

Universidad Autónoma de Barcelona  
Departamento de Derecho Privado  
Programa Conjunto De Doctorado en Ciencias Jurídicas

Tesis Doctoral

El Proceso Monitorio Salvadoreño  
Con especial referencia al Derecho Comparado

Tesis Doctoral presentada por:       Gilberto Ramírez Melara  
Bajo la dirección de:               Dra. Cristina Riba Trepal  
  Profesora Titular de la  
  Universidad Autónoma de Barcelona

El Salvador, Enero 2011.



## ABREVIATURAS UTILIZADAS

BOE	Boletín Oficial del Estado
Brux.	Bruxelles
C.P.C	Codice di Procedura Civile
CCBC	Consejo General de la Abogacía Europea
CEDAM o Cedam	Centro para la Diputación de Málaga
CEJA	Centro de Estudios de Justicia para las Américas
CESE	Comité Económico y Social Europeo
CGP	Código General del Proceso de Uruguay
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CPCM	Código Procesal Civil y Mercantil
COM (2002)	Comisión de las Comunidades Europeas 2002
Comp.	Comparar
Coord	Coordinado
CPCDF (México)	Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (México)
DO	Diario Oficial
DOCE	Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) antes Diario Oficial de la Comunidad Europea (DOCE)
Ed. O ed.	Editores
EPO	European Payment Order u Orden de Pago Europea
EU o UE	European Union o Unión Europea

EUR	Unión Europea de Secretarios Judiciales
IABA	Inter-American Bar Association
ILANUD	Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil Española 1/2000
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
R.D.P.C.	Revista de Derecho Procesal Civil
R.G.L.J.	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RDP (mejicana)	Revista de Derecho Procesal (mejicana)
RIDP	Revista Iberoamericana de Derecho Procesal
Riv. Dir. Proc. Civ.	Revista de Derecho Procesal Civil
Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.	Revista Trimestral de Derecho Procesal Civil
RPME	Reglamento sobre Proceso Monitorio Europeo
RUDP	Revista Uruguaya de Derecho procesal
S.A de C.V. s.r.l.	Sociedad Anónima de Capital Variable Sociedad de Responsabilidad Limitada
s/n	sin nombre
TEE	Titulo Ejecutivo Europeo
Univ.	Universidad
ZPO	Zivilprozessordnung o Código Procesal Civil alemán

## INDICE

ABREVIATURAS	
INTRODUCCION	
	CAPITULO I
	5
	MARCO HISTORICO Y DOCTRINAL DEL PROCESO MONITORIO
1.	Introduccion 5
1.2.	Antecedentes 6
1.3.	Concepto y naturaleza jurídica del Proceso Monitorio 15
1.4.	Formas que presente el Proceso Monitorio 25
	1.4.1. Proceso Monitorio ejecutivo y de conocimiento 26
	1.4.2. Proceso Monitorio documental y puro 27
	1.4.3. Proceso Monitorio independiente o como etapa introductoria de un proceso contradictorio 28
	1.4.4. Proceso Monitorio de conocimiento como etapa introductoria del contradictorio o independiente y autosuficiente 30
	1.4.5. Proceso Monitorio de conocimiento con resolución por sentencia o providencia simple 31
	1.4.6. Proceso Monitorio en una o varias fases 31
	1.4.7. Según el plazo para oponerse y la extensión de la oposición 35
	1.4.8. De acuerdo a la cognición del órgano competente y su intensidad 36
	1.4.9. Proceso Monitorio obligatorio, voluntario y de oficio 38
	CAPITULO II
	40
	CARACTERISTICAS Y PRINCIPIOS DEL PROCESO MONITORIO
2.1.	Introduccion 40
2.2.	Características del Proceso Monitorio 41
	2.2.1. Características fundamentales del Proceso Monitorio 41
	2.2.1.1. Rapida creación de un título ejecutivo con efecto de cosa juzgada en los casos que determina la ley 41
	2.2.1.2. Inversión de la iniciativa del contradictorio 43

2.2.2. Características complementarias del Proceso Monitorio	46
2.2.2.1. Especialidad	46
2.2.2.2. Proceso plenario rápido	47
2.2.3. Otras características según la LEC 1/2000 española	49
2.2.3.1. Jurisdiccionalidad	49
2.2.3.2. Declarativo	51
2.2.3.3. Plenario o sumario	52
2.2.3.4. Facultativo	53
2.3. Principios procesales que rigen el Código Procesal Civil y Mercantil de La República de El Salvador	53
2.3.1. Principio del debido proceso	57
2.3.2. Principio de legalidad	60
2.3.3. Principio de defensa y contradicción	62
2.3.4. Principio de igualdad procesal	65
2.3.5. Principio dispositivo	66
2.3.6. Principio de aportación	68
2.3.7. Principio de Oralidad	70
2.3.8. Principio de publicidad	75
2.3.9. Principio de Inmediación	77
2.3.10. Principio de concentración	84
2.3.11. Principio de veracidad, lealtad, buena fe y probidad procesal	85
2.3.12. Principio de dirección y ordenación del proceso	101
2.3.13. Principio de gratuidad de la justicia	105
CAPITULO III	
ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO DEL PROCESO MONITORIO	
3.1. Introducción	109
3.2. Proceso Monitorio en Francia	110

3.3.	Proceso Monitorio en Alemania	113
3.4.	Proceso Monitorio en Italia	118
3.5.	Proceso Monitorio en Australia	119
3.6.	Proceso Monitorio en Suiza	120
3.7.	Proceso Monitorio en Inglaterra	121
3.8.	Proceso Monitorio en Belgica	122
3.9.	Proceso Monitorio en Grecia	123
3.10.	Proceso Monitorio en Uruguay	123
3.11.	Proceso Monitorio en Venezuela	126
3.12.	Proceso Monitorio en Brasil	129
3.13.	El Intento de Chile de instaurar un “monitorio” carente de sus elementales características	131
3.14.	Proceso Monitorio en Costa Rica	135
3.15.	Especialidades que presenta el Proceso Monitorio	144
3.15.1.	Procedimiento Monitorio Laboral y sus aspectos generales en Chile	144
3.15.2.	Proceso Monitorio en materia de filiación en el Perú y su mandato de paternidad	164
3.15.3.	Proceso Monitorio para el reclamo de deudas en comunidades de propietarios	195
3.15.4.	Proceso Monitorio para recuperar el IVA de los clientes morosos	198
	<b>CAPITULO IV</b>	<b>206</b>
	<b>EL CODIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMERICA Y SU INFLUENCIA EN EL CODIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR</b>	
4.1.	Introducción	206
4.2.	El Proceso Monitorio en el Código Procesal Civil Modelo para Ibero América	207
4.2.1.	Fundamentos y caracteres del Proceso Monitorio en el Código Modelo	213
4.3.	El Proceso Monitorio en el Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador	215
		242

## CAPITULO V

PROCESO MONITORIO ESPAÑOL  
PROBLEMAS SURGIDOS EN SU APLICACIÓN Y SU RESPUESTA  
JURISPRUDENCIAL

5.1.	Introducción	242
5.2.	Proceso Monitorio en España	244
5.3.	Estructura del Proceso Monitorio y su Competencia	249
	5.3.1. Fase inicial o creación de un título judicial	249
	5.3.2. Competencia funcional	251
	5.3.3. Competencia territorial	252
	5.3.4. Determinación de la competencia al momento de admitir una demanda	256
	5.3.5. Determinación de la competencia después de admitida la demanda	257
	5.3.6. Establecimiento de la competencia una vez realizado el requerimiento de pago.	260
	5.3.7. Práctica judicial ante la incertidumbre del domicilio del deudor	262
	5.3.8. Conflictos de competencias con los Juzgados de lo Mercantil	264
	5.3.9. Otras cuestiones sobre la competencia	266
5.4.	La notificación por Edicto	268
5.5.	La ley 3/2004 de 29 de diciembre por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales	275
5.6.	Fase declarativa ordinaria en el Proceso Monitorio	278
	Proceso incidental declarativo de cognición plena	
5.7.	Improcedencia de la tasa judicial por el ejercicio de la potestad jurisdiccional	280
5.8.	Legitimación Procesal	281
5.9.	Postulación procesal	283
5.10.	Petición inicial del Proceso Monitorio	285
5.11.	Admisión de la Petición y Requerimiento de Pago	288
5.12.	Posturas que podría asumir el requerido	290
	5.12.1. Pago	290
	5.12.2. Oposición: requisitos del escrito de oposición	291
	5.12.3. Incomparecencia de deudor y despacho de la ejecución	296
5.13.	Problemas del juicio verbal que deriva de un Proceso Monitorio	297
5.14.	Presentación de la demanda cuando excede del límite del juicio verbal	303

5.15.	Auto de sobreseimiento	308
5.16.	Cuestiones planteadas en relación al juicio ordinario que deriva de la oposición al Proceso Monitorio	309
5.17.	La tasa judicial	318
5.18.	Pluralidad subjetiva, oposición por alguno o algunos de los litisconsortes	321
5.19.	Es preciso presentar demanda ejecutiva para que se dicte el auto despachando ejecución del art. 816 LEC	324
	<b>CAPITULO VI</b>	331
	<b>PROCESO MONITORIO EN LA UNION EUROPEA</b>	
6.1.	Introducción	331
6.2.	Proceso Monitorio en la Unión Europea	332
	6.2.1. Celeridad y eficacia de la Justicia Civil En la UE: Posición común modificada en EPO	333
	6.2.2. Ámbito de aplicación: Litigios Transfronterizos	337
	6.2.3. Presupuestos	339
	6.2.4. Objeto: Pretensiones de Naturaleza Civil y Mercantil, dineradas y sin límite cuantitativo	345
	6.2.5. Procedimiento	346
	6.2.6. Requerimiento de pago europeo	353
	6.2.7. Ejecución	356
	<b>CONCLUSIONES</b>	364
	<b>BIBLIOGRAFIA</b>	372

## INTRODUCCION

Hace ya mucho tiempo los hombres tratan de resolver sus discordias de manera mucho más ágil, sobre todo, por el deseo de contar con una decisión judicial que se aleje de lo tedioso y se acerque a lo más operativo, buscando obtener una pronta y cumplida justicia, pues conocida es la Administración de Justicia en todo el mundo, por su lentitud lo que produce una justicia tardía y encarecida. Es así que, los países tienden a buscar soluciones por otras vías más rápidas, sencillas, si cabe, más barata, y los Estados deben considerarse obligados a facilitarlas y dotarles de seriedad y seguridad jurídica.

En el ámbito internacional, se dedica a las medidas tendentes a prevenir y reducir, en general, la mora en el trabajo de los tribunales de justicia. Tales medidas tienen su campo de operación no solo en el ámbito civil y mercantil, sino también en otras áreas del derecho, abriéndose paso en otros campos, como el laboral, el penal, etcétera.

El mundo contemporáneo exige de quienes prestan servicios no sólo su mejor esfuerzo, sino que éstos sean rápidos, oportunos y adecuados. El Estado, el más grande e importante prestador de servicios no debe ser ajeno a este propósito, mucho menos cuando se trata de servicios fundamentales, como es el de justicia. En verdad, un Estado responsable de sus obligaciones no debe renunciar jamás a ello.

Diversos estudios teóricos - prácticos aconsejan que en procura de mejorar el servicio de justicia, el Estado debe trabajar esencialmente (hay otros más) en tres frentes: Institucional, Jurisdiccional y Procesal. Por la naturaleza del tema investigado, básicamente nos ubicamos dentro de lo Jurisdiccional y lo Procesal, aún cuando somos conscientes que los efectos de un acertado trabajo jurisdiccional y la adecuada aplicación de las reglas procesales, fortalecen y favorecen el terreno institucional.

En el contexto de un conflicto de personas en materia de naturaleza privada y el deseo de éstas de lograr resolver en forma rápida, es donde aparecen algunos modos o medios, con unos u otros matices, que se les suele denominar juicios rápidos, o monitorios o equivalentes, porque pretenden con dicho proceso la búsqueda de un arreglo definitivo, siendo ésta la intención inicial, como camino para conseguir un título ejecutivo, en sentido amplio, que permita lograr la ejecución forzosa de su contenido, de manera que el juzgador pueda aún intervenir si el obligado no cumple con lo acordado o lo impuesto.

El objeto de esta investigación, es descubrir el papel efectivo del Proceso Monitorio, en el cobro de una deuda, tutelando de esa forma el crédito, y no podemos obviar verlo desde la perspectiva de un Estado incapaz de impartir una justicia rápida y eficaz, buscando además en su tramitación la aplicación de la Constitución y otras normas procesales, de manera que se garanticen los principios de audiencia, contradicción e igualdad de las partes.

Para comprender un poco la dinámica del proceso especial en referencia partimos en el primer capítulo con su antecedente histórico, la forma como fue llevado, adoptado y desarrollado por algunos países, lo cual nos permite, posteriormente, conceptualizar el Proceso Monitorio, observando las formas que de alguna manera ha sido utilizado.

En el segundo capítulo, podemos ver con detenimiento las características propias del Proceso Monitorio, es innegable que la influencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, contribuye con algunas de ellas, lo que ayuda a comprender de mejor forma la figura del Proceso Monitorio. De más está decir que dicha influencia abarca también los principios que pueden aplicarse, por lo que con el afán que la investigación contribuya a reconocerlos, incluimos los Principios en un contexto más amplio que incluyese todos los que se encuentran en el Código Procesal Civil y Mercantil de La República de El Salvador.

En el tercer capítulo, hemos pretendido hacer un estudio de derecho comparado sobre la Institución del Proceso Monitorio tanto en Europa como en Latinoamérica, pues como hemos dicho antes al diseminarse en otros países fue adaptado a distintas realidades, lo que además de ser utilizado en el reclamo de deudas impagadas, también ha sido adecuado para su utilización en algunas especialidades laboral, filiación y otras; esto indica que el ámbito de aplicación del Proceso Monitorio puede ser susceptible de ser utilizado en otras áreas del derecho, que no sean las meramente civiles.

Dentro del capítulo cuarto es incluido El Proceso Monitorio en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica, el que junto a la LEC española, también ha influenciado al actual Código Procesal Civil y Mercantil Salvadoreño.

El capítulo quinto realza su importancia por si mismo, ya que en aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, hubo diversas situaciones que el legislador no estableció en forma clara, sin embargo eso no fue motivo de fracaso del Proceso Monitorio, ya que la misma jurisprudencia española se encargó de dar las respuestas adecuadas en el momento de su aplicación.

Importante es el estudio del Proceso Monitorio desde la perspectiva de la Unión Europea, a través de su aplicación en el ámbito transfronterizo, lo que en materia de Derecho comunitario ha sido un éxito, y el sexto capítulo trata precisamente sobre este aspecto, haciendo un recorrido del procedimiento que debe seguirse.

Han transcurrido más de ciento veintiséis años de vigencia del Código de Procedimientos Civiles de la República de El Salvador, y la búsqueda de aplicaciones modernas y novedosas han traído consigo la regulación de institutos procesales importantes, dentro del nuevo Código Procesal, Civil y Mercantil, que a la postre servirá para resolver la lenta

Administración de Justicia Civil a la que hemos estado sometidos; contándose entre las figuras novedosas con el Proceso Monitorio o inyuccional como lo diría el maestro Carnelutti, cuyo tratamiento es, sin duda, ordenado, integral y ágil, constituyéndose de esa manera en una valiosa herramienta procesal que apunta a dar tutela jurisdiccional urgente, rápida y oportuna y no tardía. Es decir, la posibilidad de atender cuando sea útil para el justiciable y no después, cuando todo se haya consumado o no les sea provechoso.

En efecto, como contribución al propósito de servir mejor, el Código pone al alcance de Operadores Jurídicos y Justiciables, un proceso judicial que en general dejará muchas satisfacciones, al igual que lo ha hecho ya en otros países como Alemania, Italia, Europa, Uruguay, por decir algunos, que se volverá importante en sí mismo, pues lograra erradicar el olvido y la postergación a la que se han visto sometidos los derechos de quienes esperan su declaración y protección.

Debemos reconocer que no todo se agota ni se resuelve con la entrada en vigencia de un cuerpo legal orgánico, como es el Código Procesal Civil y Mercantil, sino que es necesario procurar su mejor aplicación, a fin de cumplir el objetivo deseado, para poder afirmar que la tutela judicial efectiva en materia civil es una realidad.

## **CAPITULO I**

### **MARCO HISTORICO Y DOCTRINAL DEL PROCESO MONITORIO**

**Sumario:** 1.1. Introducción; 1.2. Antecedentes; 1.3. Concepto y naturaleza jurídica del Proceso Monitorio; 1.4. Formas que presenta el Proceso Monitorio, 1.4.1. Proceso Monitorio ejecutivo y de conocimiento, 1.4.2. Proceso Monitorio documental y puro, 1.4.3. Proceso Monitorio independiente o como etapa introductoria de un proceso contradictorio, 1.4.4. Proceso Monitorio de conocimiento como etapa introductoria del contradictorio o independiente y autosuficiente, 1.4.5. Proceso Monitorio de conocimiento con resolución por sentencia o providencia simple, 1.4.6. Proceso Monitorio en una o varias fases, 1.4.7. Según el plazo para oponerse y la extensión de la oposición, 1.4.9. Proceso Monitorio obligatorio, voluntario y de oficio

#### **1. Introducción**

A través del tiempo, las ciencias jurídicas han ido evolucionando, encontrándose a muchas de las instituciones con su origen en el derecho romano, por lo que el antecedente del Proceso Monitorio no es la excepción.

Los romanos elaboraron su derecho con gran sencillez, resolviendo los problemas que se les presentaban, con la mayor simplicidad, no generalizaron ni intentaron formular teorías generales o hipótesis, rehuían a las definiciones, aunque en algunos casos las hayan hecho y con gran concisión.

Por su duración y extensión, el Derecho Romano recoge y refleja en su evolución grandes y profundas crisis que han cambiado el curso de la historia antigua, el Derecho Romano es la conciencia del Derecho.

Al renacer el Derecho Romano mediante los estudios y tratados de los glosadores y posglosadores, en España se hizo sentir también esta nueva influencia y como demostración de ella se expidieron las famosas leyes conocidas como las Siete Partidas; y se dejó sentir la influencia del Derecho Romano no sólo en la jurisprudencia, sino en la confección de nuevas

leyes, como la Nueva y Novísima Recopilación. Algunos preceptos que aparecen en las Leyes de Indias acusan también la inspiración del origen romano.

El Código de Napoleón, aun cuando tuvo por origen diversas fuentes tales como las costumbres francesas, las ordenanzas reales de donde fueron tomados todos los preceptos que el citado código encierra, son netamente romanos.

Todos nuestros jurisconsultos, en la segunda mitad del siglo XIX y en los primeros del XX, hasta la actualidad, tuvieron como fuente de conocimiento tanto para la aplicación del derecho como para la confección de las leyes, a los tratadistas franceses, quienes casi sin excepción, se ocuparon de comentar y explicar el Código de Napoleón, el que se inspira en su mayor parte en la legislación romana. Sin embargo, también hay evolución en el derecho que no puede dejar de tomarse en consideración, pues hay una serie de conceptos y elementos de carácter general que nos ayudan a un mejor entendimiento y aplicación del Proceso Monitorio.

## 1.2 Antecedentes

Desde el derecho romano el crédito siempre estuvo ligado a la *obligatio*, que a su vez siempre estuvo unida a la *actio in personam*, y toda *actio*, originalmente, finalizaba con una *condemnatio* (*con* significa ‘unido a’, y *damnum* es igual a ‘perjuicio’, de ahí la palabra *condemnatio* que significa aquél que está unido al daño, aquél a quien le corresponde el daño). Cuando el *vinculum iuris* creado a través de la *obligatio* no era respetado, el acreedor se valía de la *actio in personam* para pedir al pretor la *condemnatio* del deudor a un *oportere*, y acto seguido, en el caso en que no hubiera el cumplimiento espontáneo del deudor, ejecutaba privadamente su derecho<sup>1</sup>; es decir, para que el acreedor realizara su derecho era necesario solamente una

---

<sup>1</sup> CHIOVENDA, G., "Principios de Derecho procesal Civil", t. I, P. ed. Reus 1992, Madrid, España, p. 245, Trad. por J. CÁSAIS Y SANTALÓ.

relación procesal. Pero, posteriormente, en la época de la *cognitio extra ordinem*, el acreedor que quería satisfacer su derecho contenido en una *sententia*, independientemente de la voluntad del deudor, debía valerse de una nueva *actio* denominada *iudicati*, por lo que debía iniciar una nueva relación procesal con el fin de realizar coactivamente la sentencia, a través del *exsecutor*. Aquí, el acreedor que quería satisfacer su derecho debía servirse de dos relaciones procesales distintas, sucesivas y complementarias. Esta breve digresión histórica sirve para evidenciar la verdadera vocación de las pretensiones de crédito, es decir, con la proposición de su pretensión el acreedor busca obtener una sentencia de condena, y a través de ella, la creación o constitución del *título ejecutivo* que le confiere el derecho a una nueva pretensión, la ejecutiva, y justamente por ello esta pretensión encuentra en el título ejecutivo su presupuesto, ya que *nulla executio sine titulo*. Esta es la razón por la cual la doctrina suele afirmar que "*la característica della sentenza di condanna è trovata non tanto in quello che essa è, quanto in quello che essa 'prepara' "*", en palabras del maestro Calamandrei<sup>2</sup>. Por ello, la doctrina define la sentencia de condena más por sus *efectos* que por sus características intrínsecas.

La existencia de procesos abreviados parece encontrarse ya en el sistema romano, cuyos procesos parecen representar un antecedente claro de la posterior Clementina *Saepe Contigit*<sup>3</sup> del año 1306, que supuso el hito fundamental de los procesos plenarios rápidos en el Derecho Canónico para solventar los problemas de lentitud e ineficacia inherentes al proceso ordinario *solemnis ordo iudicarium*<sup>4</sup>.

Este juicio plenario rápido es considerado por Fairén como el antecedente remoto de los procesos españoles de menor y pequeña cuantía, y son considerados por la doctrina como

---

<sup>2</sup> CALAMANDREI, P., *El Procedimiento Monitorio*, trad. por. S. SENTIS MELENDO., ed. EJEJA, Buenos Aires, 1953, P. 52.

<sup>3</sup> FAIREN, V. en *El Juicio ordinario y los Juicios rápidos*, ed. Bosch, Barcelona, 1990, P. 41

<sup>4</sup> MONTERO AROCA, J., *Análisis Crítico de La Ley de Enjuiciamiento Civil en su centenario*, ed. Civitas, Madrid, 1982, P. 25.

procesos indeterminados, frente a los cuales surgen otro tipo de juicios plenarios abreviados para fines más precisos en la Italia del siglo XIV. El origen del Proceso Monitorio, como apuntan la mayoría de las investigaciones efectuadas hasta ahora, ha de situarse durante la Alta Edad Media en la Península Itálica, así lo dice Chiovenda al expresar que: "el genio italiano, que en la observancia de las formas no había alcanzado las exageraciones de otros pueblos, cuando a las necesidades de la civilización que renacía resultaron mezquinas y estrechas las formas del proceso longobardo, enlazó a la vida presente la tradición romana, y con la exposición doctrinal del proceso Justiniano, con su aceptación no servil en las legislaciones municipales, templada por aquellos residuos del pasado que se habían encarnado en la vida nuestra y por la expresión de necesidades nuevas, preparó al mundo la nueva ciencia procesal"<sup>5</sup>.

Esta nueva "ciencia procesal" de la que nos habla el tratadista contenía al Proceso Monitorio, como mecanismo novedoso para la resolución de aquellos litigios que, dentro de las reglas de los viejos procesos, eran resueltos tras largos y engorrosos trámites lo que desanimaba a las partes interesadas y atrasaban el desarrollo de las instituciones y sociedades.

Así pues, el Proceso Monitorio surge como respuesta para aquellos sujetos comerciantes, bancarios, etc., deseosos de instrumentos que de manera rápida facilitarían el cumplimiento de obligaciones (tanto civiles como mercantiles) contraídas con otros miembros de la sociedad.

"El *proceptum* o *mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*", del proceso italiano intermedio; El *Mahnverfahren*, alemán y austriaco; El *Mandatsverfahren*, austriaco; El *Rechtsbot*, de algunos cantones de Suiza Oriental. Sirvieron para ciertos créditos determinados, aunque no resultaran de documentos, sirvieron para establecer en el derecho medieval el uso de no citar en juicio al deudor, sino para obtener en forma directa del juez la prestación con la cual se

---

<sup>5</sup> CHIOVENDA, G, "Las formas en la defensa judicial del Derecho", en Ensayos de Derecho Procesal Civil, traducción de SENTIS MELENDO, Ed. EJE, Vol. I, Buenos Aires 1949, P. 137.

abría la ejecución, es decir, el *mandatum de solvendo*, el cual iba acompañado de una cláusula, la que establecía que si el deudor quisiera hacer valer excepciones, pudiera oponer dentro de un determinado término, la *cláusula iustificativa*: “*Si senseri se gravatum*”, o bien: “*nisi se opponat*”; cuyo significado era “salvo que el apremiado tenga causas en contrario”<sup>6</sup>.

El *mandatum de solvendo cum clausula iustificativa o cum clausula nisi*, era muy distinto del *mandato de solvendo del processus executives* y documental, porque este era dictado previa citación del deudor y mantenía la ejecución parada, es decir, debía llevarse a cabo a pesar de la oposición, y se distinguía del otro por el nombre de *mandatum sine clausula* o con cláusula opuesta a la *clausula iustificativa* (*cum clausula “etsi quis”*, es decir, *etsi quis sensserit se gravatum*). Las dos formas de mandato fueron consideradas por separado en la práctica. Igualmente, el *mandatum cum clausula iustificativa* esta muy unido con formas procesales germánicas, tales como el *iudiculus commonitorius* del proceso franco, y desenvuelto en la doctrina italiana. Pero, a su vez, el *iudiculus cummonitorius* se conecta con el último derecho romano.

Una vez notificado, el *mandatum* al deudor, si este dejaba de oponerse dentro del término, el *mandatum* se ejecutaba. Si por el contrario, el deudor se oponía, quitaba todo efecto al *mandatum*, el cual se resolvía en *vim simplicis citationis*, es decir que daba lugar a un juicio ordinario. El conocimiento en el primer tiempo era incompleto, dado que en el momento de dictar la orden, el juez no sabía si el deudor tenía excepciones que oponer, y únicamente conocía de manera superficial los hechos constitutivos de la acción. Por ello, el mandato también se llamo *praeceptum executivum sine causae cognitio*<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> CHIOVENDA G, *Curso de Derecho Procesal Civil*, Biblioteca Clásicos del Derecho Procesal, Vol. IV, Ed. Harla, 1997 México, P. 111, Trad. por . *Istituzioni di diritto processuale civile* hecha por E. FIGUEROA ALONSO.

<sup>7</sup> TOMAS Y VALIENTE, F., *Estudio Histórico Jurídico del Proceso Monitorio*, en Obras completas, t. IV, ed. Centro de Estudios Ramon Areces S.A., Madrid, 1997, P. 2656-2657

Como bien nos hemos ubicado, el Proceso Monitorio tuvo su origen en las ciudades itálicas a finales del siglo XIV o principios del XV, precisamente para agilizar el tráfico mercantil, y es creado con el objetivo de evitar los largos, costosos y demasiado formalistas procesos ordinarios que existían (*ordo iudicarius*)<sup>8</sup>.

