia (apartado tercero del artículo citado).

Cuando se nombre ejecutor, en el acta de aceptación del cargo que al efecto se levantará, debe consignarse la advertencia hecha por el Juez a aquél de que se abstendrá "... de embargar aquellos bienes que sean evidentemente inembargables, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 984 del Código civil"; y con posterioridad a la diligencia ya verificada, tiene el Juez el deber de revisar el acta de embargo para constatar si el Ejecutor ha cumplido con lo mandado, ordenando, si es el caso, el desembargo de los bienes comprendidos en el precepto sustancial citado (artículo citado, apartado quinto).

Los bienes que la ley declara inembargables son: "1º, Los sueldos que no excedan de sesenta colones mensuales. Las siete octavas partes si excedieran de sesenta y no de trescientos colones mensuales. Las siete octavas partes de los primeros trescientos colones y las tres cuartas partes del resto, si los sueldos no fueren mayores de quinientos colones mensuales. Sin embargo todo sueldo será embargable hasta en un cincuenta por ciento, en concepto de pensiones alimenticias. 2º, Las jubilaciones o pensiones que concede el Estado en remuneración de servicios prestados y las pensiones alimenticias. 3º, El menaje de casa del deudor, en cuanto su valor no exceda de mil colones, y la ropa necesaria para el uso de él, de su mujer y de los hijos que con

él vivan. 4º, Los libros, máquinas y útiles necesarios para la profesión del deudor, a elección de éste, en cuanto no excedan del valor de mil colones. 5º, Los útiles e instrumentos del artesano o agricultor, en cuanto sean necesarios para su trabajo individual y el de los hijos que mantiene. 6º, Los uniformes y equipos militares del deudor conforme a su grado. 7º, Los artículos de alimentos que existan en poder del deudor, en la cantidad necesaria para el consumo de su familia durante un mes. 8º, Los derechos puramente personales como el de uso y habitación, y cualesquiera otros bienes que el deudor haya adquirido a título gratuito bajo la condición de que no puedan ser perseguidos por deuda, salvo las mejoras que provengan de su industria". (Artículo 984 del Código civil); pero no rigen las disposiciones de los incisos 3º, 4º y 5º si los bienes allí indicados hubieren sido dados en garantía prendaria por la obligación cobrada en el proceso (artículo citado, *in fine*).

3º) Designación de bienes. Ampliación y reducción del embargo.

Es derecho del actor designar los bienes sobre los que recaerá el embargo, pero en cuanto a la cantidad de ellos, eso se deja a la prudencia del Ejecutor, quien solo debe secuestrarlos en la necesaria para cubrir la suma reclamada más el cincuenta por ciento.

Mediante la promoción de un incidente que la ley configura como de tipo común, las partes pueden pedir la ampliación o reducción del embargo, y el Juez resolverá lo que corresponda basándose en una estimación pericial del valor de los bienes embargados, sin que contra dicha resolución quepa ningún recurso (artículo 451 *ibídem*).

La ampliación puede pedirla el actor por tres motivos: a) que los bienes embargados sean insuficientes en relación a la suma reclamada (artículo citado); b) que no se hubieran pignorado suficientes por no tenerlos el demandado,

pero que posteriormente aparezcan o aquél adquiera alguno; y c) que prospere una tercería de cualquier tipo en perjuicio de lo embargado por el actor, o de sus derechos a ser pagado exclusivamente con dichos bienes (artículo 460). Una vez acordada la ampliación, puede el actor pedir que se embarguen otros bienes del accionado.

Cuando se ordene la reducción, el actor siempre conserva la facultad de indicar cuales bienes serán desembargados, pero debe ejercerla dentro del plazo perentorio de veinticuatro horas, contado desde que sea notificado de la relativa prevención, so pena de que, transcurrido dicho plazo, el Juez indicará prudencialmente los que deberán ser desembargados.

No prosperará el incidente de desembargo cuando la cosa secuestrada fuere indivisible, por mucho que su valor exceda la suma cobrada por el actor. En tal caso lo que el demandado puede hacer es la conversión del embargo, a norma del artículo 449 *ibídem*.

c. Depositario Judicial

Este es, en nuestro sistema procesal, un particular que auxilia la función judicial y que, para efectos de la ley, se asimila a un funcionario público. En consecuencia tiene el apoyo judicial cuando sea perturbado en el ejercicio de su cargo, y puede perseguir judicialmente los bienes del depósito de que hubiere sido ilegítimamente despojado; pero debe responder al Juez por el cumplimiento de su cometido, hallándose bajo su autoridad para todo lo relativo al desempeño de sus funciones. Debe tener lo embargado a la orden del Juez, y si no hiciera entrega de ello en la forma tiempo y lugar que aquél le mande, podrá decretarse en su contra el apremio corporal (artículos 1001 a 1003 del Código civil).

En lo relativo al depósito de bienes inmuebles, salvo que concurran motivos especiales a juicio de la autoridad

judicial, el mismo se hará en la persona que esté en posesión de ellos, quien tendrá entonces las funciones de administrador. En tal condición estará "... obligado a rendir cuentas mensuales o trimestrales, según el Juez lo determine, documentadas y bien comprobadas, de su administración" (artículo 452, segundo apartado, del Código de Procedimientos Civiles), pudiendo ser removido de ese cargo, a solicitud de parte interesada, si en cualquier forma no cumple a cabalidad su cometido.

En cuanto a muebles, el depositario será nombrado por el Ejecutor en el acto de trabar el embargo, si las partes no se ponen de acuerdo en ese mismo momento acerca de la persona que debe serlo.

Es depositario judicial *ex lege* de los bienes dados en prenda, el acreedor que, en virtud de convenio, esté en posesión de los mismos al iniciarse el relativo proceso. En tal caso no es necesario practicar el embargo, pues se han cumplido ya los fines que con el mismo se persiguen. (Artículo 464 *ibídem*).

d. En especial sobre el embargo de inmuebles

Como habíamos adelantado al hablar de las formas de practicar los embargos, los bienes raíces se tendrán por embargados anotando el decreto del Juez, mediante mandamiento dirigido al Director del Registro Público, al margen del asiento de la finca de que se trate, la cual identificará el actor en su escrito de solicitud de embargo.

La anotación así practicada surte todos los efectos del embargo, pero está sujeta a decadencia si en los tres meses siguientes no se presenta al Registro mandamiento de inscripción de la traba materialmente practicada sobre el inmueble (artículos 453 y 455 *ibídem*). Dicho mandamiento será expedido de oficio por el Juez una vez que la traba se ha llevado a efecto, y deberá contener transcripción literal del acta respectiva (artículo 454).

