

# Contornos de la ejecución de las garantías patrimoniales en el Derecho argentino

por

MAURICIO BORETTO (1)

*Doctor en Derecho*

*Universidad Nacional de Córdoba (Argentina)*

## *SUMARIO*

1. PUNTO DE PARTIDA.
2. LA SITUACIÓN EN SUDAMÉRICA Y, EN ESPECIAL, EN LA REPÚBLICA ARGENTINA.
3. SURGIMIENTO DE LAS GARANTÍAS DE EJECUCIÓN PRIVADA, EXTRAJUDICIAL O AUTOLIQUIDABLES.
4. ALGUNOS CASOS DE GARANTÍAS AUTOLIQUIDABLES.
5. LAS GARANTÍAS AUTOLIQUIDABLES A LA LUZ DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO Y EL FENÓMENO DE LA «CONSTITUCINALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO».
6. CONCLUSIONES.

---

(1) Premio en Derecho Privado Castán Tobeñas (edición 2008) otorgado por la Academia Aragonesa de Legislación y Jurisprudencia. Premio Joven Jurista otorgado por la Academia de Ciencias Jurídicas y Sociales de Córdoba (edición 2007). Especialista en Sindicatura Concursal y Entes en Insolvencia (Universidad Nacional de Cuyo). Especialista en Derecho de Daños (Universidad Nacional de Cuyo y Universidad Nacional del Litoral). Miembro del Instituto de Derecho Empresario de la Academia de Ciencias Jurídicas y Sociales de Buenos Aires. Dirección de mail: mboretto@asesorescuyo.com.ar

## 1. PUNTO DE PARTIDA

En general, las legislaciones de los países sudamericanos recibieron la influencia del Derecho Romano a la hora de regular la ejecución de las garantías patrimoniales (es lo que ocurre, por ejemplo, en la República Argentina con la hipoteca (2), la prenda civil (3), el aval (4), la fianza (5), etc.), reconociéndole al ejecutado —con amplitud suficiente— el ejercicio del derecho de defensa en el marco de un proceso judicial iniciado en su contra (con posibilidad de ser oído dentro de él, de ofrecer prueba sobre los hechos alegados, de invocar el derecho que tutela sus intereses, etc.).

Efectivamente, el Derecho Romano prohibió la defensa privada de los deudos sin previa intervención judicial (6). Por ejemplo, desde la época de Constantino se abolió el pacto comisorio —en tanto cláusula que autorizaba al acreedor a apropiarse sin más de la cosa prendada— por considerarlo una forma de fraude e, inclusive, se lo hizo con mayor severidad que en la legislación actual, al invalidarse directamente la prenda por el solo hecho de haber concertado dicho pacto; quedando el titular del crédito reducido a la categoría de quirografario (7).

El sistema romano no permitió la ejecución privada por parte del acreedor en la persona o en los bienes del deudor; era necesaria la previa sentencia dictada por un juez. Es más, tampoco admitió la ejecución directa de la sentencia, exigiendo un nuevo proceso (*litis contestatio*) cada vez que el demandado se oponía —afirmando la nulidad del proceso, el pago u otra excepción— a la *actio judicati*, que era la acción que entregaba el pretor al acreedor y que nacía de la sentencia, tendiente a obtener el cumplimiento de esta última ante el juez.

En suma, el sistema romano se basó, esencialmente, en el desenvolvimiento de una acción que tenía origen en la sentencia, de modo que los romanos resolvieron el problema de la relación entre el «conocimiento judicial» y la «ejecución patrimonial» dando precedencia al primero. El deudor no pudo ser

---

(2) Artículo 3108 del Código Civil: «*La hipoteca es el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles, que continúan en poder del deudor*».

(3) Artículo 3204 del Código Civil: «*Habrá constitución de prenda cuando el deudor, por una obligación cierta o condicional, presente o futura, entregue al acreedor una cosa mueble o un crédito en seguridad de la deuda*».

(4) Artículo 32 del Decreto-Ley 5965/63: «*El pago de una letra de cambio puede garantizarse total o parcialmente por un aval. Esta garantía puede otorgarla un tercero o cualquier firmante de la letra*».

(5) Artículo 1986 del Código Civil: «*Habrá contrato de fianza cuando una de las partes se hubiere obligado accesoriamente por un tercero y el acreedor de ese tercero aceptase su obligación accesoria*».

(6) PODETTI, Ramiro, *Tratado de las ejecuciones*, 2.<sup>a</sup> ed., act. por Víctor A. GUERRERO LECONTE, Ediar, Bs. As., 1968, t. VII-A, pág. 21.

(7) PEÑA GUZMÁN, Luis A., *Derecho Civil. Derechos reales*, Tea, Bs. As., 1973, t. III, págs. 518 y 519.

ejecutado sin «juicio previo» y la sentencia recaída en este juicio tampoco podía ser ejecutada *directamente* contra él; existía un nuevo periodo de conocimiento judicial breve en el cual el deudor podía oponerse nuevamente a la agresión patrimonial con fundamento en hechos posteriores a la sentencia (8).

A diferencia del sistema romanista, por el contrario, el Derecho germánico —que influyó en la legislación francesa (9) y fue ajeno a los ordenamientos procesales sudamericanos— tuvo un concepto distinto del derecho de defensa del deudor. La ejecución del crédito fue eminentemente privada, entendida como pura coerción sobre los bienes del deudor en virtud de un título judicial o de un título convencional privado.

