

“¿La pandemia trajo cambios en materia de ejecución de títulos valores y créditos?”

por Nicolás Malumián¹ y Mariana Scrofina²

INTRODUCCIÓN

Partimos de un hecho de público y notorio, esto es, la excepcional intensidad y duración de las restricciones a la circulación y al desarrollo de la vida económica y social, así como el acelerado impulso al desarrollo tecnológico al que estamos asistiendo. Es una obviedad que esta situación, ha conllevado muchos cambios drásticos, algunos pasajeros pero otros que no tendrán vuelta atrás.³

Desde ya, el quehacer del Derecho no fue una excepción. Hemos visto como el derecho procesal y las formas de los contratos sufrieron una transformación que en algunos casos los hizo casi irreconocibles. Estos cambios fueron tanto con sustento en Acordadas de la Corte Suprema como en creaciones de cada Juzgado buscando permitir la prestación del servicio de Justicia preservando la salubridad pública. Basta citar los distintos mecanismos creados para permitir la verificación de créditos en un concurso (por mail o en forma mixta mail y Lex100 por citar los dos más usados), la forma de confeccionar oficios (los oficios a organismos públicos o privados que se libran de manera reiterada y habitual, vía DEOX), audiencias de mediación o conciliación por medios no presenciales, y un largo etcétera.

¿Estos cambios también llegaron al Derecho de fondo, sea en forma transitoria o permanente? Para responder a esta pregunta nos permitimos comentar fallos muy recientes en la materia, y luego esbozar breves

¹ Abogado y Doctor en Derecho de la UBA. Autor de obras sobre los aspectos legales y fiscales del leasing, fideicomisos y securitización, derivados financieros, obligaciones negociables y oferta pública.

² Abogada y Docente de la UBA. Especialista en Mercado de Capitales.

³ Para un análisis de estas tendencias nos remitimos a nuestro trabajo: *Digitalización del financiamiento empresarial y de consumo por el Covid-19* en la obra “Efectos del covid-19 sobre los contratos civiles y comerciales”, Director Pablo D. Frick, Coordinadores Rodrigo E. Jaime y Juan A. Gasparini, Editorial eDial.com, Tomo II, Buenos Aires, 2020.

conclusiones. Comenzamos por el más rígido y formal de los regímenes, el concerniente a los títulos valores representados en papel (cartulares), luego veremos el caso del requisito de la firma en títulos valores electrónicos, y terminaremos con un ámbito de amplia libertad de apreciación judicial como es el caso fortuito. En todos los casos, nos referimos a sentencias dictada durante la pandemia y que tuvieron a la misma en consideración.

I. ¿Se modificó el régimen de los cartulares?

Para responder a esta pregunta nos remitimos a un muy interesante fallo de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de la Ciudad de Buenos Aires del 13 de octubre de 2020 en la causa *“Fideicomiso Justicia y Verdad c. Robles-Berlanga, María del Rosario y otro s/ Proceso de ejecución”*.

En este caso la parte actora inicia demanda ejecutiva contra quien dice es su deudor en virtud de un pagaré, pero sin adjuntar el cartular del título valor. Ante la intimación del Juzgado para la presentación del cartular, la actora manifiesta que el requerimiento es de imposible cumplimiento en el plazo fijado, dado que el pagaré original, se encontraría depositado en una caja fuerte en la Provincia de San Luis, una de las más severas en lo que atañe a los protocolos sanitarios para prevenir el contagio del Covid-19 y solicitó una prórroga para su presentación en original, quedando la copia presentada oportunamente en el expediente.

El Tribunal consideró que su primera tarea era evaluar la procedencia formal de la pretensión, explicando que lo dicho implica, entre otros puntos, examinar las condiciones de admisibilidad extrínsecas de la ejecución. De un análisis totalmente objetivo, la norma es clara: es requisito de la demanda ejecutiva, la presentación del título ejecutivo que trae aparejada la ejecución. La ausencia del mismo, por el motivo que fuera, conlleva necesariamente el rechazo *in limine* de la acción intentada.