Con la introducción de este nuevo proceso se conseguía en forma rápida la creación de un título ejecutivo en los casos en que el acreedor no poseía título ejecutivo alguno para basar su demanda, es por ello que sin necesidad de aportar prueba documental alguna solicitaba, tal como lo dije anteriormente la *emission del praeceptum o mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*, base del actual Proceso Monitorio<sup>9</sup>.

El juez, accediendo a la petición hecha, y sin conocimiento previo, emitía la orden de pago dirigida contra el deudor, el cual podía adoptar alguna de las siguientes posturas:

Pagar la deuda, y con ello dar lugar a la finalización del proceso

Simplemente comparecer, oponiéndose al mandato de pago, con lo cual se abría al proceso declarativo ordinario, sometiendo la cognición de las pretensiones de las partes al juez.

c. Guardar silencio, y con ello presumirse entonces que estaba de acuerdo con la pretensión del acreedor, por lo cual el juez emitía la resolución que correspondía, transformando de esa forma el mandato en un título ejecutivo.

---

<sup>8</sup> Ibídem

<sup>9</sup> op. cit P.2658

Tal y como se aprecia entonces, en sus orígenes el Proceso Monitorio se configuraba como un proceso sin previa cognición alguna, que evitaba además la fase declarativa, proporcionándole al acreedor un título ejecutivo del que inicialmente carecía.

Chiovenda, por su parte explica que el Proceso Monitorio o de apremio, se estableció en el derecho medieval italiano, coincidiendo con Carnelutti en el sentido de manifestar que el acreedor con la orden que el juez daba, abría la ejecución, la que a través de la *clausula iustificativa* permitía al deudor la posibilidad de hacer valer excepciones, si así lo quisiese, dentro del término para así hacerlo, y esto a diferencia del *mandato de solvendo del processus executives o sine clausula*, debía llevarse a cabo, no obstante existir oposición<sup>10</sup>.

Posteriormente, y como fruto de las transacciones comerciales experimentadas por los países europeos, se expandió el procedimiento monitorio, arraigándose en el Derecho Germano, donde logró consolidarse, ya que fue reelaborado con directrices y características propias, que marcaban los principios inspiradores de su propio ordenamiento, por ejemplo si el deudor dejaba de oponerse dentro del término del *mandatum*, este era ejecutado sin más, y si lo hacía, daba lugar entonces a un juicio ordinario.

Fueron precisamente los germanos quienes alcanzaron resultados más seguros y convincentes, logrando consolidar definitivamente este proceso especial en Europa. Así el *Mahnverfahren* alemán o el *Mandatsverfahren* austriaco surgían, fruto de una depurada técnica legislativa que se consolidaría firmemente de la praxis de los tribunales civiles<sup>11</sup>. Cumpliéndose así ese

---

<sup>10</sup> CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, P. 212 y s., en el mismo sentido CARNELUTTI, “*Note in torno alla natura delprocedimiento monitorio*”, en R.D.P.C., 1924, t. I, P. 270, ambos citados por Tomas y Valiente, F., “Estudio histórico...” op. cit. P. 2652

<sup>11</sup> SEGNI, A. “*El Procedimiento Intimatorio en Italia*”, Revista de Derecho Privado, t. XIV, n.º 168, enero-diciembre, 1927, P. 305-326.

pretendido axioma que dice que el genio latino innova, pero el racionalismo alemán ejecuta eficientemente.

Mientras tanto en Italia, el viejo *praeceptum o mandatum de solvendo cum cláusula iustificativa* no arraigaría en el diario que hacer profesional de los prácticos, y sería objeto de múltiples y diseminadas disposiciones normativas que no recogerían un texto articulado aplicable con carácter general a todo tipo de supuestos, sino meras aplicaciones parciales de este proceso<sup>12</sup>.

De Alemania, producto del flujo mercantil, migratorio, o los cambios de regímenes, dinastías o gobiernos, el Proceso Monitorio se expandió por el resto de países europeos (especialmente por los Países escandinavos y por los antiguos países del este), consolidándose fuertemente en la mayoría de sus ordenamientos jurídicos. Lo que caracterizó esta expansión hacia Europa fue que siempre aparecía ligado al tráfico mercantil y a las especiales y concretas necesidades de agilidad y seguridad que debía caracterizar al comercio.

En síntesis, el Proceso Monitorio surge en la región de Italia entre los últimos años de la Edad Media y los primeros de la Modernidad, producto de la inconformidad existente entre los ciudadanos que deseaban un procedimiento jurídico más rápido y menos costoso que facilitara la resolución de todas aquellas controversias civiles y mercantiles, que por su poca cuantía, resultaba engorroso tramitarlos por los procedimientos ordinarios. A lo anterior cabe señalar que surge como oposición y, en cierto sentido, como evolución de los procesos heredados por el

---

<sup>12</sup> Ibidem

Derecho Canónico Medieval<sup>13</sup>. Es de Italia, tal como lo afirmo antes, que el Proceso Monitorio pasa al resto de Europa.

En España, no es sino hasta el año de 1579, que se hace referencia por primera vez al *mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*, aunque según Tomas y Valiente a pesar que no se conocía regulación alguna sobre ello, se puede afirmar que existía en España desde antes.

El concepto lógico y económico en que se inspiró este procedimiento, es que el juicio sobre la oportunidad de abrir el contradictorio y por consiguiente, la iniciativa de provocarlo, debe dejarse a la parte en cuyo interés el principio del contradictorio tiene inicialmente vigor, esto es, al demandado.

Base del actual Proceso Monitorio, el que fue una sub-clase de proceso sumario, surgió para superar el siempre largo y gravoso proceso ordinario y nació con una estructura delimitada: "el proceso se iniciaba con una orden del juez de pagar o hacer alguna cosa (*de solvendo vel trahendo*). Esta orden o mandato venía emanada sin una previa cognición (*ante causa cognitionem*). Las posibles objeciones a la admisibilidad del *preceptum o mandatum* resultantes de la falta de cognición previa, venían resueltas con la justificación que el proceso recibe de la cláusula que en él se contiene (*si sennseris reus te gravatum, compareas coram nobis complementum institioe receptuturus*). En razón de esta cláusula, el curso del procedimiento podía llegar a estos dos resultados opuestos: o el deudor intimado no comparecía, y entonces el mandato se confirmaba pasando en autoridad de cosa juzgada, o

---

<sup>13</sup> De Italia, el Proceso Monitorio se diseminó al resto de Europa, y es hasta el año 1579 que se hace referencia por primera vez en España, de acuerdo al estudio hecho por TOMAS Y VALIENTE, F., sobre el origen histórico del mismo, vid. *Obra completas*, op. cit. P. 2649-2725

bien el deudor comparecía, y entonces su sola comparecencia hacia que el procedimiento especial cesara, teniéndose que seguir los trámites del juicio ordinario"<sup>14</sup>.

Y en esta novedosa y peculiar estructura radicada precisamente la completa originalidad de este proceso, puesto que mientras los procesos derivados de la famosa decretal de 1306 del Papa Clemente V, que versan sobre la totalidad del asunto y tan solo tenían una tramitación procedimental abreviada, el juicio sumario ejecutivo y otros, entre los cuales figuraba el Proceso Monitorio, tenían en cambio "una cognición reducida, sumaria, no total"<sup>15</sup>. Pero, a diferencia del juicio ejecutivo, el Proceso Monitorio servía a la rápida creación de un título ejecutivo en aquellos casos en los que el acreedor no disponía, entre los medios de prueba, de un instrumento ejecutivo para fundamentar su derecho.

Si el Juez accedía a la petición del acreedor (y para ello ni siquiera necesitaba aportar una prueba documental del crédito). Emitía el *mandatum*, orden de pago, dirigida contra el deudor. Pero en este mandato colocaba la cláusula *si senseris te gravatum compareas coram nobis o nisi senseris te gravatum*"<sup>16</sup>.

Esto es, en síntesis, las raíces de un proceso sumario que perseguía una clara finalidad ejecutiva como es la de crear un título ejecutivo con la máxima celeridad posible el cual al expandirse al derecho germano, entre los siglos XIV y XVI, fue prácticamente reelaborado.

---

<sup>14</sup> GUTIERREZ ALVIZ Y CONRADO, "El Procedimiento Monitorio, Estudio de Derecho Comparado", Sevilla, España, 1972, P 16 y ss.

<sup>15</sup> TOMAS Y VALIENTE, F., op. cit. P. 2657.

<sup>16</sup> Ibidem

### 1.3. Concepto y naturaleza jurídica del Proceso Monitorio

El Proceso Monitorio, desconocido hasta este momento en nuestro ordenamiento jurídico, es un proceso que ha llegado a ser considerado como un proceso estrella, en la gran mayoría de ordenamientos procesales civiles de países europeos y latinoamericanos. En Alemania, actualmente, por ejemplo, más de siete millones de reclamaciones de deudas civiles y mercantiles se tramitan por esa vía procedimental y algo similar proporcionalmente sucede en Francia e Italia. En tanto América Latina, los países que lo han incorporado en sus ordenamientos jurídicos, han tenido muy buenas experiencias, con idénticos beneficios, como es el caso de Uruguay.

Como primera aproximación al análisis del Proceso Monitorio, cabe decir que trata de un procedimiento que tiene por objeto la creación de un título ejecutivo.

Desde un punto de vista etimológico “monitorio” significa que sirve para avisar, es decir, que sirve de aviso o advertencia. Procede de la raíz latina “monitorius” que significa amonestar. Pero citar este concepto<sup>17</sup>, es a todas luces insuficiente desde un punto de vista jurídico, ya que desde dicha óptica “monitorio” es aquel proceso a mitad de camino entre el declarativo y el de ejecución. Sin embargo dar una definición de procedimiento monitorio no es fácil por la variedad de formas existentes<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Es también denominado “admonitorio”, “intimidatorio”, o “de inyuncion” (traducción castiza de la “ingiunzione” italiana o de la “injection de payer” francesa); y aunque para unos es un proceso y para otros un procedimiento, lo cierto es que existe una coincidencia en su característica singular como es la de permitir al acreedor que sigue esta vía solicitar y obtener un requerimiento judicial de pago y, caso de impago sin oposición un inmediato mandamiento de ejecución, en algunos casos con la presentación de la documentación justificativa del crédito. Vid. RECHBERGER, W., “Ein Plädoyer für ein europäisches Mahnverfahren” (un monitorio para los países europeos, traducción propia), en von Doralt P. (Coord.), Festschrift Otto Oberhammer zum 65. Geburtstag, MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien, 1999, P. 1.

<sup>18</sup> Ibidem

Históricamente, en el derecho comparado europeo actual existen y coexisten variedades de “formas monitorias”<sup>19</sup> que pueden ser consideradas de la siguiente manera: Modelos bases de tradición monitoria (Alemania e Italia), modelos bases derivados (Suiza y Austria), modelo de recepción tardía (Bélgica, Francia, Grecia, Portugal, España, Luxemburgo), modelos con procesos similares que tienen función monitoria (Países Escandinavos, Gran Bretaña, Holanda). De allí que conviene mejor hablar de “formas monitorias” que permiten una mejor descripción sobre la base de la estructura, técnica y objetivos de la “monición”, sin insuficiencias y/o errores conceptuales<sup>20</sup>.

Las formas monitorias “pertenecen a los procesos simplificados que tienen por objeto el otorgamiento de un título ejecutivo judicial (sentencia monitoria) en forma rápida, económica y con escasa participación del órgano jurisdiccional; mediante una previa intimación de pago judicial (aviso de pago y/o requerimiento de pago); contra la cual el requerido no ofrece oposición oportuna y suficiente (técnica del *secundum eventum contradictionis*), sólo en caso de oposición pesa sobre el requirente instar el proceso contradictorio de conocimiento lo cual daría como resultado un proceso con estructura de la inversión del contencioso<sup>21</sup>.”

---

<sup>19</sup> Terminología similar a la propuesta –con corrección– por HELMREICH, H., *Erscheinungsformen des Mahnverfahrens im deutschsprachigen Rechtskreis* (manifestaciones del procedimiento monitorio en el ámbito alemán, traducción propia) Heymanns, Köln/Berlin/Bonn/München, 1995, introducción.

<sup>20</sup> El mismo argumento es desarrollado en el Libro Verde - COM (2002) 746, P. 10.

<sup>21</sup> Esta descripción de las “formas monitorias” combina no sólo el objetivo inmediato del proceso (el otorgamiento de un título ejecutivo judicial), sino además incluye su técnica y estructura, comp. CRISTOFOLINI, G., *Processo d’ingiunzione*, Cedam, Padova, 1939, P. 30. Un desarrollo con aspiraciones de definición la da CORREA DELCASSO, J. P., *El Proceso Monitorio de la Nueva Ley*, Bosch, Barcelona, 2000, P. 37 y del mismo, “*El Proceso Monitorio*”, Bosch, Barcelona, 1998, P. 211; igualmente del mismo autor, “Espagne”, en RECHBERGER, W./KODEK, G. (Coord.), op. cit., P. 235; comp. otras nociones LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El Proceso Monitorio*, La Ley, Madrid, 2000, P. 18 s.; Comp. HORSMANS, G., “*El Procedimiento de requerimiento judicial o simplificado para la recuperación de algunos créditos en los países del Mercado Común*”, Tesis, Univ. Brux., Bruxelles, 1964, P. 157-167; FREUNDENTHAL, M., “*Los Procedimientos de cobro de deudas con el procedimiento monitorio tomando como modelo el derecho comparado*”, Kluwer, Deventer, 1996, P. 73 y ss.; finalmente la más aceptable de las nociones es la dada por RECHBERGER, W./KODEK, G., *Mahnverfahren*,... op. cit., 29; similar es la dada por Garbagnati, E., *Il procedimento d’ingiunzione*, Giuffrè, Milano, 1991, P. 21; comp. SICILIANI, T., “*Procedimento per ingiunzione*”, en *Nuovo Digesto Italiano*, XVI, 1938, P. 1.095.

La técnica monitoria debe respetar determinados parámetros para que se salvaguarde el debido proceso: principalmente la notificación fehaciente, la comunicación adecuada al requerido advirtiéndole sobre las consecuencias de su inacción en determinado plazo y facilitarle la contestación como la realización del acto de oposición<sup>22</sup>. El derecho de defensa se garantiza brindándole oportunidad para ser oído y oponerse<sup>23</sup>. No habría tampoco objeciones desde el debido proceso para impedir que esa orden de pago y el silencio del requerido justifiquen la sentencia monitoria de ejecución, inmediatamente o en forma diferida<sup>24</sup>. Debemos advertir, entonces, que el *secundum eventum contradictionis* no puede ni debe confundirse con el *secundum eventum probationis* o con atisbos de cuestión probatoria alguna. La prueba supone hechos controvertidos y ellos no pertenecen al Proceso Monitorio que por naturaleza carece de “controversia”. Por lo que prueba y contraprueba pueden ser ofrecidas y producidas en otro tipo de proceso y para ello el requerido puede simplemente oponerse al aviso de pago, tal como sucede incluso en gran parte de los ordenamientos que rigen en la UE sin fundar su oposición<sup>25</sup>. Asimismo, la técnica monitoria no se confunde con la “condena con reserva”, pues ésta consiste en una sentencia definitiva, fundada en una impugnación de la pretensión del

---

<sup>22</sup> Para Una descripción de las formas monitorias y su funcionamiento en cada país de la EU v.: KODEK, G. op. cit., “*Mahnverfahren in Österreich*”, P. 75; VANS MELLAERT, “Belgica”, P. 91; LEVY/CHISTENSEN, “Dinamarca”, P. 103; Ferrand, “*Droit français*”, P. 132; Coester-Waltjen, D., “Deutschland”, P. 149; Nikolopoulos, “Greece”, P. 165; Balbi, “*Modèle italien*”, P. 171; Pauly, “Luxembourg”, P. 191; Freitas, “Portugaise”, P. 219, todos en la obra colectiva RECHBERGER, W.-KODEK, G. (Coord.), *Orden de pago en la Unión Europea*“, Kluwer, op. cit.

<sup>23</sup> Comp.. HORSMANS, G., *El Procedimiento de requerimiento judicial...*, op. cit., P. 157 y 175; un excelente estudio de la profesora holandesa FREUNDENTHAL, M., op. cit., P. 73 y ss.; comp. *visión del monitorio alemán como procedimiento de adjudicación*. STADLER, A., “*Reporte Nacional Alemán*“, Item II. C. i.: *El Procedimiento acelerado y medidas de adjudicación sumaria* en el Congreso Mundial de Derecho Comparado, Bristol, Julio de 1998, P. 13.

<sup>24</sup> Un plausible punto de vista y de partida en relación a la estructura monitoria propone PERROT, R., “*El Silencio en el Derecho Privado*”, MéL. Pierre Raynaud, París, 1986, P. 627 y ss. (637) y del mismo autor, “*La eficacia de los procedimientos judiciales en la Unión Europea y la garantía del derecho de defensa*“, en *L’efficacité de la Justice Civile en Europe*, P. 417-436.

<sup>25</sup> Como introducción y textos básicos sobre el tema v. CALAMANDREI, P., *El procedimiento monitorio*, op. cit., P. 10-25; FREUNDENTHAL, M., “Cobro de deudas dinerarias: una comparación de los elementos básicos para los países bajos en el procedimiento de cobro de deudas”“, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Maastricht, v. año 1997, P. 59-82; PERROT, R., “El procedimiento monitorio (Estudio de derecho comparado)”, in *Riv. Dir. Proc.*, Milán, 1986, p. 715, y del autor mismo “El Procedimiento de pago”, *Rev. d. Huiss. de Just.*, París, vol. del año 1981, P. 413; RONCO, A., “Estructura y disciplina del rito monitorio”, Giappichelli Ed., Torino, 2000, P. 1-20; CARNELUTTI, F., *Lezioni di diritto processuale civile*, t. II, Cedam, Padua, 1931, num. 101 y del mismo autor “In difesa del titolo ingiuntivo“, *Riv. Dir. Proc.* Vol. I, 1956, P. 189, comp. el tratamiento del tema por el mismo autor en “Nota acerca del Proceso Monitorio”, *Riv. Dir. Proc. Civ.*, vol. I, Milán, 1924, P. 270.

actor, por la cual se condena al demandado sobre la pretensión no cuestionada, existiendo la posibilidad a través de un proceso posterior de obtener la revocación de la condena sobre la base del conocimiento de las defensas oportunamente interpuestas<sup>26</sup>.

De acuerdo a Calamandrei el Proceso Monitorio es el que se obtiene o pretende por medio de un acto unilateral de carácter jurisdiccional un título ejecutivo para una posterior efectividad<sup>27</sup> en el juicio.

Por su parte, Correa Delcasso en su obra “El Proceso Monitorio”, define éste: “como un proceso especial, plenario, rápido, que tiende mediante la inversión de la iniciativa del contradictorio, a la rápida creación de un título ejecutivo con efecto de cosa juzgada, en aquellos casos que determina la ley”<sup>28</sup>.

Juan Luís Gómez Colomer, define al Proceso Monitorio como un instrumento pensado para crear rápidamente un título ejecutivo sin necesidad de proceso ordinario previo, basta con que la parte interesada presente ante el tribunal un documento con el que fundadamente pueda acreditarse una deuda dineraria vencida, líquida y exigible<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> En el Proceso Monitorio precisamente no existe oportunidad de “conocer” sobre defensa alguna del requerido y en caso de silencio la sentencia monitoria es ejecutiva y no sujeta a un posible proceso posterior. No es relevante el contenido de la impugnación u oposición del requerido contra la pretensión del requirente, sino el simple hecho de la “oposición”. Sobre la relevancia, pertinencia, admisibilidad y fundabilidad del porqué o sobre la base de qué se opuso se discutirá en un proceso contradictorio. De allí que no caben confundir “condena con reserva” con técnica monitoria. vid al respecto ROSENBERG, L./SCHWAB, K.-H./GOTTWALD, P., “*Derecho civil*”, Beck, München, 2004, P. 318 y ss.; BILDA, A., “*Vinculacion de sentencias condenatorias*”, NJW, vol. año 1983, 142; MUSIELAK, J., en Münchener Kommentar-ZPO, Beck, München, 2002, comentario al § 302, P. 1-5.

<sup>27</sup> Diccionario de Derecho Usual, GUILLERMO CABANELLA. Haciendo alusión al concepto dado por CALAMANDREI, Tomo VI, Ed. Heliasta s.r.l. 1989, Buenos aires, Argentina.

<sup>28</sup> CORREA DELCASSO, J. P., *El Proceso Monitorio*, Ed. Bosch, P. 211, Madrid.

<sup>29</sup> GÓMEZ COLOMER, J. L., “*El Proceso Monitorio en el Nuevo Proceso Civil*” (Ley 1/2000), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2000, P.83 8.

Fernando Toribios sostiene que estas definiciones resultan insuficientes, pues para abordar el Proceso Monitorio debe hacerse desde un punto de vista jurídico<sup>30</sup>, ya que desde esta óptica, "Monitorio "es aquel proceso a mitad de camino entre el declarativo y el de ejecución, porque se asienta en dos premisas, las que son: La emisión de una orden de pago por el Juez "inaudita parte", a la vista de la solicitud unilateral del acreedor, y la simple oposición inmotivada del demandado que hace ineficaz la orden de pago.

Siguiendo estas ideas, Toribios concluye que: "este proceso es de aquellos que en técnica procesal se denominan de inversión del contradictorio, ya que provocan en el deudor la obligación de oponerse a la ejecución, es decir, le obligan a dar razones bajo el riesgo de que su inactividad va a suponer la constitución de un título inmediato de ejecución susceptible de abrir la vía de ser ejecutado mediante embargo judicial"<sup>31</sup>.

La mecánica o técnica monitoria es de una simplicidad extrema, ya que ante la solicitud unilateral del demandante provocan en el demandado la obligación ineludible de pagar la deuda, en caso de que éste se niegue, el Juez ordenará el embargo de sus bienes en cantidad suficiente para cubrir la cantidad exigible.

Para efectos de esta investigación, asumimos la definición de Correa Delcasso<sup>32</sup>, pues es el autor español que más ha profundizado en el estudio del Proceso Monitorio.

La frase «inversión de la iniciativa del contradictorio» fue acuñada por primera vez por Calamandrei<sup>33</sup>, significa que mientras en cualquier proceso de cognición ordinario el título

---

<sup>30</sup> TORIBIOS FUENTES, F. Y VELLOSO MATA, M., *Manual Práctico del Nuevo Proceso Civil*, ed. Lex Nova, 2000

<sup>31</sup> Ibidem

<sup>32</sup> CORREA DELCASSO op. cit. P.211

ejecutivo no nace sino después que el actor haya instaurado regularmente el contradictorio por medio de la demanda, en este proceso especial el título ejecutivo nace por el solo hecho de que el demandado no demuestre, haciendo oposición dentro del término legal establecido, la utilidad de abrir el contradictorio, cuya iniciativa de provocarlo corresponde exclusivamente al deudor, que es el único que tiene interés al efecto, para evitar el título ejecutivo en su contra. El interés del actor en la rápida creación del título ejecutivo viene a ser prácticamente satisfecha en todos aquellos casos en los que el propio demandado comprende que el contradictorio sería inútil, porque no tiene nada serio que oponer a las razones del actor. Lo expuesto no significa, como ocurre con el juicio cambiario, que el deudor tenga que formular una demanda de oposición con todos sus requisitos, sino simplemente hacer manifestación escrita de su oposición, es decir no se invierten las posiciones iniciales de las partes.

Como bien señala el profesor Serra Domínguez, en realidad, el Proceso Monitorio, más que un juicio propiamente dicho, constituye un instrumento procesal para formar un título ejecutivo sin necesidad de contradictorio, en aquellos supuestos en que el deudor carezca de motivos para oponerse al cumplimiento de la obligación reclamada<sup>34</sup>.

En cuanto a la Naturaleza del Proceso Monitorio parece no estar muy definida en la jurisprudencia menor, y lo que se tiene, por lo menos en España, es una doctrina judicial contradictoria, pues algunas resoluciones nos dan a entender que estamos frente a un proceso declarativo plenario especial, cuando afirman que el procedimiento es “según la mejor doctrina un proceso declarativo especial que tiende a conseguir de una manera rápida un título de

---

<sup>33</sup> CALAMANDREI, P. *El Procedimiento Monitorio*, Traducción de S. SENTIS Argentina, 1953, ed. EJE, P. 267.

<sup>33</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*. Ed. J. M. Bosch Editor, 2000. Citado por J. MOXICA ROMÁN, en *El Proceso Monitorio de la Ley 1/2000*, Publicación hecha en Repertorio de Jurisprudencia núm. 25/2000, Ed. Aranzadi, SA, 2000, P. 9-52.

MELENDO, Buenos Aires, Argentina, 1953, ed. EJE, P. 267.

<sup>34</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*. Ed. J. M. Bosch Editor, 2000. Citado por J. MOXICA ROMÁN, en *El Proceso Monitorio de la Ley 1/2000*, Publicación hecha en Repertorio de Jurisprudencia núm. 25/2000, Ed. Aranzadi, SA, 2000, P. 9-52.

ejecución<sup>35</sup>. En esta misma línea, otros han considerado que estamos frente a un Proceso Monitorio declarativo porque su finalidad es la obtención de un título de ejecución, y es plenario porque el auto con el que finaliza, en caso de incomparecencia del deudor, produce plenos efectos de cosa juzgada<sup>36</sup>. Es Especial por su ámbito material que son deudas dinerarias de hasta treinta mil euros (30,000 €), pero sobre todo, por su estructura, ya que el monitorio se basa en el silencio del deudor de manera que solo existirá fase contradictoria en caso de oposición. Del mismo modo, el juicio monitorio ha sido calificado como “un proceso especial, plenario y rápido”<sup>37</sup>. No obstante, la tramitación de este proceso es radicalmente diferente en función de la actitud que asume el sujeto pasivo del mismo. Así, para aquellos supuestos en que el deudor no haga efectiva la posibilidad de oponerse al requerimiento de pago, esta vía judicial finaliza por medio de auto, que produce efectos de cosa juzgada plena, pero adquiriendo especial virtualidad la verdadera finalidad de este juicio, que no es otra cosa que obtener de la forma más rápida posible un título ejecutivo<sup>38</sup>.

Otras resoluciones consideran que se trata de un proceso con una naturaleza mixta, constituyéndose en una primera fase como un proceso declarativo plenario especial, y en una segunda, si logra cumplir sus fines, un proceso de ejecución, también especial, esto, según dichas resoluciones se produce como una solución al problema de la determinación de la naturaleza jurídica del Proceso Monitorio, y se encuentra precisamente en la naturaleza jurídica de las dos fases en que se articula el Proceso Monitorio: así por ejemplo, la primera fase hasta la creación del título, es un proceso declarativo especial, porque hay necesidad de declaración previa antes de poder satisfacer la pretensión de creación del título ejecutivo que ha sido interpuesta, en donde se produce una resolución judicial que sancione la validez y eficacia del documento presentado, transformándolo en título ejecutivo, permitiendo con ello el inicio

---

<sup>35</sup> Auto de Audiencia provincial de Barcelona (sección 14<sup>o</sup>) del 6 de junio de 2003, fundamento jurídico Revista Jurídica de Cataluña, 2003,IV, P. 1134, citado por JOAN PICO I JUNOY Y FEDERICO ADÁN DOMÉNECH en “*La Tutela Judicial del Crédito*” *Estudio Practico de los Procesos Monitorio y Cambiario*, ed. JM Bosch Procesal, Barcelona, 2005, P.24.