La ejecución germana no se asimilaba a lo que hoy entendemos por «juicio» que exige, indefectiblemente, bilateralidad. No había posibilidad de contienda *dentro* de la misma ejecución patrimonial que se le seguía al deudor. Este último, si se consideraba injustamente perseguido, podía comparecer ante el juez e instar un juicio de conocimiento por *separado* donde podía cuestionar la ejecución que se seguía en su contra. En otras palabras, se puede decir que recién en esta instancia se «judicializaba» la ejecución del crédito, aunque a cargo del ejecutado, que tenía la iniciativa del contradictorio.

En la Edad Media, el sistema imperante constituyó una solución intermedia entre el Derecho Romano y el Derecho Germánico; recibiendo, además, la impronta del Derecho Canónico.

En este régimen era necesaria una sentencia previa a la ejecución; es decir, existía una etapa de conocimiento judicial que precedía a la agresión patrimonial del deudor (similitud con el sistema romano). Pero la propia ejecución de la sentencia fue privada, sin intervención jurisdiccional (similitud con el sistema germánico); no se requirió el ejercicio de una nueva acción o un nuevo proceso al estilo romano (*litis contestatio*).

Sin embargo, con posterioridad, la Iglesia rechazó la violencia y la defensa privada de los derechos, razón por la cual aún la propia ejecución de sentencia

---

(8) BORETTO, Mauricio, *Las garantías autoliquidables*, ed. Rubinzal Culzoni, 2010, Santa Fe, págs. 34 y 35.

(9) El sistema francés asimiló en sus efectos el documento notarial de reconocimiento de deuda a la sentencia, confiriéndole carácter extrajudicial a la ejecución de ambos (ordenanzas de Villers-Cotterets). De esta manera, la ejecución patrimonial prescindió de toda intervención judicial. Tanto el documento notarial como la sentencia pudieron ser ejecutados directamente por el acreedor, con el auxilio de funcionarios administrativos (*sergents du roi y los huissiers*), que eran los encargados de intimar al pago al deudor y de disponer las correspondientes medidas sobre el patrimonio de aquel. En conclusión, el proceso ejecutivo se desenvuelve sin intervención judicial y no existe en él un periodo de conocimiento en el cual el deudor puede articular ciertas defensas. Los órganos jurisdiccionales intervienen en la oposición a la ejecución, que constituye un proceso de conocimiento que tramita independientemente de esta. Con estas mismas características (ejecución pura sin intervención judicial), la ejecución francesa fue regulada en el Código Napoleón (ampliar en FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «Estudios de Derecho Procesal», en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1955, pág. 568).

debía contener un periodo de conocimiento en el cual el deudor podía nuevamente defenderse.

De esta manera, en la etapa de cumplimiento de la sentencia se injertaba una de tinte cognoscitivo; ejecutándose la misma a través del *procesus executivus* en el cual se volvía a citar al deudor para que oponga excepciones fundadas en la nulidad del título o en hechos nacidos con *posterioridad* a la sentencia.

Sin perjuicio de lo expuesto, para determinados créditos (10) y aunque no resultasen de documentos, se estableció en el Derecho medieval el uso de no citar al deudor, sino de obtener directamente del juez la orden de la prestación que abría la ejecución. Pero esta orden iba acompañada y justificada por la cláusula según la cual, si el deudor quería hacer valer excepciones, podía hacer oposición dentro de un determinado término; cláusula que se llamó *cláusula iustificativa*.

De algún modo, este fenómeno fue el germen del primer instrumento ejecutivo privado (forjado por los particulares sin notario, ni pretor, ni juez) bajo la forma de la letra de cambio (ejecutable originariamente sin intervención judicial). Nacen así los títulos ejecutivos convencionales por «asimilación» a la sentencia, mediante un procedimiento de confesión o de la autorización para ejecutar o garantía dada por el deudor al constituir el título (11).

Cabe destacar también, a todo evento, que actualmente las distintas formas del proceso monitorio en los derechos modernos —ante el interés general del rápido cumplimiento de las obligaciones— tienen sus cimientos en estos antecedentes que mencionamos.

En efecto, en esta especie de proceso el mandato de prestación jurisdiccional dirigido contra el deudor es dictado *inaudita parte* y sin conocimiento judicial completo; dirigiéndose, básicamente, a preparar la ejecución. El ordenamiento jurídico, partiendo de la base del inútil retraso que sufre la ejecución en el proceso ordinario con conocimiento completo, habilita esta estructura procesal monitoria en los casos en que el demandado adhiere a la demanda o permanece en rebeldía, o bien, no opone excepciones.

De este modo, la posibilidad de excepcionar y, por consiguiente, del conocimiento judicial completo no está excluida, sino aplazada; en otras palabras, es posterior, en lugar de anterior, a la resolución del juez.

Con posterioridad a la Edad Media, la suerte de la relación entre «conocimiento judicial» y «ejecución patrimonial» tuvo diversos matices.

A partir de la sanción en 1806 del Código de Procedimientos Civiles francés, junto con el predominio de las huestes napoleónicas, fue posible que aquel

---

(10) CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, trad. del italiano y notas del Derecho español por E. GÓMEZ ORBANEJA, 2.<sup>a</sup> ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, vol. 1, pág. 262.

(11) PODETTI, Ramiro, *Tratado de las ejecuciones*, 2.<sup>a</sup> ed., act. por Víctor A. GUERRERO LECONTE, Ediar, Bs. As., 1968, t. VII-A, pág. 23.

proceso ejecutivo —fuertemente influenciado por la ejecución germana— se extendiera a toda Europa aunque con rasgos particulares (12).