La anterior duplicación, que tan malas pasadas suele jugar a los abogados litigantes, se justifica porque ambas medidas (la anotación y la inscripción) cumplen fines diversos e igualmente útiles para los intereses del actor. La anotación es una medida de urgencia, destinada a lograr prelación en el caso eventual de concurrencia de embargos, así como también para prevenir traspasos, hipotecas, etc., de los bienes del demandado. La traba material, por su parte, sirve para establecer las condiciones reales del inmueble para los efectos de su administración sucesiva, y también mediante ella se provee al nombramiento de depositario judicial, cosa que no se puede hacer por vía de anotación. De manera que se trata de dos medidas complementarias; y el término de tres meses establecido por la ley para que una suceda a la otra sin perjuicio para los intereses del actor no es tan angustioso como para que en su transcurso no se pueda practicar la traba material, ni tan largo como para que se perjudique el bien por falta de una adecuada administración.

Y ahora queremos referirnos a una práctica que hemos observado en los Tribunales, consistente en la repetición indefinida de la anotación del decreto por medio de mandamientos dirigidos cada tres meses al Registro. Nos parece que ello traiciona el espíritu de las normas comentadas, pues constituye la prolongación indebida de una situación que la ley concibe como transitoria.

Cuando el embargo no puede llevarse a cabo porque un tercero está en posesión del inmueble, no obstante que éste aparezca en el Registro a nombre del demandado, se enviará a dicha inscripción, en vez del consabido mandamiento de inscripción con inserción del acta de secuestro, otro conteniendo razón de la circunstancia dicha, y surtirá los mismos efectos que el primero (artículo 459).

El embargante de inmuebles no inscritos puede ser, a su pedido, legitimado procesalmente para promover y lograr la inscripción de aquéllos (artículo 456 *ibídem*). Mien-

tras no se produzca tal inscripción, tampoco procederá el Registro a practicar la del embargo practicado, pero sí está obligado a recibir el mandamiento que para ese efecto le envíe el Juez (artículo 457 *ibídem*).

El anterior es un caso particular de "ejercicio de los derechos del deudor de parte del acreedor", quien está legitimado para sustituir procesalmente a aquél como titular de la acción respectiva, en vista de su interés en lograr la inscripción provisional de su embargo en el Registro, así como del beneficio que le reporta el aumento de valor venal que el bien experimenta por virtud de la inscripción.

e. *Valor de la inscripción del embargo frente a los derechos de terceros.*

La inscripción del embargo en el Registro produce los efectos de la hipoteca (y ya ha sido observado entre nosotros que el embargo de inmuebles es una institución que tiene mucho en común con la "hipoteca judicial" de otras legislaciones) frente a los derechos reales o personales de otros acreedores que nacieran con posterioridad a la anotación de aquél, en el sentido de que dichos acreedores, caso de venta del inmueble, sólo pueden satisfacer sus créditos con el sobrante que eventualmente resulte, una vez pagado el embargante (artículo 458, primer apartado, *ibídem*).

En su sentencia de las quince horas y quince minutos del quince de abril de mil novecientos cincuenta y nueve nuestra Sala de Casación interpretó que la inscripción del embargo en el Registro prevalece aún sobre la hipoteca constituida en fecha anterior, pero presentada a dicha institución después de aquél, inspirándose para ello, según nos parece recordar (ya que citamos de memoria, por no tener a mano la referida sentencia), en la doctrina española formada alrededor de la legislación hipotecaria de dicho país y movida por el justo propósito de impedir ciertas prác-

ticas abusivas que se habían venido desarrollando al amparo de la jurisprudencia anterior.

Pero la tesis, a la luz de nuestro derecho positivo, nos parece dudosa, pues creemos que el artículo 458 citado, al hablar de "nacimiento" del crédito (en este caso garantizado con hipoteca) entiende por tal su "constitución" y ésta tiene lugar, según expresamente lo dispone el artículo 409 del Código civil, en la fecha indicada en la correspondiente escritura pública.

Frente a los embargantes de fecha anterior admitidos en el proceso en calidad de terceros coadyuvantes, el actor embargante no tiene ningún privilegio, de modo que, caso de venta del bien, el producto obtenido en la misma se repartirá a prorrata (artículo 458 del Código de procedimientos civiles).

Pero aquí se presenta el famoso rompecabezas que resulta de la aplicación de los artículos 1107 y 1108 del Código civil, relativo a la situación provocada por la concurrencia entre el cesionario de un crédito garantizado con hipoteca y el embargante del mismo que hubiera anotado su embargo en el Registro antes de la presentación al mismo de la escritura de cesión.

Según el artículo 1107 citado, ante la situación descrita el cesionario del crédito podría hacer *tercería coadyuvante* dentro del proceso donde el crédito mismo hubiera sido embargado, de manera que tendría derecho, caso de remate, a repartirse a prorrata con el actor el producto obtenido.

Pero eso sería únicamente en el caso de que sólo ellos dos (cesionario y actor embargante) concurrieran a la distribución, porque si también intervienen otros *terceristas* con embargo anotado en el Registro antes que el actor, y por esta circunstancia no pueda el último obtener la satisfacción total de su crédito en la distribución,

tendrá derecho a que se deduzca de la cuota del cesionario-tercerista aquella suma que dejó de percibir por motivo de la concurrencia de los referidos embargantes.

Este galimatías es el resultado de la aplicación armónica, impuesta por la ley, de los artículos 1108 del Código Civil y 458, segundo apartado, del de Procedimientos Civiles; y solamente puede ser aplicado en el caso que hemos expuesto, en el cual concurren el cesionario de un crédito hipotecario y el embargante del mismo, por la razón de que los artículos 1107 y 1108 citados se refieren al contrato de cesión, y no al de compraventa, de donde resulta excluido de la hipótesis "el nuevo propietario de la finca embargada". Y de otra parte, también resulta excluido "el acreedor real posterior a la anotación" que indica el apartado segundo del artículo 458 citado, porque de no ser así, en qué queda lo dispuesto en el primer apartado de dicho artículo, al decir que "... los acreedores reales... cuyo crédito naciera con posterioridad a la presentación del mandamiento de anotación (del embargo decretado a favor del actor) *no podrán pretender derecho alguno a la cosa ni en el precio de ella*, con perjuicio del anotante, que podrá hacer venderla del mismo modo que lo haría un acreedor hipotecario"?

f. Forma y efectos de los embargos posteriores.

