

Desde otro ángulo, si se admitiera la validez de la cláusula tercera del contrato suscripto por ambas partes, en cuanto se establece la vía ejecutiva al certificado de saldo deudor emitido por un contador público (ver fs. 13 vta.), habría que concluir que todos los contratos bilaterales podrían transformarse en títulos ejecutivos con la sola inclusión de una cláusula con las características antes señaladas. Ello, de más está señalarlo, resulta manifiestamente contrario a la letra del art. 520 del Cód. Procesal, que limita la vía ejecutiva a aquellos títulos (enumerados en el art. 523) de los cuales surge una obligación de dar cantidades líquidas de dinero o fácilmente liquidables.

Por lo expuesto, se resuelve: Revocar la resolución de fs. 98/100, haciendo lugar a la excepción de inhabilidad de título y, en consecuencia, se rechaza la ejecución. Con costas en ambas instancias a la actora vencida. — *Domingo A. Mercante*. — *Eduardo M. Martínez Álvarez*. — *Alberto J. Bueres*.

NOTA A FALLO

TÍTULO EJECUTIVO Y GARANTÍA HIPOTECARIA.

UN FALLO QUE DISTINGUE CORRECTAMENTE AMBOS

CONCEPTOS

(A PROPÓSITO DE LA LLAMADA HIPOTECA ABIERTA)*

Por **Laura M. D'Arruda**

SUMARIO:

I. El caso.- II. De los títulos ejecutivos.- III. Título ejecutivo e hipoteca.- IV. El título presentado por el actor.- V. Corolario.

I. El caso

A través del presente comentario trataremos el fallo de la CNCIV, Sala D: “EG3 S. A. c. Oguiza, Dante Osvaldo y otros” de fecha 20/2/2001, que aborda los conceptos que señalamos en el enunciado y nos invita a reflexionar sobre los títulos hábiles para promover un juicio ejecutivo y si las partes, a través de contratos bilaterales, tienen la facultad de crearlos.

Veamos sucintamente los antecedentes del caso. Las partes firmaron un contrato para la explotación de una estación de servicio de combustibles y lubricantes, y abrieron a tal efecto una cuenta de gestión, para sentar allí las operaciones comerciales derivadas de ese contrato, gravando los ahora ejecutados con derecho real de hipoteca un inmueble por la suma de \$ 100.000 para garantizar los eventuales saldos deudores que pudiera arrojar esa cuenta.

También pactaron en forma expresa que los saldos se considerarían líquidos mediante el certificado de saldo deudor emitido por un contador público y que procedería, en consecuencia, su ejecución por el procedimiento establecido en los arts. 597 y sigtes. del CPCCN.

En base a ello, la empresa EG3 pretendió ejecutar, mediante el proceso de

*Publicado en *La Ley* del 26/9/2001.

ejecución hipotecaria, el saldo deudor de la cuenta de gestión mediante un certificado emitido por contador público manifestando que “la escritura es el instrumento público que habilita la ejecución y que la certificación contable es el complemento necesario para establecer el monto de la deuda”.

La Sala D, en un fallo acertado, revocó el pronunciamiento de primera instancia que mandó llevar adelante la ejecución; hizo lugar a la excepción de inhabilidad de título opuesta por los ejecutados y rechazó la ejecución argumentando, en la parte que nos importa, que:

El título presentado por el actor (certificado de saldo deudor emitido por un contador público) no es hábil para promover la ejecución porque no está instrumentado en alguno de los títulos ejecutivos que señala el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, agregando que no es asimilable al título previsto en el art. 793 del Cód. de Comercio –saldo deudor de cuenta corriente bancaria– ni a ninguno de los enumerados en el art. 523 del CPCCN.

Las partes no pueden crear mediante contratos bilaterales títulos ejecutivos ya que esa solución es contraria a la letra del art. 520 del CPCCN, que limita la vía ejecutiva únicamente a aquellos títulos enumerados en el art. 523 –de los cuales surja la obligación de dar cantidades líquidas de dinero o fácilmente liquidables–.