En esta línea, el Tribunal sostiene: *“Existe un correlato entre esa exigencia y el carácter del título de crédito conocido como “necesidad” por el cual sólo el propietario del título (o su poseedor) es la persona habilitada para ejercer*

el derecho literal y autónomo expresado en él (Vivante, César, Tratado de Derecho Mercantil, Editorial Reus, Madrid, 1936, traducción de Miguel Cabeza y Anido, Vol. III, ps. 135/136; Messineo, Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial, Buenos Aires, EJE, 1979, traducción de Santiago Sentís Melendo, tomo VI, p. 232).⁴ El Tribunal concluye que “En ese documento hay una declaración de voluntad constitutiva del derecho cartular inseparable de él (cfr. Messineo, ob. y lug. cit., p. 232; Cámara, Héctor, Letra de cambio y vale o pagaré, Buenos Aires, Ediar, 1980, tomo I, p. 193; Legón, Fernando A., Letra de cambio y pagaré, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, ps. 12 y 13).”

La Sala, con este criterio basado en el principio “sin título no hay ejecución”, explica que la tenencia y presentación de los cartulares es necesaria justamente para el ejercicio de todo derecho a él incorporado. Asimismo, justifica la postura del Código de Procedimiento en la exigencia del cartular original, enumerando algunas de las complicaciones procesales que podría implicar la aceptación de una copia simple del mismo: Desde la multiplicidad de procesos con el mismo objeto, hasta la vulneración del derecho de defensa del presunto deudor, toda vez que ante una alteración de la copia del cartular, una pericia resultaría compleja, por no decir imposible.

En síntesis, vemos como la pandemia, por más de haber sido imprevista y haber generado restricciones y hasta la imposibilidad de transitar y acceder a documentos, no conmueve el principio general en materia de cartulares sobre la necesidad de su tenencia para ejercer los derechos en él contenidos. Cabe destacar que este principio vigente en el Derecho comercial por Siglos está receptado en nuestro Código Civil y Comercial que entró en vigencia en agosto de 2015, esto significa que nuestro legislador tuvo la oportunidad de revisar el punto y optó por el rigor formal de la necesidad del título cartular para ejercer el derecho. De hecho, destacamos que la Argentina no tuvo

⁴ Es extraordinaria la vigencia del jurista italiano Césare Vivante ([Venecia, 6 de enero de 1855](#) - [Siena, 5 de mayo de 1944](#)) y su definición de “título valor” como el “[documento](#) necesario para ejercer el derecho literal y autónomo expresado en el mismo título”. Esta definición está en su obra *Tratado de Derecho Mercantil*, vol. 3. (Madrid, Editorial Reus, 1936, 135-136), esto es, la primera de las obras que cita el fallo, pero su lógica general se puede ver con gran claridad en el *Manual*, la segunda de las obras citadas. Cabe destacar que el *Manual* es de una claridad asombrosa y de muy amena lectura, lo que explica el motivo por el cual al día de hoy se lo considera un gran maestro del derecho.

una definición legal de título valor hasta la entrada del actual Código, por lo que el legislador no se limitó a revisar o transcribir normas existentes, sino que debió generar nuevas normas, con lo que más razón todavía asiste a quienes creen que la necesidad del cartular es un principio indiscutiblemente vigente en la actualidad. ¿Fue este principio modificado en forma alguna por la pandemia? A juzgar por lo que hemos visto, parecería que no, el principio sigue en pie: Si el título valor ha nacido en forma cartular, se deberá contar con la tenencia del mismo y acreditar dicho extremo mediante su exhibición para poder ejercer los derechos contenidos en el mismo.

II. ¿Se flexibilizó el requisito de la firma para la ejecución de créditos otorgados en forma electrónica?

Ya hemos visto que los principios que rigen los títulos valores cartulares no se han visto conmovidos por la pandemia. Pero cabría preguntarse si el requisito de la firma ológrafa o digital para la ejecución de créditos electrónicos se ha visto modificada. Previo a la pandemia la jurisprudencia no se mostró proclive a abrir la vía ejecutiva ante la falta de firma ológrafa o digital,⁵ ¿la pandemia y el desarrollo de los medios electrónicos cambió este criterio?