Se trata, básicamente, de una ejecución pura que no puede aspirar al nombre de juicio, que supone bilateralidad o contradictorio. Consiste en la ejecución por la fuerza de los bienes del ejecutado, con sustento en un título judicial (sentencia) o extrajudicial (asimilado este último a la sentencia en sus efectos, v.gr., letras de cambio) que trae aparejado ejecución según la ley. El acreedor, en consecuencia, puede promover directamente la ejecución forzada sin obtener previamente una declaración judicial de la responsabilidad del deudor.

Por el contrario, España y Portugal no recibieron la influencia directa del sistema francés de raíz germana y mantuvieron el esquema procedimental de la Edad Media con algunas variantes. El aspecto característico de estos ordenamientos fue que la ley no reconoció eficacia ejecutiva a ningún otro título que no sea la sentencia judicial. La etapa genuinamente ejecutiva solo podía instarse con esta última.

## 2. LA SITUACIÓN EN SUDAMÉRICA Y, EN ESPECIAL, EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

El Derecho procesal vigente en diversos países de Sudamérica, incluido el Derecho procesal argentino, siguió las aguas del Derecho español y, con algunas peculiaridades, fue también heredero del *procesus executivus* medieval.

La ejecución pura de las ordenanzas francesas —de raigambre germana— no fue conocida en estas latitudes y la tradición fue la del respeto total al principio de dependencia de la ejecución y, en consecuencia, de necesaria precedencia del conocimiento judicial a la agresión patrimonial.

Para el Derecho argentino en particular, el único título —*ejecutorio*— que habilita la etapa genuina de ejecución patrimonial del deudor (que llamamos *apremio*) es la sentencia judicial de condena; la que está precedida de un periodo de conocimiento judicial consistente en un verdadero juicio *previo*.

---

(12) En Italia, por ejemplo, se proyectó el proceso monitorio en el Código de procedimiento civil de 1940, que siguió —a su vez— los lineamientos del Código de 1865. En este ordenamiento procesal se instauró un proceso ejecutivo monitorio autónomo a cargo de un juez y no de funcionarios administrativos como el sistema francés. Sin embargo, esta intervención judicial no implicaba abrir una etapa de conocimiento en la cual se conociera sobre las defensas del deudor; el juez se limitaba a prestar el auxilio necesario al acreedor para llevar a cabo la ejecución. El deudor que pretendía discutir el derecho a la ejecución del acreedor debía deducir sus defensas por separado, iniciando un proceso de amplio conocimiento. Excepcionalmente, este proceso ordinario podía suspender la ejecución; para ello era necesario que el actor (deudor ejecutado) contara a su favor con una sentencia ejecutoriada que le diera la razón (ampliar en LIEBMAN, Enrico T., *Manual de Derecho Procesal Civil*, trad. de S. SENTÍS MELENDO, Ejea, Bs. As., 1980).

De esta manera, la sentencia judicial de condena pone fin a un juicio *previo*, el que puede consistir en un proceso de conocimiento ordinario, un proceso de conocimiento limitado o compulsorio o ejecutivo, un proceso sumario, etc.; según las diversas materias objeto de cada uno de esos procesos (por ejemplo, simulación de actos jurídicos, accidentes de tránsito, cobro de títulos de crédito, etc.).

En suma, para el Derecho argentino, en principio, la ejecución patrimonial del deudor no goza de autonomía (*apremio*) sino que constituye una etapa —la última— de un proceso de conocimiento de condena.

Por el contrario, los títulos —*ejecutivos*— extrajudiciales (v.gr.: títulos de crédito, título prendario, título hipotecario, etc.) solo tienen aptitud para abrir la instancia de un proceso de conocimiento limitado al propio título que se ejecuta, que denominamos proceso compulsorio (v.gr.: proceso ejecutivo cambiario, proceso ejecutivo prendario, proceso ejecutivo hipotecario, etc.), que no autoriza a ejecutar directamente al deudor a quien se la da la posibilidad de ser oído y de defenderse en forma previa.

De esta manera, el Derecho procesal argentino no tolera que el acreedor ejecute privadamente al deudor sin que exista un juicio *previo*. Si bien se reconoce eficacia ejecutiva a ciertos títulos extrajudiciales, estos, no son equiparados en sus efectos a una sentencia judicial de condena —que sí autoriza sin más a ejecutar patrimonialmente al deudor (mediante el *apremio*)— pues dicha eficacia se limita a habilitar una vía procesal acelerada compulsoria para obtener el cumplimiento de la obligación, en la que se invierte la iniciativa del contradictorio y se acentúa la carga de la oposición en cabeza del ejecutado; todo lo cual desemboca en la formación del título —ejecutorio— judicial (sentencia de remate) que recién autoriza la ejecución patrimonial (*apremio*).

Por último, cabe mencionar entre otras de las características del juicio ejecutivo argentino, aquella consistente en que los recursos contra la sentencia que resuelve el litigio son limitados, y la posibilidad de consideración y prueba sobre todo aquello que no puede ser materia de articulación en el proceso ejecutivo, se desplaza en el tiempo a un proceso de conocimiento posterior (13) [(por ejemplo, es lo que ocurre en la ejecución de títulos de crédito en los cuales solo pueden discutirse cuestiones vinculadas al cheque o pagaré que se ejecuta —se puede controvertir si está pagado o si es hábil para ser ejecutado— debiendo postergarse la discusión de cuestiones vinculadas con la causa jurídica de su libramiento o endoso (por ejemplo, si no hay negocio jurídico que lo sustente o este es simulado o falso) para un juicio de amplio conocimiento posterior a la ejecución cambiaria)].