Sobre estas dos cuestiones fundamentales intentaremos profundizar nuestro análisis.

II. De los títulos ejecutivos

A tal fin, no está de más recordar los caracteres del título ejecutivo.

Para Podetti es “la constatación fehaciente de una obligación exigible” pues, según sostiene, esta constatación constituye el presupuesto de una vía procesal específica. Entiende que los presupuestos que le dan fuerza ejecutiva al título son cinco: legitimación sustancial, causa lícita, objeto cierto y determinado o fácilmente determinable, plazo vencido y obligación pura o condición cumplida¹.

Alsina afirma que “el título” es el documento por el cual una persona reconoce una obligación cierta y exigible a su cargo y agrega que no sólo ha de ser suficiente, sino que debe bastarse por sí mismo, es decir, contener todos los elementos que se requieren para el ejercicio de la acción ejecutiva².

Falcón, por su parte, enumera los elementos que forman el título ejecutivo: a) deuda instrumentada o proveniente de un acto jurídico o constando en un instrumento que lo represente, b) de dinero, c) líquida (o fácilmente liquidable), d) exigible (es decir, no sujeta a plazo), e) no sometida tampoco a condición ni prestación alguna y f) manifestada en una de las formas requeridas por ley³.

(1) PODETTI, Ramiro J., *Tratado de las ejecuciones*. págs. 91 y 93/94.

(2) ALSINA, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, 2ª ed., V, págs. 185 y 189.

(3) FALCÓN, Enrique, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, anotado, concordado y comentado, III, pág. 598.

Los principios que rigen estos títulos ejecutivos, tal como señala Fenochietto, han sido elaborados por la doctrina y jurisprudencia y son: legalidad, ya que el título nace de la ley; necesidad, pues son necesarios para promover el juicio ejecutivo, conforme la máxima *nulla executio sine titulo*; suficiencia –es decir que de la simple lectura del título debe surgir el monto del crédito o ser éste fácilmente liquidable, su vencimiento y los legitimados activa y pasivamente para obrar–; relatividad, porque el derecho a la ejecución se encuentra limitado a las personas y cosas susceptibles de ser ejecutadas y, por último, autónomo, respecto de la relación sustancial que ha generado el crédito en ejecución⁴.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, si bien no define el concepto de título, en el art. 520 establece las exigencias que debe reunir: “se procederá ejecutivamente siempre que en virtud de un título que traiga aparejada ejecución, se demandare por obligación exigible de dar cantidades líquidas de dinero o fácilmente liquidables”. En consecuencia, debe tratarse de un título al cual el legislador dotó de carácter ejecutivo y que contenga una obligación líquida y exigible de dar sumas de dinero.

Por ello, en el art. 523 se mencionan cuáles son dichos títulos, aunque esa enumeración no debe considerarse taxativa porque el art. 524 agrega otro (el certificado por expensas) y el inc. 7º del art. 523 establece expresamente y “los demás títulos que tuvieren fuerza ejecutiva por ley y no estén sujetos a un procedimiento especial”, lo que implica que existen otros títulos más allá de los enunciados en esa normativa.

Así, son títulos ejecutivos: los instrumentos públicos (art. 523, inc.1º), los instrumentos privados reconocidos judicialmente o cuya firma estuviese certificada por escribano (inc. 2º), la confesión de deuda líquida y exigible prestada ante juez competente (inc. 3º), la cuenta aprobada o reconocida (inc. 4º), la letra de cambio, factura de crédito, vale o pagaré, cheque y la constancia de saldo deudor de cuenta corriente bancaria (inc. 5º), el crédito por alquileres o arrendamientos de inmuebles (inc. 6º), el crédito por expensas comunes (art. 524) y, por último, los demás títulos que tuvieren fuerza ejecutiva por ley (inc. 7º).

Sentado lo expuesto, cabe preguntarse cuál es el título que, en el caso, el actor pretendió ejecutar.

III. Título ejecutivo e hipoteca

Del relato de los hechos surge que el título ejecutivo es para la empresa EG3 (ejecutante) “el instrumento público –escritura– complementada con la certificación contable”, pretendiendo encuadrarlo dentro del inc. 1º del art. 523 del CPCCN.

