

## LA CONGRUENCIA EN LA EJECUCIÓN DE SENTENCIA

POR CARLOS A. ATARRAGALAY

RESUMEN: I: Exposición del tema. — II: El principio de congruencia. — III: ¿Existe congruencia en el período de ejecución de la sentencia? — IV: Límites a la ejecución. — V: La cuestión en algunas legislaciones del pasado. — VI: Aspecto expresivo en las legislaciones latina y brasileña. — VII: Conclusión.

### I. — Exposición del tema

En la colección de *Estudios en Honor de Hugo Abrego* (Ed. Ediar, 1946) hay una monografía nuestra que titulamos *Límites legales, procesales, políticos, sociales y económicos a la ejecución de sentencia*. El pensamiento y el contenido político, es decir institucional, de aquel estudio lo mantenemos en su esencia. Si debiéramos rehacerlo, la vincularíamos con el principio de congruencia, asunto que hemos estudiado en nuestra reciente publicación titulada *Lecciones de derecho procesal* (Ed. Ferret, Bs. As., 1962, p. 73). Lo que antaño vislumbramos, hoygo lo daríamos contenido sistemático y lo acordaríamos las características de llevar un caso supremo: su contenido constitucional adecuado para preservar la ciudadanía frente a la tutela jurisdiccional reclamada.

La solución que proponíamos desde el año 1943 parecía derivar del contenido de determinadas disposiciones del Código de Procedimientos, y especialmente de la eficacia gramatical de algunas de las palabras de las dichas normas rituales. Con el tiempo, concretamos una correlación sistemática entre la acción, la sentencia y su ejecución; verificamos el entrelazamiento del pedido con el juzgamiento, y de éste con su realización. La demanda no encuentra siempre su satisfacción con la mera declaración (terminología originaria del Código de la ciudad del Vaticano y que en adagio latino se revela en *justitiam in sola veritate consistit*), sino que requiere de la coacción subsiguiente, la que se acuerda para satisfacer la eficacia de la declaración judicial antecedente. En consecuencia, si la sentencia debe contener decisión expresa, positiva y precisa, con "arreglo" a las acciones deducidas en juicio (art. 216 del C. de Proc.), la ejecución de la misma debe ser precisa, limitada y ceñida a la declaración. Si en nuestro sistema político la justicia es rogada (y que nosotros llamamos provocada), la realización de la declaración y condena de la sentencia también debe ser rogada y en la medida declarada, pues, de lo contrario, se produciría la violación de la defensa en juicio, intervención de oficio del órgano jurisdiccional y realización extrapetina, vale decir sin controversia, y en violación del principio dispositivo.

Es lo que demostráremos, y por lo tanto nos omitimos, para evitar repeticiones, a lo dicho en la monografía antes mencionada. Sólo prepararemos el desenvolvimiento de la exposición con la síntesis apertujada de aquel estudio monográfico: explicación sumaria del principio de congruencia; su correlación con la ejecución de sentencia; deducciones de los principios concretos legales y normas existentes; rectificación de cierta estimación equivocada y, por último, una referencia a cierta institución singularmente educativa del actual régimen normativo brasileño, nacido en la vieja legislación portuguesa.

## II. — El principio de congruencia

Este asunto ha sido debidamente desarrollado en nuestro artículo publicado en *Lecciones de derecho procesal* (ob. cit. *La demanda como institución política*, p. 73). En síntesis, la demanda es requisito para la intervención del juez en la causa, al ser provocado, y así se define el asunto al través de viejos adagios, entre otros como *iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio*. Cuando ello sucede, estamos frente a un país políticamente organizado en beneficio del individuo, con normas jurídicas precisas, preñadas y anticipadas al caso particular planteado ante los jueces. Mientras no esté interpuesta la demanda, no hay ejercicio de la actividad jurisdiccional en el orden civil, y nadie puede obtener justicia por sí, con la excepción de los supuestos de autodefensa y auto-composición. Es que en materia civil, prima un interés individual considerado superior al interés público. Mas cuando se sobrepone a él el interés público, no cabe obtener justicia si no es mediante la intervención de la jurisdicción.

Cuando la jurisdicción es requerida, primero conoce y luego coacciona: No hay por lo tanto declaración o condena sin la intervención del Estado mediante sus organismos oficiales respectivos. El juez, de tal manera, fija el precepto aplicado y luego ordena la coacción, la cual se ejerce en forma gradual y al través de distintos medios. Cabe por ella la ejecución de lo juzgado como acto de voluntad del Estado, y tal es el fin de la jurisdicción. El Estado y el individuo se encuentran en el proceso. Y así se entrelazan el pedido y el juzgamiento. El juez no tiene campo de acción en plena libertad en el proceso; su condición y su límite es la existencia de una demanda que pone en movimiento la inercia del juez y en la medida y extensión pedida. Si así no fuera, el juez podría iniciar una demanda contra el interés del actor o cambiar de demandado o mudar la cosa demandada o variar la petición. De tal modo se llega por vigencia de los principios del dispositivo y de la controversia. La parte es dueña de la acción en su finalidad excitativa del organismo judicial y en la medida del interés del actor. El todo en contacto con el adversario, o sea el demandado. Si no fuera y no estuviera el juez así encadenado, sería el Estado quien, mediante sus jueces, dispondría de los derechos subjetivos del particular litigante, e inclusive podría violar la defensa en juicio.

El principio de congruencia, de dilatado contenido político y definitorio de la libertad del hombre, se llama así por provenir de la doctrina procesal española y "consagrado en el Código de procedimientos hispánico; dice: "las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y las demás peticiones deducidas oportunamente en el pleito..." (arts. 359 y 360 concordante con los arts. 61 al 63 de la ley de 1855). Este principio tiene especial consagración en nuestro Código de procedimientos y está en el artículo 216: "La sentencia definitiva debe contener decisión expresa, positiva y precisa, con arreglo a las acciones deducidas en el juicio..."