---

(13) KAMINKER, Mario E., «Reflexiones sobre los juicios ejecutivos, la cosa juzgada, los procesos de conocimientos posteriores y los causales», en *Revista de Derecho Procesal*, 2001-1, «Procesos de ejecución» - 1, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pág. 38.

A su turno, la realidad en otros países sudamericanos no es muy diferente a la argentina, por cuanto la ejecución patrimonial contra el deudor presupone también la existencia de un *juicio previo*.

Efectivamente, si analizamos la ejecución prendaria en algunos países de Sudamérica, se advierte que —en general— la legislación impone la *venta en subasta pública de la cosa pignorada*; poniendo en evidencia la necesaria existencia de un *juicio previo* a la agresión patrimonial del constituyente de la prenda:

- *Código boliviano* (art. 1409): El acreedor no pagado puede pedir la *venta judicial* de la cosa dada en prenda en la forma y con los requisitos previstos por el Código de Procedimiento Civil, o *pedir judicialmente* que la cosa se le asigne en pago hasta la cantidad adeudada, según estimación de peritos, o según el precio corriente si la cosa tiene un precio de mercado.
- *Código chileno* (art. 2397): El acreedor prendario tendrá derecho de pedir que la prenda del deudor moroso se venda en *pública subasta* para que, con el producido, se le pague; o que, a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago, hasta la concurrencia de su crédito; sin que valga estipulación alguna en contrario, y sin perjuicio de su derecho para perseguir la obligación principal por otros medios. Tampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda o de apropiársela por otros medios que los aquí señalados.
- *Código paraguayo* (art. 2303).—No efectuando el deudor el pago de la obligación y sus accesorios a su vencimiento, podrá el acreedor pedir la venta en remate público de la cosa dada en prenda. El juez deberá oír previamente al deudor, y al tercero propietario, en el caso de que la prenda se hubiere constituido por este. Si el valor de la cosa no excediere de diez jornales mínimos legales establecidos para trabajadores de actividades no especificadas de la capital, podrá el juez autorizar la venta en privado. El acreedor podrá adquirir la cosa prendada por la compra en remate, o en venta privada autorizada, o por adjudicación judicial, en caso de no existir postores.

### 3. SURGIMIENTO DE LAS GARANTÍAS DE EJECUCIÓN PRIVADA O EXTRAJUDICIAL O AUTOLIQUIDABLES

Con el tiempo, la realidad económica sudamericana en general y la argentina en particular, fue imponiendo la necesidad de una pronta tutela del crédito para evitar que el tiempo diluya su particular eficacia.

En Argentina, por ejemplo, en algunos casos fue la propia legislación de fondo (v.gr.: *warrants, ley 9643; prenda con registro privado, art. 39 del Decreto-ley 15348/46, ratificado por la Ley 12.962*), y en otros casos, el ingenio propio de los operadores económicos con algún respaldo normativo [v.gr.: *garantías a primera demanda al amparo del art. 1197 del Código Civil* (14)] los que comenzaron a forzar la idea de igualar en sus efectos —pese a la diferencia sustancial del contenido (15)— a ciertos títulos ejecutivos extrajudiciales con la sentencia judicial (título ejecutorio); *confiriéndoles aptitud para ejecutar en forma directa al deudor sin posibilidad de juicio previo*.

Nacen así las garantías autoliquidables o autoejecutables.

Héctor ALEGRIA explica: «que la necesaria recurrencia a la actuación judicial previa o la exigencia de formalidades especiales para la ejecución de la prenda (dentro de un proceso judicial o fuera de él) no resuelven hoy eficazmente los problemas específicos que se pueden presentar. Así la subasta judicial o el remate público no aseguran el mejor precio objetivo de los bienes (y en verdad no podría exigirse ese resultado). Por el contrario, esos procedimientos necesariamente conllevan demoras y costos que, lamentablemente, inciden sobre aquel a quien pretenden proteger. Las demoras, en particular, en cuanto permiten que se sigan devengando intereses y el crédito aumente; los costos, porque a veces insumen gran parte de lo que realmente se obtiene en subastas o remates» (16).

---

(14) Dispone este artículo: «*Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma*».

(15) En efecto, mientras la sentencia es el resultado de un proceso que debe ajustarse a las formalidades que aseguran la defensa de los derechos (audiencia y prueba) y consta siempre en un instrumento público, el título ejecutivo convencional (v.gr., una letra de cambio, la escritura hipotecaria, el certificado *warrant*, el certificado prendario, etc.) se forma, en general, de acuerdo a lo que libremente convengan los interesados, y en cuanto al instrumento, puede ser público o privado. La sentencia, por su origen y forma, es indiscutible (salvo que proceda el recurso de revisión en caso de cosa juzgada fraudulenta o irrita) y, por ello, en los trámites de su ejecución solo pueden oponerse las defensas nacidas con posterioridad a la fecha de ser dictada; en cambio, el título ejecutivo convencional, al carecer de iguales garantías, puede y debe ser examinado oficiosamente por el juez y sufrir la oposición de defensas anteriores y posteriores a su nacimiento, ya que surge de un acto privado. Asimismo, la sentencia tiene un efecto exclusivo y propio, cual es el de la cosa juzgada, que la convierte en inimpugnable e indiscutible, poniendo fin a la controversia en forma definitiva, impidiendo que sea motivo de nueva discusión, y permitiendo la ejecución de la resolución judicial. Por el contrario, no es posible extender los efectos de la cosa juzgada a los negocios jurídicos concluidos por los particulares al dar nacimiento a los títulos ejecutivos, pues estos no encuentran sustento en una declaración oficial de certeza proveniente de un imparcial relevamiento de la situación jurídica discutida (cfr. PODETTI, Ramiro, *Tratado de las ejecuciones*, 2.<sup>a</sup> ed., act. por Víctor A. GUERRERO LECONTE, Ediar, Bs. As., 1968, t. VII-A, pág. 78/81).