Frente al mismo, liminarmente debe tenerse en cuenta que la hipoteca es el derecho real constituido en garantía de un crédito en dinero (art. 3108, Cód. Civil) y que sus caracteres esenciales son: ser accesorio de un derecho perso-

(4) FENOCHIETTO, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado*, II, págs. 7/8 y jurisprudencia en notas 10 y 11.

nal –que debe consistir en un crédito cierto y determinado en dinero (art. 524, Cód. Civil)– y gozar de especialidad en cuanto al crédito⁵.

En consecuencia, la hipoteca por sí sola no basta para llevar adelante la ejecución ya que no constituye en ningún caso el título ejecutivo objeto de la ejecución hipotecaria sino que, tal como señalamos precedentemente, es sólo una garantía real del cumplimiento de una obligación.

Por ello, frente a una ejecución hipotecaria debe analizarse, en primer término, si el instrumento en el que está documentado el crédito tiene fuerza ejecutiva, para luego sí determinar si la hipoteca, como garantía real, cumple con los recaudos de especialidad que le son inherentes.

Decimos esto por cuanto la constitución de una hipoteca no supone necesariamente la existencia de un título ejecutivo, pues nada impide que la garantía pueda otorgarse en función de un crédito que, por no reunir las características del art. 520 del CPCCN, deba ser reclamado a través de un proceso de conocimiento pleno. En este último supuesto, recién al ejecutarse la sentencia definitiva se hará valer la garantía hipotecaria.

Vale destacarlo una vez más: no debe confundirse el contrato celebrado con la hipoteca otorgada para cubrir los posibles créditos que se deriven de ese contrato.

Así, por ejemplo, podrá utilizarse el procedimiento previsto en los arts. 597 y sigtes. del CPCCN cuando la escritura que instrumenta la hipoteca contenga también el crédito garantizado y éste sea líquido o fácilmente liquidable pues, en esa hipótesis, el título que documenta el crédito trae aparejada ejecución por tratarse de un instrumento público (art. 523, inc. 1º, CPCCN). Esto se da, a menudo, cuando las partes celebran un mutuo y garantizan la devolución del crédito con una hipoteca.

Sin embargo, de las circunstancias del caso surge en forma palmaria que no estamos en presencia de un supuesto análogo al citado en último término. Por el contrario, del contrato de concesión celebrado sólo se deriva la posibilidad de un crédito eventual pero de ninguna manera líquido y exigible.

Pero, ¿modifica esta conclusión si admitimos que se constituyó una hipoteca abierta?

Para dar respuesta a este interrogante primero debemos descifrar qué se entiende por hipoteca abierta.

Para Wetzler Malbrán, son aquellas en las cuales si bien la causa fuente de las obligaciones garantizadas está precisada en forma clara e inequívoca, la generación de la deuda es eventual y las obligaciones eventualmente originadas son de monto indeterminado hasta el momento del incumplimiento⁶.

Creemos que aun asumiendo la postura más favorable de admitir la consti-

(5) MARIANI de VIDAL, *Curso de derechos reales*, págs. 128/129, Ed. Zavallía.

(6) WETZLER MALBRÁN, Ricardo, “La idoneidad ejecutiva del título en las hipotecas abiertas”, *Revista de Derecho Procesal*, “Procesos de ejecución I”, págs. 142/143. Por su parte, ARRAGA PENIDO, Mario O. entiende que las hipotecas abiertas son aquellas que se establecen en garantía de créditos indeterminados (“La hipoteca abierta por créditos indeterminados y el proyecto de Código Civil de 1998”, *JA*, 2000-IV-429).

tución de hipotecas para garantizar un crédito futuro o eventual, esto no implica de ningún modo que ese crédito –al hacerse efectivo– pueda ejecutarse por medio del procedimiento limitado previsto en el art. 597 y sigtes, del CPCCN porque, precisamente, para ello es necesario que exista un título ejecutivo.