<sup>36</sup> Auto de Audiencia Provincial de Baleares, 9 de julio de 2002, fundamento jurídico Repertorio El Derecho Jurisprudencia 2002/46360, citado por JOAN PICO I JUNOY Y DOMÉNECH F.A. op. cit P.24

<sup>37</sup> Auto de Audiencia Provincial de Sevilla, 21 de Septiembre de 2004, Repertorio de Jurisprudencia menor de Aranzadi 2004/292647, Ibidem, p. 25.

<sup>38</sup> Auto de Audiencia Provincial de Baleares, 1 de febrero de 2005, Repertorio de Jurisprudencia Menor de Aranzadi, 2005/75350, Ibidem, P. 25

de la ejecución. La segunda fase puede implicar a su vez dos posibilidades de transformación distintas, en ambos casos con cambio de naturaleza, es decir, el Proceso Monitorio deja de ser proceso declarativo especial, aunque sólo la primera de ellas afecta estrictamente al Proceso Monitorio, atendida la fundamentación documental y la conducta del demandado, quien al no comparecer transforma la naturaleza jurídica declarativa de ese proceso en ejecutiva. Y si el deudor no está de acuerdo con la pretensión monitoria del acreedor y se opone a ella, se niega a pagar la deuda reclamada, esta conducta viene a transformar el proceso declarativo especial de la primera fase del monitorio en un proceso ordinario, que obligará a seguir estrictamente el procedimiento adecuado<sup>39</sup>.

Otras lo consideran un proceso especial de ejecución al afirmar que “sabido es que el Proceso Monitorio se configura en la Ley de Enjuiciamiento Civil como un proceso de especial de ejecución con base a la existencia de los títulos recogidos en el artículo 812”<sup>40</sup>.

A pesar del esfuerzo jurisprudencial en determinar la naturaleza del Proceso Monitorio, la discusión doctrinaria también ha hecho lo suyo al tratar de ubicar en un contexto exacto la figura que nos ocupa, encontrando algunas teorías, que parecieran tener coincidencia con la jurisprudencia antes tratada, las que son abordadas en el siguiente apartado.

Para que podamos concluir si estamos ante un verdadero proceso, debemos primero establecer si pertenece a la jurisdicción contenciosa o a la jurisdicción voluntaria.

---

<sup>39</sup> Auto de Audiencia Provincial de Toledo 22 de noviembre de 2001, Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia 374/2002 y de igual forma Auto de Audiencia Provincial de Tarragona 3 de julio de 2003, Actualidad Civil 2003/1746, *Ibidem* P. 25-26.

<sup>40</sup> Auto del juzgado de primera Instancia número 3 de Santa Cruz de Tenerife, 17 de marzo de 2003, Actualidad Civil 2003/345, *Ibidem* P. 26.

Algunos autores consideran que se trata de un mero asunto de Jurisdicción Voluntaria, esta corriente doctrinal surgió a finales del siglo XIX en Austria, donde los procesalistas Menger y Pollock, al apoyarse en la estructura del Proceso Monitorio en su país, defendieron su carácter administrativo, encuadrándolo entonces dentro de la Jurisdicción Voluntaria, toda vez que el proceso carecía de la fase de cognición, pues el juez se limita a emitir el mandato de pago dirigido contra el deudor, basándose única y exclusivamente en simples afirmaciones, no contrastadas del acreedor.

Esta teoría contó con sus seguidores a principios del siglo XX, pero en la actualidad prácticamente ha sido abandonada, y únicamente en Francia se podrían ubicar algunos adeptos a ella, tal es el caso del Profesor Perrot, quien considera que no existe ninguna duda de que el mandato de pago dictado por el juez debe considerarse como una simple constitución en mora y no como una decisión sobre el fondo del asunto<sup>41</sup>.

Frente a esta corriente de opinión, que siguieron los autores austriacos ya antes referidos, quienes defendían dicha postura, surgió una fuerte reacción, nacida ésta, fundamentalmente en Italia, en donde se postulaba una naturaleza jurisdiccional, destacándose en ese movimiento la teoría del maestro Calamandrei, que se explicaba por el hecho de que la ejecución forzosa no puede tener lugar sino en virtud de un título ejecutivo, reconociendo que para llegar al mismo, existen distintos caminos, entre ellos el ordenamiento jurídico, considerando que para el acreedor la cognición es sólo un instrumento que tiene por finalidad la ejecución, tomando en cuenta a veces el interés que tiene en alcanzar su finalidad con la menor dilación posible, y trata de facilitar la obtención del fin haciendo menos complicado y menos lento el instrumento, con lo que surgen las formas especiales de procesos de cognición, cuya particular estructura responde mejor que la del proceso ordinario a la finalidad de dar vida con celeridad a un título ejecutivo; con ello estaríamos frente a verdaderos procesos de cognición, pero considerada ésta, no tanto en

---

<sup>41</sup> CALAMANDREI, P. op. cit. P. 48-49

su función inmediata de declaración de certeza sino en cuanto a su función mediata de preparación del título ejecutivo.

Para Calamandrei<sup>42</sup>, la rápida creación del título ejecutivo se obtiene en el Proceso Monitorio desplazando la iniciativa del contradictorio del actor al demandado, sosteniendo además que en estos procesos especiales, el título ejecutivo nace por el solo hecho de que el demandado no demuestre oposición dentro del término establecido, utilidad de la cual es el mejor juez, de abrir el contradictorio; de manera que el interés del actor en la rápida creación del título ejecutivo viene a ser prácticamente satisfecha en todos aquellos casos en los que el propio demandado comprende que el contradictorio sería inútil, porque no tiene nada serio que oponer a las razones del actor.

Por lo tanto el procedimiento monitorio se debe considerar como una forma especial de proceso de cognición abreviado, en el que existe, por lo menos en el Proceso Monitorio documental, una verdadera cognición, aunque sea parcial, en el momento en que se emite el mandato de pago. Produciéndose similar circunstancia en el procedimiento monitorio puro, si bien no puede hablarse de una propia cognición en el momento que se emite el mandato de pago, si que se produce en el momento en que aquel se convierte en título ejecutivo, por el transcurso del término sin haber formulado oposición el deudor<sup>43</sup>.

Las posiciones adoptadas en cuanto a si estamos frente a un proceso de jurisdicción voluntaria o un proceso jurisdiccional, encuentran frente a ellas una posición intermedia, en donde se ha destacado Francesco Carnelutti, quien defiende la implantación del Proceso Monitorio como una vía media procesal a efecto de descongestionar el colapsado órgano jurisdiccional, situando su naturaleza jurídica entre el proceso de cognición y el de ejecución, estableciendo

---

<sup>42</sup> CALAMANDREI, P. op. cit. P. 60- 62

<sup>43</sup> Ibidem

que la función del Proceso Monitorio no consiste tanto en “declarar una determinada relación jurídica, como en obtener un mandato de pago que pueda poner en movimiento la ejecución forzosa”, negando que tal mandato contenga una declaración, si bien el mismo puede llegar a tener la eficacia de una declaración jurisdiccional<sup>44</sup>.

Al final y en torno a la discusión que exista sobre la naturaleza<sup>45</sup> del Proceso Monitorio, me parece que es atinada la postura del Dr. Correa Delcasso sobre esta materia, pues en su opinión existe una imposibilidad manifiesta de elaborar una conclusión en torno a la naturaleza jurídica de los diferentes procesos monitorios europeos como institución única y, por otra parte, una necesidad de analizar separadamente las dos fases en las que se descompone el Proceso Monitorio, lo que permitiría delimitar en cada país (Italia, Francia y Alemania) la naturaleza jurídica del mandato de pago por un lado (primera fase) y del Proceso Monitorio finalizado inaudita altera parte o mediante la interposición de una oposición por parte del deudor por otra (segunda fase)<sup>46</sup>.

#### **1.4. Formas que presenta el Proceso Monitorio**

Habiendo descrito en sus elementos esenciales a las formas monitorias, respecto de su naturaleza jurídica, corresponde ahora clasificarlas según una pluralidad de criterios. Como estos simplemente son accidentales no hacen a la esencia del monitorio y sólo permiten predicar la funcionalidad de determinada forma en mas o menos eficiente, segura y/o económica. En la variedad de formas monitorias existentes en la Unión Europea, se combina

---

<sup>44</sup> CARNELUTI, F. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. 3, Biblioteca Clásicos del Derecho Procesal Harla, ed. Mexicana 1977, P. 256-257, Trad. y compilación de E. FIGUEROA ALONZO y Editorial Pedagógica Iberoamericana, SA de CV.

<sup>45</sup> Cfr. GUASP, J., ARAGONESES, P., *Derecho procesal civil*, t. II, *Parte especial: Procesos declarativos y de ejecución*, sexta edición, ed. Thompson Civitas, P.372-373

<sup>46</sup> CORREA DELCASSO, J.P., "*El Proceso Monitorio*", ed. J.M. Bosch , P. 221

estos criterios de modo tal, que tipifican a determinado proceso<sup>47</sup>. Si se quiere, de cada Proceso Monitorio puede predicarse una u otra de las características que a continuación se describen.

#### 1.4.1. Proceso Monitorio Ejecutivo y de Conocimiento

Las distintas formas de procesos monitorios persiguen otorgar un título ejecutivo judicial al requirente. Dependiendo si ello se estructura como un proceso independiente o como una etapa introductoria al juicio ejecutivo hablamos de Proceso Monitorio de conocimiento o de ejecución<sup>48</sup>. Sólo Suiza en el Cantón de Berna y Zúrich cuenta con un Proceso Monitorio ejecutivo. La estructura no es extraña al proceso civil argentino que conoce la llamada preparación de la vía ejecutiva similar a la suiza<sup>49</sup>.

Las consecuencias en la técnica legislativa de los medios de impugnación ya sea contra las intimaciones de pago, o bien contra la sentencia de ejecución sobre la base de la inactividad del requerido, se corresponden mejor con la técnica recursiva de un proceso de conocimiento<sup>50</sup>.

Por otro lado, no debe olvidarse que en caso de oposición se abre la posibilidad para el acreedor de pretender un proceso de conocimiento contradictorio, pudiendo servir la faz monitoria como introducción al mismo. Finalmente nada impide la coexistencia de una

---

<sup>47</sup> PEREZ RAGONE, A., *Europäisches Mahnverfahren*, Heymanns, Köln, Navarra 2005, P.55-174 la caracterización de cada forma monitoria en los países de la UE.

<sup>48</sup> RECHBERGER, W., “Petición de orden europea”... op. cit., P. 15 1-154.

<sup>49</sup> PEREZ RAGONE A. Op. cit. P. 99-103

<sup>50</sup> HELMREICH, H., *Las manifestaciones del proce...*“, op. cit., Heymanns, Köln/Berlin/Bonn/München, 1995, P. 168 y ss.

preparación de la vía ejecutiva (necesariamente documental) y como parte de la ejecución con la existencia paralela del Proceso Monitorio como es el caso de España con la LEC (Art. 517 y ss.)<sup>51</sup>.

#### 1.4.2. Proceso Monitorio Documental y Puro

La doctrina italiana desarrolla desde el medioevo la distinción entre proceso documental, que incluía al monitorio documental y la ejecución de títulos no judiciales (proceso executivus) y no documentales. Ello se extiende al monitorio, siendo posible distinguir entre Proceso Monitorio que exige una prueba por escrito (sin calificación especial de la misma) y que puede ser visto ya como requisito de admisibilidad de la petición monitoria, ya como prueba para una cognición superficial o sumaria (Proceso Monitorio documental)<sup>52</sup>. La otra alternativa es la suficiencia de la petición monitoria y lo requerido en ella, sin necesidad alguna de documental anexa y sujeta o no a una cognición de admisibilidad y/o fundabilidad (Proceso Monitorio puro)<sup>53</sup>. Este último es el tipo existente en Bélgica, Holanda, Portugal, Finlandia y Alemania<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup>Debe aclararse que la discusión dogmática en torno a la naturaleza ejecutiva o de conocimiento del Proceso Monitorio debe considerarse en los países de elaboración y tradición monitoria (Alemania e Italia) como en el caso de los países históricamente receptores (Austria y Suiza) como dogmáticamente ya finalizada y resuelta (tesis que es de compartir HELMREICH, H., op. cit., P. 168, en forma expresa). Algo diferente sucede en países que incorporaron tardíamente el instituto como España donde esta discusión parece continuar, vid. CORREA DELCASSO, J. P., *El Proceso Monitorio*, P. 294y ss.

<sup>52</sup> PRÜTTING, H., "Hacia un código de procedimiento civil Europeo", *Festschrift für Baumgärtel*, Carl Heymanns, Köln, 1990, P. 457.

<sup>53</sup> RECHBERGER, W., *Festschrift ...*, op. cit., P. 151 y ss.

<sup>54</sup> PEREZ RAGONE, A., op. cit., P. 66-98, y 146 y 160.

Téngase presente que en Alemania y Austria existe paralelamente un Proceso Monitorio documental en caso de determinados títulos de crédito<sup>55</sup>, pudiendo en este caso el acreedor optar por alguna de las posibilidades<sup>56</sup>.

Ambas alternativas tienen sus posiciones en contra. El Proceso Monitorio documental representa un obstáculo cuando no se tiene el documento. En caso de tenerlo entorpece la rapidez del proceso, si se le suma además la necesidad de una cognición sumaria y/o superficial. Finalmente es demasiado contraproducente en caso de informatización del proceso. Por su lado, el proceso puro al no estar respaldado por alguna evidencia o *fumus documentado* del crédito lo torna abierto al abuso<sup>57</sup>. Una salida intermedia es la combinación de ambos: siendo mayor el monto, se exige prueba documental, pero como requisito de admisibilidad y sólo para correlacionar el monto requerido con el contenido en el documento<sup>58</sup>.

### **1.4.3. Proceso Monitorio Independiente o como Etapa Introductoria de un Proceso Contradictorio**

El Proceso Monitorio estructurado como proceso de conocimiento se caracteriza por brindar la posibilidad de obtener una sentencia condenatoria con atributo de cosa juzgada. A su vez,

---

<sup>55</sup> PRÜTTING, H., *Festschrift Baumgärtel*, op. cit., P. 457 y ss.

<sup>56</sup> La diferenciación entre proceso documental y monitorio es sólo histórica y carece de relevancia actual, ambas son formas monitorias: piensan lo mismo PRÜTTING, H., *Festschrift...*, op. cit., P. 457; Fasching, H., “*Libro de texto de la Ley de enjuiciamiento civil austriaca*”, Manz, Viena, 1990, num. 1631; KODEK, G., *Österreichisches Mahnverfahren*, ausländische Beklagte und das EuGVÜ ZZPInt vol. 4, 1999, P. 125; contrario a esta posición ver CORREA DELCASSO, J. P., *El Proceso Monitorio*, P. 264y ss.

<sup>57</sup> HEB, B., “*Cuestiones estructurales del procedimiento europeo en el proceso de requerimiento de pago*”, en *Festschrift Geimer*, Beck, München, 2002, P. 339 y ss.; en ese mismo sentido se pronuncia PÉREZ RAGONE, A., op. cit., P. 443.

<sup>58</sup> Esto de ninguna manera es para emitir un juicio de verosimilitud sobre la pretensión. En caso de montos menores, sería posible un proceso puro, pero exigiendo sólo un control de legalidad (por ejemplo, que sea una pretensión que pueda hacerse valer por la vía monitoria) y una cognición superficial por parte del Órgano jurisdiccional. Esta propuesta se puede ver detalladamente en PÉREZ RAGONE, A., op. cit., P. 443-462.

admite dos modalidades: Proceso Monitorio -en tanto proceso de conocimiento especial-independiente o como faz introductoria de un proceso contradictorio. En la modalidad introductoria del proceso de conocimiento, la petición monitoria debe interponerse formalmente como una demanda con todas sus partes y requisitos, y no como una simple petición. El tribunal, en vez de fijar la audiencia, emite una orden de pago contra el demandado, éste tiene la posibilidad de oponerse y de esta manera concluir el Proceso Monitorio y permitir el inicio del proceso ordinario contradictorio automáticamente, considerando la demanda interpuesta en tanto demanda monitoria como demanda que inicia ahora el proceso de conocimiento<sup>59</sup>. En Italia, Portugal, España (con alguna particularidad) y Austria, el inicio del proceso contradictorio ante la oposición del demandado es automático, sin necesidad de acto adicional del actor. En Alemania, Luxemburgo y Suecia es necesario que el actor lo peticione. En España dependiendo del monto de la pretensión es o no necesaria la petición del acreedor<sup>60</sup>. Los tribunales en caso de Proceso Monitorio como de conocimiento no necesitan de una regulación especial de la competencia y pueden, por ende, sujetarse a las normas generales ya determinadas<sup>61</sup>. Opuesto a la forma introductoria existe el Proceso Monitorio independiente, muy cuestionado y expresamente rechazado en los proyectos de Código Procesal Civil en Alemania de Hannover (1852), Bundesstaaten (1866), Norddeutscher Entwurf (1870) y en las discusiones del ZPO de 1877<sup>62</sup>.

La nota común a los modelos de conocimiento descritos es que no habiendo oposición del demandado el actor obtiene una sentencia definitiva favorable en calidad de cosa juzgada. Así en la mayoría de los países de la EU (Alemania, Austria, Grecia, Italia, España, Francia, Suecia, Finlandia y con procesos asimilables en sus funciones con el monitorio Luxemburgo y el Reino

---

<sup>59</sup> HELMREICH, H., op. cit., P. 169-172.

<sup>60</sup> Libro Verde (COM (2002) 746) 20 de diciembre del 2002 P. 41

<sup>61</sup> Comp. RECHBERGER, W., *Festschrift Oberh...*, op. cit., P. 151 y ss.; HELMREICH, H., op. cit., P. 170.

<sup>62</sup> Sobre el desarrollo histórico del derecho procesal civil longobardo-romano y estatutario en Italia y su posterior recepción en los países germanos, ver PAOLI, P., "*Del estatuto de garantía*", Arch. Storital., vol. año 1882, P. 250 y ss.; TOMAS Y VALIENTE, F., "*Estudio histórico-jurídico del Proceso Monitorio*", Rev. Der. Proc. Vol. año 1960, P. 33 y ss.; KOHLER, J., "*Sobre la historia del requerimiento de pago en francia contribucion al cobro de obligaciones civiles*", reeditado de la versión original Berlín, 1864 por ed. Scientia, Aalen, 1969, P. 496 y ss.; vid. PÉREZ RAGONE, A., op. cit. P. 3 1-38.

Unido)<sup>63</sup>. En Portugal, Holanda y Bélgica, la sentencia no es una resolución definitiva y sólo puede ser provisoriamente ejecutable.

#### **1.4.4. Proceso Monitorio de conocimiento como etapa introductoria del contradictorio o independiente y autosuficiente**

En el Proceso Monitorio independiente no hay ni accesoriedad ni confusión con el proceso contradictorio. En caso de oposición ipso iure sin necesidad de petición del actor se inicia el proceso contradictorio y de este modo puede calificárselo como independiente y de ingreso inmediato al contradictorio<sup>64</sup>. En caso que se necesite la petición del actor se lo debe considerar como independiente, simple y sujeto a la petición del actor para que presentando formalmente una demanda se dé inicio al proceso contradictorio. La diferencia entre el independiente y el introductorio tiene especial importancia en cómo se considera a la inactividad del demandado<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> Para Austria ver KODEK, G., Grecia, ver NIKOLOPOULUS, G., en RECHBERGER, W./KODEK, G., op. cit., P. 82 y ss y p., 165 respectivamente; para Italia ver RONCO, A., „Estructura y rito del procedimiento monitorio“, Giappichelli Editori, Torino, 2000, p. 5 s.; TOMEI, G., “Procedimento diingiunzione”, in Digesto civ., XXIV, Torino, 1996, P. 1-8; GARBAGNATI, E., *Il procedimento diingiunzione*, Giuffrè, Milan, 1991, P. 1-9; para España ver LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El Proceso Monitorio*, La Ley, Madrid, 2000, P. 97 y ss.; sobre Francia ver CADIET, L., *Code de procédure civile*, 18 ed., Litec, París, 2005, Art. 1406 y Art. 1422 ; para el resto de los países mencionados, ver PÉREZ RAGONE, A., op. cit., Luxemburgo P. 141-145 y Finlandia 160- 161.

<sup>64</sup> RECHBERGER, W., Festschrift... op. cit., P. 151 y ss.; HELMREICH, H., op. cit., P. 170.

<sup>65</sup> La diferencia entre el independiente y el introductorio tiene especial importancia en cómo se considera a la inactividad del demandado. En el caso del Proceso Monitorio como introductorio de un proceso contradictorio la inactividad del demandado puede asumir o no carácter de rebeldía y varía de sistema a sistema. Mientras que para el Proceso Monitorio como introductorio del contradictorio no existe problema en recurrir a la figura de la rebeldía, si hay cierta reticencia en la alternativa independiente. RECHBERGER, W., Festschrift... op. cit., P. 151 y ss.; HELMREICH, H., op. cit., P. 171 s.

#### **1.4.5. Proceso Monitorio de Conocimiento con Resolución por Sentencia o Providencia Simple**

De acuerdo a la forma que asume la resolución en caso de inactividad del requerido, el Proceso Monitorio puede concluir ya por providencia, ya por sentencia definitiva, con la primera posibilidad se recurre a la solución del allanamiento tácito o reconocimiento, con la segunda y fundado en la rebeldía se arriba a una sentencia definitiva<sup>66</sup>. Esta distinción no tiene mucha utilidad si en realidad se parte que lo único relevante es permitir el acceso a la ejecución, ya con una sentencia en carácter de cosa juzgada y ejecutiva (Alemania, Austria y Suecia), ya como una resolución sui generis con efectos preclusivos y ejecutivos (Francia y Bélgica)<sup>67</sup>, o simplemente como una providencia que es título ejecutivo (Suiza, Dinamarca, en Portugal es sólo provisoriamente ejecutable)<sup>68</sup>.

#### **1.4.6. Proceso Monitorio en una o varias fases**

De acuerdo a los efectos atribuidos a la inactividad del requerido se estructura el Proceso Monitorio en una o más fases. El punto de partida lo constituyen el aviso o requerimiento de pago no atacado por el requerido. Si este silencio es suficiente para que se proceda a emitir la sentencia monitoria o de ejecución, pudiendo el requerido sólo defenderse mediante vías de impugnación no ordinarias, calificandose a ese proceso como monitorio de una fase o etapa. Puede suceder, por el contrario, que la inactividad contra el aviso de pago no sea considerada como suficiente y se requieran uno o más actos de oposición del requerido para recién justificar la emisión de

---

<sup>66</sup> En relación a la dependencia en un proceso de conocimiento tanto de la fundamentación de una resolución cuanto de la participación real o ficticia de las partes y la prueba ver WALDNER, W., “El derecho a ser oído” 2ª edición, ed, Otto Schmidt, Köln, 2000, p.189.

<sup>67</sup> Para Francia y Bélgica ver supra nota 22 y 63.

<sup>68</sup> Para Suiza ver adicionalmente WALTER, G., “La igualdad en el requerimiento de pago, IPRax vol. Año 2001, p. 547; para Dinamarca ver PÉREZ RAGONE, A., op. cit., P. 161

la sentencia monitoria o para darle formalmente posibilidad ejecutiva (cláusula de ejecución). Así se otorga al requerido un medio ordinario de oposición contra una segunda o sucesiva intimación y finalmente contra una sentencia monitoria sujeta en realidad a una condición resolutoria o suspensiva.

Como puede apreciarse, la estructura en una o más fases (normalmente dos, salvo Bélgica que tiene tres) es decisiva en dos aspectos: la duración del proceso y la garantía u oportunidad de defensa del requerido. La pregunta gira en torno a cuantas veces es necesaria la verificación y constatación de la rebeldía del requerido. Contrariamente Luxemburgo y Bélgica (por ser monitorios de dos y tres fases respectivamente) admiten contra la sentencia monitoria en tanto titulo ejecutivo sujeto a condición suspensiva medios de impugnación recursivos y ordinarios, aun cuando al emitir el aviso de pago como la sentencia monitoria condicional ya se haya evaluado la pretensión y al menos un silencio del requerido.

El modelo de una fase garantiza la celeridad suficiente para el otorgamiento del título ejecutivo judicial. Es suficiente la inactividad única del requerido contra el aviso de pago para poder emitir la sentencia monitoria<sup>69</sup>. Este silencio primero y único es descrito por la doctrina como sentencia de rebeldía o de orden de pago por anticipación<sup>70</sup>. Con ello se quiere significar que el silencio justifica la inferencia de la fundabilidad de la pretensión, de lo cual es válido concluir en una sentencia monitoria en calidad de cosa juzgada o al menos con ejecutabilidad (provisoria o definitiva)<sup>71</sup>. Por regla en los países con estructura monitoria de una etapa como Austria y España no es posible la ejecución provisoria de la sentencia monitoria<sup>72</sup>. Ello se justifica por ser la sentencia monitoria ya una resolución definitiva o

---

<sup>69</sup> Libro Verde (COM (2002) 746, P.19.

<sup>70</sup> RECHBERGER, W., Festschrift... op. cit., P. 151 y ss. ; HELMREICH, H., op. cit., P. 173.

<sup>71</sup> HELMREICH, H. op. cit. p. 173; con opinión contraria y plausible RECHBERGER, W., Festschrift... op. cit. p.151 yss.

<sup>72</sup> Libro Verde (COM (2002) 746), P.19.

provisoria fundada y a la cual solo le hace falta la cláusula de ejecución no necesitando de etapa intermedia para ello.

Excepciones a esta regla son Italia y Francia, ambos países con Proceso Monitorio de una etapa, pero con particularidades con relación a la ejecución provisoria. En Italia puede declararse la sentencia por provisoriamente ejecutable en caso de Proceso Monitorio documental (sobre la base de cheque o letra de cambio) o por otra condición determinada<sup>73</sup>.

Por su parte, Francia combina la sentencia definitiva monitoria con la posibilidad de conceder la ejecución provisoria<sup>74</sup>. Las críticas al monitorio de una etapa se centran en la falta de resguardo y garantía suficiente en favor del requerido<sup>75</sup>. Una cosa es el silencio al aviso de pago, otra es la oportunidad para oponerse contra la resolución que verdaderamente es la agresiva: la sentencia monitoria. Pueden incluso existir los motivos extraordinarios de la rebeldía no imputables al requerido que hayan impedido su oportuna oposición (por ejemplo, caso fortuito)<sup>76</sup>. Esta posición se refuta con el funcionamiento eficiente y más económico del modelo de una etapa que impide una duración innecesaria. Ejemplos son los procesos monitorios notoriamente eficientes en Austria y Portugal<sup>77</sup>.

El modelo en dos o más fases representa mayor seguridad para el requerido. Simultáneamente permite al Órgano competente evaluar en dos oportunidades la petición del requirente y la conducta

---

<sup>73</sup> Ibidem pp.41, así como F./COLESANTI, A./TARUFFO, M., *Comentario breve al Código de Procedimientos Civiles*, Cedam, Padova, 2005, Art. 642, num. 17-21.

<sup>74</sup> Para Francia supra nota 22 y 63.

<sup>75</sup> HELMREICH, H., op. cit., p. 173; Comp. HEB, B., “*Cuestiones estructurales...*”, op. cit., p. 339.

<sup>76</sup> Cfr. RECHBERGER, W., *Festschrift...* op. cit., p. 151 y ss. (163); v. también FASCHING, H. “Die Zivilverfahrensnovelle 1981”, JBl vol. 1982, 126; otra posición es sostenida por HEB, B., “*Cuestiones estructurales...*”, op. cit., pp. 339 y ss.