Embargado el bien por un acreedor, podrán recaer sobre el mismo otros embargos decretados posteriormente en sendos procesos, y para ello basta una comunicación escrita de los Jueces que decretaron los posteriores secuestros dirigida al que embargó primero (artículo 463 *ibídem*).

Dichos embargantes posteriores no podrán, naturalmente, ser pagados a prorrata con el anterior, sino que solo tendrán derecho al sobrante que resulte una vez pagado aquél, en el orden en que hubieren anotado sus embargos.

De ahí se sigue que, si se ordena levantar el primer embargo, el Juez dispondrá que la cosa así liberada sea puesta a la orden de la autoridad que ordenó practicar en el expediente la primera anotación, y así sucesivamente; y lo propio cabe hacer con el sobrante que eventualmente resultare, una vez pagado el actor del proceso en donde se practicaron las anotaciones.

48. EL APREMIO PATRIMONIAL.

Puede llamarse así (usando una expresión que lo contraponga al "apremio corporal") el conjunto de actos procesales que tienen lugar después de la sentencia de remate, y que culminan con la entrega hecha por el Juez al actor, de la suma obtenida con la venta judicial de los bienes del demandado.

Dentro del conjunto de estos actos se destaca en importancia el que entre nosotros se llama "remate judicial", cuya naturaleza y efectos han sido objeto de tantas y tan elaboradas teorías por parte de los estudiosos, sobre todo en lo que va del Siglo, que ya sería muy difícil idear una solución nueva.

Por el interés que indudablemente ofrece, también nosotros dedicaremos un aparte dentro de estas notas al estudio del fenómeno dicho, antes de proceder al análisis de las normas positivas que lo regulan en nuestro Código, haciendo una breve reseña de las más sugestivas doctrinas que al respecto se han construido.

a. *Naturaleza de la venta judicial*

Ya el solo hecho de que, tanto en la doctrina y la jurisprudencia como en la ley positiva, se suela llamar a este fenómeno "venta judicial", nos está indicando que en la formación original de esa expresión actuaba una concepción privatística, pues en la misma se puede constatar una

clara alusión a un contrato privado: la compraventa, cuyos lineamientos fundamentales fueron trasladados a este fenómeno que estudiamos.

Y en efecto podemos fácilmente constatar, remitiéndonos al estudio de los antiguos procesalistas, que la primera concepción que de la venta judicial se tuvo era una simple transposición, al terreno del proceso, de la figura de la compraventa elaborada por la doctrina civilista. De donde resultaba que, para aquéllos, la venta judicial no era sino el contrato de compraventa llevado a cabo en un proceso o, para decirlo mejor, realizado bajo la dirección del Juez, el cual contrato, salvo algunas modificaciones impresas por dicha circunstancia, conservaba su naturaleza privada.

Pero frente a esta concepción radicalmente civilista y, sin duda, poco elaborada (como era poco elaborado todo lo que concernía al Derecho Procesal), arremetió la naciente doctrina, sobre todo en Italia, y en esa forma empezaron a destacarse, desde distintos aspectos, todas las ficciones y malentendidos de que había sido preciso echar mano para asimilar dos instituciones ciertamente tan diversas, quedando entonces patente la poca consistencia de la doctrina tradicional.

En esta obra que podríamos llamar de "demolición", marcharon de consuno los procesalistas; pero cuando se trató de construir una nueva teoría de la venta judicial entonces surgieron las discrepancias entre las diversas concepciones ideadas por aquéllos, de entre las cuales hemos escogido unas pocas, menos conocidas en nuestro medio, con el fin de destacar los que en nuestro criterio constituyen los más serios problemas que presenta la conformación teórica del fenómeno en estudio.

Examinaremos entonces, de seguido, las doctrinas de los Profesores Chiovenda, Pugliatti, Zanzucchi y Satta, si quiera sea en forma breve, mencionando también algunas de las críticas que contra las mismas se han formulado.

1) *Doctrina de Chiovenda.*

El gran procesalista explica la naturaleza de la venta judicial diciendo que "... la autoridad estatal, por exigencias de la función jurisdiccional que le compete, expropia y hace suya la facultad de vender que pertenece al propietario deudor según la ley, y sucesivamente ejercita dicha facultad vendiendo el bien al adjudicatario" (Instituciones cit.; Tomo I, página 253). De manera que es el Estado, mediante el órgano jurisdiccional, el que lleva a cabo la venta forzada dentro del proceso ejecutivo, realizando para ello dos operaciones: a) expropiación de la facultad de disponer que pertenece al demandado como atributo de su derecho de propiedad; b) venta directa al adjudicatario (rematario), no por cuenta ni en representación del demandado, sino por cuenta propia (del Estado), puesto que posee la facultad de disponer.

Pero esta teoría falla por su base, pues no puede hablarse de "expropiación de la facultad de disponer" como si dicha facultad fuera autónoma y separable del derecho subjetivo, ya que éste no es una mera forma a la cual pueda írsele sacando el contenido. Además de que el demandado puede vender privadamente el bien después del momento en que, según Chiovenda, ya ha sido expropiado de la facultad de disponer, sea: después de que el Juez ordena el remate; y ello prueba que no ha sido expropiado de dicha facultad (confróntese: M. T. Zanzucchi: *Derecho Procesal Civil*, Giuffré, Editor, Milano, 1946; Tomo III, página 79). De otra parte, si el Estado, según esta teoría, puede expropiar la facultad de disponer de la cosa, ¿por qué no decir directamente que puede expropiar también la cosa misma, como lo hace en los casos de utilidad pública?

2) *Doctrina de Pugliatti.*

Este explica la venta judicial, así como la expropiación por causa de utilidad pública, como especies de una figura

general a la que da el nombre de "transferimiento coactivo", la cual comprende todo traspaso llevado a cabo mediante acto entre vivos que tenga lugar sin el concurso de la voluntad del titular (Pugliatti: *Teoría dei trasferimenti coattivi*; citada por Zanzucchi en la obra mencionada arriba). En el caso de la venta judicial, ésta sería un transferimiento coactivo cumplido por el Estado, al igual que la expropiación por causa de utilidad pública, y de ahí que, según el autor, se pueda hacer un paralelismo perfecto entre ambas, del siguiente modo: presencia de un órgano público que lleva a cabo el traspaso (el Tribunal en el caso de la venta judicial y la Administración en el caso de la expropiación) a solicitud de un interesado (el actor en el proceso, y un particular o el Estado mismo, en el caso de diligencia de expropiación) y a favor del propio solicitante o de persona distinta (puesto que en el caso de venta judicial el adjudicatario puede ser el actor o un tercero; y en el de expropiación por causa de utilidad pública puede serlo el propio Estado o un particular).