Para responder a esta segunda pregunta veremos el fallo de Cámara “*Banco de la Provincia de Buenos Aries c/ Spindola, Sabrina Lorena s/Cobro de Ejecutivo*”⁶ en el cual en primera instancia se rechazó la preparación de la vía ejecutiva con costas a la actora sobre la base de considerar que la documentación aportada, esto es, impresiones de pantallas, movimientos de cuentas y un contrato electrónico de mutuo sin firma ológrafa ni firma digital, no permitía habilitar la preparación de la vía ejecutiva. Frente a esta sentencia el actor apela y se agravia explicando la operatoria de los créditos electrónicos y

⁵ Para un comentario a la situación antes de la pandemia nos remitimos a nuestro artículo: *Fintech, firma electrónica, digital y vía ejecutiva*, comentario al fallo del Juzgado Nacional Comercial. Nro. 23, del 14/02/2020, in re *Wenance SA c. Gamboa, Sonia Alejandra s/ ejecutivo*, publicado en el Diario La Ley del 15 de julio de 2020.

⁶ Fallo de la Cámara II de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala I, de la Plata, del 29 de Septiembre de 2020. El fallo de primera instancia es del Juzgado Civil y Comercial Nro. 10 de La Plata, Provincia de Buenos Aires, Causa 126798.

sostiene que la firma electrónica es válida para la preparación de la vía ejecutiva, dado que únicamente restaría citar al firmante para el reconocimiento de la misma con base en el Art. 523 y ss. del Código de Procedimiento.

La Cámara inicia su análisis destacando que el tema central es la *“ejecución de créditos/préstamos otorgados informáticamente y por eso, dentro de un diseño procesal que no ha tenido en cuenta las nuevas tecnologías a las que se enfrentan los justiciables al concertar vínculos jurídicos y reclamar derechos derivados de esas relaciones, hoy reconocidas expresamente en el Código Civil y Comercial (arts. 288, 1378 ss. y ccs), y en diversas leyes especiales como la Ley de Firma Digital, N° 25.506 (arts. 3 y 5) y ciertas comunicaciones del B.C.R.A. (A-6068, 6071, 6072 y 6112).”*

Establecido el punto medular, la Cámara explica que *“cabe analizar, entonces, si las impresiones de pantalla, movimientos de cuentas y contrato no firmado en forma ológrafa ni digital permiten la preparación de la vía ejecutiva pretendida.”* Queda en el aire una interesantísima pregunta, ¿se puede recurrir a la vía ejecutiva con estos elementos? El Tribunal destaca que *“el art. 518 del C.P.C.C. prevee que 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. El fundamento de la idoneidad ejecutiva del título, radica en la certidumbre de la existencia del crédito que del mismo resulta (Lascano, cit. por Morello-Sosa-Berizonce, “Códigos...”, Ed. Platense, 1994, t. VI-A, pág. 258). Es que el juicio ejecutivo es un medio de ejecución forzada -compulsoria- que reposa en la presunción de la existencia de un derecho que se constata y debe emanar del instrumento mismo. El crédito – obligación de dar sumas de dinero, líquida o fácilmente liquidable- debe ser exigible, no condicional ni pendiente de plazo. De tal forma, el título debe bastarse a sí mismo, sin necesidad de recurrir a otros medios de prueba que lo complementen.”* En otras palabras, la vía ejecutiva está reservada a casos en que existe un cierto nivel de certeza sobre la existencia del crédito, nivel de certeza basado en las formas que por ende no puede ser dejadas de lado.

El Tribunal continúa explicando que *“si bien nuestro ordenamiento admite la preparación de la vía ejecutiva, pidiendo previamente que sean reconocidos los documentos que por sí solos no traigan aparejada ejecución (art.*

523, inc. 1, C.P.C.C.), se trata de situaciones que han sido delimitadas por la ley, ya que los títulos ejecutivos tienen origen legal. Por ello es que únicamente resulta procedente citar a reconocer documentos para preparar la vía ejecutiva de conformidad con lo que dispone el art. 523 inc. 1 del C.P.C.C., por lo que si el documento -tal como sucede en el caso de autos- no es de aquellos comprendidos en el art. 518 precitado, no es procedente la diligencia preparatoria pretendida. De esta manera, un documento que no es autosuficiente ni contiene una deuda líquida y exigible, la indicación precisa del acreedor y deudor de la obligación, no puede adquirir fuerza ejecutiva por más que se lo someta a la preparación de la vía, por lo que el reclamo del cobro de ese crédito debe tramitarse por otra vía.” Lo que el Tribunal explica es que sólo en ciertos casos de puede aplicar la preparación de la vía ejecutiva.

