

Delegación / Sustitución en procesos ejecutivos

Un resumen de algunos aspectos y literatura relevante

Prof. Christoph Paulus

A. El Contexto

Es un fenómeno extendido (sino global) que los tribunales en general – y los jueces en particular – sufren de una sobrecarga significativa que frecuentemente conduce a demoras prolongadas en la resolución de los casos y ejecución de las sentencias. La consecuencia es el crecimiento de la insatisfacción con el sistema, de aquellos que buscan el auxilio judicial. Ello sin faltarles justificación dado que, después de todo, la existencia de la judicatura – al menos en lo que se relaciona con la existencia de temas de derecho privado – no es un fin en sí mismo, sino más bien una herramienta que el acreedor está legalmente obligado a usar para finalmente recibir lo que se le debe, conforme a una orden judicial. Consecuentemente, visto desde el punto de vista del principio del imperio del estado de derecho (a veces también desde los derechos humanos), un Estado no puede contentarse con simplemente establecer derechos sustantivos y ofrecer un mecanismo procesal por el cual esos derechos sean reconocidos. Todo Estado debe también tomar en consideración que aquí (así como en cualquier otra área del derecho) la eficiencia es de la mayor importancia. Consecuentemente, debe proveer un procedimiento rápido sin demoras innecesarias.

Esta necesidad de celeridad resulta particularmente evidente en la etapa de ejecución. Esta es una etapa en la que existe una decisión judicial u otra decisión legalmente reconocida que certifica que el acreedor está legitimado a la satisfacción que el deudor se niega a dar voluntariamente. Cualquier demora injustificada del proceso de ejecución conduce, en la práctica, a una especie de “crédito subsidiado por el Estado” para el deudor, debiendo los costos del mismo ser soportados por el acreedor.

Sin embargo, en la medida en que es improbable que un Estado incremente el personal y los jueces a fin de evitar demoras en los procedimientos en general y en la ejecución en particular, el conflicto entre la sobrecarga significativa de los jueces y el retardo en la satisfacción de los acreedores resulta inevitable. Esto conlleva al riesgo de que los acreedores busquen soluciones alternativas para obtener lo que se les debe en tiempo oportuno. En este punto, el principio del imperio del estado de derecho corre peligro – dado que los métodos de ejecución paralegales (o peor aún: ilegales) - pueden colmar las expectativas de los acreedores y, de esta manera, debilitar la exigencia del Estado de que las normas legales sean cumplidas.

Una solución para los problemas provenientes de esta situación sería reducir la carga de trabajo de los jueces a través de la sustitución o delegación. Esto puede realizarse de diferentes formas – una sería permitir a los jueces especializarse en ciertas áreas¹ (tales como el derecho comercial y/o concursal); otra sería reemplazar los procedimientos judiciales por alternativas de creciente reconocimiento popular (como la mediación o el arbitraje). Una opción más complicada es la sustitución de los tribunales por otras agencias para los

¹ La especialización lleva a una reducción de la carga de trabajo y a una mejora de los resultados, opera como delegación entre la judicatura misma y no hacia entes no judiciales.

procedimientos de ejecución. Esto resulta complicado porque se encuentra en juego el poder coercitivo que es una de las prerrogativas exclusivas del Estado. Por lo tanto, para determinar qué funciones en particular de los procedimientos de ejecución pueden ser desplazadas de la responsabilidad del juez y delegadas a otra persona, uno debe identificar los elementos centrales. Dado que la legislación sobre ejecuciones trata de la situación fáctica en que el deudor rehúsa hacer voluntariamente lo que una decisión judicial u otra orden legalmente obligatoria le ordena hacer – y como el mecanismo de ejecución se encuentra basado en la idea de que, en vez del deudor que se niega, es el Estado quien realiza los pasos necesarios para satisfacer al acreedor tomando del patrimonio del deudor – la esencia del derecho de ejecución es la aplicación del poder coercitivo. Esto es lo que parece ser el dominio exclusivo del poder del estado que, por lo tanto, debe conservarse fundamentalmente para el juez. Cualquier otra función distinta de la directa aplicación del poder coercitivo, puede, sin embargo, ser ejercida por otra persona que no sea el juez.

B. Posibles Preguntas para una Aproximación al Tema

Con las siguientes observaciones y preguntas no se pretende dirigir la discusión en una dirección en particular; ellas únicamente suponen demostrar el espectro de temas importantes para discutir en este contexto.