Como la demanda se interpone por escrito, es claro que la acción es una condición y un límite que sujeta al juez, el cual sólo puede resolver en las contiendas de su competencia, requerido y en el límite de lo requerido. El círculo definitorio es con respecto a la demanda y a lo controvertido en su oportunidad por el demandado. Las consecuencias de apartarse del principio mencionado nos llevarían a las sentencias *extra petit*, *infra petit*, *ultra petit* y *contra petit*.

Este principio rige también en segunda instancia en cuanto está dispuesto que el juez sólo falla sobre los capítulos que se hubiesen propuesto en primera instancia, salvo ciertas excepciones (art. 267 del C. de Ptos. y 224 de la ley 50); de violarse la congruencia, jugaría la máxima medieval de *reformatio in peius*. Y también la obligación del juez de pronunciarse de conformidad con las normas mencionadas, como lo imponen los artículos 58 y 81 del C. de Ptos.

No escapará al buen sentido del lector la importancia del principio de congruencia y su profunda significación de política procesal; traduce en bella síntesis la eficacia de la libertad del individuo, conseguida al través de cruenta lucha en el correr de la historia.

Podemos agregar que este aspecto del asunto y de su incidencia en el período de conocimiento hasta la sentencia, es lo que se ha considerado por los autores. No se ha examinado detalladamente la cuestión en su aspecto derivado, o sea la ejecución o cumplimiento de la condena. Ello será objeto de nuestro análisis a continuación.

### III. — ¿Existe congruencia en el período de ejecución de la sentencia?

Sostenemos que la sentencia es la medida que determinará el funcionamiento del juez ejecutor. Si el juez no pudo sentenciar por más de lo pedido, ni por menos, el mismo principio debe regir para la ejecución de la voluntad declarada en forma expresa, positiva y precisa. Lo que se ejecuta es la sentencia (art. 535 del C. de Ptos.). Ella es también, en consecuencia, una condición y límite, que se traduce en la exigencia de ser rogada la ejecución (dispositivo), y límite de la actividad.

No puede, entonces, pedirse ni *plus petita*, ni *extra petita*, ni *citra petita*, ni *infra petita*. Es con la sentencia que establezca cantidad líquida con la cual se trabó el embargo de bienes (art. 536). La cantidad líquida de la sentencia es determinante de la actividad judicial, y lo es cuando está expresada numéricamente (art. 537). Para ello, el embargo se trabó en la forma prevenida para el juicio ejecutivo (art. 538). Esto es consecuencia de que lo que se ejecuta es la sentencia y nada más. Si así no fuera, la actividad judicial se iniciaría con la ejecución, y ello es inadmisibile. El comienzo de la actividad procesal es la demanda, la cual se rige por el principio de congruencia, como hemos expuesto. La continuación de la sentencia es la coacción de lo resuelto, y no se concibe que exista una trabá política para el ejercicio de los poderes del juez en el período de conocimiento y que ésta desaparezca en la subsiguiente etapa coactiva, es decir en la ejecución. No hay ejecución sin sentencia o título hábil.

Esta situación se refleja mucho más claramente en el Código de Procedimientos de la provincia de Buenos Aires (arts. 547 y 548). Hecho el embargo, se cita al deudor para su defensa y posterior ejecución. Se rige la ejecución por el procedimiento de cumplimiento de la sentencia de remate hasta hacerse pago el acreedor (art. 553). Tanto en nuestro Código como en el bonaerense, trabado el embargo, se da intervención al deudor embargado, y si no media oposición se manda continuar la ejecución, sin recurso alguno. Lo que se realiza en la ejecución es lo embargado; lo embargado, luego, debe cubrir el importe de la condena. Y así continúa soberano el principio de congruencia en esta segunda etapa del juicio. En ella no se revisa nuevamente la pretensión, sino los agravios relacionados con la sentencia. El objeto a dilucidarse no es el mismo de primera instancia, sino que el objeto queda cedido a los agravios, o sea a demostrar el error de la sentencia.

En el Código de Procedimientos de la Capital, en el capítulo *Del cumplimiento de la sentencia de remate*, campean los mismos principios que acabamos de establecer. En el trámite del juicio ejecutivo es condición de procedibilidad la intimación de pago, y así se lo requiere para que satisfaga su deuda, y lo sigue, en caso de no responder el ejecutado, el embargo a sus bienes sobre bienes suficientes para cubrir la cantidad demandada y las costas. Los bienes detenidos y afectados a los fines de la ejecución, de no mediar defensa eficaz, son los que serán objeto ulteriormente de realización y de aplicación inmediata al crédito de la ejecución. Por lo tanto, siguiendo el principio de congruencia, no cabe realizar más bienes que los precisos para satisfacer la pretensión deducida en la ejecución (arts. 471, 508 del C. de Pos. y 38 de la ley 14.237). Todo ello depende de que la ejecución no se puede despachar sino por cantidad líquida (art. 465 del C. de Pos.). Y ello concuerda con lo expuesto en el artículo 477, el cual autoriza la sustitución del embargo trabado, si los ejecutados *bastare manifiestamente* a cubrir el crédito reclamado.

En consecuencia, no puede dudarse que debemos afirmar con énfasis que la realización de los bienes embargados no puede en modo alguno sobrepasar el monto del crédito reclamado, pues, por este monto, se debe trabar el embargo ejecutivo.

De donde cabría que asentáramos lo siguiente:

- a) La justicia en nuestro país es rogada, vale decir que la misma no procede de oficio.
- b) La justicia sólo puede atender la satisfacción de lo reclamado y no puede modificar la acción, que es una condición y un límite a la competencia.
- c) Si así no fuera, el juez podría cambiar de demandado, o ir contra un tercero; mudar la cosa demandada y variar la petición. En cambio, el juez debe sustanciar la demanda con relación al demandado y absolver o condenar al demandado individualizado en la demanda. Debe entregar la cosa reclamada y no otra. Debe satisfacer o no la demanda y así acordar el divorcio solicitado y no la nulidad del matrimonio. Apartarse de estos apotegmas significaría violar los principios garantizados por la Constitución: condenar a terceros sin ser oídos; arbitrariamente otorgar lo que se solicitó y aun dar sentencia de oficio.
- d) La jurisdicción procede en dos etapas: la primera está organizada para conocer, razonando sobre los hechos invocados y probados, y la segunda ejecutando lo asentado. De la duda inicial o desconocimiento del fondo fáctico, una vez despejada esta incógnita, procede coactivamente contra el remiso declarado deudor. De donde, mediante la jurisdicción, desaparece el obligado y queda reemplazado por un sujeto.
- e) Si el conocer está limitado por la voluntad del actor, asentado su derecho, en la justa medida, la realización de esta voluntad estatal no puede otorgar al juez mayor poder; la segunda parte es consecuencia de la primera; la extensión ejecutiva está dada por la afirmación en el período de conocimiento. Hemos afirmado en muchas oportunidades que el juez es un prisionero. Sólo ejecuta en la medida concretada en la sentencia.