<sup>77</sup> Para Portugal y Austria ver supra notas 22 y 63.

asumida por el requerido<sup>78</sup>. En este modelo la primera falta de oposición es el fundamento para emitir la sentencia monitoria, la que a su vez, puede ser nuevamente sujeta a impugnación<sup>79</sup>. Recién en esta segunda oportunidad la inactividad del requerido justifica una resolución con carácter de cosa juzgada fundada en la rebeldía/reconocimiento, que abra las puertas de la ejecución. Tal es el caso del modelo Alemán (en dos etapas)<sup>80</sup>.

También cabe incluir al sistema belga que tiene tres fases<sup>81</sup>. Es importante tener en cuenta que, siendo la sentencia monitoria equiparable a una sentencia en rebeldía (el caso de Alemania y Bélgica)<sup>82</sup>, conlleva a que se regule de la misma manera la impugnación de la sentencia monitoria y la dictada en rebeldía. El medio de impugnación es la oposición (*Einspruch* en Alemania y *opposition* en Bélgica). La oposición es un medio extraordinario de impugnación. En Bélgica, además, se admite la apelación, lo que afecta más aún la poca funcionalidad del instituto.

La interposición de una oposición oportuna tiene diferentes efectos con relación al aviso de y/o requerimiento de pago y/o sentencia monitoria. De acuerdo al modelo austriaco<sup>83</sup> y alemán la orden de pago pierde su fuerza intimatoria. En el primero debe aparte iniciarse de ministerio legis de oficio el proceso de conocimiento contradictorio, del cual la petición monitoria se toma como demanda; mientras que en el segundo, el requirente debe interponer la demanda ahora en calidad de actor. Una tercera posibilidad es la que brindan el modelo

---

<sup>78</sup> V. LECHNER, H. „La orden judicial en la Republica federal de Alemania y la Republica de Austria: con especial referencia a los procedimientos mediante uso de ordenadores, HBZ, Augsburg, 1991, pp. 253 y ss. comp. Libro Verde (COM 2002) 746, p. 45.

<sup>79</sup> HELMREICH, H., op. cit. p. 173.

<sup>80</sup> Cfr. Libro Verde (COM 2002) 746, p. 19

<sup>81</sup> Una primera fase consiste en una intimación extrajudicial infructuosa que debe realizar el requirente para poder recién interponer la petición monitoria. A base de esta el Órgano jurisdiccional emite el aviso u orden de pago (segunda etapa) y ante un nuevo silencio pronuncia la sentencia monitoria, que puede a su vez ser impugnada. Aquí cabe mencionarse la falta de aceptación y utilidad de este proceso en la práctica en Bélgica, tachándose como lento y poco eficiente. Vid. RECHBERGER W./KODEK, G., Mahnverfahren, op. cit., p. 16.

<sup>82</sup> Ver para estos países supra nota 22 y 63

<sup>83</sup> Ver KODEK, G., „Zum Prüfungsumfang im Mahnverfahren”, ÖRZ, vol. año 1998, p. 238 y ss.

francés y el belga: la opción de una nueva petición monitoria o la interposición de la demanda en un proceso contradictorio. El rechazo de una petición monitoria no es por regla impugnabile. En Finlandia, Suecia, Alemania y Luxemburgo no puede declararse la orden de pago por provisoriamente ejecutiva. Sí es posible hacerlo con relación a la sentencia monitoria. En el sistema griego es ya la orden de pago ejecutiva -no como provisoria, sino como definitiva sujeta a condición resolutive-, sucede que interpuesta la oposición, esta suspende su ejecutividad<sup>84</sup>. En España y Francia puede impugnarse la sentencia monitoria luego de vencido el plazo de oposición sólo en su ejecutividad por defectos sus formas.

#### **1.4.7. Según el plazo para oponerse y la extensión de la oposición**

Los plazos para oponerse a la orden de pago emitida contra el requerido varían según sean plazos fijos o variables. Por regla los plazos pueden ser menores a dos semanas en caso de los fijos (Finlandia, Alemania, Grecia, Bélgica, Luxemburgo, 15 días Portugal y 20 España, 4 semanas en Austria desde el 1 de enero del 2003), un mes en Francia y en caso de proceso civil comunitario un mes aplicado en Bruselas. La otra posibilidad son plazos flexibles que fija el órgano jurisdiccional, así no más de 40 días en Italia, no más de 10 en Suecia pudiendo ser de dos semanas por motivos extraordinarios<sup>85</sup>.

Otro tema íntimamente vinculado es la admisibilidad o no de la oposición parcial. Así, por ejemplo, puede oponerse parcialmente en Francia, Italia, Bélgica y Austria. Por el remanente puede continuar el Proceso Monitorio, contrariamente ello no es permitido en Luxemburgo y Alemania, donde la oposición en parte es siempre oposición en el todo, debiendo instar el

---

<sup>84</sup> Para Grecia ver supra nota 22 y 63; Comp. RECHBERGER, W./KODEK, G., Mahnverfahren... op. cit. p.16.

<sup>85</sup> Comp. Libro Verde (COM (2002) 746), p. 39; para Italia luego de la reforma del 2002; BIAVATI, P., "El procedimiento civil simplificado y acelerado en el marco europeo, influencia italiana", Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. Vol. año 2002, p. 751 y ss. (768 s.).2006; PÉREZ RAGONE, A.: "En Torno al Procedimiento Monitorio op. cit. pp. 223

requiriente, aun por un monto no impugnado, el correspondiente proceso de conocimiento contradictorio. Ello se fundaría en que no es posible que un proceso contradictorio se trabe sobre una parte y sobre el resto no opuesto haya eventualmente sentencia monitoria, o existe cognición del órgano competente o no y si la hay lo es por el todo no por una parte.

#### **1.4.8. De acuerdo a la cognición del órgano competente y su intensidad**

El grado de cognición determina no sólo la amplitud e intensidad del conocimiento del órgano competente sobre la pretensión monitoria ejercida por el requirente, sino, además, las diferentes formas de estructuración del proceso. El punto de partida lo constituye la necesidad de un mecanismo procesal rápido y simple. Si la cognición es más intensa con relación a la admisibilidad y verosimilitud de la fundabilidad o peor aún una cognición sumaria, se requiere un órgano jurisdiccional calificado necesariamente judicial y se limita la posibilidad de automatizar el proceso sólo a determinadas etapas. Ello es simplemente evaluar si el objeto de la pretensión crediticia monitoria pudiese tener reconocimiento en el ordenamiento jurídico (admisibilidad). Centrado en cuestiones de derecho y no de hecho. De ninguna manera permite emitir un juicio sobre la corrección y/o veracidad de la pretensión<sup>86</sup>. Esta cognición superficial puede combinarse con el requisito, sólo para la admisibilidad de la petición de presentación de prueba documental<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> Como puede verse, las consecuencias prácticas de la cognición son esenciales. El grado de cognición que se conforma con la admisibilidad y la sola plausibilidad de la pretensión es el eje en varios sistemas procesales. Ello es simplemente evaluar si el objeto de la pretensión crediticia monitoria pudiese tener reconocimiento en el ordenamiento jurídico (admisibilidad). Se centra en cuestiones de derecho y no de hecho. RECHBERGER, W., Festschrift... op. cit., p. 151 y ss. ; Comp. con los argumentos en ocasión del foro de discusión en torno al Proceso Monitorio europeo "Documentos de debate", EU (26.6.2003), 5.

<sup>87</sup> En relación a ello ver PRÜTTING, H., y su posición en la Comisión Storme, Festschrift Baumgärtel, op. cit., p. 465 Revista de Derecho volumen XIX - n 1.

El mosaico procesal en Europa con relación al grado de cognición permite la siguiente clasificación: En casos donde hay prueba documental se aliviana o directamente elimina la cognición superficial combinada con la de plausibilidad; El órgano jurisdiccional se reduce a controlar la correspondencia del contenido del documento en sujetos y objetos con la pretensión que se hace valer.

No se realiza en ningún caso un conocimiento de fundabilidad. En ese sentido la otra posibilidad es la completa eliminación de la cognición de plausibilidad.

El Proceso Monitorio puro exige sólo la verificación de admisibilidad. No se requiere prueba documental alguna y permite la completa automatización del proceso, es el caso de Alemania. Ahora para evitar el uso inapropiado del proceso con abusos en áreas tan sensibles como los contratos de consumo, el órgano jurisdiccional controla la aplicabilidad material del proceso rechazando por inadmisibile la pretensión monitoria cuando la causa es una relación de este tipo. Precisamente Alemania, luego de incorporar este sistema puro, experimentó los abusos en los contratos a crédito, que llevó a reformar nuevamente el sistema excluyendo a estos contratos en determinados casos de la vía monitoria.

En países donde existe control de legalidad de la pretensión o una limitada cognición de plausibilidad sumada a una superficial, como Italia y Austria, el órgano jurisdiccional en realidad no ejerce en los hechos más que una cognición de derecho.

El conocimiento es prácticamente superficial, sin control de la veracidad ni de alguna verosimilitud de la pretensión incoada<sup>88</sup>; y la tercera posibilidad, que rige en Inglaterra y Holanda, es la de una cognición sumaria propia de las medidas provisionales y cautelares<sup>89</sup>.

#### 1.4.9. Proceso Monitorio obligatorio, voluntario y de oficio

Cuando el requirente puede optar por hacer valer su pretensión en un proceso ordinario o en uno monitorio, tenemos un modelo monitorio facultativo<sup>90</sup>. Este es el que rige en todos los países que se han tomado como muestra salvo en Austria.

En caso que el requirente deba interponer su pretensión como monitoria por razón del monto o algún otro motivo preestablecido, puede designarse a ese proceso como monitorio obligatorio<sup>91</sup>.

---

<sup>88</sup> Ello originó una discusión doctrinaria a partir de 1976, hasta la década del 80 sobre la naturaleza de la cosa juzgada en el Proceso Monitorio al no haber conocimiento de mérito. Una y otra posición discutían en torno a la revocabilidad de la cosa juzgada fundada en que se fundó en una causa espuria como la usura. Base fueron varias sentencias revocatorias como la del Sp. Trib. de Colonia (OLG Köln, JZ 1986, 642) y de Stuttgart (OLG Stuttgart, NJW 1986, 1116). Parte de la doctrina criticó al monitorio puro y no consideraba que podía haber cosa juzgada: VOLLKOMMER, M., "Schlüssigkeitsprüfung", en *Festschrift Schwab*, Beck, München, 1990, p. 229; BRAUN, J., *Rechtskraft und Rechtskraftdurchbrechung von Titeln über sittenwidrige Ratenkreditverträge*, Heymanns, Köln/Berlin/Bonn/München, 1996, p. 117 y ss. La doctrina mayoritaria defendió el instituto y la existencia de cosa juzgada en la sentencia monitoria no impugnada ratificándose esta posición a partir de la sentencia del Tribunal Superior Federal (Bundesgerichtshof-BGH) (BGH: BGH, NJW vol. año 1987, p. 3256 y NJW vol. año 1987, p. 3259; PRÜTTING, H./WETH, S., *Rechtskraftdurchbrechung bei unrichtigen Titeln*, Carl Heymanns, Köln/Berlin/Bonn/München, 1988, num. 58 y ss.; GRUNSKY, W., "Voraussetzungen und Umfang des Vollstreckungsbescheids", JZ vol. del año 1986, p. 626.

<sup>89</sup> Para Holanda ver la cita supra nota 22 y 63; para el Reino Unido JOLOWICZ, J. "England, en RECHBERGER, W./KODEK, G., op. cit., pp. 115-120; igualmente O'BRIEN, D. "The New Summary Judgment: Raising the Threshold of Admission, *Civil Justice Quarterly*, Vol. 18, Londres, 1999, p. 132 y ss.; ANDREWS, N., "Accelerated Justice" under the English Civil Procedural Rules, *ZZPInt*, vol., 7, 2002, p. 79 y ss. 2006: PÉREZ RAGONE, A. "En Torno al Procedimiento Monitorio", op. cit. Pp. 225.

<sup>90</sup> En relación a la complicación para la elección del proceso TREFFER, CH., "Die Wahl der richtigen Verfahren", MDR vol. del año 1999, p. 721 y ss.

<sup>91</sup> Un modelo de estas características rigió sólo en Alemania con la Reforma de 1915 sin éxito, HELMREICH, H., op. cit. p. 92.

Entre monitorio obligatorio y facultativo existe una tercera variante: monitorio de oficio. Aquí el deber de dar tramitación a la pretensión, en tanto pretensión monitoria, pesa sobre el órgano jurisdiccional. Es independiente de la voluntad del requirente. Este modelo de oficio rige en Austria desde 1983 –por algunos confundido y mal llamado obligatorio (*obligatorium*), y el balance en su funcionamiento ha sido hasta ahora positivo. Se ha esgrimido en Austria, además, la practicidad y funcionalidad de este modelo en lo relativo a la automatización del proceso<sup>92</sup>.

---

<sup>92</sup> Ver supra nota 22 y 63; Libro Verde (COM (2002) 746), p. 23 nota al pie 91.

## CAPITULO II

### CARACTERISTICAS Y PRINCIPIOS DEL PROCESO MONITORIO

**Sumario:** 2.1. Introducción; 2.2. Características del Proceso Monitorio, 2.2.1. Características fundamentales del Proceso Monitorio, 2.2.1.1. Rápida creación de un título ejecutivo con efecto de cosa juzgada en los casos que determina la ley, 2.2.1.2. Inversión de la iniciativa del contradictorio, 2.2.2 Características complementarias del Proceso Monitorio, 2.2.2.1. Especialidad, 2.2.2.2. Proceso plenario rápido, 2.2.3. Otras características según la LEC 1/2000 española, 2.2.3.1. Jurisdiccionalidad, 2.2.3.2. Declarativo, 2.2.3.3. Plenario o sumario, 2.2.3.4. Facultativo; 2.3. Principios procesales que rigen el Código procesal Civil y Mercantil salvadoreño, 2.3.1. Principio del debido proceso, 2.3.2. Principio de legalidad, 2.3.3. Principio de defensa y contradicción, 2.3.4. Principio de igualdad procesal, 2.3.5. Principio dispositivo, 2.3.6. Principio de aportación, 2.3.7. Principio de oralidad, 2.3.8. Principio de publicidad, 2.3.9. Principio de Inmediación, 2.3.10. Principio de concentración, 2.3.11. Principio de veracidad, lealtad, buena fe y probidad procesal, 2.3.12. Principio de dirección y ordenación del proceso, 2.3.13. Principio de gratuidad de la justicia.

#### 2.1. Introducción

Al revisar en la doctrina el Proceso Monitorio nos encontramos con que hay características que le son propias al procedimiento mismo como a todo el proceso, atendiendo por supuesto al criterio de función o finalidad que se persigue, como en el presente caso la rápida creación de un título ejecutivo que servirá para que sea declarado y ejercido el derecho, y asegurar el cumplimiento de una obligación.

No obstante, en la doctrinaria aún se discute si el Proceso Monitorio es efectivamente un proceso o un procedimiento, sosteniéndose que sólo garantiza el cumplimiento de una pretensión que no es posible todavía discutirlo en un proceso principal de cognición o de ejecución, donde sí se resuelven conflictos de intereses.

Independientemente de ese debate doctrinario, cuya importancia admitimos, lo cierto es que las legislaciones de algunos países contienen una regulación referida al Proceso Monitorio conforme a la finalidad que le ha sido fijada.

En efecto, se establece de modo claro que el destino y finalidad de todo Proceso Monitorio solicitado, fuera precisamente para asegurar el cumplimiento de una obligación. El procedimiento viene a ser la forma de materializar o hacer tangible los actos que ha previsto la ley, es decir, seguir paso a paso, las reglas que ella establece para el trámite y desarrollo del procedimiento para el logro de la finalidad y del valor eficacia, y como no puede ser de otra manera, han sido establecidos a nuestro entender una serie de características y principios que ayudan a que el procedimiento sea sencillo y simple para que cumpla con su objetivo primordial.

## **2.2. Características del Proceso Monitorio**

Siguiendo la teoría formulada por Calamandrei, Correa Delcasso extrae sus caracteres esenciales, donde opta por dividir el estudio en dos bloques: el primero de los caracteres fundamentales y el segundo que denomina complementarios, a través de los cuales expone con mayor amplitud el contenido y significado de cada uno de ellos.

### **2.2.1. Características fundamentales del Proceso Monitorio**

#### **2.2.1.1. Rápida creación de un título ejecutivo con efecto de cosa juzgada en los casos que determina la ley**

Como hemos podido comprobar a lo largo del presente estudio, el Proceso Monitorio es un proceso plenario abreviado que tiene por finalidad la rápida creación de un título ejecutivo en aquellos casos en los que el carácter aparentemente indiscutible de la deuda reclamada por el acreedor, hace presumir que la resolución dictada *inaudita altera parte* por el órgano

jurisdiccional no será contestada por el deudor<sup>93</sup>. Como afirma el fundador de la Ciencia del Derecho Procesal, "el ordenamiento jurídico, considerando lo inútil que es el retraso que sufre la ejecución en el proceso ordinario con conocimiento completo, en los casos en los que el demandado se adhiera a la demanda, permanezca en rebeldía, o bien no oponga excepciones, permite el uso de este proceso, presumiendo que el demandado no tendrá nada que alegar". Este proceso viene a crear, como en un proceso ordinario cualquiera, un título ejecutivo que constituye "la llave indispensable para abrir la puerta de la ejecución", o si se prefiere "la tarjeta de entrada sin la cual no es posible atravesar el umbral del proceso ejecutivo", ni obtener consecuentemente una ejecución sin título (*nulla executio sine titulo*).

Este es, por lo tanto, el primero de sus caracteres fundamentales: la "construcción" de un título ejecutivo que en su seno se realiza, y que determina que pueda ser considerado como un especial proceso de cognición<sup>94</sup>.

El Proceso Monitorio y el juicio ejecutivo son dos instituciones totalmente distintas, pese a provenir de un mismo origen o tronco común. El Proceso Monitorio, proceso especial y de naturaleza declarativo, sirve a la rápida creación de un título ejecutivo que produce efecto de cosa juzgada mediante la inversión de la iniciativa del contradictorio, mientras que a través del juicio ejecutivo lo que se persigue es la ejecución de una serie de títulos ejecutivos que pueden ser objeto de un incidente declarativo que se inserta de manera incidental dentro del procedimiento mismo.

---

<sup>93</sup> HORSMANS, G., "La Procedure d'injection ou le recouvrement simplifié de certaines créances dans les pays du Marché Commun, Ed. Établissement Émile Bruylant, Bruxelles, 1964, pp. 19 y ss. En donde se estudia la utilidad práctica del monitorio enfocado desde una perspectiva económica.

<sup>94</sup> De ninguna manera podemos afirmar que el Proceso Monitorio "sirve para acudir provisionalmente a la pretensión documentada del acreedor, inaudita parte, cuando existe causa justificada para creer que el deudor tiene excepciones que alegar", tal como lo hace MALAGON BARCELÓ, en su trabajo en torno a la reforma de la ley de enjuiciamiento civil, en "R.G.L.J." Tomo 167, pp. 645

### 2.2.1.2. Inversión de la iniciativa del contradictorio

En el Proceso Monitorio, en efecto, la finalidad de llegar con celeridad a la creación del título ejecutivo se alcanza desplazando la iniciativa del contradictor del actor al demandado. Mientras en el proceso de cognición ordinario el título ejecutivo no nace sino después que el actor haya incoado regularmente el contradictorio, el cual resulta perfectamente innecesario en aquellos casos en los que el demandado comparecido nada tiene que oponer a la demanda del actor, o en absoluto se abstiene de comparecer. En estos procesos especiales el título ejecutivo nace por el solo hecho que el demandado no muestre oposición dentro del término establecido, esa es la mejor oportunidad de abrir el contradictorio<sup>95</sup>. El juicio sobre la oportunidad de abrir el contradictorio y, por consiguiente, la iniciativa de provocarlo, debe dejarse a la parte en cuyo interés el principio del contradictorio tiene inicialmente vigor, esto es, al demandado.

Este es el auténtico factor que, combinado con la finalidad práctica a la que tiende este proceso, determina en nuestra opinión todos y cada uno de los efectos que se producen en el seno del mismo. En efecto, en la Alta Edad Media italiana, cuando los juristas de aquella época crearon por primera vez el *praeceptum o mandatum da solvendo cum cláusula iustificativa*, lo hicieron con vistas a superar la extrema lentitud y onerosidad de un proceso

---

<sup>95</sup> Es por tales razones que se piensa que ese desplazamiento de la iniciativa del contradictorio representa una considerable economía de trámites -cuando se trata de un demandado que, conforme resulta de la experiencia, es probable que no se defienda- con el consiguiente alivio de tareas de los órganos jurisdiccionales, descongestión de papeles, etc. Es cierto que el monitorio sirve preferentemente para lograr del modo más acelerado posible un título para la ejecución forzada de una prestación cierta y exigible de dar cantidades de dinero u otros bienes fungibles. Pero esa preferencia en su origen no implica, empero, que su técnica no puede ser usada para cualquier otro fin, como la ejecución de prestaciones de dar un bien mueble o inmueble, o de hacer o de no hacer, o para la mera declaración de certeza de una situación, o para la constitución de una nueva. Aunque es indudable que este procedimiento sólo tiene utilidad en aquellos casos en que se presume no haber oposición del demandado, o para favorecer ciertas situaciones sobre la base de que, aunque medie oposición, ésta se resuelve de modo más breve que por la vía ordinaria. Así concebido, el proceso de estructura monitoria aparece como una herramienta insustituible para complementar a un sistema judicial donde el proceso civil se enmarque en los postulados de la oralidad, porque servirá de elemento de descarga de todos aquellos procesos en que no habrá verdadero debate, reservando la oralidad para las genuinas instancias de cognición. Vid. Correa DELCASSO, J.P. “*El Proceso Monitorio*”, ed. JMBosch, Barcelona 1998, pp. 219-221.

ordinario de cognición, el *solemnis ordo iudiciarius*, que se mostraba además particularmente inoperante cuando por el cauce del mismo se reclamaba un especial tipo de deudas aparentemente incontestables y de escaso valor económico.

El mecanismo procedimental que escogieron entonces estos juristas fue precisamente el de invertir la iniciativa del contradictorio, porque permitía, por un lado, la rápida obtención de un título ejecutivo (habida cuenta que la resolución era dictada por el juez inaudita altera parte y al poco tiempo producía plenos efectos de cosa juzgada si no era contestada en un determinado plazo por el presunto deudor, al igual que una sentencia dictada al final de un proceso plenario; por otro lado, porque no vulneraba un principio básico inherente a todo proceso como ha sido el principio de contradicción, puesto que el demandado siempre podía en un momento procedimental ulterior ejercitar su legítimo derecho de defensa.

Se trataba, en definitiva, con este innovador proceso, de dar una salida rápida y efectiva a un determinado grupo de demandas que se planteaban ante los órganos jurisdiccionales existentes en aquel entonces, y que por su carácter presumiblemente incuestionable no requerían de un largo y dispendioso *solemnis ordo iudiciarius*<sup>96</sup>.

Desde que el jurista de aquella época se fijaba como objetivo básico y primordial otorgar una rápida tutela judicial efectiva a un determinado grupo de reclamaciones aparentemente exentas de complejidad alguna, y descubriera al poco tiempo después de la técnica de la

---

<sup>96</sup> En todo el largo período en que estuvo vigente el modelo español, antes de la LEC/2000 tampoco se logró obtener luces en los demás procesos declarativos (juicio ordinario de menor cuantía, de cognición y verbal) que, a pesar de la implementación de reformas favorecedoras de mayores grados de oralidad, fueron absorbidos por una práctica forense claramente condicionada por las formalistas pautas del modelo, destacadamente por la milenaria tradición que arrastraba la escritura. Vid. PALOMO VÉLEZ, D. “Modelo procesal chileno. Conveniencia de articular una nueva regulación sostenida en la oralidad como eje facilitador. Gaceta Jurídica. Revista N° 291, septiembre 2004, pág. 8.

inversión de la iniciativa del contradictorio, para llevarlo a cabo, pues se supeditó a estos dos elementos, teleológico y procedimental.

Falto por lo tanto, un exhaustivo examen del correspondiente mandato de pago, hasta tal punto ni tan siquiera existió en sus inicios; sobró esta necesidad "clásica" de que interviniera el deudor en la primera fase del proceso, no sólo porque se partía de la base que no tendría nada que alegar (habida cuenta el carácter "aparentemente irrefutable" del crédito), sino también porque en un momento ulterior se le brindaba la posibilidad de contestar la resolución dictada en su ausencia y en contra de sus intereses; sobraron, incluso, también todo tipo de interrogantes que pudieron surgir en torno a los posibles efectos del mandato de pago devenido título ejecutivo, pues forzosamente habían de ser éstos idénticos a los de una sentencia ordinaria de condena, si al fin y al cabo lo único que se había hecho era desplazar, que no anular, la fase del contradictorio.

Se puede afirmar, por lo tanto, que el Proceso Monitorio, tanto ayer como hoy, no es ni más ni menos que una adaptación del proceso de cognición ordinario a las necesidades prácticas del derecho material que por el mismo se sustancia, y al que le ha sido desplazada una de sus principales fases, la fase del contradictorio, a un momento procedimental posterior<sup>97</sup>.

---

<sup>97</sup> Requerimos una nueva Ley, porque ella se debe a los ciudadanos, quienes requieren de una tutela judicial más eficaz de sus derechos cuando la demanden o la necesiten, permitiendo con ello que en nuestra sociedad rija un verdadero Estado de Derecho. En otras palabras, lo que se persigue, como se ha señalado en el derecho comparado, es que el derecho de todos a una tutela judicial efectiva coincida con el anhelo y la necesidad social de una Justicia civil nueva, caracterizada precisamente por su efectividad. Esa efectividad por ser consustancial al concepto de Justicia, debe significar que alcancemos una plenitud de garantías procesales, una respuesta judicial más pronta y con mayor capacidad real de transformación de las cosas, medidas cautelares más asequibles y eficaces, ejecución forzosa menos gravosa, etc., todo lo cual conduce como gran objetivo, a alcanzar el logro de un mayor acercamiento de la Justicia al justiciable. En otras palabras, lo que anhelamos todos es alcanzar la eficacia del nuevo Código Procesal Civil y Mercantil para que el Estado brinde a los ciudadanos que lo reclamen, en la medida que no hubieren podido encontrar la solución de sus conflictos por otra vía, un proceso en el cual logren una mejor justicia civil, por ser ella más efectiva, cercana, pronta y eficaz.

La combinación de estos dos elementos que analizados, teleológicamente por un lado (finalidad que persigue este proceso) y materialmente por el otro (inversión de la iniciativa del contradictorio que se verifica en el mismo), es, por lo tanto, la que mejor define al Proceso Monitorio y la que explica el porqué de sus dos otros elementos más característicos, que entraremos seguidamente a analizar.