Si se lee detenidamente el fallo se observa que la Cámara no analizó la validez o no de la hipoteca abierta ni si se cumplió con el principio de especialidad (a pesar de la alegación de los ejecutados en ese sentido) porque entendió que ello era innecesario ante la inexistencia de título ejecutivo, ya que el crédito no estaba determinado en el instrumento público ni era líquido o fácilmente liquidable⁷.

El criterio fue, a nuestro entender, correcto ya que el extremo acreditado (la ausencia de título ejecutivo) era de por sí determinante para rechazar sin más la ejecución sin que fuera necesario para resolver el caso ahondar en la validez de la hipoteca porque, reiteramos, el hecho de que se admitan estas llamadas “hipotecas abiertas” no implica que las mismas puedan ejecutarse. Para esto último es necesario que exista un título ejecutivo.

La diferencia conceptual que hemos puntualizado entre la hipoteca y el título ejecutivo también ha sido señalada correctamente por la Sala I de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Bahía Blanca, al decir: “previo a la ejecución de una deuda fundada en un incumplimiento de contrato, debe procederse a su determinación mediante el juicio de conocimiento respectivo, no pudiendo recurrir derechamente a la ejecución de la garantía integrándola con un título carente de ejecutividad propia; a lo que no empece la existencia de una garantía real hipotecaria porque uno de los presupuestos de la apertura del juicio ejecutivo consiste en la existencia previa de deuda líquida y exigible, sin cuya concurrencia no puede procederse ejecutivamente prescindiendo del hecho de que el crédito esté o no garantizado... La hipoteca es sólo un accesorio de la obligación afianzada y su sola vigencia no puede bastar para llevar adelante la ejecución, ante la insuficiencia del título con la que se integra”⁸.

(7) En sentido contrario, GOLDEMBERG, Alicia, sostiene, al comentar un caso análogo al del presente estudio que, el derecho real de hipoteca que accede al crédito eventual que se ejecuta hipotecariamente es nulo e inválido porque la hipoteca no reúne el carácter esencial de la accesoriedad y ello aunque se halle fijada contractualmente la responsabilidad hipotecaria del deudor mediante una hipoteca de máximo que determina el monto al cual la hipoteca puede alcanzar y satisfacerse con ello el cumplimiento del carácter esencial de la especialidad. Tampoco se encuentra determinada en el contrato hipotecario la causa de los créditos eventuales que se garantizan, al tratarse de una cuenta de gestión que asegura créditos indeterminados presentes y futuros que convierten a la hipoteca que se ejecuta en una hipoteca abierta y, por lo tanto, nula, no susceptible de ejecución (“Otra vez sobre las hipotecas abiertas”, JA, 2000-IV-413/420).

(8) CApelCC Bahía Blanca, Sala I, noviembre 21-2000, “La Industrial Alimenticia S. A. c. Ulovec, Liliana Graciela y otro s/ejecución hipotecaria”, diario *El Derecho* N° 10.267 del 4 de junio de 2001. En igual sentido, CNCiv., Sala D, del 31/10/2000 *in re*: “Citibank S. A. c. Cambados, Luis A.”; “Este tribunal en otro precedente (*in re*, mayo 30/1997, “Cargill S. A. c. Valarino, Domingo s/ ejecución hipotecaria”, publicado en el diario *ED* de fecha 9/9/97) señaló que el art. 520 del Cód. Procesal limita la vía ejecutiva a aquellos títulos (enumerados en el art. 523) de los cuales surge una obligación exigible de dar cantidades líquidas de dinero o fácilmente liquidables. Y ello no empece la existencia de una garantía real hipotecaria, pues uno de los presumpues-

IV. El título presentado por el actor

Tal como lo relatamos en el apartado III y en virtud de que del contrato de explotación sólo surgía la posibilidad de un crédito eventual, el ejecutante pretendió complementar la escritura pública con otro documento (certificado de saldo deudor emitido por un contador público) para, según sus dichos, determinar el crédito.

Pero esta situación es a todas luces improcedente debido a que se opone a los principios especiales que rigen a los títulos de autonomía y suficiencia, tal como expresó la Sala D en su pronunciamiento.