Ello sucede así en la práctica judicial de la Argentina?

#### **IV. — Límites a la ejecución**

Sostenemos que existen límites para el desenvolvimiento de la acción ejecutiva y de la acción ejecutoria. Y ello en atención a la configuración normativa del Código de Procedimientos y por razón del ordenamiento

constitucional. Si el resultado de un juicio es que se declara el monto adeudado, nadie se apartará de ello. Ejemplo: Si se extiende un cheque, ningún banquero pagará el mismo por mayor cantidad. Ya lo dijimos en 1943, cuando escribimos nuestra monografía *Libertad legal, procesales, política, social y económica a la ejecución de sentencia*. A dicho artículo volveremos a remitirnos y creemos que se leerá con provecho. En el mismo aducimos los antecedentes de la legislación extranjera, especialmente germánica, francesa, británica, italiana. Más todavía: no solamente expresimos las normas concretas de algunos países en esta materia, sino que nos remitimos a los diversos límites que ofrece la legislación foránea, de donde surge que existe un propósito deliberado de conciliar el interés del acreedor y el interés del deudor, que a la postre incide en la economía y paz social de cada país. Por ello se hace prof-laxis en el procedimiento ejecutivo contra infracciones clandestinas y fraudulentas y en la utilización razonable de los poderes jurisdiccionales.

Este aspecto no es nuevo y nacido de las ideas de estos tiempos. Siempre ha existido, y así la espera quinquenal del derecho español antiguo; la realización prudente de los bienes del deudor y la atención del patrimonio del deudor en lo que se refiere a la realización, la que sólo llega hasta cubrir el monto de lo ejecutado. Ello tuvo precipua característica en la ley 11.725 (divisibilidad de los bienes hipotecados) de nuestro país. En esa materia existen y se perfilan actividades serenas doctrinarias y legislativas. Nadie, si no es en abuso de sus facultades, puede realizar los poderes legales que le son propios en perjuicio del afectado.

Esta determinación jurídica tiene límites variados, y ello en atención a innegables razones sustentadas en diversos factores políticos y de conducta. Sin embargo, este asunto no ha merecido mayor atención en nuestro medio universitario, legislativo y judicial. Y nunca se ha relacionado este problema al principio de congruencia. Verdad que nosotros tampoco lo hemos explicado anteriormente según esta sistemática; pero el contenido de la monografía a que nos venimos refiriendo contiene las bases esenciales para la dilucidación del problema.

Los plazos de gracia, las esperas judiciales, la detención de la ejecución una vez cubierto el monto reclamado judicialmente y reconocido por la sentencia, el beneficio de competencia, los bienes inembargables, son todas pruebas evidentes del acerto. Nadie está obligado a vender sino cuando se encuentre sentido a una necesidad jurídica de hacerlo (art. 1324) y así debe tolerarlo cuando hubiere la cosa de rematarse en virtud de ejecución judicial. De dónde, pues, para cumplimiento de una sentencia, se ha de rematar más bienes que los suficientes para cubrir el monto de la sentencia? Si lo que se remata es lo embargado previamente y este embargo está limitado a los bienes suficientes para cubrir lo adeudado, ¿a qué título se ejercería? Sería un atropello judi-

cial y no es admitido. De ahí el amparo que se acuerda contra la enajenación ruínosa, evitando el precio vil, la malquerencia judicial para la adjudicación de los bienes del deudor a favor de los acreedores. Las leyes prohíben la apropiación de los bienes tomados directamente en acto de autojusticia (art. 3222 del C. C.). Y muchos países (entre ellos la Argentina), en caso de embargo de bienes inmuebles, no permiten su subasta sin previa tasación; en otros se impide la subasta del bien en caso de poder el acreedor cobrarse por otros medios que no sea el remate del bien, si la venta del bien no permitiera un beneficio (por administración, por fraccionamiento de la propiedad o mediante la división en propiedad horizontal); en otros (Alemania, Inglaterra) se prohíbe la ejecución si solamente se cubrirían los costas. En España, en la ley de la materia del año 1855, se trababa el embargo sobre: los bienes suficientes para cubrir la ejecución y las costas del juicio. "Sin perjuicio de mejorar la traba, esto es de proceder a nuevos embargos a instancia del acreedor, si vére que no eran suficientes, así como también podrá el deudor, en caso de exceso, pedir el desahogo de la parte que sobrase" (art. 957) según Caravantes (Nº 1160) corren, vemos, parejas la mejora y libertad del embargo. Siempre existe una limitación: en Brasil se dispone que la sentencia debe ser ejecutada *fielmente*, sin aplicación o restricción acerca de lo resuelto. En la Argentina nada se dice sobre ello. Pero el silencio legislativo no es condenatorio de los principios esenciales enunciados. Está implícito en el principio de la congruencia y en que no cabe actividad judicial de oficio. Claro que el silencio ha determinado una corriente equivocada en la doctrina, en la práctica y en la actividad judicial. Se ha inadvertido el fondo del contenido legislativo procesal. Fue ignorancia, consecuencia de no escudriñar la esencia de las normas. El practicismo, desterrado como anacronismo, y que debió ser reemplazado por los principios rectores, no ha tenido suerte en esta emergencia estudiada.