(16) «*Las garantías autoliquidables*», en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 2, «*Garantías*», ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1993, págs. 160 y 161.

La idea del juicio previo a la ejecución patrimonial ha generado, según algunos autores, una tremenda desprotección al crédito, pues la duración del proceso —que tiene por fin la declaración de certeza de la voluntad legal— ha actuado en desmedro de una rápida tutela. La consecuencia más importante de esta realidad es el encarecimiento del crédito, de los bienes y servicios, la disminución de la calidad de vida de los miembros de la comunidad y, en última instancia, la ausencia de competitividad de su economía.

Refiriéndose al Código de Comercio italiano de fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, un autor sostuvo que la venta judicial —que presupone el *juicio previo*— es el más dañoso a los intereses del comercio, porque la intervención de la autoridad judicial con toda la secuela de formalidad que tiene detrás, puede retardar mucho el día en que el acreedor reciba el pago del crédito y se reembolse de todo lo que ha gastado por causa de la prenda. Este no es, por cierto, el modo de alentar las operaciones de crédito (17).

La actividad económica moderna habría impuesto, entonces, la necesidad de optimizar la utilización de los recursos y/o factores de la producción, forjando una importante variedad de instrumentos y mecanismos de crédito que tratarían de brindar respuesta a las necesidades de los operadores económicos, especialmente, el empresario moderno, brindándole nuevas alternativas para el mejor desarrollo de sus emprendimientos y un más fácil acceso al crédito.

Se advierte un profundo cambio en las condiciones socioeconómicas del que no es ajeno el continente sudamericano. Se hace hincapié en la necesidad de acordar especial protección a los derechos patrimoniales, garantizando a los capitales que deciden financiar actividades productivas o de servicios, seguridad y facilidad en la generación y percepción de utilidades que reditúen los emprendimientos que promuevan. La tutela del crédito ha venido a adquirir así una superlativa trascendencia como factor de desarrollo económico.

La necesidad de immediatez en la efectivización de los reclamos y cierta constatación en la inseguridad jurídica que resultaría de la demora en el reconocimiento judicial del derecho y la ejecución de la sentencia judicial habrían generado nuevos requerimientos de seguridad, que aparecen en esta llamada *lex mercatoria* o usos del comercio internacional (18).

Esta circunstancia es la que habría originado —en la realidad negocial mundial y también en la sudamericana— la idea de *independizar* la ejecución patrimonial del conocimiento judicial, autorizando a cierta especie crediticia a obtener su realización aún sin que medie juicio previo a la agresión patrimo-

---

(17) VIDARI, Ercole, *Corso de Diritto Commerciale*, 5.<sup>a</sup> ed., t. 5, Milán, Hoepli, 1904, pág. 92.

(18) RICHARD, Efraín H., «La garantía a primera demanda y el crédito *stand by*», en *Derecho Mercantil Contemporáneo*, obra dirigida por PIAGGI, Ana I., y ESTOUP, Luis A., Bs. As., ed. La ley, 2001, pág. 283.

nial que fije los hechos y declare el derecho que le es aplicable; procediéndose directamente a la etapa ejecutiva.

Se reclama mayor efectividad, más rapidez, más agilidad, mayor rigor; lo que trae como consecuencia menos márgenes defensivos, como así también, el desplazamiento de la actividad jurisdiccional por la extrajudicial y privada del acreedor, a quien se le reconocen nuevas potestades: ejecutar por sí el bien objeto de la garantía, aprobar sus propias liquidaciones, entregar bienes y transferir el dominio de los mismos sin control judicial alguno.

Si el deudor o el tercero garante quieren «quejarse», deberán instar un proceso amplio de conocimiento donde puedan denunciar los excesos del acreedor y obtener la reparación de los daños.

Se produce así, reiteramos, un giro de ciento ochenta grados en la concepción del procedimiento con el cual el acreedor cuenta para cobrar a su deudor la acreencia adeudada.

Se consolida, poco a poco, la idea de admitir que el acreedor pueda agredir al deudor (o tercero garante) sin que este pueda defenderse en forma previa, privándolo en forma inmediata de la tenencia del bien asiento de la garantía (sin necesidad de esperar, hasta el momento de la subasta, como ocurre en el «juicio»), para realizarlo privadamente y cobrarse con su producido.

Frente a la «imprevisible» duración del proceso judicial (ante la existencia con carácter previo a la ejecución patrimonial de la posibilidad de discusión por parte del ejecutado, como así también, debido a los engorrosos trámites pre y post subasta del bien realizado, etc.) se erige esta nueva tendencia que legitima al acreedor para que autolique su garantía de manera más rápida y económica.

Para ello, se saca de la escena «ejecutiva» al juez, y se deja en manos del acreedor todo el procedimiento de cobro de su crédito a través de la ejecución privada de la garantía que se procuró con tal finalidad. El juez solo podrá intervenir, en principio, si el deudor lo convoca con posterioridad, una vez culminada la ejecución del acreedor.