Pero bajo esta aparente similitud se ocultan grandes diferencias, como la que resulta de la finalidad a que tienden ambos institutos, que en el caso de la expropiación administrativa lo es "el interés público", mientras que en el de la venta judicial lo es el interés privado del acreedor; y también es diverso en ambos el beneficiario del "transferimiento", que lo es el Estado mismo o el particular adjudicatario en el caso de la expropiación, mientras que en la venta judicial no lo es nunca el tercero adjudicatario, sino el acreedor.

No se puede dudar de que en la venta judicial se produzca un "transferimiento coactivo", pero es muy dudoso que esto pueda conducir a la elaboración de una figura general del "transferimiento coactivo" con base en algunas semejanzas que se observan en las pretendidas figuras especiales, como la expropiación por causa de utilidad pública y la venta judicial, según ya vimos, pues tales seme-

anzas concurren al lado de grandes diferencias que restan valor científico a la elaboración de una figura general.

3) *Doctrina de Zanzucchi.*

Este autor concibe la venta judicial como un fenómeno de Derecho Público, al negar que ni siquiera la oferta de compra del "postor" tenga carácter privado. Para él dicha oferta no es otra cosa que una gestión judicial de la misma naturaleza que las formuladas por el actor y el demandado dentro del proceso, de modo que aquélla no es otra cosa que una especie de la "intervención de terceros". Y frente a esta "demanda" del tercero-oferente responde el Tribunal mediante una resolución ordinaria, en la misma forma en que, regularmente, lo hace frente a toda gestión judicial de parte, de donde se concluye que ambos extremos (demanda del tercero y resolución judicial) configurativos de la venta, pertenecen a la categoría de los actos procesales, dando así, consecuentemente, carácter publicístico a la referida venta judicial.

Pero si bien es cierto que, en un sentido amplio, puede decirse que el oferente es un "tercero" (precisamente en el sentido en que lo es toda persona ajena al proceso), no lo es bajo el punto de vista en que el Derecho Procesal entiende la intervención de terceros. Pues en efecto, y limitándonos a los terceristas de que habla nuestro Código, estos vienen al proceso, ya como litisconsortes voluntarios (terceros llamados coadyuvantes y excluyentes de preferencia), ya con el objeto de salvaguardar un interés propio que en virtud de una resolución judicial (caso del tercero apelante) o de una actuación judicial (caso de los terceristas excluyentes de dominio) se encuentra amenazado.

En los dos últimos casos son las referidas circunstancias las que obligan al tercero, totalmente ajeno al proceso, a intervenir, legitimándolo procesalmente para ello en los casos en que la ley lo permite. Pero el "tercero" a que se

refiere el Profesor Zanzucchi no está legitimado para "actuar" dentro del proceso por el hecho de que se publique el anuncio de la venta judicial, sino que viene voluntariamente a llevar a cabo una operación económica que le parece conveniente a sus intereses puramente privados, es decir, viene al Tribunal a comprar, como podría hacerlo en cualquier otra parte.

Claro que el modo de comprar en el Tribunal es distinto al usual en los negocios privados, y prueba de ello es que el "postor" debe someterse a la disciplina procesal de la venta. Pero esto no indica que desde el punto de vista subjetivo él formule, en el primer caso, una demanda judicial: su interés es puramente privado y como tal es desentendido frente al órgano jurisdiccional, manteniendo su carácter voluntario y permaneciendo ajeno a las peripecias del proceso hasta el momento de la consignación del "resto" del precio ofrecido por la cosa rematada. Y aún después de este momento no puede decirse que dicho interés sea distinto del que tiene el comprador privado en lograr la entrega de la cosa que (privadamente) adquiere.

4) *Doctrina de Satta.*

El Profesor de Roma, cuyo criterio nos parece el más aceptable, estima fallidas todas las tentativas de explicar la venta judicial, tanto desde el punto de vista exclusivamente privatístico (contrato de derecho privado) como publicístico (contrato de derecho público; transferimiento coactivo que culmina en un acto-procedimiento de naturaleza administrativa; fenómeno de carácter puramente procesal, etc.), y cree que son irreductibles, tanto la naturaleza privada de la oferta del postor, como la pública de la actuación del Tribunal, las cuales no pueden ser comprendidas aisladamente, del mismo modo que la venta tampoco puede ser considerada como algo independiente del conjunto de actos que la preceden y la siguen.

Para él "...no tiene sentido preguntarse si la venta tenga o no naturaleza contractual, en cuanto la misma es una manifestación del poder jurisdiccional y el transferencia se cumple en virtud del ejercicio de este poder, esto es, en el proceso...". De donde se puede arribar a la conclusión de que "...en el proceso se articula la venta forzada como un procedimiento para lograr la transformación del bien no debido en el bien debido: en este procedimiento se insertan, ambos imprescindibles, el acto de voluntad del órgano y el del comprador, que no tienen necesidad de fundirse el uno en el otro, o de anularse recíprocamente, sino que en el procedimiento encuentran su unidad..." (obra citada: página 392).

El procedimiento en cuya virtud se opera el traspaso del bien del demandado al adquirente es de naturaleza tan diversa del contrato de compraventa que resulta inadecuado llamarlo "venta", por las implicaciones que se siguen del significado usual de esta palabra.

Dicho procedimiento consiste en una actividad regulada en la ley procesal, cuya finalidad, como se dijo, es lograr la transformación de un bien perteneciente al demandado, pero que éste no debe según el tenor de la obligación, en dinero, que es el bien debido; y con ello se obtiene por la vía subrogada de la jurisdicción la tutela de los intereses del acreedor.

Los sujetos que intervienen en esta actividad son, de un lado el Tribunal, y del otro los oferentes o postores, que pueden serlo cualesquiera ciudadanos, pues la oferta es pública (salvo el caso de excepción que estudiaremos). Por su parte el actor y el demandado pueden intervenir en el desenvolvimiento de dicha actividad, por ser partes en el proceso donde la misma se desarrolla, pero en sentido estricto no son sujetos de ellas.

Esta es la primera diferencia palpable entre ambas figuras (procedimiento de traspaso y contrato de compra

venta). Ahora veremos que también hay notables diferencias en cuanto a los efectos, de los cuales estudiaremos algunos.

b) Efectos

El "procedimiento judicial" de traspaso se asemeja al contrato de compraventa, como es obvio, en que su efecto principal es el traspaso de la propiedad del demandado a otra persona (el adquirente); pero fuera de este efecto, que caracteriza a ambos como "modos de transferir la propiedad", difieren sustancialmente, como dijimos y lo demostraremos mediante el examen de algunos de los efectos que el primero produce.