Se ha concluido así por desviar el sentido de la función judicial. En nuestros tribunales, mediante una sentencia de condena, por ejemplo, por suma determinada, en la realización concreta de dicha tutela otorgada se procede a la realización patrimonial, no para cubrir el equivalente adeudado por el deudor incumplidor, sino que se realiza el monto total de los bienes que han sido embargados, sin mediar un ajuste de su valor económico, o sea una tasación, con lo cual deriva un perjuicio al ejecutado y provecho en favor de terceros que intervienen para la subasta y en violación de la ley. Se venden así todos los bienes embargados, aunque se cubra con exceso el monto de la ejecución, en pleno olvido de que la realización coactiva debe ser únicamente para resarcir al acreedor hasta satisfacer el monto de su crédito. Es una feliz solución económica para los intermediarios; pero no es una feliz solución de la justicia y es prueba de apoltronamiento de la abogacía y achicamiento por parte de los deudores, que no se defienden por inactividad generalizada.

El problema a considerar, entonces, es qué valor tiene la traba y embargo por más valor que el suficiente. ¿Será que en el exceso es nulo, y por lo tanto la subasta estaría viciada por esta circunstancia? Impe-  
rando el principio de congruencia en materia de demanda, es indudable que ordenar un remate por más de lo necesario para satisfacer el acreedor vencedor en una causa, traduciría una actividad de oficio del juez. Y, como tal, es nula, inexistente y sin eficacia, como se dispone en el derecho alemán. Sería resolver ultra petita o plus petit. Pero, supuesto el remate sin previa tasación del valor de lo embargado, ¿quedaría consentida la subasta y consolidado el exceso de poder que resultaría de subastar todo lo embargado? Pareciera que lo inexistente en ninguna manera puede ser convalidado.

Lo evidente es que, frente a quien no se somete voluntariamente a la decisión judicial, no se puede por la fuerza tomar del ejecutado más de lo que debe ser, entregar, satisfacer, hacer o cumplir en favor de quien ha reclamado la ayuda jurisdiccional; todo ello se debe hacer con la cosa pedida o su equivalente económico (art. 505 del C. C.). Se ha dicho, con razón, que la actividad desenvuelta por los órganos judiciales para dar a la actuación la sanción correspondiente, recibe el nombre de ejecución (Liebman, Enrico Tullio, *Proceso de Ejecución*, Ed. Saravia, p. 15). Y en especial ejecución civil es aquella que tiene por finalidad conseguir, por medio del proceso y sin el concurso de la voluntad del obligado, el resultado práctico a que tendía la regla jurídica que no fue obedecida. Se cumple, mediante el embargo y remate para satisfacción del acreedor y con el límite pecuniario concretado en la sentencia.

En nuestro país no existen normas de ética o de índole social-económica que puedan detener la ejecución. Impera, al contrario, una concepción netamente privatista sobre ese asunto. Mas ello no quiere decir que un victorioso en un pleito puede tomar del patrimonio del vencido más que lo justo y suficiente para cobrarse, y menos realizar este despojo por intermedio de los señores jueces. No es posible que se ordenen ventas de propiedades valiosas para cubrir pequeños créditos. Es evidente que algo debe hacerse. No se trata en el caso de pensar en el modo que lo afirmáramos y expusieramos en el trabajo mencionado en el punto XII N<sup>o</sup> 1: reafirmamos nuestra opinión. En razón de que no se trata de determinar una exclusión patrimonial de quien debe pagar, asunto que está reservado al Congreso como lo tiene dicho la Corte Suprema desde tiempo inmemorial: las exclusiones del patrimonio que es prenda común de los acreedores, las dispone el Código Civil. El asunto por lo tanto no se resuelve por vía del Congreso. La cuestión se dispone directamente por el Código de Procedimientos, atendiendo la significación del principio de congruencia que hemos explicado. Y si no lo hiciera el juez, por inadvertencia o por no conocer el valor político de este principio que está en el alma de la demanda, corría por vía de petición del ejecutado y condenado por el juez a pagar. Puede el mismo solicitar que el remate se suspenda cuando esté cubierto el acreedor. De donde

a todos los jueces, al disponer la ejecución o la resolución de mandar cumplir con la sentencia de remate, deben concretar que la subasta se hará hasta cubrirse el importe adeudado por el deudor al acreedor.

Tal es la síntesis del sentido político del principio de congruencia. Es una suprema expresión del respeto del legislador por los derechos individuales y tiene profundo raigambre en la legislación española y portuguesa y hoy en la brasileña, asunto que expondremos más adelante.

#### V. — La cuestión en algunas legislaciones del pasado

En las leyes de Manú el rey juzga de los asuntos de los hombres basándose en las leyes eternas (Lib. VIII, 8). Mas ya dispone que cuando el acreedor viene ante el juez a intentar una demanda ante él para el recobro de una suma prestada que retiene un deudor, aquél haga pagar al deudor después de que el acreedor ha probado la deuda (VIII, 47) y para ello y forzando a su deudor a que cumpla, puede valerse de estos medios: el deber moral (presiones morales, reproches, permaneciendo constantemente frente a su casa); por intermedio del procedimiento por astucia (tomar algún bien del deudor y retenerlo hasta que el deudor pague la deuda o sea mediante lo llamado fraude legal); por la miseria (el acreedor encierra al hijo del deudor, o a su mujer, o a sus ganados, y así lo obliga a pagar; por la violencia (atando a su deudor lo lleva a su casa y pegándole o por otros medios semejantes le obliga a pagar). No está determinado si esos procedimientos los autoriza el juez: la ley los admite. Más lo evidente es que, cuando un hombre niega una deuda, el rey le hace pagar la suma que debe, siempre que el acreedor lo pruebe, y por esa resistencia se le impone una pequeña multa (VIII, 51). Si se vinculan las normas recién mencionadas con lo establecido en la 125 se comprende que, dentro del criterio de la justicia de aquel entonces, no cabía la ejecución por mayor suma que la reclamada. Es el viejo principio del talión: diente por diente, que consagran muchas legislaciones, entre otras la del Israel bíblico, y que Shakespeare reproduce con humano sentimiento literario en su inmortal *Merced de Petecio*.