En el caso concreto la Cámara entiende que los elementos son “afirmaciones unilaterales del banco” dejando constancia que no estamos frente a un certificado de deuda expedido conforme los artículos 1378, 1384 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación (que sí es un título ejecutivo previsto en la legislación). Cabe mencionar que esta aclaración del Tribunal no es menor, el Banco en su calidad de tal podría haber generado un título ejecutivo.

En particular, y ya sobre la imposibilidad de asimilar a un documento electrónico con firma electrónica (no digital) a un título ejecutivo el fallo explica que: “la pretendida justificación dada por el apelante en torno a la ejecutividad de las deudas en la existencia de contratos electrónicos y su consecuente firma electrónica, que se habría materializado con la aceptación de los términos y condiciones preacordados por la deudora mediante el consentimiento que para perfeccionar cada uno de los contratos reviste las características propias de una firma electrónica (Ley 25.506) solo revela la falta de autosuficiencia del título, en tanto calidad indispensable para que un crédito pueda ser cobrado por una vía que, como la presente, es en principio resistente a toda indagación causa (arts. 518, 521 inc. 2 y ccs. del C.P.C.C.).”

Continuando con este análisis, la Sala correctamente realiza una diferencia crucial para la resolución del presente caso: La diferencia entre una firma electrónica en sentido amplio y en sentido estricto. Normalmente, se utiliza

la denominación “firma electrónica”, para agrupar todas las firmas no ológrafas, pero para el análisis de este caso particular, una firma digital que asegure indubitadamente la autoría e integridad del documento, configura la clasificación de firma en los términos del artículo 288 del CCCN. Por el contrario, cualquier otra firma no ológrafa que no pueda asegurar estos extremos, será considerada, en los términos de la Ley de Firma Digital como una firma electrónica, definida como el “...conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital.” Sentado esto, es que el Tribunal correctamente concluye que no toda firma generada por medios electrónicos, es firma digital y por ende no toda firma generada electrónicamente equivale a firma ológrafa. En otras palabras, al no contar con firma ológrafa o firma digital, la documentación presentada sería un instrumento particular no firmado a los efectos de la vía ejecutiva. Es decir, no basta la firma electrónica para generar un título ejecutivo.

Lo dicho no conlleva que el crédito sea inexigible, sino que lo será en el marco de un juicio de conocimiento y no en juicio ejecutivo. El fallo es claro al afirmar que: *“el valor de las impresiones de pantalla acompañadas, consulta de saldos y movimiento de cuentas, requiere la posibilidad de comprobar la autoría e integridad de lo allí exteriorizado, adjuntando el soporte digital correspondiente. Ello sin perjuicio de que la voluntad expresada electrónicamente pueda ser validada y/o acreditada por los pertinentes medios técnicos en el marco de un proceso de conocimiento.”*

Este fallo deja claro el contraste que deseamos mostrar, la fundamentación y tramitación fue electrónica (esto es, hay un claro cambio en materia procedimental que fue profundizado por la pandemia) pero la sentencia muestra que en materia de fondo las formas siguen siendo requisitos ineludibles.

III. ¿La pandemia cambia las reglas del caso fortuito?

Finalizamos nuestro análisis preguntando, ¿Es tan excepcional la pandemia como para cambiar las reglas del caso fortuito disculpante en casos de incumplimiento del deudor? Para responder a esta consulta recurrimos a dos

fallos similares: “*Toledo, Victoria Andrea c. Linea de Microómnibus 47 SACFEI y otros s/daños y perjuicios (Acc. Tran. c/les. o muerte)*” ante la Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, del 30 de Julio de 2020 y “*Elastom Ingeniería SA C/Servicios Vertua SA s/Ejecutivo*” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, del 9 de octubre de 2020.