## **2.2.2. Características complementarias del Proceso Monitorio**

Los aspectos que se abordan son aquellos que surgen como una consecuencia lógica de los dos anteriores que se califican como fundamentales:

### **2.2.2.1. Especialidad**

El Proceso Monitorio es ante todo un proceso especial por razones “jurídico-procesales”; porque especial es su estructura procedimental con respecto al proceso declarativo ordinario tipo. En efecto, mientras en un proceso civil declarativo ordinario cualquiera se cumple el esquema procesal tradicional de origen continental (demanda, contestación a la demanda, fase de prueba y sentencia, en ocasiones precedido de una eventual etapa instructora, como sucede en Francia y en Italia, por ejemplo), en el Proceso Monitorio, en cambio, como en su día expuso brillantemente Calamandrei, esta clásica sucesión de actos procesales se ve alterada, verificándose un desplazamiento, hacia un momento procedimental posterior, de lo que en un proceso ordinario tipo constituye la fase de contestación a la demandada. Esta traslación a un momento procedimental posterior del derecho de la parte contraria, junto a una resolución del órgano jurisdiccional competente de carácter provisional que se inserta justo después de la fase de admisión y examen de la demanda, son las que caracterizan y personalizan a este proceso, y las que le confieren, por lo tanto, este rango de "proceso especial" que unánimemente le han otorgado tanto los códigos de

enjuiciamiento civil europeos como la mayor parte de la doctrina continental<sup>98</sup>.

Podemos entender entonces que el Proceso Monitorio es un proceso especial por la materia, tal como lo dispone el art. 812.1, de la LEC 1/2000, ya que está previsto para un supuesto concreto, esto es, para reclamaciones de deudas dinerarias, vencidas y exigibles, mediante algún documento de los relacionados en dicho precepto legal (no así en Francia, Italia o Alemania), y que no supere la cantidad de cinco millones de pesetas.

Es especial porque presenta una estructura particular que se caracteriza por lo que se denomina la inversión del contradictorio. Esto es, que el proceso declarativo ordinario llegue a surgir no depende del acreedor sino del deudor. Y por último, es el Juez, que en atención a los documentos que se aportan con la demanda y la solicitud del demandante, "inaudita altera parte", ordena el pago, y solamente después, dependiendo de la actitud del deudor, si Este se opone, y en el declarativo correspondiente, bien en el verbal o en el juicio ordinario, teniendo en cuenta la cuantía que se reclama, se oye a las partes y se resuelve todas las cuestiones.

#### **2.2.2.2. Proceso plenario rápido**

Así se le caracteriza, no sólo porque en él la cognición, cuando existe es "reducida, sumaria, no total", sino porque la inversión de la iniciativa del contradictorio condena en la mayoría de los casos a una estructura procedimental reducida, pues si no hay oposición contra el mandato de pago, el Proceso Monitorio finaliza en un plazo muy breve de tiempo, frente a

---

<sup>98</sup> En España, el Proceso Monitorio es calificado como un proceso especial, vid FAIRÉN GUILLEN, V., "Temas del Ordenamiento Procesal", Tomo II, Ed. Tecnos, Madrid, 1969, pp. 168 y ss. En ese mismo sentido GÓMEZ ORBANEJA Y HERCE QUEMADA, "Derecho Procesal Civil", Vol. II, Ed. Artes Graficas y Ediciones, Madrid, 1976, pp. 48 y ss.

otros procesos que tan sólo tienen una estructura abreviada, es de cognición plena, en el Proceso Monitorio la orden de pago se dicta por el juez sin conocimiento del deudor, sin un control previo, por lo tanto, de todos y cada uno de los medios de prueba.

El juez o el auxiliar jurisdiccional competente para conocer de un determinado Proceso Monitorio emiten a menudo el mencionado mandamiento "en base a la sola afirmación unilateral y no probada del acreedor"<sup>99</sup>. Esta afirmación puede ser que ulteriormente sea refutada por el deudor si opta por ejercitar sus legítimos derechos de defensa en un proceso declarativo posterior.

Pese a las diferencias de matiz que puedan existir entre los diversos procedimientos monitorios europeos, lo cierto es que la finalidad última a la que se encamina este proceso es a la rápida creación de un título ejecutivo en aquellos supuestos en los que existe, al menos en apariencia, un alto índice de probabilidades que la reclamación efectuada por el acreedor responde a una prestación seria y legítima. La apariencia de verosimilitud que pueden revestir unas determinadas pruebas o documentos, o sencillamente el valor que en un determinado ordenamiento jurídico se le atribuya a las afirmaciones unilaterales y no probadas del acreedor, determinarán que la fase de cognición se vea considerablemente reducida o que desaparezca incluso por completo, como sucede, por ejemplo, en el actual Proceso Monitorio Alemán. Partiendo de la base de que por un lado la ratio misma Proceso Monitorio consiste precisamente en la rápida creación de un título ejecutivo mediante la inversión de la iniciativa del contradictorio, y, por otro, de un hecho probado, como son las pocas oposiciones que en la práctica se formulan contra los mandatos de pago, habremos de convenir que en una gran mayoría de supuestos la única "cognición" que verdaderamente se dará en la práctica será precisamente la que habrá procedido a la emisión del mandato de pago, por reducida que ésta sea, siempre y cuando además ésta última resolución judicial no se haya dictado

---

<sup>99</sup> CALAMANDREI, P., "El Procedimiento Monitorio", op. cit. Pp. 33

mecanizadamente, sin atender a ningún tipo de prueba escrita (como sucede en el moderno derecho Alemán por ejemplo).

Otros autores han señalado como característica del monitorio su celeridad o rapidez. Ejemplo de ello es la definición de Garberi Llobregat, donde recoge lo característico de este procedimiento, la obtención de un título ejecutivo "en el menor tiempo posible". Y otros autores como Lorca Navarrete, sostienen que en la técnica monitoria la "celeridad en la tutela de los derechos de créditos se halla en la base misma de la elaboración del mandato de pago". Por lo tanto no cabe duda, que la sencillez de trámite propia de este proceso favorece esa rapidez en su tramitación<sup>100</sup>.

### **2.2.3. Características según la LEC 1/2000 española**

Otras características que me parecen deben tomarse en cuenta, y basándome en lo dispuesto en la legislación española<sup>101</sup> sobre el Proceso Monitorio son:

#### **2.2.3.1. Jurisdiccionalidad**

La doctrina ha discutido si la naturaleza de este procedimiento monitorio es jurisdiccional o no. Sin embargo debo recordar que en los diferentes países en donde existe el Proceso Monitorio, hay marcadas diferencias que deben tomarse en consideración cuando se habla de sus características, no obstante a ello, haré lo posible por enunciar algunas de ellas, que de

---

<sup>100</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, "Los procesos Civiles", ed. Bosch, 2001; LORCA NAVARRETE, "El Procedimiento Monitorio Civil, San Sebastián, 1996.

<sup>101</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil, numero 1, (LEC 1/2000) aprobada el 7 de enero del 2000 y entrada en vigor el 8 de enero del mismo año, publicación del BOE del 8 de enero del 2000

acuerdo a mi criterio se encuentran en el capítulo I, Título III de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, que comprende los arts. 812 al 818.

Por un lado hay países como Alemania, en el que el mandamiento de pago no es despachado por el juez, sino por un auxiliar de la justicia, y en los que, además, no se ejerce en esa primerísima fase control alguno sobre la justificación formal o material de la petición del acreedor, por lo que se puede considerar más bien una actividad administrativa que jurisdiccional.

Sin embargo en otros países, no es así, ya que es el juez el que ordena el mandato de pago, y éste examina previamente si la petición está debidamente documentada y fundamentada, caso de Italia y Francia, por lo que existe una limitada cognición que permite considerar como jurisdiccional la actividad desplegada en esta primera fase del Proceso Monitorio.

Teniendo en cuenta la forma en que se expide el mandamiento de pago en uno y otro país, el monitorio español perfectamente puede integrarse en el segundo grupo, pues, recurriendo únicamente a lo preceptuado en el art. 815 de la LEC<sup>102</sup>, de una lectura rápida se desprende que para que se expida el requerimiento de pago, es necesario cumplir con unos requisitos como es que los documentos deben ser los predeterminados por la ley, recogidos en el artículo 812 de la LEC<sup>103</sup>. Por lo tanto no vale cualquier documento, pero además debe constituir efectivamente un principio de prueba del derecho del que lo solicita, todo esto exige que el juez examine de oficio si concurren tales requisitos, y al considerar que no se cumplen, puede decidir no librar el mandamiento de pago.

---

<sup>102</sup> Ibidem

<sup>103</sup> Ibidem

### 2.2.3.2. Declarativo

Se cuestiona si el monitorio es un juicio declarativo o por el contrario estamos ante un proceso de ejecución.

En el derecho común se asimila el mandato de pago del juicio monitorio a la orden de ejecutar la sentencia que abre las puertas a un proceso de ejecución, de manera que la oposición sería un supuesto de oposición a la ejecución. Por lo tanto, si no se formula oposición, el proceso continuaría, no porque el silencio del deudor hubiera confirmado la verosimilitud del derecho del acreedor, sino porque habría precluido el término para oponerse en trámite de ejecución.

Parte de la doctrina sostiene que el monitorio es una vía procesal intermedia entre el juicio declarativo y el ejecutivo. Pero dado que dicha calificación no resulta operativa pues no permite encajar al monitorio en ninguna de las categorías procesales existentes, se inclina finalmente por considerar este proceso como una ejecución directa e inmediata, una vía de apremio con elementos de cognición exclusivamente limitados al contenido de la deuda que se hace valer solamente por el acreedor y que posibilita el mandato de pago y la subsiguiente vía de apremio.

Sin embargo hay algunos autores, que atendiendo a la regulación del monitorio en la LEC entendieron que es ante todo un proceso declarativo en el que se crea un título ejecutivo cuyos efectos son equiparables a los efectos de una sentencia<sup>104</sup>. En opinión de algunos autores, se considera más acertada esta última, ya que silas dos categorías procesales en el derecho español son el juicio declarativo y el de ejecución, y el monitorio tiene como finalidad la

---

<sup>104</sup> CORREA DELCASSO, J. P., "El Proceso Monitorio", op. cit., página 221, véase también el auto SP/AUTRJ/53326, dictado por la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1ª, del 22-11-2001.

obtención de un título de ejecución, se consideraría este proceso especial como declarativo, ya que si se acude a él, es porque se carece de título ejecutivo. Por otro lado en el juicio monitorio la oposición del deudor provoca el nacimiento de un juicio declarativo, lo que por sí solo demuestra que la ejecución no se había iniciado.

### **2.2.3.3. Plenario o Sumario**

Teniendo al monitorio por un proceso jurisdiccional y declarativo, se plantea si se trata de un proceso plenario o sumario. La sumariedad de un proceso requiere el cumplimiento de varias notas características: limitación de los medios de defensa y ataque de las partes, la restricción del conocimiento del juez y la ausencia de efectos de cosa juzgada de las sentencias.

Las dos primeras sí se dan en este proceso, pues la primera fase transcurre sin la presencia del deudor, dictándose el requerimiento de pago sin haber oído a este y limitándose el conocimiento al examen de los documentos aportados por el acreedor así como sus alegaciones. Por lo tanto atendiendo a estas dos características el proceso sería sumario.

No ocurre así con la tercera, puesto que ésta no se cumple, ya que la resolución que se dicta en caso de incomparecencia del deudor, sí que produce efectos de cosa juzgada, así lo recoge el artículo 816.2 de la LEC<sup>105</sup>, que establece que una vez dictado el auto, después del silencio del deudor y una vez realizado el requerimiento, el solicitante y el deudor no podrán pretender ulteriormente en proceso ordinario la cantidad reclamada o la devolución de la que con la ejecución se obtuviere. Por lo tanto, queda excluida la posibilidad de un nuevo juicio entre los mismos sujetos y con el mismo objeto, lo cual, no es otra cosa que el efecto propio de la

---

<sup>105</sup> Ley de Enjuiciamiento civil 1/2000 ya citada.

cosa juzgada material, recogida en el artículo 222 de la LEC<sup>106</sup>, por ello puede considerarse el Proceso Monitorio como plenario.

#### **2.2.3.4. Facultativo**

Con anterioridad, en este trabajo, se ha sostenido que el Proceso Monitorio es un proceso especial, pero también se trata de un proceso facultativo, concebido como un cauce privilegiado a favor del acreedor de una prestación dineraria, quien, en consecuencia, renunciando a este procedimiento, puede optar por reclamar a través del juicio ordinario que corresponda. Esta facultad viene recogida en el propio artículo 812 de la LEC<sup>107</sup>, donde se utiliza el verbo "podrá" lo que deja el camino abierto para recurrir a uno u otro procedimiento.

### **2.3. Principios procesales que rigen el Código procesal Civil y Mercantil de La República de El Salvador**

La palabra "principio", en cualquiera de sus significaciones aceptadas<sup>108</sup>, representa el inicio, la causa o el fundamento de algo. En Derecho también es empleado en ese sentido. Se dice que los principios traducen el espíritu, los valores fundamentales o los elementos

---

<sup>106</sup> Ibidem.

<sup>107</sup> Ibidem.

<sup>108</sup> Voz "Principio", Diccionario Enciclopédico, Ed Sopena, Barcelona, 1980; ALEXY, R., planteo inicialmente un modelo jurídico sobre los principios en su artículo "Zum Begriff Rechtsprinzip" publicado en *Rechteorie* Berlin 1971, cuaderno 1, 1979, pp. 59-87, en cuyo texto comentaba y criticaba la distinción que DWORKIN, R., hacia de las reglas y los principios en su libro "Theorie der Grundrechte, Baden – Baden: Nomos, 1985; 2ª y 3ª ed. Inalteradas en la editorial Suhrkham en 1986 y 1994, obra que ha sido traducida por GARZON VALDES, E., Y ZIMMERLING, R., como Teoría de los derechos fundamentales, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, de donde en forma textual dice que: "Los principios son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de sus posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas está determinado por los principios y reglas opuestas".

esenciales de un ordenamiento jurídico. Es decir que la relación que se da dentro de un proceso es condicionada por principios que hacen que éste goce unidad y revele su mecanismo y de esa forma, hacer del proceso un todo orgánico del cual derivan diversas instituciones<sup>109</sup>.

Es así que se dice que cualquier disposición legal no es más que la expresión de un principio procesal determinado.

Como unidad conceptual permiten a través de una argumentación racional justificar la solución – a priori jurídica – de un conflicto de intereses, es por ello que los jueces los utilizan en sus sentencias. Los legisladores los emplean en la labor reglamentaria. Y los juristas a partir de ellos explican los hechos de la vida social, pues también sirven para marcar el rumbo de las conductas cotidianas.

Las posiciones sobre el origen y la situación de los principios en relación con el universo jurídico no son pacíficas<sup>110</sup>. Sin embargo debemos decir que para el fin que persigue este capítulo los principios son enunciados generales y esenciales que poseen valor jurídico y que además, forman, junto con las normas, la arquitectura de todo ordenamiento jurídico, que por supuesto incluye al Proceso Monitorio, el cual no puede ser excepción en la aplicación de los principios.

Principio, proviene del latín *primun caput*, que significa preferencia, procedencia, es decir, pensamientos directivos que sirven de base o fundamento a la organización legal de un determinado orden positivo. Ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica

---

<sup>109</sup> BACRE, A., TEORIA GENERAL DEL PROCESO, t. I, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p.407

<sup>110</sup> Vid. ALEXY, R., “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, Doxa 5, pp. 139 y s., también VIGO, R. L., “Una teoría distintiva ‘fuerte’ entre normas y principios jurídicos”, pp. 89 y s., en Autores varios, Sobre los principios jurídicos, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

de una nación<sup>111</sup>. Podemos decir, al mencionar un poco de historia, que desde los presocráticos, hacía referencia al vocablo principio como todo aquellos a partir de lo cuales derivan todas las cosas<sup>112</sup>.

Considerado entonces, como un método orientado hacia la sistematización de unos principios de general aceptación, a partir de los cuales se establecen los contenidos propios y los límites de cada proceso, atendiendo a las exigencias de la pretensión objeto del mismo, que requerirá un tratamiento u otro; pero que además por su construcción lógica, el método de los principios nos viene a determinar el conjunto de garantías procesales establecidas para cada proceso, o bien, dados unos principios tendremos la posibilidad de instaurar unas u otras garantías procesales, por lo que los principios del procedimiento, los que nos van a determinar en forma considerable el o los procesos que configuran<sup>113</sup>, en otras palabras Los principios procesales son la columna vertebral, las reglas matrices o directivas dentro de las cuales han de desarrollarse las instituciones procesales<sup>114</sup>. Díaz, asegura que se trata de los propósitos políticos que mediatizan las garantías constitucionales. Estas reglas, máximas o principios deben inspirar al legislador al momento de dictar las normas e iluminar al juez de aplicarlas.

Los principios procesales son construcciones jurídicas llamadas a estructurar ciertas ideas fundamentales del proceso, a partir de las cuales se perfila un determinado sistema cuya finalidad es la de realizar las normas sustantivas<sup>115</sup>.

---

<sup>111</sup> QUINTEROS, B. / PRIETO, E., Teoría General del Proceso, ed. Temis S.A., Santa Fe de Bogota, 1995, p. 85

<sup>112</sup> BORTHWICK, A., Principios Procesales, ed. C. Mave S.F., Buenos Aires, Argentina, p. 17

<sup>113</sup> Vid. MORENO/CORTES/GIMENO "Introducción al Derecho Procesal", Valencia, 1993, p. 237, donde se destaca la importante función de los principios del proceso en relación al "proceso justo"

<sup>114</sup> BERTOLDI de FOURCADE, M. *Estado Civil. Acciones y procedimiento*. Ed. Advocatus, Córdoba, Argentina, 1998. pp. 40-41

<sup>115</sup> BORTHWICK, Adolfo. op. cit. P. 17

Cualquiera sea la forma de nombrarlos sabemos que estos principios son los que dirigen al proceso y que son determinantes en la decisión que el juez tomara en su sentencia, por tanto resulta indiferente el nombre que se les dé pero para efectos de evitar confusiones decidimos tomar en cuenta este puesto en nuestra investigación, ya que, así como en este punto algunos autores tiene diferentes opiniones es también de mencionar que la tienen cuando se refieren al número de principios que existen<sup>116</sup>; el punto medular no es la denominación que se les dé, o qué número de ellos exista sino que estos son necesarios para el buen funcionamiento del proceso civil y mercantil y de esta forma colaborar con la eficacia y veracidad de éste.

La importancia) de los principios fundamentales del proceso es que *sirven de bases previas al legislador*, es decir, que con su aporte el legislador, quien es el que crea las normas, toma en cuenta a estos diversos principios con el fin de crear instituciones que regulen el proceso, que está condicionado por normas jurídicas, las cuales emanan del Poder Legislativo inspiradas por estos sistemas procesales y sobre los cuales se redactara ya sea un Código o leyes que dirijan el proceso, pero sirven de origen para este. Sin dejar de lado los principios constitucionales; *facilitan, además, la labor comparativa*. A través de ella se realizan con facilidad estudios en donde se comparan los regímenes procesales anteriores y los actuales con el fin de buscar ciertos elementos que pueden ser utilizados en un futuro, así como otros elementos que pueden advertir defectos en los procesos actuales o anteriores y que no se deben de tomar en cuenta posteriormente. Es decir, se crean diferentes institutos del proceso mejorados y Constituyen instrumentos interpretativos de inestimable valor.

---

<sup>116</sup> La enumeración de los principios que rigen el proceso no puede realizarse en forma taxativa, porque los principios procesales surgen naturalmente de la ordenación, muchas veces impensada e imprevisible, de las disposiciones de la ley.

Dentro del Código Procesal Civil y Mercantil<sup>117</sup> –C.P.C.M.- se establecen principios generales aplicables a los procesos judiciales, los que detallamos a continuación, sin embargo he de advertir que, aun cuando me refiero en forma general a los principios informadores del CPCM, no todos le son dados al Proceso Monitorio.

### **2.3.1. Principio del debido proceso**

Denominado en el código como Derecho a la Protección Jurisdiccional, conocido también como “Garantía del Debido Proceso Legal” o “De la Ley de la Tierra”, en los países anglosajones; “Garantía a la Tutela Judicial Efectiva” en la jurisprudencia española.

El Proceso es una relación jurídica continuativa y consistente en un método de debate con análogas posibilidades de defensa y de prueba para ambas partes, mediante el cual se asegura una justa decisión susceptible de cosa juzgada.

El Debido proceso implica el derecho que tiene todo gobernado de obtener la protección de los tribunales contra las arbitrariedades del poder público y certeza jurídica, por consiguiente mantener el orden público, es decir que faculta a las personas a pedir y provocar el funcionamiento de la administración de justicia<sup>118</sup>. Son pues las personas o sujetos ajenos al tribunal quienes inician el proceso poniendo en marcha la maquinaria judicial para llegar al momento del juicio jurisdiccional, el momento culminante donde el ordenamiento celebra el

---

<sup>117</sup> Código vigente desde el uno de julio del año dos mil diez, aprobado mediante Decreto Legislativo, N° 712 de fecha 18 de septiembre de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 224, Tomo 381 de fecha 27 de noviembre de 2008 y prorrogada su entrada en vigencia mediante Decreto Legislativo N° 712 de fecha 18 de septiembre de 2008, publicado en el Diario Oficial N° 224, tomo 381 del 27 de noviembre del 2008.

<sup>118</sup> BIDART CAMPOS, G. Derecho a la jurisdicción en Argentina, ed. Ediar, Buenos Aires, 1961, p. 954

rito de su juricidad<sup>119</sup>. Es pues, que para lograr una tutela judicial efectiva, las personas tienen la facultad de provocar la intervención del órgano jurisdiccional, para que aplique justicia lo que se denomina acción. Muchos autores han expresado que la acción, no es más que la facultad de movimiento a través del cual el sujeto busca el resguardo de su derecho a través de la tutela jurisdiccional, con ello entienden y afirman que las leyes fundamentales han constitucionalizado otro concepto de la acción procesal al establecer que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso se pueda producir indefensión<sup>120</sup>.

Ya sea en forma concreta<sup>121</sup> o en forma abstracta<sup>122</sup> la primera formulada originalmente por un sector de la doctrina alemana a finales del Siglo XIX y principios del siglo XX encabezado por Adolf Wach y seguido principalmente por Helliwig y Wismann, que concibieron la acción como “La pretensión de tutela del derecho”<sup>123</sup>. Es decir, no como un derecho al proceso simplemente sino a una tutela jurisdiccional favorable a su titular, o sea, no como un derecho a que se realice el proceso y a que se dicte una sentencia sino como un derecho a que se preste por los órganos jurisdiccionales del Estado la tutela jurisdiccional pretendida<sup>124</sup>. En cuanto a la segunda, se le concibe como el derecho a la jurisdicción, considerándosele como un derecho subjetivo de naturaleza pública y de carácter constitucional<sup>125</sup>, que tienen las personas de promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas ante los tribunales.

---

<sup>119</sup> MORENO CATENA/GIMENO SENDRA/ALMAGRO NOSETE/CORTEZ DOMINGUEZ, Derecho procesal t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 221.

<sup>120</sup> GIMENO SENDRA, V., Fundamentos del derecho procesal, ed. Civitas, Madrid, 1981, pp. 13 y ss. Vid. CAROCCA PEREZ, A., Garantía Constitucional de la defensa procesal, ed. J.M. BOSCH, Barcelona, 1998 p. 101.

<sup>121</sup> GIMENO SENDRA, V., Fundamentos del derecho procesal, op. cit., p. 132; vid. FERNANDEZ ENTRALGO, J. Defensa del ciudadano contra los actos del poder judicial, estructura y procedimiento de los órganos jurisdiccionales, en VV.AA., Primeras jornadas de Derecho Judicial, Madrid, 1983.

<sup>122</sup> CAROCCA PEREZ, A., Garantía Constitucional de la..., op. cit., p. 102.

<sup>123</sup> Der Feststellungsanspruch. La pretensión de declaración, citado por CAROCCA PEREZ, A., Garantía constitucional de..., op. cit., p.102.

<sup>124</sup> ORTELLS RAMOS/MONTERO AROCA/GOMEZ COLOMER, Derecho jurisdiccional, t. I, vol. I, ed. Bosch, Barcelona, 1989, p. 103, citado en Nueva Enciclopedia Jurídica, T. XX, ed. Seis, Barcelona.

<sup>125</sup> Ibidem

En el caso del Proceso Monitorio, es importante destacar que a la luz de lo dispuesto en el art. 489 C.P.C.M., aquel que pretende la solicitud lo hace ante el juez de menor cuantía, esperando de este una respuesta, como parte de ese derecho a ser tutelado<sup>126</sup> en su pretensión.

Los jueces están vinculados por la normativa constitucional, las leyes y demás normas del ordenamiento jurídico sin que puedan desconocerlas ni desobedecerlas.

Todo juez, a instancia de parte o de oficio, deberá examinar previamente la constitucionalidad de las normas de cuya validez dependa la tramitación de cualquier proceso o el fundamento de las decisiones que adopten en el mismo; y si alguna de ellas contradice la normativa constitucional, la declarara inaplicable en resolución debidamente motivada, en la que se consignen la disposición cuya inaplicabilidad se declara, el derecho, principio o valor constitucional que se considera infringido y las específicas razones que fundamentan las pruebas que se hubieren obtenido, directa o indirectamente, con infracción de derechos o libertades fundamentales, no surtirán efecto.

Con este principio se profundiza en la supremacía constitucional, la cual deberá ser tomada en cuenta, no sólo a través de estas materias, sino en cualquier materia en cual se dé un proceso que implique resolución de conflictos a través del Derecho. También se debe tomar en cuenta que a la hora de emitir un falla o de la tramitación respectiva para el proceso los jueces y las partes deben tener en cuenta los mandatos constitucionales, debido a que de lo contrario todo tramite que vaya en contra de eso será nulo; al igual que en la decisión

---

<sup>126</sup> OVALLE FAVELA, J. “*Teoría General del Proceso*,” ed. Oxford. México. P. 161

judicial al respecto de cierto proceso si esta no se basa en la Constitución su validez no surtirá efecto debido a negar dicha supremacía<sup>127</sup>.

Es el mismo caso que dicha decisión o tramitación vaya en contra de otras leyes o normas de la República pues, si se han basado en otras normas para poder emitir un fallo, este debe de no negar ni entrar en disputa con dichas normas, pues se niega el mismo ordenamiento jurídico.

Por tanto en este principio se defiende la supremacía de la constitución en cualquier trámite o decisión judicial, así como que cualquier juez puede tomar de base dichas normas para poder solucionar el conflicto que se ha llevado al proceso, así como con la demás leyes vigentes. Los jueces se deberán someter a la Constitución y si su decisión la niega, ésta no se aplica y quedara sin efectos.

### **2.3.2. Principio de legalidad.**

El principio de legalidad es la base fundamental en un Estado de derecho, por lo que tanto los actos del poder público como de los ciudadanos deben ajustarse sobre la base de la ley.

El proceso judicial es un reflejo del poder ejercido por el Estado, el que debe estar informado por el principio de legalidad, a guisa que bajo ningún punto de vista el proceso debe contradecir ni las normas ordinarias sustantivas un mucho menos las constitucionales.

---

<sup>127</sup> El Art. 172 de La Constitución de La republica de El Salvador establece que los jueces estan sometidos a la misma y a las leyes secundarias, principio que establece el art. 2 del C.P.C.M.,

El Art. 3 del C.P.C.M. establece que “todo proceso deberá tramitarse ante un juez competente y conforme a las disposiciones de este código, las que no podrán ser alteradas por ningún sujeto procesal.

Las formalidades previstas son imperativas. Cuando la forma de los actos procesales no esté expresamente determinada por la ley, se adoptara la que resulte indispensable o idónea para la finalidad perseguida”.