Entre los romanos, una de las más remotas formas de ejecución era la *legis actio per manus iniectioem*. Según Cajo se expresaba por el actor que, visto que no "le han pagado los diez mil sestercios a que fuistes condenado a pagar, pongo mi mano sobre ti por causa de los diez mil sestercios". La expresión es clara y terminante. Por el pago de la deuda quedaba liberado el deudor. En el procedimiento *pignoris capioem* mediaba un apremio sobre los objetos embargados: mediante él se tomaba una cosa acompañada de palabras sacramentales, lo que no le daba el derecho de poderla vender, pero sí de tenerla para sí. Por otros procedimientos romanos la ejecución patrimonial se hacía por la *actio de bonis*, seguida de la *venditio bonorum*; se aplicaba contra el *indictor*, o el *confessus in iura*; mediante este procedimiento el *bonorum*

empor continuaba la persona del deudor. Vale decir que no había limitación en la realización de los bienes del deudor; mas, tiempo después, así se consiguió mediante la *pignus iudicium captivum* y por la *distraictio bonorum*: de tal manera se satisfacía en lo justo al acreedor. Fuera de este procedimiento existía el de la *cessio bonorum*, o sea el abandono de los bienes a los acreedores. Con caracteres especiales se creó, durante el período de la *extraordinaria cognitio*, el embargo judicial de una parte del patrimonio del deudor, cuyo bien se vendía después de los dos meses, hasta el límite del crédito ejecutado. Finalmente sobrevino la *distraictio bonorum* y mediante ella se ponía en marcho el patrimonio total del deudor; mas la venta de esos bienes alcanzaba hasta cubrir el crédito del acreedor.

En Roma se contempló al deudor, y así se pasó del período de la exageración en la conducta del acreedor al respeto del derecho del deudor. La justicia no está organizada para el despojo de nadie. Y así se manifestó en el derecho Justiniano mediante el *pignus in causa iudicium captivum*. Se vendían en tal forma los bienes embargados del deudor, y si no se encontraba comprador se adjudicaban al acreedor. El producido en exceso se reintegraba al deudor. La historia de la venta de los bienes del deudor pasó así de la compulsión personal a la ejecución de los bienes en la cantidad necesaria para satisfacer el crédito.

Se desprende de aquella antigüedad, después de la llegada de los visigodos a España, una compilación de valer en esas tierras legendarias. Es el *Fuero Juzgo*, en el cual se encuentra una norma significativa, dada en tiempo de Recovinto, que prohíbe el embargo por mano propia, y si lo hace es castigado pagando el duplo de lo empeñado, y si es esclavo recibe además cien azotes (Lib. V, Tit. VI, 1). Esta legislación además contiene una norma de ejemplar interés, cuando manda que los jueces *sunt dicere iudgar de cubo los pleytor, que yo non iudgador, mas d'vrentor fazer compir* (Lib. II, Tit. 1; Lib. XII y XXV). Prima en dicho cuerpo legal el *crimen* que se debe respetar la ley y estar sometido a ella y que conviene a todos someterse a sus mandatos, y por eso ordena que sean penados los jueces que mandan tomar las cosas ajenas (Lib. II, Tit. 1, XXX); y si los jueces sobrepasan sus poderes interviene el Obispo cuando aquellos "juegan tuerto", y, de mantenerse la actitud del juzgador, es desplazado por la jurisdicción eclesíastica (idem, XXVIII). La realización de lo juzgado se realiza ante los jueces. Recordamos que el

«... el *crimen* juzgado no despusó el *crimen* romano, mas el *crimen* de *crimen* el derecho germano.

No examinaremos la evolución que sufrió esta idea del ajustamiento de la ejecución a las palabras de la sentencia, en el rico contenido procesal español. Simplemente nos referiremos, en ajustada visión, a determinados aspectos que ofrece el asunto en las Leyes de las Partidas. En ellas se establece que los juzgadores han de ser acuciosos, para hacer cumplir sus juicios, que "su oficio non se ha de cumplir tan solamente

por palabra, mas aun por fecho" (Tit. IV Ley XV). En esa legislación se castiga el dño que se hacía al deudor "engañosamente" y especialmente cuando aparecía obligado por más de lo que debía. De donde el jugador debía ajustar el cumplimiento de su fallo al monto establecido. La manera de cumplirlo se lo dispone en el título XXVII en varias leyes, y fundamentalmente en la Ley II, a la que remitimos al lector: en síntesis, cumplir mandando examinar lo que mandar cumplir, y esto lo debe hacer en forma llana, sin agravamiento y con buenas palabras, entregando al acreedor tanta cuantía según resultado de lo expuesto en el juicio. Y si el mismo se hubiese tramitado en rebeldía, pueden los jugadores ordenar la entrega o el cumplimiento de lo que se debe dar con ayuda de hombres armados y hacer cumplir su juicio "poderosamente", de manera que la justicia venza. Todo esto cuando hubiese juicio por razón de deuda que debiese el vencido; pero si se tratase de juicio dado sobre cosa cierta, entonces debe cumplir el juicio en aquella misma cosa, o sea la ejecución en natura (Ley III). Todo ello unido al principio de la congruencia.

Años atrás, en la publicación que insertamos en *Estudios en Honor de Añón*, dijimos: "En el derecho clásico español se ha progresado. Tenemos el pedimento de graciosa (véase Ayerregaray, *Ejecución de sentencia*, pág. 184); la espera quinquenal y las quitas a los cuales le sucedía el concurso de acreedores. Estas limitaciones de quita y espera respondían a finalidades sociales. Distinta finalidad perseguía la lesión por engaño de más de la mitad del justo precio obtenido y que podía el deudor deducir hasta cuatro años de la almoneda (véase Castro, *M. A. de, Práctica Forense*, p. 433 y Estévez Ságuil, *Procedimientos Civiles*, etc., págs. 672-73). Igual situación respecto a los menores que tenían el derecho al beneficio de restitución (segunda puja, L. 5, T. XIX, pág. 6). Además en el Derecho Español había una garantía para el ejecutado: hecho el remate el deudor podía sacar los bienes del poder de quien los comopó o del acreedor que se los adjudicó, dando el precio dentro de tres días si muebles, y nueve si inmuebles (*Cursus Philologicus*, 2º, p., párrafo 22, Nº 183. Todas estas garantías eran correlativas. Exigíase, por ello, que si el ejecutado perseguía por más de lo que pedía, tenía como pena que devolver por duplicado el exceso (L. 9, T. 21, Lib. 3, R. C.) y para evitar estos perjuicios al actor juraba la deuda que cobraba, afirmando cuánto tenía recibido a cuenta y ejecutado por el remanente".