En ambos casos, los condenados al pago de una obligación solicitan se considere a la pandemia como una situación de caso fortuito o de fuerza mayor que los exima total o parcialmente del cumplimiento de sus obligaciones.

En el primer caso, ante la Excma. Cámara Civil, una aseguradora solicitó una suspensión y diferimiento de pago de una condena de daños hasta tanto finalicen los efectos comerciales de la pandemia, tomando a la misma como un caso fortuito o de fuerza mayor. En primer lugar, la Excma. Cámara analizó los requisitos de los institutos de caso fortuito y de fuerza mayor: imprevisibilidad, inevitabilidad, ajenidad y contemporaneidad. Sentado esto, concluyó que la pandemia de coronavirus no puede ser calificada como un evento de fuerza mayor o caso fortuito en sí misma, dado que no en todos los casos puede calificarse como una situación irresistible, como en el caso de autos en donde el caso fortuito o de fuerza mayor no fue contemporáneo al nacimiento de la obligación a cargo de la aseguradora. El hecho de que la aseguradora se encontrara en mora meses antes del inicio de la pandemia, bastó para que la Cámara confirme la sentencia de primera instancia, rechazando el planteo de la aseguradora con costas.

Con igual resultado, ante la Excma. Cámara Comercial apeló la ejecutada la resolución de primera instancia que rechazó su oposición a que continuara el trámite durante la feria por la pandemia y su solicitud de suspender de sus obligaciones por la pandemia. La ejecutada se agravia de que la sentencia apelada “*no contempló la pandemia COVID-19 como un caso fortuito ni tuvo en cuenta el contexto de crisis nacional, que afecta tanto al sector público como privado*” fruto de la pandemia. Sostiene que la pandemia configura un caso fortuito o fuerza mayor, explicando que durante la pandemia no percibió ingresos que le permita siquiera sustentar los gastos fijos incluyendo el pago de los salarios de sus trabajadores.

Sin embargo, el Tribunal consideró que “el 19/03/20 el Poder Ejecutivo Nacional dictó el DNU N° 297/2020 que dispuso el ASPO a “fin de proteger la salud pública” en razón de que el 11/03/20 la Organización Mundial de la Salud había declarado pandemia al Covid-19 (art 1°).² Por lo que “es indubitable que la apelante se encontraba en mora al declararse el ASPO, hecho que obstaculiza la procedencia de la aplicación del eximente de responsabilidad invocado; caso fortuito. Ello en tanto el CCyC 1733 señala que aunque ocurra el caso fortuito (lo que aquí no se analizará por ser inaplicable) el deudor es responsable (inc. c) si está en mora.”

En síntesis, incluso considerando que la pandemia configura un caso fortuito o fuerza mayor, no lo es en sí mismo, sino que se debe analizar cada relación jurídica en particular para evitar cualquier perjuicio a las partes o a terceros. En estas situaciones, la pandemia, no tiene un nivel de excepcionalidad que permita dejar de lado la regla general de que si el caso fortuito o fuerza mayor ocurre cuando ya se está en mora, no se lo puede alegar para fundamentar un incumplimiento no culpable.

IV. Comentarios finales

Como hemos visto en este relevamiento de fallos resolviendo situaciones surgidas durante la pandemia, ha sido amplia la aceptación de los cambios formales, pero se han mantenido los principios sustanciales. La actualización y modernización forzosa y necesaria que requirió el Poder Judicial y todos los que nos encontramos vinculados al mismo, favoreció la posibilidad de continuar con la labor diaria del servicio de Justicia, buscando siempre que dichas modificaciones formales, no implicaran la vulneración de derechos de partes o de terceros. El expediente totalmente digital, las pruebas por medios electrónicos, las audiencias a distancia, el sistema de turnos, el sistema DEOX de oficios, fueron modificaciones necesarias para convivir con esta realidad que trajo la pandemia.

Terminamos destacando que no es que los Magistrados no conozcan las nuevas realidades ni la situación tan especial que se atraviesa, por el contrario, demuestran en sus fallos el conocimiento de los cambios en el mundo,

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 5

pero mantienen los principios que deben resistir incólumes a los embates del tiempo para que así el Derecho dé la debida certeza.



DECONOMI