En el caso de evicción, el adquirente no puede reclamar al Tribunal, su vendedor, ni al demandado propietario (salvo cuando hubiera percibido un sobrante del precio, en ciertos casos), sino al acreedor que de mala fe hubiera hecho embargar un bien de tercero; y lo mismo ocurre en el caso de saneamiento por vicios ocultos, acción *quantum minoris*, etc.

La falta de entrega de la cosa no puede dar lugar a una acción contra el Tribunal (vendedor) si éste ha puesto al servicio del adquirente todos los medios de que dispone al efecto; ni contra el demandado propietario, si no ha intervenido en la actividad tendiente a la no entrega (si ha intervenido o es directamente responsable de ella, cabría contra él una acción por daños y perjuicios, pero no la nulidad del traspaso); ni, en fin, contra el acreedor que ha recibido el precio.

En cuanto a los vicios generales del consentimiento en materia contractual que creemos poco factible que se puedan producir en un remate, salvo en caso del error (pues es casi ridículo pensar que el Juez hiciera violencia o actuara con dolo respecto de los postores, o de alguno de

ellos), no parece que fuera causa suficiente para anular el acto.

c. *El procedimiento en el Código de procedimientos civiles*

Dice el artículo 465 *ibídem* que cuando lo embargado en el proceso fuera dinero, una vez firme la sentencia de remate "... se pagará inmediatamente al actor el capital reclamado; los intereses y las costas"; pero ello no es posible en cuanto a éstas últimas, puesto que no son liquidadas en la sentencia, sino precisamente después de que la misma haya alcanzado firmeza, mediante un procedimiento particular que la ley regula; y lo mismo cabe decir acerca de los intereses llamados "moratorios", que continúan corriendo durante la pendencia del proceso y hasta el pago efectivo del principal, y por ello no podrían ser liquidados en la sentencia.

Cuando lo embargado consiste en valores de comercio, la venta de éstos debe hacerse fuera del proceso, por "... un Corredor Jurado, agente o comerciante ..." a quien el Juez comisionará para ello (artículo 466 *ibídem*); y aunque el Código no regula la forma de dicha venta, debe entenderse que a la misma se aplican las reglas generales que norman el remate judicial (publicidad, avalúo, posturas, etc.) adaptadas en forma de facilitar la operación, pero garantizando a la vez los derechos de las partes y la seriedad del acto.

Y a esta parquedad del Código de Procedimientos Civiles en relación con dicha forma de venta se debe, según creemos, que no se use en la práctica, por el temor de que no queden satisfactoriamente garantizados los intereses de las personas a que el acto atañe.

El remate judicial propiamente dicho es precedido de una actividad que se desarrolla en el proceso, tendiente a que aquél constituya, si no un acto provechoso para todos

(cosa imposible), por lo menos un acto de justicia, rodeándolo de todas las garantías de seriedad que deben informar la actividad jurisdiccional.

Puede decirse que el remate es el punto culminante de la actividad judicial dentro del proceso ejecutivo, sobre todo por la razón de que, en virtud del mismo, se produce un efectivo despojo en daño de un ciudadano: es uno de esos momentos en que el Estado interviene en la esfera privada de los individuos e impone, *manu militari*, sus decisiones, contra la voluntad y en perjuicio de aquéllos, por mucho que lo haga en cumplimiento de fines legítimos.

Y es por tales razones que se le ha rodeado de toda esa serie de medidas de que hablábamos, que nuestro Código ha recogido en sus artículos y que salvaguardan las siguientes: a) garantías de un precio justo; b) publicidad; c) seriedad de las ofertas; d) seguridad de la venta judicial para el adquirente; e) expedición de formas. Expondremos ahora las disposiciones legales que resguardan dichas garantías.

El precio que para los inmuebles sirve de base en el remate lo determina, por regla general, el valor con que los mismos aparezcan conforme a la declaración hecha por el propietario ante la Oficina de Tributación Directa; pero dicho precio debe ser determinado por un perito de nombramiento del Juez, si se trata de fincas cuyo valor no ha sido declarado en aquella Oficina o si el actor lo prefiriere así, por cualquier motivo (artículo 467, primer apartado, *ibídem*).

Esto último tiene su razón de ser en que la estimación pericial ofrece mayores garantías de certeza que la declaración del propietario en la Oficina de la Tributación Directa, no solamente porque ésta no se lleva a cabo en una forma técnica, sino porque puede corresponder a una época muy anterior al tiempo del remate.

En cuanto a muebles, estos serán siempre estimados por un perito en la forma dicha, por faltar entre nosotros

una Oficina de Registro General de la Propiedad mueble de donde se pueda tomar el valor declarado de la cosa, de modo que no es posible la alternativa que se da en el caso de los inmuebles (artículo citado, apartado segundo).

Una vez establecida la base del remate, procede su publicación; la cual se lleva a cabo por medio de un edicto que se stampa durante tres días consecutivos en el Boletín Judicial, y que contendrá indicación del día, la hora y el lugar en que el remate se verificará; identificación del Tribunal y del proceso correspondientes; suma o sumas básicas en que los bienes serán subastados; expresión de los gravámenes con que los mismos serán vendidos, si es que los hay; descripción lacónica de la naturaleza, clase y estado de los bienes muebles, o identificación de los inmuebles por medio de la cita del número, asiento, tomo y folio en que aparecen inscritos en el Registro, y de su naturaleza, situación, medida, linderos y nombres especiales con que se les conoce (artículo 468 *ibídem*).

La falta de alguno de los requisitos relativos a la descripción del bien en el edicto no es motivo para pretender la nulidad del remate, ni impide su celebración, ya que todos esos datos se encuentran en el expediente y pueden ser, por ende, verificados por los interesados en cualquier momento (artículo citado, *in fine*).

Pero el remate no se podrá llevar a cabo, y si efectuado, debe anularse: a) cuando entre la fecha de la primera publicación del edicto y la de la subasta no ha transcurrido el plazo que establece la ley, de ocho días para cuando se venden muebles y de quince en el caso de inmuebles; b) cuando se omita identificar en el edicto el Tribunal o el proceso en que la venta se verificará; c) cuando no se mencione el precio que sirve de base para ofrecer, o se consigne otro diverso; y d) cuando se indique día, hora o lugar diferentes del señalado por el Tribunal para la diligencia.