Estos principios son eternos y se reflejan en la idea de que el vencido no debe sufrir los vejámenes a que se siente inclinado el vencedor en toda contienda. Por ello se prohibió el ejercicio de la autojusticia como modo de resolver las diferencias entre partes. Y fue desterrada de la ejecución.

Mas andan los tiempos y renace a la vida el derecho romano, el cual irrumpe con la fuerza propia de la yerba quemada, que reaparece

luego con renovado vigor, y llegó a constituir el sustento de las mejores legislaciones, inclusive la contemporánea. La acción indicara romana, despreciada por la legislación germánica que propiciaba la ejecución antes del conocimiento, se encausó en tal forma que se crearon las primeras tendencias a la ejecución restableciendo el método lógico de conocer antes de proceder. Y remasó en la ejecución parata, asunto que hemos tratado en nuestro libro titulado *Introducción a la ejecución de sentencias*. (Ed. Abeledo, Bs. As., 19 ). Tal manera de proceder fue manantial fecundo de enseñanza, y tuvo auge en Francia, España y Portugal. Fue solución largamente meditada, y así ya Bartolo —según Liebman (ob. cit., pág. 31)— afirmó de la ejecución: *non est incommodum ab executione*: es decir que seguía el origen romano. Este aspecto singular era obligado para quien quería pedir cosa acerca de la cual aún no había recaído condenación: estamos ahí al borde de la consagración de la teoría de la ejecución.

#### VI. — Aspectos expresivos en las legislaciones lusitana y brasileña

Para tratar este asunto tenemos al frente una monografía excelente y que hace honor a su autor, el profesor de la cátedra de derecho judicial civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Pablo, Celso Naves, y que publicó bajo el nombre *Das Arrevesação de Real a Real* (Ed. Emp. Gráfica, 1938, San Pablo, 193 páginas). Nuestra exposición será una simple divulgación bibliográfica, que nada tendríamos que agregar a dicha ilustrada disertación. Ello es mejor, que de lo contrario el espíritu de su autor no podríamos dejar de mencionarla en todo momento. De donde nuestro desenvolvimiento será un extracto de su obra, a nuestro modo.

En derecho portugués, cuando apartció, lentamente fue desparando los monumentales legislaciones vigentes según los anales históricos. El desparramo legislativo provocó la necesidad de unificarla, tarea que se encomendó a Fortunato de Almeida, quien en 1446 concluyó su codificación bajo el nombre de *Ordenações Afonsinas*. En el título 89, *Das Execuçoes*, que se fazem geralmente pelas Sentenças, se concretó la forma de intervenir los jueces en las ejecuciones, garantiendo al ejecutado el ofrecimiento de bienes a embargo para la ejecución, lo que se otorgaba habido el pronunciamiento con entrega de la posesión de todos los bienes del deudor a los fines del resarcimiento del acreedor. Se realizaba por venta (*arrevesação*) o dados en paga a la parte (*adjudicação*).

Esa legislación fue reformada más o menos en 1511 por el Rey Don Manuel, quien integra las *Ordenações Manuêlas*, estatuyendo en nuestro asunto (Lib. III, título LXXXI) que debe presentarse al juzgador el pedido de ejecución, el cual, siendo requerido, manda con diligencia ejecutarla. Y se agregó en el título LXXV que, de mediar sentencia, solamente se podían vender tantos bienes como puedan bastar para el pago de la dicha deuda, y a que por ese monto se obligó y fue

condenado; más con respecto a otros supuestos no se podrían ciertos bienes vender, más arrendarlos si se cubren en cierto tiempo la deuda resultante. Estos bienes eran los morgador o capela (algo parecido a los aboliciones de comuneros y superficies, monasterios y capellanías españolas mayorazgos, etc.), que quedaban así inalienables.

El Regimiento Manuélino se incorporó a la Codificación Filipina que mandó elaborar Felipe II Rey de España y que aprobó desde Lisboa en fecha 11 de enero de 1563. En ella se ordenó que, habiendo sentencia, debía requerirse del juzgado la ejecución, previo embargo, y que no sería oído el deudor mientras no diera embargo hasta pagar libremente el valor de la cuantía de la condena (Lib. 3.<sup>o</sup> Tit. LXXXVI). Años después, la ley de 20 de junio de 1774 dispuso la adjudicación compulsoria de los bienes embargados que no hubieren encontrado licitante. Más, aun así, la adjudicación de ciertos bienes (oro, plata, etc.) era por su propio valor, sin reducción de ninguna especie. Y finalmente, esa misma ley estatuye expresamente respetar a los *prácticos dos arrematores de real por real*, y así realizó una veje institución que tuvo su origen en la legislación manuélina que autorizaba la adjudicación de los rendimientos (rentas). Las grandes instituciones nacen del medio ambiente: no se imponen por la fuerza, que tales triunfos nada valen. Y con semejante filiación irrumpe en la legislación brasileña.

La legislación filipina sentó sus reales en el Brasil, con ciertas modificaciones sobrevinidas en el transcurso del tiempo, hasta que dictó el Decreto 763 del 19 de septiembre de 1890. No nos referimos a ella, para concretarnos al tema de la monografía del catedrático Neves. Igual cosa con ciertas limitaciones a la ejecución. Con la Constitución Republicana del año 1891, las reformas otorgaron a los Estados la facultad de disponer en materia procesal, y así siguió hasta que se volvió al clásico sistema brasileño de la unidad de la legislación procesal que remató en el Código procesal para la Nación y que está en vigor desde el 1.<sup>o</sup> de marzo de 1940. Cayeron así muchos códigos locales y leyes federales. Y hoy impera el Código del año 1939 y, a más, la tradición como costumbre según normas concretas de su régimen normativo.