#### 4. ALGUNOS CASOS DE GARANTÍAS AUTOLIQUIDABLES

Si analizamos el ordenamiento jurídico *argentino* vemos algunos casos en los cuales ciertos documentos —en cuanto representan determinados actos o negocios jurídicos— se encuentran «equiparados» en sus efectos ejecutivos a la sentencia judicial, adjudicándole la misma eficacia generadora de un poder de actuación por parte del acreedor contra los bienes del deudor *sin previa injerencia jurisdiccional*.

A guisa de ejemplo podemos mencionar, entre otros, los siguientes:

- (i) la *prenda comercial común*, que consiste en una garantía real con desplazamiento constituida en seguridad de una obligación mercantil, en la cual la cosa dada en garantía queda en poder del acreedor (19). El Código de Comercio autorizó al acreedor para que procediera directamente a la venta de la cosa pignorada sin intervención jurisdiccional (art. 585 del Código de Comercio) (20).
  - (ii) También tenemos el caso de la garantía *back to back o cash collaterals o escrow accounts*, que se erige en un depósito bancario de dinero en efectivo con fines de garantía de tal modo que, verificado el incumplimiento de la obligación garantizada, el banco acreedor puede disponer de los fondos depositados por el deudor o el garante en cuentas a la vista o a plazo fijo para cancelar la obligación contraída por el cliente, sin necesidad de requerir el pago en forma previa al deudor; pudiendo el banco aplicar directamente los fondos a la cancelación de la deuda. Es más, la comunicación A 3918 del Banco Central de la República Argentina (Lisol-Liquidez y Solvencia) la califica como garantía preferida tipo «A» (21).
5. LAS GARANTÍAS AUTOLIQUIDABLES A LA LUZ DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO Y EL FENÓMENO DE LA «CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO»

Uno de los aspectos principales de estas garantías «autoliquidables», como hemos dicho, es que se trata de negocios jurídicos que posibilitan al acreedor su ejecución en forma extrajudicial, es decir, sin que contemplen la oportunidad de defensa y prueba por parte del ejecutado ante un órgano jurisdiccional *dentro de la propia ejecución patrimonial privada*.

---

(19) Dispone el artículo 580 del Código de Comercio: «*El contrato de prenda comercial es aquel por el cual el deudor o un tercero a su nombre, entrega al acreedor una cosa mueble, en seguridad de una operación comercial*».

(20) Expresa la norma: «*En defecto de pago al vencimiento, y cuando no se hubiere pactado un modo especial de enajenación, el acreedor podrá proceder a la venta de las cosas tenidas en prenda, en remate, debidamente anunciado con 10 (diez) días de anticipación. Si la prenda consistiese en títulos de renta, acciones de compañías u otros papeles de comercio negociables en las bolsas o mercados públicos, podrá hacerse la venta por medio de corredor, al precio de cotización al día siguiente del vencimiento*».

(21) Desde la óptica bancaria presentan menos riesgos en cuanto a las posibilidades de recupero por parte del ente bancario. Es decir, las obligaciones garantizadas por este tipo de garantías permiten que el banco efectúe una menor previsión de fondos —que se traduce en que el BCRA no requerirá al ente financiero que los inmovilice en resguardo de un eventual incumplimiento del deudor— lo cual reducirá la tasa de interés que el banco cobrará al deudor, dado el costo que significaría la indisponibilidad de fondos para la tesorería de la entidad.

Ello trajo aparejado el siguiente interrogante: *si estas garantías implican una renuncia anticipada del derecho constitucional de defensa en juicio del deudor; que las tiñe de inconstitucionales y violatorias de normas fundamentales de nuestra Constitución, según la cual nadie puede ser privado de su libertad y de su propiedad sin sentencia judicial fundada en ley* [arts. 17 (22) y 18 (23)].

En nuestra opinión, entendemos que no son inconstitucionales.

En efecto, el deudor autoejecutado por cualquiera de las garantías de ejecución privada ostenta la titularidad del derecho constitucional de detener u oponerse a la ejecución en casos de *abuso o fraude manifiesto* del acreedor que surjan de prueba instrumental u otra de fácil y rápido examen (por ejemplo, porque el deudor pagó la deuda —lo que está documentado— cuya garantía se ejecuta; o porque se declaró la nulidad de la obligación principal garantizada con sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, etc.) (24).

Así las cosas, el deudor agredido por estas garantías de ejecución privada se encuentra facultado para solicitar cautelarmente ante un órgano jurisdiccional que ordene la no ejecución de la garantía o, en su defecto, que condicione la misma a que el acreedor satisfaga previamente la constitución de una caución suficiente para evitar daños irreparables al garante autoejecutado.

Este aserto no implica soslayar el *principio de libre demandabilidad* comprendido en la garantía constitucional de la propiedad privada (art. 17 de la Constitución Nacional) según el cual no se le puede impedir al acreedor que ejecute su garantía (25). Efectivamente, resulta asimismo violatorio del derecho de propiedad impedir que el *acreedor* ejecute por vía privada la garantía cuya constitución ha sido prevista —precisamente— para recuperar el crédito concedido, en caso de incumplimiento de la deuda garantizada.

Sin embargo, cuando existe fraude o abuso manifiesto en la ejecución *privada o extrajudicial*, que ponen en duda la legitimidad del derecho del acreedor que autoliquida la garantía, en virtud de los artículos 18 (garantía del debido

---

(22) Expresa el artículo: «*La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada*».

(23) «*Ningún habitante de la nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*».

(24) El proyecto de reformas al Código Civil argentino elaborado por la Comisión designada por decreto 468/92 previó en el artículo 1479 (que regulaba las garantías a primera demanda o a primer requerimiento o garantías autónomas también consideradas «autoliquidables») un párrafo final que decía: *En caso de fraude o abuso manifiesto del acreedor beneficiario que surjan de prueba instrumental u otra de fácil y rápido examen, el garante o el ordenante podrán requerir que el juez fije una caución adecuada que el beneficiario deberá satisfacer antes del cobro*.