Así lo sostenemos porque la liquidez de la deuda debe resultar del mismo título ejecutivo, no siendo admisible complementar este aspecto con pruebas ampliatorias, informaciones, certificaciones contables, ni con otras diligencias⁹.

Sentado lo expuesto cabe, ahora sí, analizar si puede considerarse título ejecutivo “el certificado de saldo deudor emitido por un contador público”.

Lo primero que se advierte es que no es uno de los títulos enumerados por el legislador ya sea en el Código Procesal ni en otras leyes especiales, por lo que, en principio, diríamos que no puede traer aparejada ejecución.

Sin embargo, para dar una respuesta más profunda y, dado que las partes pactaron expresamente que el saldo deudor emitido por un contador público habilitaba la vía ejecutiva, nos abocaremos a estudiar si las partes pueden o no crear títulos ejecutivos.

Tanto doctrinaria como jurisprudencialmente existen distintas posturas sobre este tema.

Quienes se inclinan por sostener que las partes pueden crear títulos ejecutivos se basan en el principio general de la autonomía de la voluntad (art. 1197, Cód. Civil) pues afirman que si bien la fuerza ejecutiva de un título se funda en la ley, la autonomía de las partes es un principio general de derecho.

Así, Boggiano al analizar el pacto de ejecutividad establecido en una solicitud de tarjeta de crédito, expresó que “si la ley no prohíbe la creación del título ejecutivo parece plausible examinar en cada caso si el título creado guarda sustancial analogía con algún otro creado por ley. Es decir cabe propiciar una aplicación expansiva intrasistemática del art. 523 sobre la base del razona-

tos de apertura del juicio ejecutivo consiste en la existencia de una deuda exigible (y líquida) ya que si ésta no lo es, no habrá título hábil para proceder ejecutivamente, y ello con prescindencia de que el crédito tenga o no garantía real, pues la hipoteca es sólo un accesorio de la obligación y, consiguientemente, su presencia no podrá erigirse en factor determinante de la imposibilidad de discutir la habilidad del título con que se demanda” (diario *La Ley* del 10 de julio de 2001).

Véase, en sentido contrario, el comentario de WETZLER MALBRÁN “El título ejecutivo y la determinación del *quantum* de la obligación”, diario *ED*, del 4 de junio de 2001.

(9). CCiv. y Com., Morón, Sala 2ª, 27/6/95, “Suárez, Emilse B. y otra c. Oeste Visión S. A.”, *JA*, 1999-IV, síntesis, 202/203.

miento analógico como modo de despliegue judicial de los principios de garantía y seguridad del tráfico mercantil”¹⁰.

Variada jurisprudencia avaló esta tesis y consideró que el título creado por voluntad de las partes es hábil para proceder ejecutivamente sin hacer distinciones de ningún tipo¹¹.

Por su parte, Colombo y Fenochietto propician la creación por parte de los contratantes de títulos ejecutivos pero siempre que se cumpla con los requisitos del art. 520 del CPCCN, con los presupuestos sustanciales del título y con el principio de defensa en juicio¹².

En efecto, entiende Fenochietto que “los presupuestos sustanciales no podrán ser soslayados. En tal sentido, si se conviniera la vía ejecutiva para una prestación de dar cosas ciertas, no dinerarias, o siendo en dinero no fuera líquida o fácilmente liquidable, el proceso ejecutivo no será viable, pues los particulares no pueden, al margen de la ley, crear un título violentando las formas procesales (ver arts. 319 y 520, CPCCN)”¹³.

Al igual que estos distinguidos doctrinarios, varios pronunciamientos judiciales admiten la validez de las cláusulas contractuales creadoras de títulos ejecutivos, siempre que se respeten los principios que los regulan.