Neves, después de lo expuesto, considera el valor y sentido íntimo de la palabra *remate*, que atribuye a concluir, dar por finiquitado. Así lo entiende la legislación argentina cuando dice en su Código adelantante o no hacer lugar a la ejecución (art. 498). Se aparta así este Código de lo dispuesto en la ley de justicia de paz de la capital, que dice *sentencia de trance y remate*, cuyo absurdo deriva de no saber que trance en España quiere decir llevar adelante la venta de lo empeñado o embargado. Esta palabra de "remate" viene del uso de los oficiales de justicia, que remataban y pregonaban "a quien diera más, sino remato" (*arremato*).

A continuación, Neves aprecia la naturaleza de este acto procesal. Se refiere a la teoría de Carnelutti: el dominio se transmite del ejecutado

para el ejecutante y se cambia de dueño, y así lo sustenta apoyándose en Chiovenda. Examina la teoría de la apropiación o poder de alienar, expuesta por Chiovenda. Considera en cambio más recta la opinión de Carneloni y trae a colación la teoría expuesta por Amílcar de Castro, que rechaza los principios del derecho privado y sostiene que la naturaleza del remate que éste, a veces, se remite a la doctrina y que el legislador mira los principios básicos del derecho civil; en el caso se a otros autores brasileños: consideran algunos que el remate y la compraventa, vistos los dos del lado del procesalista, es evidente que hay característica y se califica su naturaleza por la relación regulada. Cita una enajenación en ambos casos, lo que no es suficiente para asimilar ambos conceptos. La diferencia esencial reside en que, en el remate, no hay la voluntad del ejecutado para la venta. Desanuncia la teoría de la representación del deudor (Satta, Pugliati), tampoco es satisfactoria, no obstante el espaldarazo que trató de otorgarle Carnelutti. Recuerda el punto de vista de Liebman, Reconoce que no es fácil establecer la naturaleza del remate: de un lado hay un órgano jurisdiccional ejecutivo, por fuerza del cual la propiedad de los bienes del deudor para a un tercero. ¿Cómo se produce este fenómeno? Nada se puede hasta ahora establecer en concreto acerca de esta cuestión. El Estado vende lo que no es de su propiedad y para un tercero. Trata así, y es evidente, de satisfacer exigencias supremas de orden mediante un acto realizado de conformidad con la ley. Para evitar que pueda el propietario disponer de su bien, se inmoviliza ese derecho mediante el embargo. Por eso, Pugliati atribuye a este acto del remate un sentido de transferencia coactiva, con carácter público manifestando a través del poder jurisdiccional: así hay una venta forzada.

Liebman le atribuye como naturaleza la de ser un acto unilateral del órgano jurisdiccional, el cual, en el ejercicio de su función, transfiere a título oneroso el derecho del ejecutado para otro, cuyo acto de transferencia coactiva es típicamente un acto procesal ejecutorio. Transcribe la síntesis hecha por Pontes de Miranda (*Comentarios ao Código de Processo Civil*) (Vol. VI, p. 266), de provechosa lectura. Neves se refiere a Mario Guimarães de Souza, quien atribuye al remate la naturaleza propia de ser una disciplina procesal por su carácter indisciplinable de derecho público.

En tales condiciones, le es fácil a Neves entrar a explicar la esencia de la *Arrematação de real a real* que traduciríamos en remate de peso a peso; pero también podríamos mantener el sentido y decir subasta de real a real. En España había una moneda de valor de treinta y cuatro maravedíes, la misma que hoy se denomina real de vellón, para distinguirla del real de plata; también real distingue una moneda antigua castellana de plata y que circuló en tiempo de los Reyes Católicos. Este recuerdo existe en una expresión española: un real sobre otro, o real sobre real, es decir pagar al contado, o sea sin faltar un maravedí.

El más completo expositor sobre el asunto fue Alejandro Costano Gomez, quien escribió antes de la ley de 1774 al referirse a la Ordenanza Filipina. La esencia del remate de real a real es que el acreedor rematante cobra al vender parte de los bienes y descuenta ese producido su deuda, de donde cobra primero sobre los frutos o réditos. Está obligado por el juez el rematador a vender respetando ese principio; y comenzaba a cobrarse el acreedor con los rendimientos, lo que importaba el pago por partes; consecuencia es que si se embargaron los frutos no puede vender la cosa, pues eligió, y es su ánimo, el hacerlo sobre los frutos. Puede obligarlo a ello el juzgador y en ese caso no remata esos réditos en precio cierto, y así se cobra real por real, peso por peso. El acreedor, así, puede cobrarse en breve tiempo por arrendamiento del predio, lo que le facilita el no tener que cobrar en cuotas muy menudas. Se cobra por real y se descuenta de la deuda por cada real que se cobra. Y se llama a ese remate porque se empieza a cobrar acabado que se haga el pregón para el remate. Se supone que se remata, porque es una manera de terminar la ejecución.

En concreto, esta modalidad para cobrarse el acreedor es la atribución judicial de las rentas al acreedor, era voluntaria y se utilizaba cuando no había quien comprase el bien; se le acordaba por eso el carácter de irrevocable. Los bienes, dicen ciertos autores brasileños, quedaban en administración bajo depósito, asumiendo el acreedor ejecutante los caracteres de una anticresis en la ejecución. Según ese sistema, puede el ejecutante ajustar la adjudicación, o *pro suo* (pago íntegro) o *pro solvente* (pago a cuenta). No se adjudica real por real, sin mediar orden de remate. Resulta, por lo tanto, que por el remate ocurre una conversión objetiva de bienes en dinero; por adjudicación se opera una sustitución subjetiva en la propiedad de los bienes penados o embargados.