El artículo antes mencionado recoge el principio de legalidad, en su inciso primero, determina en forma imperativa u obligatoria al juez los pasos a seguir en la tramitación del proceso<sup>128</sup>, en fiel apego a la constitución y a las disposiciones procesales pertinentes; lo que implica que el juez no puede realizar ningún acto procesal a su antojo o a su arbitrio mucho menos en la forma en que él lo decida; como también no puede ir más allá en su resolución de los puntos que han sido objeto del debate planteados en la pretensión de la parte actora y controvertido por la parte demandada, es decir el juez no puede dar más de lo pedido, menos de lo pedido ni distinto de lo pedido, por lo que el juez no puede dar más de la justicia. Si no aparece regulado el acto y la formalidad con que el mismo debe desarrollarse. A ese efecto el Art. 86 Inc. 3° de la Constitución<sup>129</sup> establece que: “Los funcionarios del gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley”. Así también el artículo 15 de la de la misma<sup>130</sup> establece que "Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate y por los tribunales que previamente haya establecido la ley”. De dicha norma constitucional se desprende el principio del juez natural, que consiste en que previo al inicio de un proceso debe existir la ley que establezca el trámite como también el juez competente.

---

<sup>128</sup> ECHANDIA, H. D., teoría general del proceso, y. I, ed. Universal, Buenos Aires, Argentina, 1984, p. 25

<sup>129</sup> Constitución de La República de El Salvador, D.O. N° 234, Tomo N° 281 de fecha 16 de diciembre de 1983

<sup>130</sup> Ibidem

No podemos olvidar de ninguna manera que el proceso viene a constituirse en el instrumento con que cuenta la jurisdicción por un lado y el ciudadano por otro, para la satisfacción de los derechos e intereses legítimos y para la adecuación de la vida social al ordenamiento jurídico al menos en los supuestos de conflicto<sup>131</sup>.

En el inciso segundo del artículo en análisis encontramos una incongruencia; en cuanto que, si como principio de legalidad debe el juez apegarse a las formalidades que la ley le determina para cada acto procesal; además, se dijo que al trámite no pende del arbitrio del juez, cómo es posible que dicho inciso establezca que cuando la forma de los actos procesales no esté expresamente determinada por la ley, se adoptará la que resulte indispensable o idónea para la finalidad perseguida; ello resulta atentatorio contra dicho principio ya que no le determinó al juez ningún parámetro de interpretación de la ley respecto de las disposiciones que en forma supletoria puede emplear. Pues basta que el juez a su arbitrio considere indispensable o idónea una disposición regulatoria de otra situación, para que asimile el trámite del acto que pretenda desarrollar para lograr la finalidad que persigue. Ello estaría atentando contra la univocidad y la uniformidad en los criterios jurídicos de valoración de la norma, ya que ante una situación similar, jueces distintos a discreción estarían aplicando disposiciones distintas para lograr la misma finalidad.

### **2.3.3. Principio de defensa y contradicción**

De acuerdo al Art. 4 C.P.C.M. El sujeto contra quien se dirija la pretensión tiene derecho a defenderse en el proceso, interviniendo en las actuaciones y articulando los medios de prueba pertinentes.

---

<sup>131</sup> BERZOSA FRANCOS, M.V., principios del proceso, en nueva enciclopedia jurídica, t. XX, ed. Seix, Barcelona, 1993, p. 487, vid. MORENO CATENA/GIMENO SENDRA y otros en Derecho procesal, t. II, op. cit. P.241

En todo caso, cada parte tiene derecho a contar con la oportunidad de exponer su argumentación y rebatir la de la contraria, y sólo cuando expresamente lo disponga la ley podrán adoptarse decisiones sin oír previamente a una de las partes.

El artículo en análisis en el inciso primero hace referencia al derecho de defensa el cual tiene asidero constitucional en los artículos 11 Y 12 de la Constitución<sup>132</sup>, en cuanto a que, la primera de las normas primarias mencionadas establece que ninguna persona puede ser privada del derecho a la propiedad y posesión ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida enjuicio.

De la segunda disposición normativa constitucional extraemos en forma extensiva a la materia jurídica que nos compete, la garantía de defensa para todo aquel que se le reclame el cumplimiento de una obligación en un proceso judicial.

El Derecho de Defensa comienza a ser ejercido por el demandado en el momento de oponerse a las pretensiones del actor, cuando contesta la demanda, ya que, debe fundamentar con argumentos sólidos, reales y probables los puntos en desacuerdo con el actor; pues un juez no puede tomar una decisión que resuelva las pretensiones objeto del litigio si no le ha concedido la oportunidad a la parte demandada que ejerza el derecho de Defensa.

De la segunda parte del primer inciso del artículo en análisis extraemos la obligatoriedad de un profesional técnico en Derecho para que pueda ejercer la defensa interviniendo en las actuaciones y ofreciendo la prueba pertinente y suficiente para atacar los fundamentos de las pretensiones de su contraparte.

---

<sup>132</sup> Constitución de la República de El Salvador, citada anteriormente

El proceso penal difiere del proceso Civil y Mercantil en cuanto que en el primero se procesa al individuo, afectándole su libertad ambulatoria y en el segundo se reclaman Derechos patrimoniales.

En cuanto al inciso segundo de la disposición legal en estudio podemos extraer que como manifestación plena del Derecho de Defensa la parte a la cual se reclama un Derecho cuenta con la oportunidad de rebatir la argumentación contraria, tratando de desacreditar, controvertir o desvanecerla tesis que sustentan las pretensiones en su contra<sup>133</sup>.

Respecto del Derecho de contradicción la doctrina sostiene que: “También es llamado principio de bilateralidad o de controversia, exige que las partes sean oídas antes de que el juez dicte alguna resolución. Este principio responde a una exigencia constitucional dirigida a asegurar la inviolabilidad de la defensa de las personas y de sus derechos, comúnmente expresado (óigase a la otra parte)”<sup>134</sup>.

Un proceso debe siempre estar referido a este principio, cuando a ambas partes se les permite acceder al proceso con el objeto de poder hacer valer libremente sus respectivas pretensiones<sup>135</sup>.

Al respecto el art. 493 CPCM indica que una vez examinada la solicitud del Proceso Monitorio por el juez y verificado el cumplimiento de sus requisitos, requerirá al deudor que en un plazo determinado cumpla con su obligación, situación con la cual de alguna forma

---

<sup>133</sup> CALAMANDREI, P., proceso y democracia., Traducción de FIX ZAMUDIO, ed. Juridica Europa America, Buenos Aires, 1960, p. 150.

<sup>134</sup> ARAZI, R., “*Derecho Procesal Civil y Comercial*”, Parte General y Especial. ed. segunda. Actualizada y Ampliada. ed. Astrea de Alfredo y Ricardo De palma. Buenos Aires, Argentina, 1995. Págs. 139-140.

<sup>135</sup> GIMENO SENDRA, V., introducción al derecho procesal, ed. Salamanca, 2ª edición, Valencia, España, 1997, p. 238.

se le está dando vigencia al principio de defensa y contradicción, con lo que se estaría garantizando el derecho que tiene el requerido ante la petición de pago hecha por el acreedor.

#### **2.3.4. Principio de igualdad procesal**

Establecido en el Art. 5 C.P.C.M. En cuyo inciso primero se refiere a la igualdad<sup>136</sup> que los jueces deben de garantizar a las partes en el desarrollo del proceso en cuanto al ejercicio de sus derechos, cumplimiento de obligaciones, y oportunidad de ofertar pruebas para el establecimiento o sustento de sus posiciones o tesis en las cuales fundamenta sus pretensiones. El cumplimiento pleno del principio de igualdad en el trato a las partes en los procesos judiciales conlleva a un ejercicio transparente de la administración de justicia ya que el juzgador no favorecerá a una de las partes por alguna clase de interés, con ello, a la vez estaría adecuando su comportamiento al principio de imparcialidad.

Respecto de la igualdad procesal la doctrina lo define como el Principio esencial en la tramitación de los juicios, cualquiera que sea su índole, según el cual las partes que intervienen en el proceso, ya sea como demandante o demandada, ya sea como acusada o acusadora, tienen idéntica posición y las mismas facultades para ejercer sus respectivos derechos. Un trato desigual impediría una justa solución y llevaría a la nulidad de las actuaciones.

Este principio permite que tanto el sujeto procesal que solicita una tutela jurídica como aquel contra o frente al cual la tutela se solicita, dispongan de iguales medios para defender en

---

<sup>136</sup>Este tiene su fundamento en el art. 3 de la Constitución de La República, en cuanto a establece que todas las personas son iguales ante la ley sin discriminación alguna de sexo, raza, nacionalidad, religión.

el proceso sus respectivas posiciones, es disponer de iguales derechos procesales, de parejas posibilidades para sostener y fundamentar lo que cada cual estime conveniente<sup>137</sup>.

El principio de igualdad se complementa con el principio de contradicción<sup>138</sup>, ya que este se ejerce en pleno uso del principio de igualdad pues no es suficiente que exista contradicción en el proceso. Para que sea efectivo es necesario que ambas partes procesales actor y demandado, acusación y defensa, ostenten los mismos medios de ataque y defensa, que tengan idénticas posibilidades de cargas de alegación, prueba de impugnación.

La mayoría de tratadistas la llaman principio de igualdad pero también se le llama Principio de Contradicción y principio de Bilateralidad de la audiencia. Dentro de este principio lo que se trata de poner de manifiesto es que lo que una parte pida o pretenda debe ser comunicado a la otra parte, para que esta otra parte pueda responder a lo que se le pide o a lo que se le pretenda. Se resume este principio en que las partes en el proceso deben tener las mismas oportunidades<sup>139</sup>.

### **2.3.5. Principio dispositivo**

Si los principios de contradicción e igualdad son inherentes a la estructura del proceso, el dispositivo en el proceso civil, nos indica a que sujetos procesales le corresponde la titularidad de la pretensión y cual sea el grado de vinculación a la que, con respecto a ella deba someterse el órgano jurisdiccional.

---

<sup>137</sup> DE LA OLIVA SANTOS, derecho procesal civil, citado por RAFUL PEREZ, E. Y CHAMORRO BERNAL, F., en el desarrollo del proceso, en Constitución y garantías procesales, AA.VV., editado por el Consejo de la Judicatura, Santo Domingo, Republica Dominicana, 2003, p. 245.

<sup>138</sup> ECHANDIA, H.D., compendio de derecho procesal, ed. ABC, 1ª edición, Buenos Aires, 1983, p. 39

<sup>139</sup> Ibidem

En cuanto a este principio, recogido en el Art. 6 C.P.C.M. se refiere desde luego a la libre disposición o voluntad del individuo de ejercer su derecho subjetivo de acción o de poner en movimiento al órgano judicial. Este principio guarda relación con el Derecho a la Protección Jurisdiccional, en cuanto a que todo sujeto tiene derecho a plantear su pretensión en los tribunales entendiéndose que este derecho será ejercido por el titular si es esa su voluntad. Si decide hacerlo estaría en pleno ejercicio de su derecho dispositivo; así mismo la actividad procesal durante el curso de este estará a disposición de las partes, ya que el juez no señala la práctica de ninguna diligencia que pueda arrojar algún elemento probatorio si no es solicitada por las partes.

Entraña, pues, como su nombre indica, un poder de disposición por las partes del derecho de acción y del objeto del proceso. Su fundamento hay que encontrarlo en la disponibilidad jurídico material de los derechos subjetivos en conflicto; por lo tanto y en forma concreta podemos afirmar que el proceso se rige por el principio dispositivo cuando en el concurren cuestiones tan elementales como: que las partes son dueñas de los derechos e intereses materiales que se discuten en el proceso y ostentan, por lo tanto, la plena titularidad del derecho de acción; asimismo, son absolutamente dueñas de la pretensión y, por ende, de la continuación del procedimiento y vinculan mediante sus pretensiones la actividad decisoria del juez<sup>140</sup>.

Respecto al principio Dispositivo corresponde a las partes la iniciativa del proceso, este principio asigna a las partes, mediante su derecho de acción y no al juez, la iniciación del proceso. Son las partes las que suministran los hechos y determinan los límites de la contienda. Conforme a este principio se aplican los aforismos romanos *nemo iudex sine actore* y *ne procedat iure ex officio*, no hay jurisdicción sin acción. Contrario al sistema inquisitivo cuyo impulso le corresponde al juez y a él también la investigación. En el sistema

---

<sup>140</sup> MORENO CATENA/CORTES DOMINGUEZ/GIMENO SENDRA, Introducción al derecho procesal, ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1993, pp. 241-242.

dispositivo únicamente se prueban los hechos controvertidos y aquellos que no lo son o son aceptados por las partes, el juez las fija como tales en la sentencia<sup>141</sup>.

Este sistema Dispositivo tiene dos aspectos: El primero significa que corresponde a las partes iniciar el proceso formulando la demanda y en ellas sus peticiones y desistir de ella; El segundo que corresponde a las partes solicitar las pruebas, sin que el juez pueda ordenarlas de oficio. Tomando ambos aspectos significa que corresponde a las partes la iniciativa en general, y que el juez debe atenerse exclusivamente a la actividad de éstas, sin que le sea permitido tomar iniciativas encaminadas a iniciar el proceso ni a establecer la verdad para saber cuál de ellas tiene la razón en la afirmación de los hechos<sup>142</sup>.

Al respecto el art. 489 CPCM es muy claro cuando advierte en el inciso primero que “puede plantear solicitud monitoria el que pretenda de otro el pago de una deuda...”, lo cual indica que la iniciativa procesal se concreta cuando se ejerce el derecho de petición a la autoridad judicial, sin la cual no podría darse inicio al mismo<sup>143</sup>.

### **2.3.6. Principio de aportación**

Contenido en el art. 7 C.P.C.M. en su inciso primero establece que sólo las partes del proceso pueden introducir los hechos que fundamenten tanto su pretensión como la oposición, al debate. Esto implica que, ningún sujeto ajeno o que no tengan ningún interés

---

<sup>141</sup>GORDILLO, M. “*Derecho Procesal Civil Guatemalteco*”. ed. primera. Guatemala P. 28.

<sup>142</sup> ECHANDÍA, H. D. “*Compendio de Derecho Procesal*”, tomo II., Ed.. Universidad, sexta edición, Buenos Aires, Argentina. Pág. 39. Vid. COUTURE, E., Fundamentos del derecho procesal civil, ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1990, p. 186.

<sup>143</sup> Esta disponibilidad material solo puede provenir del titular del derecho subjetivo, el que con la facultad que le asiste decide iniciar el Proceso Monitorio.

en el proceso puede intervenir ya sea con pruebas que refuercen las pretensiones de la parte actora como con pruebas que refuercen la oposición que ejerce el demandado.

Del inciso segundo, podemos deducir el principio de exclusividad de la prueba, en cuanto refiere que la prueba aportada por las partes debe servir únicamente para establecer los hechos afirmados por las partes; de ahí deviene la característica de la pertinencia de las pruebas, pues, si las pruebas no son pertinentes a los hechos que se pretenden establecer, el juzgador no debe admitirlas para hacer valoración jurídica alguna.

El inciso tercero establece, que no obstante haber sido aportada y controvertida por las partes la prueba, pero si el juez no ha quedado suficientemente ilustrado para tomar una decisión definitiva, puede ordenar en forma oficiosa diligencias que arrojen elementos de prueba, para mejor proveer, o sea, para aclarar los puntos oscuros o contradictorios.

En general el principio de aportación consiste en que la ley asigna a las partes la función de reunir y traer al proceso el material que comprueba el hecho, limitando<sup>144</sup>, de esa manera, la función del juez a recibirlo y valorarlo después.

Sobre este principio es importante destacar que, siendo el Proceso Monitorio regulado en el CPCM de tipo documental, se requiere de justificar un principio de prueba suficiente como para que el juez lo valore y decida dar trámite al mismo, pues el art. 489 inc. Segundo establece que el documento debe acreditar relaciones entre acreedor y deudor.

---

<sup>144</sup> BORTHWICK, A., principios procesales, ed. Mave, Argentina, 1999, p. 62

### 2.3.7. Principio de Oralidad

Los principios procesales de la jurisdicción civil son la especialidad, la oralidad, la inmediatez, la concentración, la identidad física del (de la) juez (a), el impulso procesal de oficio, la publicidad, la igualdad material, la itinerancia, la libre valoración de la prueba (sería un sistema de apreciación de prueba), la taxatividad impugnaticia, la búsqueda de la verdad real y la buena fe procesal.

Se ha discutido si la oralidad es un principio o más bien un sistema o una característica, el cual ha de inspirar el proceso y los procedimientos. A su vez, la inmediación, la concentración y la publicidad son tres principios que integran al de la oralidad, de tal manera que si estos no se cumplen, no se estaría ante un sistema oral sistemático, sino asistemático o mal concebido. La oralidad, la concentración, la inmediación y la publicidad se estima por algunos juristas son principios del procedimiento, no procesales, porque si fueran procesales tendrían que estar en todas las legislaciones, lo cual no es así<sup>145</sup>.

Concebido como principio del procedimiento, viene a ser el contrapuesto al de la escritura, donde se da el predominio de la palabra hablada sobre la escrita. Además se ha indicado que es la mejor forma del proceso porque hacen efectivos los principios de economía, celeridad y simplicidad. También la doctrina señala que rara vez se encuentra puro por cuanto los procesos netamente orales o escritos de igual forma no existen. En realidad se estima que los procesos son de corte predominantemente oral o escrito<sup>146</sup>.

---

<sup>145</sup> LOPEZ GONZALEZ, J.A., Teoría sobre el principio de la oralidad en el proceso civil, ed. s/n. 1ª ed., agosto 2001.

<sup>146</sup> DE LA PLAZA, M., derecho procesal civil español, ed. Revista de derecho privado, Vol. I, Madrid 1951, p. 316; ZELEDÓN, R., Derecho Procesal agrario, t. II. Vol. I, ed. ILANUD, Escuela Judicial, 1990;

En otros casos lo que se considera que se ha dado es la verbalidad como una modalidad de la oralidad, pero no pudiéndose estimar, sean sinónimos en razón de las variantes de ambos sistemas.

Así se ha concebido que: “...la verbalidad si bien... las partes se expresan oralmente, en verdad el Juez una vez que se dan las respuestas debe ordenar lo respondido en forma lógica y coherente, dictándolo en esa forma en el acta que se levanta al efecto, pues todas las manifestaciones se van a documentar. Por el contrario en la oralidad no es necesario consignar absolutamente nada, y el acta lacónica lo único que señala es la realización de la audiencia, siendo el Juez directamente quien percibe lo declarado por las partes, por los testigos, por los peritos, y todo lo consigna en su sentencia dentro de los hechos tenidos como probados, siendo esa la forma de la documentación... ”, una diferencia clave radica en la importancia dada en la oralidad al Juez encargado de realizar el juicio, pues va a ser solamente él quien con la inmediatez de la prueba, y habiendo estado en la tramitación del proceso, tiene la mayor claridad en sus apreciaciones en torno a los hechos. Por el contrario en la forma como está concebida la verbalidad ello no sucede, dejándose simple la posibilidad incluso para que el superior, quien no estuvo en el juicio verbal, pueda ordenar prueba para mejor resolver y con base en ella, o bien lo que pueda comprender de lo consignado en el acta del debate, dicte una sentencia que puede reñir abiertamente con la realidad, pues desde esta óptica se siguen los lineamientos de la escritura”<sup>147</sup>.

Sobre el denominado principio de la oralidad, en las legislaciones se ha dispuesto que “el proceso se desarrollará a través de audiencias orales y públicas y el art. 8 C.P.C.M. no es la excepción. La expresión oral será el modo natural de comunicarse las partes con los jueces, por sí o por medio de sus abogados y para interrogar o contradecir el elemento probatorio. En las audiencias, por medio de la oralidad, se deberá también sanear el proceso, impulsar la conciliación, recibir pruebas, ejercer el contradictorio, emitir conclusiones ante jueces, y en

---

<sup>147</sup> ZELEDÓN, R. op. cit

general, encontrar fórmulas justas para la búsqueda de la verdad dentro de las pretensiones, el cuadro fáctico y probatorio formulado por las partes. En la oralidad procesal sólo serán escritos algunos actos<sup>148</sup>, como la interposición y la contestación de la demanda, la sentencia documento, los recursos contra la sentencia y deberán constar los documentos, peritajes e informes. En todo caso, dentro de la oralidad y la escritura el juez escogerá la oralidad.

De lo anterior podemos inferir que lo que se pretende tener es un sistema de oralidad no puro, ello porque permite que la escritura esté presente en la demanda, la contestación de ésta y la sentencia, así como en los recursos y algunas pruebas (documental, reconocimientos judiciales, croquis, peritajes e informes).

En cuanto a la posibilidad de un expediente digital, al cual se aspira en algunas legislaciones, a futuro, es otro tipo de documentación, que tampoco es oral. La trascendencia está en que la documentación no se convierta en el medio más importante para expresar las ideas sino una cuestión de apoyo y certeza jurídica.

Lo expuesto es factible por cuanto no se da un sistema oral puro, sino mixto de corte oral y escrito a la vez. En efecto, la escritura o documentación es necesaria en parte en el proceso oral por seguridad jurídica. Y porque aún con la emisión del expediente digital, en este queda inmerso de otro modo la escritura. En este sentido se tiene por algunos tratadistas que “... *la demanda es el acto procesal típico de iniciación que debe constar por escrito, pues en ella se fija la pretensión del actor y los medios de prueba, con lo cual se garantiza la defensa de ambas partes ...*” El mismo argumento que vale para la demanda, la contestación y la sentencia, igualmente lo es para aquellos casos de medidas anticipadas y procesos no contenciosos donde han de constar de alguna forma de modo expreso.

---

<sup>148</sup> ECHANDIA, H. D., teoría general del proceso, op. cit., pp.40-41

Algunos autores destacan la trascendencia de la oralidad con el afán de que el juzgador ponga en práctica la conciliación a fin de avenir a las partes a llegar a un acuerdo amistoso. Esta es una forma común muy utilizada en la práctica, donde las contiendas generalmente se dan entre parientes consanguíneos o afines así como socios, ex socios y vecinos. A su vez, es el medio idóneo para efectivizar la inmediatez, esencial en los procesos de corte oral por cuanto el juez está en contacto con las partes, los testigos, otras pruebas, el objeto de contienda o razón de ser de procesos no contenciosos como las informaciones posesorias y de éstas entre sí, o bien de obligaciones surgidas entre estos. Este proceso regulado ya en algunos países es el que la doctrina define como “proceso por audiencias”. Parte de la doctrina opina que es donde el sistema de la oralidad se vuelve el alma del proceso (en la audiencia). Aunado a ello se evita consignar lo menos posible y si se hiciera ha de ser mediante la grabación, cassetes, videos y diskettes. Puede ser que se critique el uso de computadora pues, en criterio de parte de la doctrina se asemeja a la mecanografía y se pretende recabar lo ocurrido en lo mínimo. Además se considera por otros que los códigos no deben establecer tales medios sino dejarlos al arbitrio del sistema, pues este es el que podrá utilizar el más adecuado, según sus posibilidades. A su vez destaca que es el momento de la audiencia donde se hace factible el principio de factibilidad jurídica, entendiéndose por éste la posibilidad de hacer constar lo que realmente aconteció mediante las indicaciones de la partes al juzgador. No obstante el acta debe ser lacónica. Si debe levantarse, donde conste la hora, fecha y quiénes se encontraban presentes. En esta etapa, en caso de ser infructuosa la conciliación, el juez procederá a recibir la prueba que haya admitido y que fuere ofrecida por las partes en su oportunidad procesal. También resulta trascendente que el juzgador realice el saneamiento: consistente en determinar cuáles hechos deben tenerse por probados, dándose las razones correspondientes de una vez para su rechazo; y, luego recibir sólo la prueba necesaria referente a los hechos controvertidos. En este tipo de procesos, opinan algunos estudiosos de esta disciplina, los elementos probatorios han de ser “*numerus apertus*”, por estimarse la más adecuada salvedad que ha de hacerse en el caso de pruebas ilegales.

La legislación procesal prevé desde la puesta en vigencia una etapa de corte oral, conocida

comúnmente más bien de carácter verbal, para los procesos ordinarios así como los interdictales que ha de celebrarse en la mayoría de los asuntos en el lugar de los hechos. No sería necesaria tal realización para asuntos donde se discuta por ejemplo el proceso sumario de desahucio fundado en la causal de falta de pago. La doctrina refiere como característica de la oralidad el “Predominio del discurso hablado. El diálogo prevalece como medio de expresión, atenuado por escritos de preparación y la documentación. Es difícil establecer un proceso oral puro que no admita algunas gestiones o actos escritos. La discusión oral es lo más importante que pueda ocurrir en el proceso. Si bien las partes podrían acudir al tribunal a plantear gestiones oralmente o por escrito, la etapa probatoria, sea denominada debate o audiencia oral y pública, es donde se va a examinar la totalidad del elenco probatorio: testigos, confesiones, declaración de partes, prueba pericial, reconocimiento judicial, interrogatorios, etc. Y la discusión oral debe ser la consecuencia inmediata de la audiencia. La audiencia oral y pública coloca al juez en la posibilidad de apreciar mejor, de viva voz, las declaraciones de las partes y de los testigos. Incluso en las discusiones de puro derecho, o de probanzas documentadas la oralidad puede permitir la confrontación de ideas concretas aportadas por parte del juzgador, quien tiene la posibilidad de madurar más rápidamente el resultado del litigio. El Juzgador recibe una impresión más rápida y pronta de los hechos y de las manifestaciones de las partes. A su vez, las partes tienen la oportunidad de expresar los elementos más importantes que llevan a la convicción del juzgador”<sup>149</sup>.

Algunos procesos orales tienen dos audiencias: la preliminar y la complementaria. La primera servirá para sanear el proceso mediante la convalidación de actos viciados o bien para la declaratoria de nulidad de algunas actuaciones así como a fin de poner en práctica la conciliación (cuando esta proceda). En caso de fracasar, se deja determinada la prueba que fuere admisible para evacuarla en la audiencia complementaria. Según se trate de procesos con una sola o dos audiencias al final de la primera o al concluir la segunda;

---

<sup>149</sup> ULATE CHACÓN, E., “Derecho a la tutela cautelar: en el derecho procesal constitucional y comunitario” Problemas actuales del proceso iberoamericano, coord. por ROBLES GARZÓN, J. A., ORTELLS RAMOS, M. P., Vol. 2, 2006, ed. CEDAM (Centro Para la Diputación de Málaga), pp. 737-748.

debiendo luego dictar el juzgador la sentencia respectiva, la cual puede diferirse, inclusive la redacción del fallo.

En los asuntos donde proceda la conciliación, es factible que ésta se dé parcialmente; en cuyo caso el juzgador así lo resolverá y el proceso continuará sólo para los aspectos no conciliados. También para agilizar el proceso en materia de ordinarios se ha ideado en la misma etapa procesal, al final de esta, pues generalmente se realiza en el lugar de los hechos cuando ello es pertinente y que, ocurre en casi en la totalidad de los casos, se dé a las partes la audiencia para emitir los alegatos denominados de buena prueba. Con ello se agilizan los procedimientos y se evade la respectiva notificación.

El anterior proceso presenta algunos inconvenientes, a pesar de ser trascendente la oralidad; entre estos se pueden citar: la falta de los medios electrónicos necesarios, lo cual no podría llevarse a cabo sin dotar antes a los despachos de la tecnología necesaria para llevar a la práctica todos estos cometidos. De lo contrario, podría generarse un atraso considerable, dando al traste con los fines del proceso. Ya en la práctica se dan demoras inesperadas cuando las cintas magnéticas o grabadoras no funcionen siquiera en un mínimo esperado. Lo anterior crea un problema, cual es que al trabajarse con una agenda recargada, el retardo es evidente.