En cambio, para Morello y Kaminker, “la autonomía de la voluntad, trascendente vehículo de normatización de conductas en el ámbito privado bajo el amparo de la legislación civil (art. 1197 Cód. Civil) carece, sin embargo, de preeminencia frente a la garantía constitucional de la defensa, tema específicamente procesal. El Código de rito (art. 523, inc. 7º, CPCCN) atribuye a la ley, en sentido formal, la tipificación de los títulos ejecutivos con las limitacio-

(10) BOGGIANO, Antonio, “Pacto de ejecutividad y abaratamiento del crédito. Consideraciones acerca de *in re* Deutsche Bank que pueden generalizarse más allá de las tarjetas de crédito”. *ED*, 138-185.

(11) “Los instrumentos privados, con naturaleza ejecutiva, pueden ser creados por voluntad de las partes, ya que no está comprometido el orden público y requieren para tener fuerza ejecutiva el reconocimiento de las firmas. Si bien puede existir un ‘convenio ejecutivo’ ello es a condición de que se complete o integre con la determinación de su autenticidad por la vía de los arts. 509 inc. 2º y 511 del CPCCN Entre Ríos” (CApels. Concepción del Uruguay, Sala civ. y com., 6/10/1998, “Ogguier, Rubén D. c. Scattone, Rodolfo y otro”, *JA*, 2000-III, síntesis); “Los particulares pueden crear el convenio ejecutivo al celebrar el negocio, dando lugar a un futuro título que encuadre dentro del inc. 2º del art. 521 del Cpr” (CCiv. y Com. Morón, Sala 2ª, 27/6/1995, “Suárez, Emilse B. y otra c. Oeste Visión S. A.”, *JA*, 1999-IV, síntesis, 204).

(12) Así, Colombo enumera cuáles son las condiciones generales de admisibilidad de la creación de títulos ejecutivos por voluntad de las partes: 1) que no sea incompatible con la acción y naturaleza de la institución sustancial a que se aplica, 2) que no implique desnaturalizar el juicio ejecutivo, 3) no viole disposiciones de orden público, 4) no exija interpretación del contrato, susceptible de controversia o no dependa de la comprobación directa de las prestaciones recíprocas, 5) el título reúna las condiciones generales para que sea admisible la vía ejecutiva. Con estas garantías, dice, no advierte por qué no se ha de permitir que los contratantes acudan a un medio de efectividad y eventual celeridad, cuando éste ha sido, justamente, el origen del tipo de juicio ejecutivo aquí sistematizado”. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado y comentado*, III, pág. 66.

(13) FENOCHIETTO, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, comentado y concordado, II, pág. 36.

nes consiguientes a las posibilidades defensivas. Cabría argumentar que ambas disposiciones (el art. 1197, Cód. Civil y el art. 523 inc. 7°, CPCCN) emanan de poderes legislativos y constituyen reglamentación de garantías constitucionales (en el primer caso, de propiedad, art. 17 y, en el segundo, de la defensa, art. 18), pese al sentido permisivo de lo primero y la limitación de lo segundo. Pero en el hipotético contexto entre normas que ejecutan y reglan garantías constitucionales, la específicamente procesal que juega como marco de la potestad de limitar las defensas ha de privar con relación a la que atribuye efectos jurídicos a lo que las partes pacten. En tal inteligencia, el pacto ejecutivo no puede fundar, a falta de norma que lo prevea para el caso, la ejecutabilidad del documento que establezca¹⁴.

Por nuestra parte coincidimos con esta postura pues consideramos que las partes no pueden crear, a través de convenciones particulares, títulos ejecutivos que no están comprendidos en los supuestos regulados específicamente por la ley procesal.

Decimos esto porque admitir que cualquier acuerdo de partes habilita la vía ejecutiva generaría la conversión de todos los contratos bilaterales en títulos ejecutivos, desnaturalizando el proceso ejecutivo y las circunstancias particulares que tuvo en cuenta el legislador al regularlo.

En efecto, expresamente la ley adjetiva limita los títulos a aquellos “creados por ley” y la regla contenida en el art. 1197 del Cód. Civil no permite, a nuestro criterio, a las partes revestir de virtualidad ejecutiva un crédito que por su naturaleza no tiene ese carácter por no reunir los recaudos que prevé el Cód. Procesal.