Neves sostiene que no hay en la orden de remate conversión de bienes en dinero, y no hay transferencia coactiva. Y no incluye por ello la adjudicación. Concluye expresando que la institución que estaba estivo en embrión en el siglo XVI, y la aprovechaban los acreedores para cobrarse sus réditos por los rendimientos producidos por los bienes embargados. Y se fortaleció con respecto de los bienes que se embargaban y estaban sujetos a la cláusula de inalienabilidad, y cuyo asunto se relaciona con los bienes de las Iglesias y conventos. Y luego se incorporó por la ley de junio de 1774 como figura del derecho procesal. El viejo principio lusitano pasó al Código de Procedimientos del año 1939 como regla 982; si el ejecutado concuerda, se podrá requerir que en vez del remate de los bienes embargados, se le adjudiquen sus rendimientos, procediéndose en el caso a su evaluación y al cálculo del tiempo necesario para solventar la deuda. De estar los bienes arrendados, esas rentas, mediante intimación, se entregarán al acreedor adjudicatario. El acreedor adjudicatario es considerado como anticresita y responde por los rendimientos que por su negligencia dejare de cobrar.

Esta adjudicación de las rentas no impide el derecho a la posesión del inmueble durante el plazo acordado para la adjudicación.

Depende, entonces, este medio de cobrar, de la ausencia del deudor. Más, aun mediando oposición del deudor, puede el juez concederlo coactivamente si rechazan las razones del ejecutado o si hubieran bienes que no pueden enajenarse (como también bienes inembargables).

Y así la historia. La modalidad descripta imperaba por costumbre antes de 1774; fue una construcción consuetudinaria. Y con tal carácter continúa siéndolo. Participa del carácter de negocio procesal. Hoy no tiene aceptación concreta y específica en la legislación brasileña. Se rige por la tradición y la costumbre como elaboración judicial de que el acreedor debe cobrar con el menor daño posible al deudor. Y se utiliza corrientemente.

## VII. — Conclusión

La historia del cumplimiento de las sentencias puede decirse que nace con la posesión y aprovechamiento de la persona del deudor; luego con la posesión y venta de todos los bienes del deudor; posteriormente se pasa a la realización parcial y suficiente de los bienes del deudor para satisfacer al acreedor. Y finalmente sólo se autoriza que se ejecute por embargo lo bastante para la ejecución cabal y precisa de la sentencia, lo que requiere se embargue lo suficiente con tasación simultánea. Y, en último extremo, con orden de suspensión el remate una vez cubierto el ejecutante en su crédito o de no rematarse si cabe una realización menos onerosa.

En la fuente de la tradición española y portuguesa encontraremos siempre fecundos y maravillosos antecedentes para formar nuestro derecho. Nunca podemos desplazar de nuestro alarido el cúmulo de potencias consuetudinarias que no llegaron a concretarse en reglas formales de derecho. Pero ellas están inspirando nuestra conducta, como ángeles tutelares. La doctrina y la legislación italiana, tan mentadas, y que contienen restricciones a la ejecución de sentencias, nada son ante las gemas de nuestro pasado común argentino y brasileño. En cualquier aspecto que examinemos la ascendencia común lusitana e hispánica, encontraremos la explicación de muchas instituciones actuales. Por ejemplo, el aspecto tan característico del despacho saneador incorporado a la legislación brasileña, con entroncamiento directo en la portuguesa, revela toda una política orientadora procesal. Así como los brasileños llaman a los camaristas, *desembargadores*, con el contenido tradicional que significa limpiar y sacar obstáculos y estorbos, que se refiere también al "*embargo das considerações*", (recurso de aclaratoria), tiene también su existencia en la legislación española. Así en las Partidas III de la Legislación Alfonsina se consagra como título

esencial el siguiente: "Que habla de la justicia, e como se ha de fazer ordenadamente en cada logar, por palabra de Juyzio e por obra de Fechos para desembargar los Pleitos". En el mismo texto, en la Primera Ley se habla que los jueces tienen fuerza para ir contra los que la quieren roffler (es decir quitar o apartar), o embargar, si examináramos paralelamente ambas legislaciones, las similitudes serían acerpudentes. Las raíces de las legislaciones brasileñas y argentinas son comunes. Y sobre este cimiento se construyen las bases de la sólida amistad que existe entre estos grandes estados sudamericanos.

Los aspectos del derecho que hemos expuestos, son reflejo de la historia de la humanidad y sólo se consiguieron ciertos resultados por la intervención de la jurisdicción, que nos lo podía dar el espíritu cristiano, tan interesado entre los que descienden de las divinas enseñanzas del nazareno. La historia demuestra que la evolución de la humanidad ha sido pasar de la acción y del secuestro privado del bandidaje y violencia, a las refinadas modernas, con sus presiones psicológicas y luego materiales. De la justicia privada, materialmente ejercida, hemos pasado a la justicia pública realizada bajo vigilancia del juez, y así se protegen por igual al acreedor y al deudor. No se puede causar daño ni a uno ni a otro, y si al particular le está prohibido ejercer su derecho en abuso de pretensión, también se lo está prohibido al juez. Al olvidar estas directivas, se violan los derechos del hombre. No puede haber ninguna ejecución ni realización ejecutoria si no es mediante la existencia de un título. Si bien es cierto que hace tiempo que la formación del título ejecutivo se emancipó de la intervención judicial, tiene ese título ejecutivo voluntario la misma eficacia que la sentencia y en ambos su valor característico se reflejó en la legislación española de 1855 cuando refundió el juicio ejecutivo y la ejecución forzada de la sentencia.

Una deducción interesante que señalar es la que resulta de la prohibición de ejecutar las sentencias dadas contra el Estado. No cabe su ejecución, y solamente tienen efecto declarativo, con la única excepción de las ejecuciones por expropiación, atendiendo la garantía constitucional de la propiedad. Pero nos parece que si no se pueden ejecutar en natura los bienes del Estado, por su carácter de inenajenabilidad, cabe la realización de condenas cuando el Estado interviene como persona privada, dirigiéndole hacia las rentas generales de la Nación. Tal es la jurisprudencia de nuestros tribunales.

Al caer el imperio romano un acreedor ejecutó su deuda contra el Estado y se dio el lujo de comprar en subasta el globo terráqueo. Por supuesto que no lo pudo gozar. Pero este síncoma prueba que tales excesos, más que dramáticos, son rasgos de buen humor.