### **2.3.8. Principio de publicidad**

El contenido del Art. 9 C.P.C.M. en su inciso primero, recoge el principio de publicidad que establece para los procesos el Art. 12 de la Constitución de la República; no obstante la norma primaria establece esa garantía para los procesos penales, específicamente cuando se trata de una persona a quien se le impute un delito, a la que debe considerarse inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en un juicio público..., para evitar

desde luego, la secretividad que es propia del sistema procesal inquisitivo y que puede conllevar a cometer arbitrariedades por las autoridades y posibilitar la violación al derecho de defensa del imputado. El principio de publicidad es propio del proceso oral; el juez debe permitir que el público que quiera presenciar el desarrollo de una audiencia pueda tener acceso<sup>150</sup>, lo cual sirve para garantizar la transparencia con la que el juez valora y fundamenta jurídicamente su fallo. A través de la publicidad, la sociedad puede imponerse de los fallos de los jueces, tanto como las partes deben ser informadas suficientemente sobre las actuaciones del tribunal en el proceso, para poder intervenir y ejercer todos sus derechos. El principio de publicidad se extiende a todos los procesos, ya que en todos debe respetarse y aplicarse un debido proceso, que implica no violentar los derechos fundamentales de las personas. Ese principio sólo puede limitarse<sup>151</sup>, cuando el juez considere que la publicidad puede causar perjuicio o ponerse en peligro la seguridad nacional, pueda atentarse contra la moral o pueda alterar el orden público, o cuando se deba proteger la privacidad de alguna de las partes; esta decisión puede tomarla el juez en forma oficiosa o a petición de parte.

El inciso segundo de dicha disposición, obliga que el juzgador fundamente o motive debidamente la decisión que restrinja la publicidad del proceso; debe señalar también, quiénes pueden acceder además de las partes a las audiencias. La motivación se convierte en una necesidad, en razón que la limitación restringe una garantía constitucional y no cualquier motivo debe servir de fundamento para violentar de manera legal dicho principio constitucional.

El inciso tercero establece que todo aquél que demuestre tener interés en el proceso, podrá acceder al expediente; si no demuestra tener interés en el mismo, no podrá hacer uso del principio de publicidad; esto para evitar que la información sea manejada por personas ajenas al proceso.

---

<sup>150</sup> ECHANDIA, H. D., nociones generales del derecho procesal civil, ed. Aguilar, MADRID, 1966, P. 49; en igual sentido BORTHWICK, A., principios procesales, ed. Mave, Argentina, 1999, p. 127 y 128

<sup>151</sup> ECHANDIA, H. D., nociones generales... op. Cit. P. 50

El principio de publicidad significa que no debe haber justicia secreta, ni procedimientos ocultos, ni fallos sin antecedentes ni motivaciones.

Pero ello no quiere decir que todo el proceso debe ser necesariamente público, y que toda persona pueda conocer en cualquier momento los expedientes. Esto perjudicaría gravemente la buena marcha de los procesos, especialmente en materia penal, La publicidad se reduce a la discusión de las pruebas, a la motivación del fallo, a su publicación y a la intervención de las partes materiales y formales<sup>152</sup>.

Este principio surgió en contraposición al Principio de Escrituralidad, en tanto la Publicidad da seguridad frente a la Administración de Justicia del tribunal para evitar cualquier tipo de manipulación, además sirve como publicidad a la comunidad<sup>153</sup>.

### **2.3.9. Principio de Inmediación**

El juez tiene poder omnímmodo para admitir o rechazar los medios de prueba que propongan las partes, pero obraría injustamente, si por superficial impresión llegara a calificar de inadecuadas las pruebas que guardan exacta concordancia con los hechos básicos de acciones o excepciones ejercidas, aun cuando subjetivamente crea que son improcedentes, porque su primordial deber ético consiste en no expresar, y ni siquiera dejar traslucir la opinión, hasta que dicta la sentencia que al fin y al cabo no es otra cosa que un dictamen técnico jurídico<sup>154</sup>, que se diferencia del que emiten los abogados porque a estos les falta

---

<sup>152</sup> Ibidem p. 37.

<sup>153</sup> COUTURE, E., fundamentos de derecho procesal civil, ed. Desalma, 1ª reimpresión de 3ª edición, Buenos Aires, 1958, p. 192.

<sup>154</sup> MIGUEL Y ROMERO, M., Principios del Moderno Derecho Procesal Civil, Valladolid, 1931, p. 294.

obligatoriedad, la que goza aquella una vez que se convierte en firme, favoreciendo a una parte y causando agravio a otra.

Admitidas las pruebas, estas deben ser por regla general recibidas en presencia del juez, tal como lo dispone el art. 10 C.P.C.M., con citación e intervención previa de las partes.

Llegado el momento de recibir una prueba, no cabe duda que el juez debe tomar juramento, si se tratase de prueba testimonial, además de inmediarla prueba en el momento de la ejecución del acto.

En la práctica resulta ilógico pretender que el juez examine personalmente a todas las personas, pues, de muchos asuntos han de contestar extensos interrogatorios; equivaldría hacer imposible la administración de justicia, si todos los actos debieran efectuarse en presencia del juez; pero esto es tener conciencia que el juez es un ser humano, y por eso esta variante en cierto grado se puede comprender.

La problemática en si no es lo relacionado anteriormente, sino el abuso que se comete en los tribunales, de dictar sentencia sin que el juez haya tenido la prueba que le es brindada por las partes, como sucede en el sistema escrito, de donde debe desprenderse una sentencia justa o injusta para las partes que se encuentran en litigio.

De aquí la importancia del principio de inmediatez en el proceso civil salvadoreño. A través de este se consagra la proximidad del juzgador a las partes y al material del proceso, esto le facilita, obviamente, que la sentencia que se dicte sea apegada a la apreciación, que como producto de la inmediatez, haya tenido.

La vigencia de este principio se resalta en forma clara en el modelo de justicia oral, en el que las actuaciones son por regla general en presencia directa del funcionario judicial, de su significado literal se deduce que debe haber una inmediata comunicación entre el juez y las personas que actúan en el proceso, los hechos que en el deben hacerse constar y los medios de prueba que se utilicen.

La inmediación puede ser subjetiva, objetiva y de actividad: Inmediación subjetiva se entiende por la proximidad o contacto entre el acto probatorio y determinados elementos personales y subjetivos, bien sean los sujetos mismos del proceso, o bien sean personas distintas de tales sujetos, es decir terceros; La inmediación objetiva se refiere a la comunicación del juez con las cosas y los hechos materiales del juicio y la Inmediación de actividad cuando se percibe la proximidad o contacto del acto probatorio con otro acontecimiento distinto, que a su vez puede preceder, acompañar o seguir a la actividad de prueba, originándose de este modo los correspondientes presupuestos, simultáneos y condicionales.

Cabe señalar que, durante el curso del proceso, el juez puede realizar los actos de adquisición del material que ingresa a la litis de dos formas posibles: a) directa y personalmente sin intervención de ninguna otra persona; y b) indirectamente, por la intervención de un delegado, que interponiéndose entre el juez y el acto de adquisición, suministra al primero una versión de éste<sup>155</sup>.

El principio (regla o máxima) de inmediación procesal implica la comunicación personal del juez con las partes y el contacto directo de aquél con los actos de adquisición, fundamentalmente de las pruebas, como instrumento para llegar a una íntima compenetración de los intereses en juego a través del proceso y de su objeto litigioso.

---

<sup>155</sup> DIAZ, C., op. cit. P. 405.

Palacio define al principio de inmediación en sentido estricto y sólo con referencia a los procesos dominados por el signo de oralidad, como "aquel que exige el contacto directo y personal del juez o tribunal con las partes y con todo el material del proceso, excluyendo cualquier medio indirecto de conocimiento judicial"<sup>156</sup>.

No obstante la estrecha vinculación entre oralidad e inmediación, ambos conceptos pueden diferenciarse. La oralidad es un tipo procesal y se refiere al medio de expresión que se utiliza en el proceso. El principio de inmediación se refiere a la forma en que el juez asimila o toma contacto con el material de conocimiento y con los intervinientes en el mismo.

En los procesos escritos o predominantemente escritos, la aplicación de este principio -si bien puede darse- sufre importantes limitaciones, reduciéndose a imponer la asistencia personal del juez en la ejecución de la prueba que se recibe en audiencia y en la realización de los actos procesales que requieran la comparecencia personal de los litigantes. A ello se suma que, generalmente en la práctica, esa aplicación limitada se suele diluir, sea por la reiterada y abusiva delegación de funciones, sea por la imposibilidad material (recursos económicos, número de jueces, etc.) de que el principio se aplique.

La doctrina procesal moderna ha reclamado con rara unanimidad y énfasis la vigencia del principio de inmediación. Por ello resulta hoy inconcebible la defensa de la mediación -su opuesto- como regla. La mediación se pudo haber inspirado antiguamente en el temor a que el contacto vivencial pudiera afectar la imparcialidad del tribunal, y por ello sustenta la conveniencia de que el tribunal guarde una relación impersonal e indirecta con las partes y demás sujetos del proceso, como así también con el substrato objetivo. Actualmente, descartados desde hace ya mucho tiempo esos temores, la mediación sólo se admite en contados casos en que, por razones prácticas insoslayables (como la distancia), se hace

---

<sup>156</sup> PALACIO, LINO, E., "Derecho Procesal civil, t. II, ed. Abeledo Perrot, 1983, p. 225.

necesario delegar funciones. Asimismo, el principio de mediación rige en aquellos sistemas en que, por defecto y tradición de sus normas, no se consagra el principio de inmediación so pena de nulidad. El proceso moderno se orienta al acercamiento de la justicia al pueblo, siendo el principio de inmediación el medio más apropiado para lograrlo.

La situación que actualmente viven muchos sistemas judiciales es insostenible. La vigencia casi irrestricta de la delegación de funciones para todos los casos implica que el justiciable no ha tenido nunca contacto con el juez que dictó la sentencia en su causa, perdiéndose por ello confiabilidad y respeto por la administración de justicia; los testigos y peritos declaran frente a un funcionario que no conoce el fondo del asunto y que se limita a registrar, dentro de lo posible, todo lo manifestado. Al juez le llega una versión de dudosa fidelidad, la cual sólo registra -en el mejor de los casos- lo dicho, perdiéndose actitudes, gestos, sensaciones, etc., lo cual, muchas veces, dice más que muchas palabras.

Las ventajas de la inmediación son evidentes. No existe un instrumento tan poderoso para la búsqueda de la verdad en el proceso. El poder-deber del magistrado de escuchar y fundamentalmente dialogar con las partes, los letrados, los testigos y demás personas que actúen en el proceso le permite ponderar no sólo las palabras, sino también -lo que es más importante- las reacciones y gestos, de fundamental importancia para apreciar la verdad o la mentira en una declaración.

Como recuerda Vescovi, así concebida la inmediación, es tan o más importante que la oralidad<sup>157</sup>. El propio Klein<sup>158</sup>, autor de la Ordenanza austríaca que tanto resultado ha dado, fundaba la virtud del nuevo Código en la inmediatez; decía que lo esencial era que el juez y las

---

<sup>157</sup> VESCOVI, E., "Teoría general del proceso", ed. Temis, Santa Fe de Bogotá 1999, pp. 50.

<sup>158</sup> FAIRÉN, V. " El Proyecto de la Ordenanza Procesal Civil austríaca visto por Franz Klein". En Estudios de Derecho Procesal, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pp. 301-323.

partes (luego los testigos) "se miraran a los ojos". Pues si es esencial que el Tribunal vea y oiga a las partes, no lo es menos que éstas vean a quien los juzga.

Se señalan, como caracteres de la inmediación, los siguientes: La presencia de los sujetos procesales ante el juez; la falta de un intermediario judicial entre las cosas y personas del proceso y el juez; la identidad física entre el juez que tuvo contacto con las partes y el que dictará la sentencia. Este punto es fundamental para evitar que el juez que sentencia lo haga en base a una versión mediata de la realidad que le proporcione otro juez.

Resulta evidente que existe una relación directamente irrevocable entre las posibilidades de que el juez tome contacto con las partes y las pruebas, y la justicia de la sentencia que se dicte. La justicia intrínseca del fallo está casi inexorablemente predeterminada por el alcance y medida de lo que el juez pueda percibir en forma inmediata a través de sus sentidos.

Inversamente, cuanto más mediata y lejana sea la visión de las circunstancias de hecho que motivan la decisión, como también de las partes, letrados y demás personas que intervengan en el proceso, más se ha de alejar la factibilidad teórica de una decisión ajustada a derecho.

Lamentablemente, en algunas ocasiones, pretendiéndose justificar en algunos ordenamientos la injustificable ausencia de inmediación, se han esgrimido algunos riesgos de ésta, evidentemente mínimos ante la fuerza de sus virtudes. Sin embargo, tales argumentos van cayendo en el olvido frente a las evidentes ventajas y eficaces resultados de la inmediación en el proceso por audiencias.

Berizonce<sup>159</sup> dice que en la compatibilización del juzgamiento en doble instancia con el principio de inmediación, la registración de las audiencias resulta clave para salvaguardar la inmediación, de modo que sin que se pierdan las ventajas del contacto directo del juez monocrático con las partes y las pruebas, se posibilite al mismo tiempo la revisión de la valoración de los hechos por la alzada. No se trata de repetir las pruebas, sino tan sólo de revisar el juicio fáctico con conocimiento circunstanciado de lo acaecido en la audiencia, y sin perjuicio de los poderes instructorios siquiera restringidos del propio ad quem. La creciente aplicación de la multimedia, telemática y la videoconferencia, resulten instrumentos adecuados y no necesariamente onerosos para facilitar ese contralor, que permite resguardar la seguridad jurídica.

El otro riesgo señalado, aunque ya sin impuso, es el que inspiró antiguamente algunos movimientos en pos de la mediación: la posibilidad de que la imparcialidad se vea afectada. Este elemento es descartado por no verse diferencias radicales en lo que hace a la posible parcialidad que puede tener el juzgador en un sistema de mediación o de inmediación.

Peyrano<sup>160</sup> agrega que sólo puede concluirse en que el balance final es ampliamente favorable al principio de inmediación. El principio de inmediación satisface el interés de una justicia al mismo tiempo más rápida y esencialmente más justa. En combinación con él juegan importantes principios como los de dirección, autoridad, saneamiento, celeridad, moralidad, etc.

---

<sup>159</sup> BERIZONCE, R. "Código-Tipo y Reforma del proceso en América Latina: Entre el Derecho común y el Derecho uniforme (Anteproyecto de Código-Tipo del proceso civil para América Latina)", en VVAA (SCHIPANI, S.; VACCARELLA, R., Coord.), *Un Codice Tipo di procedura civile per L'America Latina*. CEDAM, Padova, 1990, pp 29y sig.

<sup>160</sup> Citado por BERTOLDI DE FOURCADE, M., en *Estado civil, acciones y procedimiento*, ed. Advocatus, Córdoba, Argentina, 1998, p. 41.

La necesidad de la inmediación y de un papel activo del tribunal en el proceso es evidente. Para que la inmediación tenga pleno vigor, el juez debe asumir en la audiencia un rol de director, actuando con mesura y razonabilidad<sup>161</sup>, cuidando en todo momento su imparcialidad. Sus condiciones personales resultan de mucha mayor trascendencia que en un proceso donde no rige la inmediación. Debe conocer las técnicas de negociación y conciliación que se han desarrollado en relación al proceso por audiencias, y sentirse humilde protagonista de una labor fundamental para la sociedad, que requiere de grandes esfuerzos.

La inmediación significa sacrificio no sólo para los jueces sino también para los abogados, porque exige un conocimiento completo y constante del asunto controvertido. La inmediación requiere mutua colaboración entre los abogados y para con el juez, en esa obra en común que es cada audiencia y el proceso todo<sup>162</sup>. Sin esta interacción esencial fundada en la buena fe, la inmediación deja de ser tal.

### **2.3.10. Principio de Concentración**

El art. 11 C.P.C.M., siguiendo el contenido doctrinario, establece que el proceso debe realizarse en el menor tiempo posible y con la mejor unidad, para lo cual debe procurarse que el proceso se desenvuelva sin solución de continuidad y evitando que las cuestiones accidentales o incidentales entorpezcan el estudio de lo fundamental; lo cual solo se obtiene restringiendo el derecho de interponer recursos e incidentes de previa definición.

---

<sup>161</sup> Ibidem

<sup>162</sup> ECHANDIA, H. D., teoría general del proceso, ed. Universidad, 2ª edición revisada y corregida, Buenos Aires, 1997 op cit. P. 44.

Igualmente, tiende este principios dejar todas las cuestiones planteadas, los incidentes, excepciones y peticiones, para ser resueltas simultáneamente en la sentencia, concentrando así el debate judicial.

De lo dicho concluimos que solo en los procesos orales tiene aplicación adecuada este principio, ya que en las audiencias se presentan todas las excepciones y se plantean todos los incidentes, además de allegarse las pruebas y formularse los alegatos, y por regla general en la sentencia se resuelven todos estos problemas, sin que pueda suspenderse el curso del proceso para darle solución a uno de ellos<sup>163</sup>.

La concentración está íntimamente vinculada a la economía o celeridad procesal, ya que en virtud del mismo, los actos se desarrollan, como ya dijimos, en una sola audiencia o son resueltos en una misma decisión, para ello se hace también necesaria la preclusión procesal.

La concentración entonces puede definirse como el mecanismo que propende a reunir toda la actividad procesal en la menor cantidad de actos posibles, evitando con ello la dispersión, por lo que contribuye a la aceleración del proceso<sup>164</sup>.

### **2.3.11. Principio de Veracidad, Lealtad, Buena fe y probidad procesal**

Como alguna vez lo proclamó un eximio tratadista “a mayor libertad de los particulares, mayor control por parte del Estado”<sup>165</sup>. Y es casi imposible inadvertir esto, ya que el

---

<sup>163</sup> *Ibidem*, pp. 66-67.

<sup>164</sup> VILLALTA, L., principios , derechos y garantías estructurales en el proceso penal, ed. NG Impresiones, Guatemala, 2007, p. 137.

reconocimiento más amplio y prolijo de los derechos humanos ha dado lugar a un mayor ámbito de libertades y de facultades para exigir al Estado determinadas prestaciones de índole económica, social, cultural que implican a la vez un repliegue de las atribuciones represivas del Estado, así como también el aumento de sus funciones y responsabilidades sociales. Esto, sin olvidar el fortalecimiento de los poderes de la sociedad frente al Estado, de la ampliación del reconocimiento de los derechos y el establecimiento de mecanismos – más avanzados- a través de los cuales las personas pueden acudir ante la jurisdicción competente para hacer respetar sus derechos. Esto no es otra cosa, que una visualización general de los derechos, las garantías y los deberes que recogen generalmente todas las constituciones en las cuales se encuentra sub sumido el principio general de la buena fe.

Así pues, ya habiendo señalado su ubicación constitucional dentro de la cual se enmarca el principio de la buena fe, es indispensable por no decir prioritario, determinar el significado de dicha acepción que está consagrada como un principio dentro del C.P.C.M. en el art. 13.

Para Gorphe, la buena fe es “la consagración del deber moral de no engañar a los demás, el cual no es otra cosa que la aplicación de la norma general que ordena no hacer mal al prójimo o no dañar a nadie sin derecho o sin necesidad: *neminem laedere*”<sup>166</sup>. La *bonafides* “es un principio que informa e integra el ordenamiento jurídico con el valor de la confianza que gravita en la conciencia social, por lo cual la doctrina científica lo ha considerado, con acertada razón, como la base del tráfico y el principio supremo y absoluto que domina el derecho de las obligaciones”<sup>167</sup>. Y con mucha razón lo anterior, pues en gran parte de la doctrina civilista que considera a las obligaciones en conjunto con el derecho procesal, como la espina dorsal o columna vertebral del derecho, de ahí surge, que este principio tenga la tajante

---

<sup>165</sup> BARRETO, M. y SARMIENTO, L. “*De los derechos, las garantías y los deberes*”, Título segundo en Constitución Política de Colombia Comentada por la Comisión Colombiana de Juristas. Bogotá. 1997, p. 375.

<sup>166</sup> BENÍTEZ PARRA, J., “*Introducción al derecho*”. Universidad pontificia bolivariana, Caracas, 2003. p.150.

<sup>167</sup> LARENZ, K. y ENNECCERUS, L., “Derecho de las obligaciones”, trad. por BLAS PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, J., Barcelona, Pág. 144.

fuerza que adquiere en el contexto del derecho privado, “la buena fe es el cauce por medio del cual el derecho recoge el valor ético social de la confianza, constituye un principio general del derecho, que como tal, forma parte del ordenamiento jurídico, tiene valor normativo y existencia propia como fuente del derecho, al margen de que haya sido o no reconocido por el legislador o la jurisprudencia”<sup>168</sup>.

En esta definición se puede connotar el verdadero encause de la buena fe, como valor ético, lo cual es el reflejo del carácter axiológico y extrajurídico del cual emerge realmente la buena fe.

“La *bona fides* no es una norma jurídica, sino un principio general jurídico fundamental, esto es, algo que debemos admitir como supuesto de todo ordenamiento jurídico. Informa la totalidad del mismo y aflora de modo expreso en múltiples y diferentes normas en las cuales, muchas veces el legislador se ve obligado a acudir en forma intergiversable y expresa, y se le atribuyen efectos jurídicos en forma literal.

La *bonafides* se muestra como la convicción de no perjudicar a otro, de no defraudar la ley, en la honestidad y leal concertación y cumplimiento de los negocios jurídicos”<sup>169</sup>.

Además de ser vista aquí como principio jurídico fundamental, se puede percibir una notable inclinación hacia una definición “conductual”, dentro de la cual, se observa la buena fe como una conciencia que se plasma fenomenológicamente en una conducta valorativa, producto de una “estructura noológica” humana<sup>170</sup>, o sea, que un individuo común dentro del

---

<sup>168</sup> ESCOBAR GIL, R. Teoría general de los contratos de la administración pública: los principios de reciprocidad de prestaciones y de buena fe, Legis Editores S.A., Colombia, 1999, Pág. 463

<sup>169</sup> BOHÓRQUEZ, L. F. Y BOHÓRQUEZ, J. I., Diccionario jurídico Colombiano, editorial jurídica nacional, Bogotá.

<sup>170</sup> POPPER, K., Teoría de los tres mundos dimensionales. En Lógica y ética, ed. Eunsa, 2001.

desenvolvimiento connatural que posee en su entorno familiar a posteriori de su concepción, aprende tanto consciente como inconscientemente a capturar y a adecuar los valores reflejados en dicha convivencia familiar, generando así, una estructura axiológica que redefine su proceder ético por el resto de su vida; lo cual puede ir en contra frontalmente de la teoría del *genetismo aprioris* del filósofo Kart Popper.

Este principio se encuentra consagrado expresamente, bajo diferente redacción, como ya lo dijimos, en las constituciones de algunos países, que en esencia establecen aspectos tal como el que a continuación se expone “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.” La circunstancia de que el principio de la buena fe tenga un claro fundamento constitucional –que algunos consideran que su única función dentro de la carta es de *garantía*- es de gran trascendencia en el área del derecho público. “De un lado, por cuanto permite su aplicación directa y no subsidiaria en el espectro de las actuaciones administrativas y, del otro, por cuanto contribuye a establecer límites claros al poder del Estado, buscando impedir el ejercicio arbitrario de las competencias públicas, y a humanizar las relaciones que surgen entre la Administración y los administrados.” Esto, claro está, visto desde un punto de vista preferentemente público.

Mientras que desde el punto de vista privado se mira como conducta en cuanto a las actuaciones de los particulares, y como presunción, entre otras. Además de estos dos puntos de vista, “este principio tiene la función de mantener el orden constitucional y la convivencia pacífica.” Por lo tanto, cuando se hable del principio de la *bona fides* elevado al ámbito constitucional, no solo se estará mencionando su presencia como tal, sino, que también se estaría refiriendo a su notable importancia e imprescindibilidad dentro de este contexto.

Y por otra parte, más allá de indagar por su importancia, es fundamental enmarcar su

funcionalidad, ya que como es obvio, la teleología de un principio es correlativa a la importancia que este tenga, puesto que si este no prestase una función directa dentro del ordenamiento jurídico carecería de total importancia. La buena fe se afianza gracias a estas disposiciones del derecho positivo que se inspiran en ese postulado y así logran crear un cauce y un marco seguros a la actividad estatal y particular. De impedirse al legislador dictar este tipo de regulaciones, en el fondo se le estaría cercenado la función más elemental que le competente, la cual consiste en definir el ámbito de lo lícito y de lo ilícito.

Así las cosas, la buena fe como principio general del derecho aplicable al comportamiento humano no es otra cosa que una serie de normas éticas, por cuanto comportan una esencia axiológica; y normas sociales, por cuanto se hacen imprescindibles a la hora de la convivencia en sociedad; recogidas por el ordenamiento jurídico (no se limitan a ser unos meros enunciados teóricos y filosóficos) que “informan la constitución, desenvolvimiento y extinción de las relaciones jurídicas”<sup>171</sup>.

Por lo tanto, ¿cuáles son esas normas éticas? Pues simplemente las que enseñan a observar una conducta ejemplar en las relaciones recíprocas como la honestidad, la lealtad, la cooperación y la solidaridad. Y con todo lo anterior se puede percibir como este principio general del derecho humaniza un poco al ordenamiento jurídico vigente, inyectándole una descarga de valores ético – sociales.

En fin, habiendo ya dado una conceptualización bastante general de la influencia constitucional del principio de la buena fe, pasando por su génesis, teleología, contexto normativo, fundamento ético, hasta su importancia; con lo que hermenéuticamente se puede observar un calidoscopio de interpretaciones de la buena fe dentro de un mismo artículo y a sabiendas de que este artículo impregna la totalidad del ordenamiento normativo, se hace más

---

<sup>171</sup> ESCOBAR GIL, R. Teoría general de los... op. cit., P. 460.

complejo el entendimiento y los alcances del mismo. Por lo tanto, y a razón de lo anterior, ¿Se puede llegar a determinar, que la buena fe posee un notable carácter polivalente dentro de la Constitución y subsidiariamente en los ordenamientos jurídicos vigentes?

La buena fe como principio general del derecho comporta la etiología dentro de esta disertación. Antes de explicar la buena fe como principio es indispensable definir que es principio, por lo que los principios generales del derecho son máximas o proposiciones y hasta aforismos de carácter lógico que fundamentan el ordenamiento positivo. Son “ideas, postulados éticos, o criterios fundamentales, básicos, positivizados o no, que condicionan y orientan la creación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico escrito (legal y jurisprudencial) y consuetudinario”<sup>172</sup>.

Del Vecchio piensa que los principios generales son “verdades supremas del derecho *ingenerere*, o sea, aquellos elementos lógicos y éticos del derecho, que por ser racionales y humanos son virtualmente comunes a todos los pueblos”<sup>173</sup>.

Matilde Ferreira Rubio los concibe como “guías o ideas-fuerza con contenido normativo propio, que recogen en forma esquemática las orientaciones fundamentales de la realidad específica de lo jurídico”<sup>174</sup>.