En este orden de ideas, Salas, Trigo Represas y López Mesa exponen que “así como la voluntad de las partes carece de virtualidad para modificar por vía convencional la naturaleza de las cosas, tampoco puede alterar las bases normativas cuando aluden a cuestiones en las cuales está interesado el orden público por medio de disposiciones imperativas que tienden a resguardar la buena fe, la igualdad de las partes y la tutela de una de ellas, a quien la misma ley, por diversas razones, considera digna de protección jurídica. Las convenciones obligan a las partes otorgantes como la ley misma; pero este principio debe ser entendido en tanto tales convenciones no deroguen derechos irrenunciables, violen el orden público, la buena fe y las buenas costumbres, o afecten garantías de orden constitucional¹⁵”.

En concreto, la autonomía de la voluntad de las partes y su libertad para contratar no es ilimitada e irrestricta pues el ejercicio de los derechos debe adecuarse a límites de razonabilidad y encuentran también cortapisa en el orden público que, en este supuesto, se refleja en que el procedimiento abreviado que restringe la garantía de defensa en juicio sólo se autoriza en aquellos

(14) Morello, Agustín M. y Kaminker, Mario, “¿Pueden las partes crear títulos ejecutivos?”, *JA*, 2000, 44/45.

(15) Salas, Trigo Represas y López Mesa, *Código Civil anotado*, actualizado, pág. 655.

casos en que una ley (art. 523 inc. 7º, CPCCN) expresamente fija esa prerrogativa.

Por ello, el legislador restringió la cantidad y naturaleza de los títulos ejecutivos porque, por medio de ellos, se cercenan y limitan las facultades defensivas de las partes y, en cierta medida, las garantías constitucionales de igualdad ante la ley y defensa en juicio.

Pero, más allá de lo expuesto, destacamos que en el caso se trata de un documento creado por el propio acreedor y creemos que esa facultad excepcional debe limitarse únicamente a los casos en que expresamente el legislador autoriza esa situación, por el estado de indefensión en que puede colocarse al ejecutado.

De lo contrario, nos encontraríamos ante el peligro de que los acreedores pudieran preconstituir unilateralmente el título de su crédito, autoadjudicándose el acceso directo al trámite ejecutivo, sin norma legal que lo autorice¹⁶.

Por eso, el poder legisferante dotó sólo a los bancos con la facultad de crear el título de su propio crédito que le permitiera ejecutar los saldos deudores de las cuentas corrientes (por la calidad que revisten y el control al que se ven sometidos) pero pretender extender esta facultad a cualquier empresa o particular –tal como quiere el ejecutante– por el mero consentimiento del deudor podría generar un estado de desigualdad y de abuso, sobre todo teniendo en cuenta que la mayoría de los contratos hoy en día son de los denominados “de adhesión”, que le impide a una de las partes negociar o pactar libremente las cláusulas en ellos contenidas¹⁷.

Tanto es así que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido, con respecto al saldo deudor de cuenta corriente bancaria –expresamente enumerado como título ejecutivo por el CPCCN–, que “cuando la base del juicio es un documento creado por el propio acreedor –en el caso, certificado de saldo deudor de cuenta corriente bancaria–, el tribunal debe emplear una especial prudencia en la indagación de los presupuestos que demuestren la existencia de un crédito líquido y exigible, susceptible de habilitar por voluntad unilateral del propio acreedor la vía ejecutiva” (del voto en disidencia de los doctores Moliné O’Connor, Fayt y López. La mayoría declaró inadmisibles el recurso)¹⁸.

En síntesis, creemos acertado no autorizar en el caso la procedencia de la ejecución hipotecaria en base a un documento creado por el propio acreedor (saldo de una cuenta de gestión emitido por un contador público) porque, a

(16) CNCCom., Sala C, junio 26 de 1992, “Diners Club Argentina S. A. C. c. Lentino, Ricardo/ejecutivo”.