Aunque la ley guarda silencio en relación a las hipótesis anteriores, creemos que la falta de cualquiera de los requisitos a que las mismas se refieren invalida el acto, pues los mismos son establecidos para garantizar la posibilidad de concurrencia de postores al acto, así como para que éstos, avisados de antemano sobre las condiciones esenciales del remate, tengan suficientes elementos de juicio para decidir si intervienen o no en el mismo.

También existen causas de nulidad previstas taxativamente en el Código (artículo 472) para el caso de remate ya celebrado, y que vale oponerlas en cualquier tiempo (sin perjuicio de la prescripción), ya sea dentro del expediente del proceso ejecutivo donde el acto se llevó a efecto, o bien mediante la vía ordinaria, estableciendo la acción correspondiente.

Dichas causas de nulidad se producen: 1º, en el caso de inmuebles, o de derechos reales, cuando se subastare "...una cosa por otra, o una cosa ajena"; y 2º, cuando la venta se ha verificado a una hora distinta de la señalada por el Tribunal o indicada en el anuncio público inserto en el Boletín Judicial.

De la primera de dichas hipótesis se excluye el caso de que se venda un bien mueble ajeno, con el objeto de dar mayor seguridad a los remates de esta clase de bienes, ya que de otro modo, como no existe entre nosotros la Oficina de Registro de la Propiedad Mueble, no habría certeza acerca del verdadero propietario del bien al momento de la venta, y esto se prestaría a constantes litigios. Mas ello no puede suceder en el caso de inmuebles o derechos reales, pues su propiedad es fácilmente determinable por medio de los Libros del Registro u otras pruebas fehacientes (testimonios de escritura pública, etc.).

La subasta debe celebrarse en forma pública, es decir, en un lugar que permita el libre y fácil ingreso de la gente, aunque no sea propiamente lo que se conoce como un

sitio público (jardines, plazas, etc.), pues no se trata de dar espectáculo gratuito a los transeúntes, sino de no impedir la presencia de ningún interesado.

Cuando ello fuere posible, los bienes subastados estarán a la vista de los interesados, en el momento de la venta, para que puedan examinarlos directamente. Pero sucede en la práctica de los Tribunales que esto nunca se hace, pues resulta incómodo que los depositarios estén portando a la oficina correspondiente, cada vez que hay remate, las cosas objeto del mismo, aunque se trate de cosas pequeñas. Y tampoco se suele cumplir la segunda parte del artículo de comentario (469 *ibídem*), que obliga a tener una muestra en el acto de la subasta cuando los bienes a rematar fueren "caldos, semillas u otros semejantes"; y a poner de manifiesto "los planos y títulos que hubiere" cuando se deban vender inmuebles.

Para ser admitido como postor debe el interesado, antes de que comience la subasta, hacer un depósito, mediante consignación bancaria a la orden del Tribunal, o en las manos del Juez. Dicho depósito será de dinero efectivo o cheque certificado o aceptado, girado por el propio oferente, o bien mediante cheque girado por persona distinta de aquél, pero "de responsabilidad reconocida". El monto de dicho depósito no puede ser inferior al diez por ciento de la cantidad en que los bienes a subastar han sido valorados (artículo 470, segundo apartado).

Sin embargo, el actor del proceso puede hacer exonerar al interesado de consignar el depósito dicho, mediante manifestación hecha al Juez por escrito o verbalmente en el acto de celebrarse la diligencia (artículo y apartado dichos); y lógicamente puede él mismo participar en el remate sin necesidad de depositar ninguna suma, puesto que el crédito hecho valer en el proceso constituye su garantía.

Pero si sus derechos en el proceso estuvieren a su vez embargados, y resulta adjudicatario en la subasta, enton-

ces deberá depositar en el Tribunal el precio porque se adjudicó el bien, caso de que éste sea inferior a la suma porque se trabó el embargo sobre sus derechos; y en el caso contrario, deberá depositar una suma igual al monto del referido embargo (artículo citado, *in fine*).

En cuanto al demandado, creemos que no puede ser admitido como postor en ningún caso, puesto que la circunstancia de ser el remate una forma de traspaso del bien excluye la posibilidad de que éste pueda ser adquirido por su propietario, puesto que en esta forma no se produciría ningún traspaso. Y en la misma forma debe resolverse, en nuestro criterio, el caso del "dueño actual" de la cosa en los procesos hipotecario y prendario.

d. *Celebración del remate judicial.*

La celebración del remate se verifica bajo la dirección del Alcalde, o Juez o del Actuario Judicial (en los Juzgados donde lo haya), con asistencia del Secretario del Tribunal o, en su defecto, de dos testigos, y con el auxilio de un Pregonero, cuya función es la de ejecutar los actos materiales que constituyen la diligencia (artículo 473 *ibídem*).

Se inicia el acto cuando, por orden del Juez, el Pregonero lee en voz alta "... la relación de los bienes y las condiciones de la subasta" (artículo citado), invitando a continuación a los interesados presentes para que hagan sus ofertas, que deberán ser de contado y no inferiores a los dos tercios del avalúo dado a los bienes (artículo 470, primer apartado).

Cuando ninguno de los interesados hace postura, apercebidos que fueren por tres veces por el Pregonero, el Juez declara concluida la diligencia y hace constar dicha circunstancia en el expediente mediante acta levantada al efecto, y firmada por él, el Secretario (o testigos) y el Pregonero.

Pero si alguno de los interesados hace una oferta legalmente aceptable, el Pregonero la publicará de viva voz por tres veces, invitando a los otros presentes a mejorarla, y lo propio se hará cada vez que se haga postura, hasta que no haya ninguna que mejore la última bien formulada, caso en el cual se dará por terminada la subasta teniendo como adjudicatario del bien o bienes a la persona que hizo dicho última oferta (artículo 473, segundo apartado, ibídem), y se devolverá a sus dueños los depósitos consignados para intervenir en la venta, menos el del oferente-adjudicatario, que será enterado a la mayor brevedad en la cuenta bancaria del Tribunal (artículo 470, apartado tercero, ibídem).