(25) Conf. PEYRANO, Jorge W., «Enfoque procesal de las acciones de revisión y de rectificación de la cuenta corriente bancaria», en *Revista Jurisprudencia Argentina* 1995-III-899, esp. pág. 901.

proceso legal), 19 (principio de reserva) (26), 17 (inviolabilidad del derecho de propiedad) y 43 de la Constitución Nacional (principio de la tutela inhibitoria y prevención del daño) (27) todo aquel garante ejecutado privadamente que en forma actual o inminente tema sufrir una lesión o amenaza con arbitrariedad o ilegalidad manifiestas en sus derechos, puede solicitar una tutela judicial —expedita y rápida— a los efectos de obtener el cese de la amenaza lesiva hacia sus intereses; pudiendo solicitar medidas cautelares para detener o suspender la ejecución.

En esta misma línea argumental no debemos olvidar que —desde la reforma constitucional argentina de 1994— se ha configurado un nuevo sistema de fuentes del derecho. La idea de supremacía constitucional — contenida en el art. 31 de la Constitución Argentina (28)— y, principalmente, los Tratados Internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22 de la Constitución Argentina) (29), configuran la base fundamental de un «Sistema de Fuentes» en el ordenamiento jurídico argentino que ha venido indefectiblemente a variar el orden jurídico en general.

Estamos en presencia, de este modo, ante el fenómeno de la «Constitucionalización del Derecho Privado», razón por la cual: *la legislación ordinaria debe partir de este «sistema» para interpretar y aplicar el derecho.*

---

(26) Expresa la norma: «*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados*».

(27) Expresa el artículo: «*Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva*».

(28) *Esta Constitución, las leyes de la nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.*

(29) *La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.*

Como consecuencia de ello, los casos que rija la legislación del Derecho Privado deben ser resueltos de acuerdo a las leyes que regulen la materia de que se trate y que resulten aplicables, *interpretándolas conforme a la Constitución Nacional y a los tratados suscritos por la Argentina*.

Uno de los principales efectos de esta «Constitucionalización del Derecho Común» es que, precisamente, aunque no haya disposición *legal* que reglamente el derecho reconocido por la Constitución, el derecho es operativo y la persona que demanda la tutela jurisdiccional puede pedir su aplicación.

Por ello, la interpretación y aplicación del Derecho Privado argentino no debe desatender la siguiente directiva: *adecuar el Derecho Común a la Constitución y a los Tratados de Derechos Humanos incorporados con jerarquía constitucional por la reforma de 1994*.

Así las cosas, en materia de garantías de ejecución privada o extrajudicial o sin intervención jurisdiccional, campea permanentemente la aplicación del principio de la tutela judicial efectiva, que puede traducirse en la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, aun cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto.

Este principio implica, lógicamente, un conjunto de garantías elementales en la tramitación de los procesos judiciales. Las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, al punto que —por el principio *pro actione*— hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción (30).

En suma, si bien para las garantías autoliquidables la legislación común no le reconoce expresamente al garante o al deudor la facultad de oponerse cautelarmente en casos de fraude o abuso manifiestos en la ejecución privada del acreedor, dicha facultad sí resulta implícitamente a favor del ejecutado conforme a una adecuada interpretación de la Constitución Nacional y de los Tratados de Derechos Humanos suscritos por la República Argentina (31); tal como lo hemos puesto de manifiesto precedentemente.

---

(30) Informe 105/99 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 29-9-1999, «caso 10.194: Palacios, Narciso-Argentina», con nota de Carlos A. BOTASSI, «Habilitación de la instancia contencioso-administrativa y derechos humanos», en *Revista La Ley*, 2000-F-594.

(31) Es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos que, en su artículo 8, reza: «*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*».

## 6. CONCLUSIONES

De acuerdo a la evolución histórica que hemos analizado a lo largo de estas líneas, entendemos que las garantías autoliquidables tienen su antecedente mediato en la ejecución pura del Derecho germano, luego receptada por el Derecho francés, que avalaba la *ejecución patrimonial pura sin juicio previo*; a diferencia del Derecho procesal sudamericano, que fue influenciado por el Derecho español, a su vez impregnado del sistema romano, que dio prioridad al derecho de defensa en juicio del deudor.

En efecto, siendo la característica principal de estas garantías la «persecución privada» que realiza el acreedor respecto del garante ejecutado, el Derecho romano —que confirió al deudor la posibilidad de defenderse jurisdiccionalmente en forma previa— no ha ejercido influencia en su gestación.

Por el contrario, las garantías con autoliquidación responden a la idea de pura ejecución, sin juicio previo, ni bilateralidad, ni contienda; el conocimiento judicial queda relegado para un juicio que debe promover el ejecutado y que generalmente es posterior.

Sin embargo, y pese a la realidad legislativa procesal, las garantías autoejecutables fueron (y son) una adecuada respuesta a la problemática del encarecimiento del crédito, toda vez que la postergación del ejercicio del derecho de defensa del deudor (relegado a un juicio de conocimiento amplio generalmente posterior a la ejecución) evitaría una dilación en el cobro de la acreencia e impediría que el producido resultante de la ejecución de la garantía sea «absorbido» por los gastos del proceso judicial.

De esta manera, el acreedor se vería fuertemente motivado en invertir sus recursos económicos, pues contaría con garantías que le asegurarían un rápido y menos costoso reembolso de parte de su deudor.