(17) Repárese, asimismo, que la jurisprudencia en forma uniforme limitó a los bancos cuando pretendieron extender esa facultad a otras operatorias bancarias como, por ejemplo, con las tarjetas de crédito. Ver, en este sentido, los siguientes fallos: CNCom., Sala A, 22/9/85, *La Ley*, 1987- D 620; Sala B, 27/12/88, *La Ley*, 1990 C, 29; Sala I, 19/5/88, *La Ley*, 1989- D; Sala C, 1395, *La Ley*, 1996- C, 784 y CNCiv., Sala B, 28/8/97, *La Ley* 1998/ C, 493; y el artículo de Verdager, Alejandro, “¿Pueden los bancos celebrar convenios ejecutivos con los adherentes de un contrato de tarjeta de crédito?” *La Ley*, 1992- B 154.

(18) CSJN, 2000- 02-15, “Banco de Corrientes c. Pretel, Oscar”, *La Ley*, 2000- F, 854.

pesar de la celeridad y efectividad que genera ese procedimiento, no hay que olvidarse de que limita las garantías de igualdad y defensa en juicio y, por eso, debe evitarse su uso irrestricto y abusivo¹⁹.

V. Corolario

A modo de conclusión, sintetizaremos los puntos relevantes a tener en cuenta en el análisis de las ejecuciones hipotecarias iniciadas en base a títulos complejos o creados convencionalmente.

1. Tratándose del proceso especial de ejecución hipotecaria regulado en el art. 597 y sigtes. del CPCCN, no debe confundirse la escritura hipotecaria con el título ejecutivo, que debe contener una obligación líquida y exigible al cual el derecho real de hipoteca garantiza.

2. El hecho de que se admitan las llamadas hipotecas abiertas no implica que las mismas puedan ejecutarse. Para esto último es necesario que exista un título ejecutivo.

3. No puede haber un documento complementario al título que se presenta como ejecutivo que determine el crédito porque es contrario a los principios de autonomía y suficiencia que rigen en la materia.

4. Las partes no pueden crear convencionalmente títulos ejecutivos porque el principio de autonomía de la voluntad (art. 1197, Cód. Civil) se encuentra limitado por el orden público y el principio de igualdad ante la ley.

5. El saldo deudor de una cuenta de gestión emitido por contador público no es hábil para promover la ejecución porque se trata de un documento creado por el propio acreedor y esta facultad excepcional debe limitarse a los casos en que expresamente el legislador lo autoriza, por el estado de indefensión en que puede colocarse al ejecutado.

El fallo que comentamos sintetiza de un modo claro y preciso estos puntos y establece pautas, a nuestro criterio, acertadas para determinar cuándo el crédito garantizado por una hipoteca puede ser ejecutado por la vía prevista en el art. 520 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación.

(19) “La circunstancia de que las partes convengan la procedencia de la vía ejecutiva no autoriza a accionar por dicha vía si el instrumento carece de los requisitos exigidos por la ley para hacerlo admisible” (C. Civil y Comercial Junín, octubre 25- 900, “Cooperativa Agrop. Ltda. De Carabelas c. Restaine, Damián y otro”, *La Ley*, 1993- C, 376). En igual sentido: “No pueden crearse consensualmente títulos abstractos, con eficacia ejecutiva, fuera del catálogo contenido en la ley procesal” (C. Civ. y Com. Paraná, Sala 2ª, 19/3/96, “Banco de Entre Ríos c. La Cooperativa Agropecuaria Nogoyá Ltda. y otros”, *JA* 1999- IV, síntesis 203). También: “No pueden interpretarse las disposiciones del art. 3162 y sigts. del Cód. Civil con una latitud que conduzca a reconocer a los otorgantes del contrato hipotecario una facultad de disposición de las normas procesales que colisionan con el carácter publicitario de la normativa ritual, permitiéndoles introducir pactos de ejecutividad que operarían al margen de la regulación de los títulos ejecutivos” (del voto del doctor Salvatori Reviriego) (CApel. CC Bahía Blanca, Sala I, noviembre 21- 2000, “La Industrial Alimenticia S. A. c. Ulovec, Liliana Graciela y otro s/ ejecución hipotecaria”, diario *El Derecho* N° 10267 del 4 de junio de 2001).