De lo así actuado también se levantará seguidamente un acta, que firmarán las personas dichas y el rematario o rematante; y si cualquiera de dichas firmas no se hubiere consignado en la misma, el Juez mandará recogerla haciendo constar dicha circunstancia por separado, salvo que sea el caso en que el rematario no sepa o no quiera firmar, pues entonces se pondrá razón de ello en el acta misma (artículo citado, in fine).

e. Ausencia de postores. Ulteriores remates

Caso que la diligencia se suspendiera por falta de postores puede el actor, dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la misma, pedir que se le asigne el bien por las dos terceras partes de su avalúo y en abono al crédito cobrado, siempre y cuando en este caso el crédito sea superior al monto por el cual el bien le resulta asignado, pues de otro modo deberá el petente depositar la diferencia que resulte en su contra; y si no desea la asignación del bien, puede entonces pedir que se celebre un nuevo remate, pero "... con rebaja del veinticinco por ciento del avalúo inicial" (artículo 474 ibídem).

Si tampoco esta vez se presentaren oferentes, dentro de los tres meses indicados arriba puede el ejecutante pedir la asignación por las dos terceras partes de la base establecida para el segundo remate, o lo que es igual, por el cincuenta por ciento del primitivo avalúo.

También podrá en este caso, si lo prefiere, pedir que se celebre una nueva subasta, pero esta vez "sin base", es decir, sin que los postores estén sujetos a una suma básica para iniciar sus ofertas, de manera que será válida cualquiera que se haga, por modesta que sea.

En este tercer remate se pueden presentar dos alternativas: 1) que los bienes resulten subastados por una suma no inferior al cincuenta por ciento del avalúo original, en cuyo caso el remate se aprobará, ya que en esta forma la venta produjo al menos la cantidad por la que el actor hubiera podido pedir la asignación; 2) que lo sean por suma inferior a dicho porcentaje, caso en el cual el Juez, de previo a la aprobación del remate, dicta una resolución ordenando notificar al demandado el precio ofrecido por el último postor, y previniéndolo para que dentro de los nueve días siguientes libre los bienes mediante el pago, al actor, de la totalidad de la suma cobrada (como acertadamente lo ha decidido la Sala Segunda Civil, en su resolución de las nueve horas y cinco minutos del diecisiete de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco), o presente, dentro del mismo plazo, "... persona que mejore la postura (hecha por el oferente en el remate) y haga el depósito de ley..." (artículo 475 ibídem).

Tanto en el caso de la tercera subasta como en el del tercero "mejorante" que el demandado debe presentar en la hipótesis que acabamos de examinar, el depósito para tener derecho a hacer ofertas debe ser, según nos parece, del cinco por ciento del primitivo avalúo, aunque la ley no lo señala expresamente, pues creemos que en el sistema compuesto de los tres artículos examinados (473, 474 y 475 ibídem) se establece una graduación descendente, tanto

en lo relativo a la cantidad por la cual el actor puede adjudicarse los bienes en cada uno de los remates, como en punto a depósito para garantizar la seriedad de la oferta hecha por los interesados ajenos al proceso. Y así vemos que para el primer remate el depósito será del diez por ciento del primitivo avalúo; para el segundo lo será del siete y medio por ciento de dicho avalúo; y de ahí que hemos creído que para el tercero debe serlo el cinco por ciento, que es el diez por ciento de la suma por la cual el actor pudo haberse adjudicado el bien: el cincuenta por ciento del primitivo avalúo.

De otro lado, y en apoyo a dicha tesis, vemos que ese mismo cincuenta por ciento es la suma mínima para que el postor-adjudicatario obtenga de inmediato la aprobación del tercer remate, lo cual revela que ese porcentaje es algo así como la base ideal de dicha subasta, conforme al sistema del Código.

No nos parece, de otra parte, satisfactoria la solución que se suele dar a este problema en la práctica, en el sentido de que no sea necesario el depósito para concurrir a ese tercer remate, pues aunque es cierto que se inicia "sin sujeción a tipo", de hecho puede llegarse a la situación de que las pujas hagan subir el precio de los bienes subastados a cantidades apreciables. Ni tampoco compartimos el criterio de quienes consideran que debe irse depositando, de vez en vez, el diez por ciento de la suma que se ofrece en cada puja, ya que ello rompe el sistema de la ley en una forma absoluta, y va además contra lo dispuesto en el artículo 470, segundo apartado, *ibidem*, que establece el momento de hacer el mencionado depósito.

f. *El remate privado del artículo 475*

Si el demandado deja transcurrir el indicado plazo de nueve días sin pagar al actor ni presentar un tercero mejorante, la subasta será aprobada de oficio por el Juez.

Pero si opta por la segunda alternativa, el Juez debe ordenar que se celebre un nuevo remate con exclusión de

toda otra persona que no sea el postor adjudicatario de la tercera subasta y el mejorante presentado por el ejecutado. Para este acto el Juez hará el señalamiento de hora y fecha, pero no lo anunciará mediante la publicación de edictos en el Boletín Judicial, por tratarse en realidad de un acto privado; y naturalmente que esta vez la subasta tendrá por base la oferta del mejorante, adjudicándose en definitiva los bienes en la forma que hemos estudiado al hablar del primer remate.

En todo caso el Juez puede prescindir de este remate privado, adjudicándole el bien al mejorante, si el postor original, en vista de la oferta del primero, renuncia a su pretensión de adquirir los bienes.

g. *Aprobación del remate. Pago del precio*

Una vez que la subasta termine con la adjudicación de los bienes a uno de los postores, el Juez la aprobará de oficio, previniendo al rematario o rematante que dentro de tercero día debe consignar en la cuenta bancaria del Tribunal el resto del precio ofrecido; hecho lo cual, el Juez debe ordenar al depositario de los bienes que haga entrega de ellos al adjudicatario (artículo 476 *ibidem*); y si fuere del caso, dispondrá también que las piezas correspondientes sean protocolizadas por un Notario (artículo 477 *ibidem*).

Pero si transcurridos los tres días del plazo dado al adjudicatario para depositar el resto del precio ofrecido por los bienes, sin que lo haga, puede el actor "acusar la rebeldía" de aquél, y entonces el Juez, en una sola resolución, tomará las siguientes providencias: a) tener por acusada la rebeldía del rematario; b) declarar la insubsistencia de la venta judicial celebrada; y c) condenar al rebelde al pago de los daños y perjuicios irrogados al actor con su incumplimiento. También podrá el Juez, en esa misma resolución, hacer un nuevo señalamiento para proceder al remate de los bienes, si el actor se lo solicitare expresamente (artículo 478 *ibidem*, primer apartado).