¿Cuáles son los elementos centrales de un procedimiento judicial? Si los mismos giran en torno a la decisión de conflictos conforme el derecho vigente – ¿qué puede entonces delegarse a otras instituciones o personal? ¿El hecho de que el arbitraje sea reconocido en la mayoría de las jurisdicciones y que esto haya sido así por largo tiempo, implica que la mediación puede ganar una preeminencia singular reemplazando a los procedimientos judiciales? ¿Proveen a las partes los acuerdos obtenidos a través de la mediación las mismas bases firmes para una futura acción que un laudo arbitral?; por ejemplo, ¿pueden ser usados para iniciar un procedimiento de ejecución posterior, de ser necesario? ¿Existen áreas específicas del derecho en las que la mediación aparezca como ventajosa? ¿Existen limitaciones para la sustitución de procedimientos judiciales por tribunales arbitrales?

¿Existen restricciones constitucionales a la privatización de los procedimientos comerciales y concursales? En caso de respuesta afirmativa, ¿qué tan fuertes son las mismas a la luz del reconocimiento de larga data de los procedimientos arbitrales? Más aún, ¿requieren las posibles restricciones legales, como mínimo, que la calificación o selección de “jueces” privados sea predeterminada legalmente? ¿Existen otros requerimientos que debe el derecho garantizar antes de permitir mayores pasos hacia la privatización?

¿Cuáles son los elementos centrales del derecho de ejecución? Si uno ve el proceso de ejecución como un procedimiento con varios pasos (por ejemplo, emisión de la orden de ejecución, liquidación de los bienes, cesión de los derechos o acciones, satisfacción del acreedor, recursos, etc.), ¿constituye cada uno de estos un elemento central? Pensando en términos de la potencial sustitución o delegación, ¿es posible delegar el procedimiento de ejecución *in toto* o alguno de los pasos anteriormente mencionados y dejar el problema del acatamiento para las reglas sobre recursos ante el tribunal por el deudor?

¿Qué o cuál institución es un potencial candidato para tal sustitución? ¿Tiene esa persona o institución la necesidad de tener por lo menos cierta relación – por ejemplo, contractual- con

las autoridades públicas o tribunales? O, ¿es posible sostener una ejecución completamente privatizada?² ¿Existen argumentos constitucionales o meramente procedimentales y sustanciales que creen obstáculos a tal enfoque? O, ¿existen obstáculos fuera de la órbita legal, tales como, por ejemplo, una percepción general de las funciones del Estado o del rol de la judicatura?

Partiendo de que cierta (o inclusive cualquier) actividad judicial puede ser sustituida por personal no judicial, ¿incrementaría esto un incentivo para que los acreedores busquen otra jurisdicción (*forum-shopping*)? Este puede ser el caso, por ejemplo, cuando sea incierto (o inclusive esté excluido) el reconocimiento de la orden de ejecución en otra jurisdicción debido a la carencia de “judicialidad” de los procedimientos de ejecución locales.

¿Resulta una alternativa viable el omitir totalmente el procedimiento de ejecución y, alternativamente, tratar la negativa del deudor a cumplir voluntariamente su obligación como una razón para abrir un proceso concursal? Con lo cual, el procedimiento de ejecución es sustituido por un procedimiento de insolvencia. Este abordaje no es sólo el del antiguo Derecho Romano, sino también el derecho moderno de Suiza o Finlandia, los que tienen esta solución que puede ser vista como “privatización parcial”, cuando y siempre que el derecho concursal respectivo deje, por ejemplo, la decisión acerca de la validez de los créditos al administrador y que el administrador no sea un funcionario estatal o un juez.

Si la delegación de algunas o todas las funciones judiciales parece práctica (o inclusive deseable), ¿qué otros pasos legislativos o prácticos se necesitan tomar? Dado que las restricciones presupuestarias siempre tienen un rol importante en los cambios legislativos, ¿prevalecerá la solución más económica sobre la mejor? ¿Cuál es la más económica y cuál es la mejor?

² En Alemania (como en varios otros países también) existe una especie de privatización que amenaza los fundamentos de cualquier sistema legal; distintas mafias publicitan en la *web* sus servicios (como ellos enfatizan: siempre exitosos). Cf. Paulus, Die Privatisierung der "Zwangsvollstreckung" – oder: Wie der Rechtsstaat an seinem Fundament erodiert, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 2000, 296 f.; idem, Deutschland ist ein Paradies für Schuldner, Deutsche Gerichtsvollzieherzeitschrift (DGVZ) 2004, 65 ff.