Estas circunstancias son las que habrían fundamentado el nacimiento de las garantías con autoejecución.

No obstante ello, y como contrapartida, de la mano de la aparición de este nuevo fenómeno en el ámbito de las garantías apareció el fantasma de la utilización abusiva o fraudulenta de los títulos ejecutivos autoliquidativos, razón que ha motivado la necesidad de pensar en instrumentos legales que lo impidan.

Tal es el caso del reconocimiento constitucional del deudor o garante autoliquidado de oponerse a la ejecución abusiva o fraudulenta mediante medidas cautelares solicitadas ante un Tribunal de Justicia; reconociéndosele en la práctica, de esta manera, el ejercicio del derecho de defensa contemplado teóricamente en la Constitución Nacional.

RESUMEN

**GARANTÍAS PATRIMONIALES  
EJECUCIÓN. DERECHO DE DEFENSA  
DEL DEUDOR  
FACULTADES DEL ACREDITADOR.  
CONSTITUCIÓN**

De acuerdo a la evolución histórica que hemos analizado a lo largo de estas líneas, entendemos que las garantías autoliquidables tienen su antecedente mediato en la ejecución pura del Derecho germano, luego receptada por el Derecho francés, que avalaba la ejecución patrimonial pura sin juicio previo; a diferencia del Derecho procesal sudamericano, que fue influenciado por el Derecho español, a su vez impregnado del sistema romano, que dio prioridad al derecho de defensa en juicio del deudor. En efecto, siendo la característica principal de estas garantías la «persecución privada» que realiza el acreedor respecto del garante ejecutado, el Derecho romano —que confirió al deudor la posibilidad de defenderse jurisdiccionalmente en forma previa— no ha ejercido influencia en su gestación. Por el contrario, las garantías con autoliquidación responden a la idea de pura ejecución, sin juicio previo, ni bilateralidad, ni contienda; el conocimiento judicial queda relegado para un juicio que debe promover el ejecutado y que generalmente es posterior.

Sin embargo, y pese a la realidad legislativa procesal, las garantías autoejecutables fueron (y son) una adecuada respuesta a la problemática del encarecimiento del crédito, toda vez que la postergación del ejercicio del derecho de defensa del deudor (relegado a un juicio de conocimiento amplio generalmente posterior a la ejecución) evitaría una dilación en el cobro de la acreencia e impediría que el producido resultante de la ejecución de la garantía sea «absorbido» por los gastos del proceso judicial. De esta manera, el acreedor se vería fuertemente motivado

ABSTRACT

**PROPERTY AS COLLATERAL  
FORECLOSURE. BORROWER'S  
RIGHT OF DEFENCE  
LENDER'S FACULTIES.  
CONSTITUTION**

According to the historical evolution we have been tracing here, the understanding is that the type of collateral that is subject to automatic liquidation has its indirect forebear in German law's pure foreclosure, later passed on to French law, which featured pure foreclosure on property without prior trial. This is in counterpoint to South-American procedural law, which was influenced by Spanish law, which was in turn impregnated with the Roman system, which gave priority to the borrower's right to defence through trial. Indeed, since the main characteristic of such collateral is the lender's «private prosecution» of the surety, Roman law (which granted the borrower the possibility of defending himself in court before foreclosure) has not had an influence on its gestation. On the contrary, collateral subject to automatic liquidation is tied to the idea of pure foreclosure without prior trial, bilateralness or litigation; the court has no part to play until and unless the borrower files suit, which generally happens after foreclosure.

However, despite the realities of procedural law, automatically forecloseable collateral was (and is) a good response to the problem of the increasing dearth of credit. If the exercise of the borrower's right to defence is relegated to a broad hearing generally held after foreclosure, there will be no long waits before the lender can collect what is due, and the outcome of foreclosure will not be «eaten up» by court expenses. This way, lenders will be strongly motivated to invest their economic resources, because they will have guarantees ensuring quick, less-costly reimbursement by borrowers.

*en invertir sus recursos económicos, pues contaría con garantías que le asegurarían un rápido y menos costoso reembolso de parte de su deudor.*

*Estas circunstancias son las que habrían fundamentado el nacimiento de las garantías con autoejecución. No obstante ello, y como contrapartida, de la mano de la aparición de este nuevo fenómeno en el ámbito de las garantías, apareció el fantasma de la utilización abusiva o fraudulenta de los títulos ejecutivos autoliquidativos, razón que ha motivado la necesidad de pensar en instrumentos legales que lo impidan. Tal es el caso del reconocimiento constitucional del deudor o garante autoliquidado de oponerse a la ejecución abusiva o fraudulenta mediante medidas cautelares solicitadas ante un Tribunal de Justicia; reconociéndose en la práctica, de esta manera, el ejercicio del derecho de defensa contemplado teóricamente en la Constitución Nacional.*

*These circumstances were what probably lay behind the birth of the idea of collateral subject to automatic foreclosure. Nevertheless, on the other side of the mirror stands its evil doppelganger, the abusive or fraudulent use of automatic foreclosure writs. Their existence made it needful to design legal instruments to prevent misuse. Such is the case of the constitutional acknowledgement of the right of the borrower or surety to object to abusive or fraudulent foreclosure by petitioning a court for precautionary measures in automatic collateral liquidation. Thus, the exercise of the borrower's right of defence, envisaged in theory in the National Constitution, is acknowledged in practice.*

*(Trabajo recibido el 7-2-2012 y aceptado para su publicación el 27-3-2012)*