Los daños y perjuicios que el rematario rebelde debe pagar al actor son fijados por la ley (artículo citado, segundo apartado) en el cincuenta por ciento de la suma depositada por aquél a norma del artículo 470, segundo apartado, *ibídem*; y dispone la misma ley que la mitad restante de dicha suma se entregue al ejecutante "en abono a su crédito", lo cual no tendría razón de ser si se considera que ese dinero no es del deudor, sino de un tercero. Pero es que, según nos parece, el motivo inspirador de esta regla es la presunción de que detrás del rematario que no cumple se oculta el demandado, que desea conservar sus bienes y acude para ello a la maniobra de interferir su venta por medio de un testaferro, el cual se hace adjudicar los bienes sin la menor intención de oblar el resto del precio que ha ofrecido por ellos.

Este testaferro o "gancho", como popularmente se le llama, que ha llegado a ser una institución complementaria a la del remate judicial, constituye sin duda alguna un expediente inmoral y una burla a la administración de justicia. Pero sirve en muchos casos para poner coto a otra inmoralidad de peor especie: el cobro excesivo de intereses por parte de los prestamistas y el despojo sistemático que estos llevan a cabo en perjuicio de sus deudores. Se trata, en suma, de un combate en que ambos antagonistas usan armas desleales: y no se sabe cuál de ellas es más deplorable.

h. *Suspensión del remate. Incidentes*

Por regla general la venta judicial no puede ser suspendida. Sin embargo creemos que frente a la misma debe hacerse lugar a dos excepciones: 1) cuando la suspensión sea pedida por el titular de la acción ejecutiva, es decir, por el propio ejecutante, pues tanto la referida venta como, en general, todos los actos ejecutivos se llevan a cabo para tutelar intereses de dicha parte, de los cuales puede ella disponer; y 2) cuando esté en trámite una tercera excluyente de dominio referente a los bienes objeto del re-

mate, caso en el cual se procederá primero a resolver la tercera (artículo 501, segundo apartado, *ibídem*).

En todos los otros casos en que promoviera un incidente cuya procedencia pudiera causar, como efecto directo o indirecto, la insubsistencia del remate, éste será de todas maneras efectuado, pero no será aprobado sino una vez que el incidente propuesto ha sido declarado sin lugar, y el Juez, en el acto de la diligencia, advertirá a los postores la circunstancia dicha.

Lo mismo debe hacerse si, antes de llevarse a efecto la venta judicial, el demandado pide la suspensión de los procedimientos con base en las circunstancias de haber acusado penalmente la falsedad del documento que sustenta el título ejecutivo que acredita al actor, siempre que demuestre que su acusación ha sido admitida; y entonces el remate no será aprobado sino hasta que dicha causa penal sea definida por sentencia absolutoria, o haya recaído en la misma sobreseimiento provisional o definitivo. Entretanto, el adjudicatario del bien subastado tiene derecho de retirar su oferta, renunciando así a adquirir el bien, y recobrando la suma que depositó (artículos 206 y 471, primer apartado, *ibídem*).

En cuanto a los incidentes promovidos después de que la subasta se ha llevado a cabo, sólo serán tramitados si quien se ha adjudicado los bienes ha sido alguna de las partes del proceso, o bien si el tercero adjudicatario ha cedido a cualquiera de ellas sus derechos dentro de los tres días siguientes a la fecha de celebración de la venta (artículo citado, *in fine*), porque en tal caso no existe, como en el del tercero adjudicatario, la razón de garantizar en una forma tan estricta la subsistencia de la venta.

49. CONCLUSION.

En gran medida los defectos que se pueden atribuir a nuestro Proceso Ejecutivo Común trascienden la esfera del mismo, es decir, no son defectos propios de dicha institu-

ción, sino que son en realidad imputables a los principios generales sobre que se asienta nuestra ley procesal, como es el caso de sistema del proceso escrito, el régimen de notificaciones, incidentes, recursos, etc.

Pero también hay, y lo hemos señalado, un defecto específico del proceso en estudio que consideramos capital: la articulación de una etapa contenciosa que le hace perder su naturaleza ejecutiva y constituye un cómodo expediente para el deudor de mala fe, el cual puede, echando mano a la ocasión que le brinda ese nuestro sistema, atrasar la continuación del juicio casi a voluntad. Y lo peor de todo es que dicha fase contenciosa no es tampoco muy útil para el demandado que cree tener derecho a oponerse, porque una defensa plena y fecunda tampoco la puede hacer dentro de dicho período.

Creemos que una buena solución sería eliminar dicha etapa de cognición, estableciendo el hoy conocido sistema del proceso paralelo de oposición. Esto permitiría al demandado que cree tener razón hacerla valer en una forma amplia y eliminaría las oposiciones sistemáticas propuestas con la mira de atrasar el curso del proceso, el cual podría entonces resolverse en una rápida y efectiva tutela de los legítimos intereses del actor.

Otra cosa que no marcha bien en la práctica es nuestro sistema de proceso excesivamente singular, tan cerrado frente a una saludable concurrencia de los acreedores que solo beneficios reportaría, tanto a éstos como al propio deudor. Y podría decirse que la solución está en una ampliación de los alcances de la mal llamada *tercería condyuvante*, transformándola así de la que es hoy: un incidente excepcional del cual nadie echa mano, a un verdadero concurso de acreedores dentro de la ejecución forzada singular.

Creemos que éstas serían, entre otras, medidas que resolverían en mejor forma los problemas de la justicia en la materia objeto de estas notas.

POSITIVISMO JURÍDICO Y ESTATISMO EN EL PENSAMIENTO POLÍTICO DE PÍO XII*

VICTOR BRENES*

"Sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatárselos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos". (Hans Kelsen, "Teoría Pura del Derecho", VIII).

"... la espada puede imponer condiciones de paz, pero no puede crear la paz. El nuevo orden del mundo no deberá en adelante apoyarse sobre la movediza e incierta arena de normas efímeras inventadas por el arbitrio de un egoísmo utilitario, colectivo o individual, sino que deberá levantarse sobre el inconcuso y firme fundamento del derecho natural". (Pío XII, "Summi Pontificatus").

1.—El pensamiento político de Pío XII con respecto al positivismo jurídico y al estatismo se define en el punto de inserción de dos circunstancias muy concretas: su condición de jefe visible de la Iglesia Católica por una parte y, por

* Profesor del Departamento de Filosofía, Universidad de Costa Rica.

* Orden del presente trabajo:

- I) El positivismo jurídico, como base ideológica y precedente histórica del totalitarismo estatal contemporáneo.
- II) Análisis y crítica del estatismo político.
- III) Origen, naturaleza y misión del Estado a la luz del derecho natural.
- IV) Derecho positivo y derecho natural.
(Ponencia del autor presentada en el II Congreso Interamericano de Filosofía, San José, C. R., julio 1961).