Según Hernán Valencia Restrepo, los principios generales del derecho son “normas fundamentales, taxativas”<sup>175</sup>, universales, tópicas, axiológicas, implícita o explícitamente

---

<sup>172</sup> TORRES VÁSQUEZ, A. “Introducción al Derecho” (Teoría General del Derecho). ed. Temis S.A. 2 Edición, Bogotá, Colombia 2001, P. 483.

<sup>173</sup> DEL VECCHIO, G.. *Los principios generales del derecho*. ed. Bosch, 3 edición, Barcelona, 1978, p. 49.

<sup>174</sup> FERREIRA RUBIO, D. M. *La buena fe*, Madrid, Ed. Montecorvo, 1984, p.53.

<sup>175</sup> No compartimos esta tesis, ya que en muchos de los casos algunos de los principios se encuentran intrínsecamente consagrados en las normas y en otros casos están expresos, nunca taxativos.

positivas, que sirven para crear, interpretar e integrar el ordenamiento jurídico”<sup>176</sup> Nomoárquica –enseña-, que viene de *nomos* (ley o derecho) y *archai* (principios), es la ciencia de los principios jurídicos, que también puede llamarse (principlística). Son fundamentales por que son el fundamento o fuente; son imperativos e interesan al orden publico; universales, por ser generales y por que regulan no solo un caso sino varios o muchos y se aplican a todo el ordenamiento o a una o varias ramas instituciones o normas suyas; tópicos, porque son lugares comunes; normas axiológicas y deontológicas, puesto que se ocupan del deber ser del derecho; y son explícitas o implícitamente positivas, por que se consagran o aplican expresamente por un orégano estatal o porque se extraen o inducen de normas particulares.

Miguel Realé, por su parte, expone que un principio es “un enunciado lógico que se admite condición o base de validez de las demás afirmaciones que constituye un determinado campo del saber.”<sup>177</sup> Considera el mismo autor que los principios son omnivalentes, cuando son válidos en todas las formas del saber, como el principio de identidad o de razón suficiente (plurivalentes).

Cuando se aplican a varios campos del conocimiento como el principio de causalidad; y (monovalentes), si solamente tienen valor en una ciencia específica. Los principios generales del derecho son monovalentes y a su vez pueden referirse a todo el orden jurídico o ser el fundamento de una cierta rama del derecho. Por ejemplo, se puede predicar la existencia de principios generales del derecho constitucional; e igualmente principios generales del derecho civil; o, en fin, principios del derecho de familia.

---

<sup>176</sup> VALENCIA RESTREPO H. Nomoarquica, principlística o de los principios generales del derecho. Bogotá editorial Temis, 1993, pp. 212 y ss

<sup>177</sup> GARCÍA MAYNEZ. E., citando a REALE M. y BOBBIO, R., hace una clasificación de los principios por institución, materia, de una rama, del orden jurídico, en *Filosofía del Derecho*, México, ed. Porrúa, 2a edición 1977, p.320.

Los principios generales son aquellos juicios de valor, anteriores a la formulación de la norma positiva, que se refieren a la conducta de los hombres en su interferencia intersubjetiva, que fundamentan la creación normativa legislativa o consuetudinaria.

La concepción de los principios es diversa desde el punto de vista del positivismo y desde el enfoque del iusnaturalismo. Los positivistas los consideran directrices de un ordenamiento jurídico, o sea, criterios que sirven de fundamento e informan el derecho positivo de cada país.

Los iusnaturalistas creen que son criterios universales y eternos de justicia, con carácter suprapositivo, verdades jurídicas universales dictadas por la recta razón, que se hallan fuera del ordenamiento de un país, por tanto previos y externos al derecho positivo.

Por lo visto, los principios son reglas superiores o verdades fundamentales que esencialmente, cumplen tres funciones conexas, cuales son las de servir de fuente creadora de derecho, de integración en caso de lagunas o vacíos y de medio interpretativo.

No hay consenso doctrinal sobre las funciones de los principios, pero en general se les atribuye ser criterios informadores del ordenamiento, puesto que le dan vida, lo legitima; ser un criterio de interpretación y aun limitativo de los derechos subjetivos (fue así como surgió el abuso, al restringirse la idea de que a nadie daña quien usa su derecho (*damno non facit qui iure suo utitur*), hoy supeditada por el principio de que los derechos son relativos, su empleo interesa a la comunidad y deben ejercitarse para el fin a que fuesen destinados); y, en fin, uno de integración, o sea, cuando hay vacíos legales, sobre todo cuando estos se producen a raíz de un cambio social o de otro orden. La función creadora consiste en que los principios señalan las pautas que deben acatarse en la elaboración, modificación y derogación de las normas, y cuando se trata de la función creadora “los principios son

fuerza material del derecho. Cuando cumplen la función integradora, son fuente formal”.

Diferente es el pensamiento de Hernán Valencia Restrepo, sostiene que “los principios son fuente material del derecho porque indican la materia o contenido que deben tener o no tener las fuentes formales generales sean principales o subsidiarias y las particulares. Y también son fuente formal por que son creadores de normas positivas<sup>178</sup>. Por otro lado, la buena fe es un concepto que sirvió para suavizar los rigores del derecho romano y para estructurar el matrimonio putativo en el derecho canónico, es hoy un principio general que, por su consagración expresa en la constitución, tiene el rango de garantía ciudadana, con vigencia tanto en el derecho público como en el derecho privado. El derecho romano, al parecer conoció *la fides*, que era lo que es hoy el honor o la virtud. “Se ha dicho que fue durante el periodo de la jurisprudencia preclásica romana que tuvieron lugar el nacimiento y la enunciación del principio de la buena fe, atribuyéndose esta a Quinto Mucio Escevola<sup>179</sup>.”

En síntesis, respecto de los efectos o funciones de la buena fe como principio, puede afirmarse que sirve para corregir, suplir y ayudar ágilmente en la creación, interpretación y aplicación de normas jurídicas generales y abstractas e individuales y concretas, tanto en el derecho privado como en el derecho público. Y es precisamente en este punto donde surge imprescindible profundizar en esta dicotomía derecho privado-derecho público, ya que es ciertamente en estas dos ramas en que tal principio adquiere mayor arraigo práctico en el momento de su aplicación.

En el diario acontecer de la actividad privada, las personas que negocian entre sí suponen ciertas premisas, entre las cuales está precisamente el postulado que se enuncia, pues pensar desde el comienzo en la mala fe del otro sería dar vida a una relación viciada. Los particulares deben conducirse en todas sus actuaciones según el principio de la buena fe.

---

<sup>178</sup> VALENCIA RESTREPO H. op. cit., pp. 75 Y 77.

<sup>179</sup> VALENCIA RESTREPO H., Derecho privado romano, ed. Temis, Bogotá, 1986, p. 58.

En el plano negocial, las partes deben comportarse con lealtad, lo que se traduce, en términos prácticos, en el respeto de los derechos ajenos y en el no abuso de los propios. El abuso de las posiciones dominantes rompe el equilibrio contractual.

El principio general de la buena fe fue elaborado con base en la regla que establece que a falta de una ley aplicable exactamente al caso controvertido, se aplicaran las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho (los principios). De esta manera, aun cuando, en nuestro derecho positivo no se consagra una cláusula general del derecho privado como las del derecho público, ello no se opone a que el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligación se sometan a los imperativos éticos de la mutua confianza.

El principio de la buena fe en el derecho privado “por su relativa falta de tipicidad legal”<sup>180</sup> (a diferencia del derecho Administrativo en que si se encuentra consagrado normativamente), no es de aplicación directa, sino por vía subsidiaria, cuando no haya una norma especial que regule exactamente el caso controvertido. Sin embargo, en el derecho de los contratos, en la mayoría de legislaciones del mundo existen unos preceptos que ordenan la ejecución de los contratos civiles de buena fe, “los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella.” De modo que no es buena fe limitarse al cumplimiento del texto escrito de un contrato cuando debe entenderse que el obliga a algo más que lo literal. Por lo que toca a los grados de la buena fe, desde el ángulo privado, se descubren dos: la buena fe simple, de un lado; y la buena fe cualificada, de otro, que es buena fe creadora o buena fe exenta de culpa.

---

<sup>180</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J., El principio general de la buena fe en el derecho administrativo, ed. Civitas, Madrid, 1983, p. 57.

La buena fe exige únicamente conciencia (de obrar sin fraude por ejemplo), la buena fe cualificada reclama conciencia y certeza. Más aun, ello significa ausencia de culpa, que es tanto como una maximum de cualidades, según expresión usada en otra providencia de la misma corte: no es suficiente que quien invoca la buena fe. . .“haya tenido la conciencia de estar negociando con el verdadero heredero o con el verdadero propietario, sino que, es menester que esa creencia no sea el resultado de una imprudencia o de una negligencia en que no habría incurrido una persona avisada y diligente.

En este mismo orden de ideas, en el código civil Francés, existe una regla según la cual los contratos legalmente celebrados deben ser cumplidos de buen fe<sup>181</sup>. Otra regla establece que el deudor es obligado al pago de daños y perjuicios por incumplimiento de la obligación o retardo en la ejecución todas las veces que no justifique que el incumplimiento proviene de una causa extraña que no puede serle imputada, aun si no ha existido mala fe de su parte<sup>182</sup>. Por lo tanto aquí se mira la buena fe desde un plano preferentemente contractual, ya que se ciñe a la hora de la celebración contractual. Y por último, tenemos el código civil italiano, el cual contiene numerosas reglas sobre la buena fe en materia pre-contractual<sup>183</sup> y también dispone que el contrato deba ser ejecutado de buena fe<sup>184</sup>.

En síntesis, hay una parte de la doctrina civilista que afirma que el principio de la buena fe fue incorporado primero en el derecho privado y subsidiariamente a esto en el derecho público, lo cual no pudo ser demostrado, ya que no es pertinente al caso, mas sin embargo, si se puede demostrar cómo se incorpora en el derecho privado el principio general de la buena fe de una

---

<sup>181</sup> Código civil de Francia, art 1134, cuyo tenor es el siguiente “Las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley para aquellos que las han hecho. No pueden ser revocadas, sino por su mutuo consentimiento, o por las causas que están autorizadas por la ley. Deben llevarse a ejecución de buena fe”

<sup>182</sup> *Ibidem* art 1147

<sup>183</sup> El código civil italiano, contiene numerosas reglas sobre la buena fe en materia pre-contractual en los arts. 1328 a 1337.

<sup>184</sup> *Ibidem*. art 1375 también dispone que el contrato deba ser ejecutado de buena fe.

forma notablemente polivalente, puesto que comporta un aspecto de presunción y un aspecto de principio que dirige la conducta tanto de manera precontractual como contractual, así como procesal.

Los principios generales del derecho contienen un valor relevante en el derecho, pues han precedido su formación y constituyen la vía para introducir las exigencias de la justicia en las relaciones entre la administración y los administrados.

Ciertamente, esta disciplina jurídica es un desarrollo de los principios de legalidad y de separación de los poderes públicos que dominan la configuración de Estado a partir de la revolución liberal del siglo XVIII, como técnica de garantía de la libertad; tiene pues su fuente en unos postulados de justicia material y no en una complicación de normas positivas, y esta precisamente es la clave que ha de orientar su desarrollo posterior, principalmente por la vía jurisprudencial, en los países a los que les correspondió la fortuna de tener un tribunal de justicia como el *Conseil d'Etat*<sup>185</sup>, que en su prodigiosa labor creadora acudió a los principios generales del derecho para la construcción de sus más brillantes instituciones jurídicas, no solo para suplir las lagunas por vía de integración normativa, sino también para tutelar la libertad de los ciudadanos frente a los excesos del poder público. En otros países que no han tenido la suerte de contar con un tribunal de la calidad del *Conseil d'Etat*, ha sido la doctrina de los juristas, influida en buena parte por las formulas Francesas, la que ha echado mano de los principios jurídicos para señalarle al legislador las bases del régimen administrativo.

En la actualidad, el valor de los principios generales del derecho es muy superior al que tenía en la época del surgimiento de esta disciplina jurídica, puesto que el intervencionismo creciente del Estado y de su administración pública en la vía social ha significado un aumento

---

<sup>185</sup> Vid. ESCOBAR GIL, R. op. cit., p. 462.

considerable de las tensiones y conflictos entre la prerrogativas del poder público y la libertad de los ciudadanos, por lo cual se torna esencial la aplicación de unas pautas de justicia material para impedir que la supremacía jurídica del Estado degenera en arbitrariedad y para garantizar los derechos y libertades de los administrados, lo cual será visto posteriormente en esta disertación.

Si el principio de buena fe es fundamental en las relaciones entre particulares, con mayor razón tiene validez cuando ellos actúan ante las autoridades públicas, bien en demanda de sus derechos, ya en el cumplimiento de sus deberes y obligaciones, toda vez que el Estado y quienes lo representan deben sujetar su actividad al objetivo de realizar el bien común, sobre la base de las previsiones trazadas por el legislador, en vez de crear dificultades a los gobernados y entorpecer innecesariamente el desenvolvimiento de las múltiples relaciones que con ellos deben forzosamente establecerse.

Así, por ejemplo, la sola voluntad de un servidor público no es suficiente a la luz de la Carta Política en vigor para exigir autenticación de firmas, presentación de documentos, imposición de sellos, trabas inoficiosas, términos no previstos en ley o reglamento, para apenas indicar algunos de los requerimientos favoritos del burócrata, ya que varios preceptos constitucionales remiten a la ley como única fuente de tales exigencias.

La intención de los Constitucionalistas ha sido la de consagrar un postulado fundamentalmente ético que sirviera como modelo a seguir en las relaciones entre los particulares y las autoridades públicas. Con el cumplimiento de lo anterior, se busca evitar el abuso de los derechos por parte de los particulares y la desviación de poder de las autoridades en el ejercicio de sus facultades legales y constitucionales, situaciones estas que, sin lugar a dudas, tienen la suficiente entereza para amenazar o violar derechos fundamentales de los asociados dentro de una estado social de derecho personalista y

garantista.

La buena fe como principio general del derecho, impregna la totalidad del ordenamiento jurídico –eso es bastante claro-. Las características de la vida moderna, con su creciente complejidad, exigen que este principio no sea simplemente un criterio de interpretación y un límite en el ejercicio de los derechos, sino su consagración como garantía para los particulares.

Desde luego, “los funcionarios pueden revisar razonablemente su contenido y la ley puede crear procedimientos para verificar lo manifestado por los particulares, lo que puede conducir a que los hechos y su prueba desvirtúen esta presunción”<sup>186</sup>, porque sino, en contrario sensu, se incurriría en el absurdo de pensar que todas las personas por el simple hecho de ser particulares actúan siempre y sin excepción conforme a derecho, las buenas costumbres y el ordenamiento público.

La presunción establecida a favor de los particulares implica que las autoridades deberán, entre otras obligaciones, tener por legítimos los documentos que acompañe una persona a sus solicitudes. Entre ellos, los documentos públicos aportados han de asumirse como ciertos y válidos, y constituyen plena prueba.

En *stricto sensu*, La buena fe, no requiere consagración normativa, pero se hace aquí explícita su presunción respecto de los particulares en razón de la situación de inferioridad en que ellos se encuentran frente a las autoridades públicas y como mandato para éstas en el sentido de mirar al administrado primeramente como el destinatario de una actividad de servicio.

---

<sup>186</sup> BARRETO , M., SARMIENTO, L., op. cit.

Aun cuando es menester Constitucional y legal proteger esa presunción de buena fe frente al particular que se torna para estas instancias como una garantía, excepcionalmente, la ley puede establecer la presunción contraria, es decir, la presunción de mala fe.

De todos los infiernos que el hombre ha tenido el capricho de crearse, “este ha sido siempre el más refinado. Pretendes simplemente trasladarte de domicilio, contraer matrimonio o gestionar un pasaporte o un certificado de ciudadanía y ya estas metido en ese infierno, ya tienes que pasar horas y horas amargas en las salas de aire irrespirable de ese mundo papelero, que sufrir interrogatorios de gente molesta o insoportable que aúlla, en las que solo encuentras incredulidad para tus más sencillas y verídicas declaraciones y que te trata también como a un niño o a un criminal”<sup>187</sup>.

En síntesis, aunque la regla general es que se presuma la buena fe en el actuar y proceder de las partes en cualquier relación o vínculo jurídico, existen casos en donde excepcionalmente, la mala fe se presume. Con base a lo anterior se podría cuestionar entonces, ¿es menester práctico y legítimo de las autoridades públicas actuar frente al particular con ánimo de servicio en la solución de sus legítimas pretensiones?

La jurisprudencia ha desarrollado algunos criterios generales –desde luego no taxativos- en desarrollo de los cuales puede establecerse cuando la actuación de una autoridad pública es contraria a la buena fe, y por ende incumple la obligación de actuar conforme a tal. Se estaría ante tal hecho – como lo afirma el doctor Barreto- cuando el comportamiento del funcionario “no es la conducta racional y recta que podría esperarse de una persona en una misma situación”; cuando no se ajusta a los exámenes de objetividad y razonabilidad; cuando resulta ser contradictoria<sup>188</sup>; cuando no se tenga en cuenta la situación concreta

---

<sup>187</sup> HERMANN HESSE, Ed. Española, 1980. citado por GONZÁLEZ PÉREZ, J. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, 4ª edición actualizada, ed. Thomson-Cívitas, 2004, p. 88.

<sup>188</sup> Debe entenderse esta como una *Contradictio in ayecto*, o contradicción de conceptos.

de la persona concernida; cuando la decisión no se adopte en el momento oportuno; cuando su respuesta no es proporcional; cuando la entidad estatal niega sus propios actos; cuando se presentan dilaciones injustificadas; cuando no se adopten los medios adecuados o idóneos para restablecer un derecho o cuando se abusa del poder.

En síntesis, esta obligación o deber en cuanto al proceder y la disposición atinentes tanto a los particulares como a las autoridades y funcionarios públicos, sirve como límite para las actuaciones de ambos en las relaciones jurídicas en que estos interactúen entre sí<sup>189</sup>.

Así pues, si se puede llegar a determinar, que la buena fe posee un notable carácter polivalente dentro de las Constituciones y subsidiariamente en el ordenamiento jurídico vigente, ya que tanto en ella como en el resto del ordenamiento jurídico, la buena fe se puede apreciar como un calidoscopio de significados, puesto que se puede llegar a entender como un principio general del derecho aplicable en el derecho privado y público; como un mecanismo de protección que garantiza los derechos de los particulares; como una presunción aplicable a las conductas precontractuales, contractuales y extracontractuales; y

---

<sup>189</sup> Concomitantemente al cuestionamiento inicial, se ha podido dilucidar algunas realidades que inexorablemente se han salido de las manos del legislador. Si miramos por un momento el principio de la buena fe como una confianza legítima, entonces, ¿se puede llegar a confiar en las personas?, puesto que se presume que las personas actúan de buena fe, o sea, que pretende actuar correctamente y sin ir en detrimento de los derechos ajenos, el ordenamiento jurídico, las buenas costumbres, etc. Pero ¿realmente lo hacen?, ¿habría razón entonces de confiar en una persona que va en detrimento de lo que mancomunadamente una sociedad ha considerado como indispensable para su desarrollo y subsistencia? No es un enigma para cualquier persona, que los sujetos que integran una sociedad no son perfectos, que no son virtuosos, que día a día se atacan y vulneran los patrones axiológicos, éticos y humanos por los cuales vivimos –que nos definen a nosotros mismos–, por personas inescrupulosas que no miden las consecuencias de su actuar poniendo en peligro vidas humanas. En un sistema en el cual, la administración con su calidad de *“potentior persone”* intimida con su exorbitante poder a todos los minúsculos particulares que inocentemente pretenden acudir a ella. ¿O será pues la destacada viveza con la que los particulares con gran astucia suelen infringir con propósitos abyectos los compromisos con la administración; lo que hace alucinar al legislador a la hora de consagrar tan “ajustada presunción” a la realidad? La respuesta a estas interrogantes, se encuentran en una sencilla razón. En que por mas imperfecta que sean las relaciones entre las autoridades públicas y los particulares, se deben equilibrar estas con un imperativo categórico, a través del cual, tanto la convivencia como las negociaciones, las contrataciones e inclusive los procedimientos no se transformen en un campo de batalla donde predomine la desconfianza.

como una obligación y un deber, de cuya observancia se pueden amenizar las relaciones jurídicas<sup>190</sup>.

En cuanto a las distintas formas de conceptuar la buena fe se tiene que de otro lado, la aplicación efectiva del principio de la buena fe en las relaciones jurídicas, comporta un aspecto relevante. Es indudable la desconfianza recíproca entre administrados y la administración pública, y entre ellos mismos en sus constantes relaciones, lo que produce un distanciamiento entre ellas y una correlativa falta de legitimidad de los ciudadanos hacia el Estado. Frente a este panorama desalentador se hace necesario que ambas partes cambien radicalmente de actitud, actuando con lealtad, honestidad y confianza, para que esos vínculos vuelvan a adquirir su carácter de relaciones entre seres humanos.

En general, los hombres proceden de buena fe: siendo esto lo que usualmente ocurre. De ahí que quien afirma la mala fe de otro, deba probarla. Es, se repite, la presunción general de la buena fe. El de la buena fe, es uno de aquellos grandes principios cuya consagración constitucional tiene como finalidad, primero la de convertirlo en criterio rector de todo el ordenamiento jurídico, pero más específicamente, otorgarle carácter normativo. La importancia de la norma es el carácter de fuente directa de derechos y obligaciones.

### **2.3.12. Principio de dirección y ordenación del proceso**

Este principio define los límites del aspecto jerárquico autoritario del órgano jurisdiccional como poder del Estado político en el conflicto de los justiciables: el juez y su función en el derecho procesal, y así lo establece el art. 14 C.P.C.M.

---

<sup>190</sup> KANT, E. Noesis, el imperativo categórico es un modelo de conducta moral que todas las personas deontológicamente deben seguir. Que el actuar de las personas sea lo suficientemente correcto para ser el modelo del actuar de los demás, en *Crítica de la razón práctica*, ed. Espasa-Calpe, Madrid 1975, p. 126

El poder de conducción o de dirección del proceso y el poder de esclarecer la verdad de los hechos del proceso, como poderes-deberes, son corolarios del principio de autoridad<sup>191</sup>.

Son dos las posiciones antagónicas que obedecen a la ideología socio-política: la liberal individualista y la jerárquico-autoritaria. En la primera se impone la neutralidad del juez: es la rogación en el proceso (*ne procedat iudex et officio*), mero espectador en la contienda, con el compromiso de pronunciar un veredicto al final de ella: *nemo iudex sine actore; iudex iudicare debet secundum allegata et probata; ne eat extra petita partium*.

Es la fórmula adoptada en general por los ordenamientos procesales del liberal individualismo, apoyándose en las máximas transcritas. Satisface una concepción de libertad individual que postula el principio de no intervención del Estado, en donde el justiciable se vuelve soberano en su decisión de poner en movimiento al Órgano Jurisdiccional o no.

La Fórmula intermedia del Juez director, se refiere al principio de autoridad y asimila autoridad con dirección; esta es una creación ideal de la doctrina para atemperar el rigor del juez espectador como posición individualista sin dejarse absorber por las tendencias políticas jerárquico-autoritarias<sup>192</sup>. “Es inconcebible el juez director si no es juez dictador”. La expresión que es muy fuerte, es sin embargo necesaria para cambiar una situación histórica del juez-espectador, que no se compagina con el proceso moderno. La fórmula del Juez director no resuelve el problema si otorga apenas el poder de conducción del proceso porque entonces no agota los presupuestos de los fines del derecho procesal<sup>193</sup>. Cabe entonces pensar en la fórmula de la autoridad del juez, la cual traduce una especial

---

<sup>191</sup> COUTURE, E., fundamentos de derecho procesal civil, 3ª edición, ed. Desalma, Buenos Aires, 1977, pp. 190- 192

<sup>192</sup> DÍAZ CLEMENTE, A., Instituciones del derecho procesal, t. I, Buenos Aires, ed. Abeledo Perrot, 1972, p. 238.

<sup>193</sup> Ibidem, “juez tropos” denomina Clemente A. Díaz al ideal moderno del juez, de ese que, con algún acento de exageración, no del todo equivocado, califica como juez-dictador.

posición del juez y de las partes en el proceso y ante su resultado. La fórmula no es nueva, es coetánea con la dimensión científica del derecho procesal, o sea del tránsito de la exégesis procedimental a la fundamentación dogmática de la disciplina jurídica. Esta fórmula postula el aumento de los poderes del juez en lo que se refiere a la dirección y conducción del proceso<sup>194</sup>, en la formación del material de cognición y en la vigilancia de la conducta de los justiciables, enunciados que trascienden luego en las diversas categorías del derecho procesal.

Si se concibe al juez como autoridad se introduce en el derecho procesal la idea del poder del Estado sobre el súbdito, el justiciable, poder que se presenta como la situación jurídico procesal del deber-poder vale decir, de la función, por el grado de imperatividad que reviste el ejercicio de tal poder-deber. Paralelamente al deber-poder del juez se estructuran las categorías de los poderes, los deberes, las obligaciones, las cargas y las facultades de los justiciables, cuya esfera de actuación queda así demarcada por la libertad o la necesidad de obrar en el proceso.

Pero no es suficiente aumentar legislativamente los poderes-deberes del juez, sino que es preciso impregnar toda la legislación de la política procesal de este principio de autoridad del juez. No se trata de sustituir simplemente la actividad del justiciable por la del juez, sino que es preciso desplazar el centro de gravedad del proceso, hacer del juez ese centro, manteniendo incólume el poder de disposición que incumbe a los particulares sobre su derecho sustancial disponible y sobre el mismo ámbito de autonomía de la voluntad que incumbe al derecho procesal por excepción, ámbito dentro del cual, se acepta casi universalmente, cabe el del impulso inicial del proceso, o iniciativa del proceso. Es pues, una combinación de la idea de un proceso oficial, de un proceso público que tiene que ser conducido, guiado por

---

<sup>194</sup> BERTOLDI DE FOURCADE, M., estado civil, acciones y procedimientos, op. cit., pp. 54-55; vid. ECHANDIA, H. D., nociones generales del derecho procesal civil, op. cit., p. 50.

un juez director, con la aceptación de los aspectos de dispositividad que se conservan en el proceso.

Capelletti, relacionándose con el tópico<sup>195</sup> dice: “En la primera mitad del siglo pasado en todos los países europeos los sistemas procesales civiles consideraban el proceso como cosa de las partes. Esto significaba no solo respeto por el poder omnímodo de las partes en referencia con el objeto litigioso sino también con el desarrollo del proceso, con la técnica procesal, con las reglas que fijan los términos y las modalidades del proceso.

Las irregularidades formales debían por regla general ser excepcionadas en el proceso por la parte interesada sin potestad alguna del juez para denunciarlas de oficio y ni siquiera para invitar a las partes a remediarlas. El juez debía permanecer extraño al proceso que era cosa de las partes. El juez estaba por encima y por fuera de la arena”.

Es por lo demás problema de técnica procesal cuanto concierne a la compaginación de este principio de contenido netamente axiológico con la técnica del sistema dispositivo, especialmente en los aspectos que, como antes se sugiriera, se respeten tradicionalmente por las legislaciones positivas en especial por las de orientación democrática como confiados a esa dispositividad: la fijación del *thema decidendum*, el impulso inicial del proceso, la dispositividad de los recursos y la determinación o disposición del objeto litigioso. Es la concepción del proceso oficial que no rompe con el sistema enunciado, mera técnica bifronte y neutra.

Retomando lo dicho por Cappelletti, el proceso se desarrollaba entre los abogados de las partes y los subalternos del juez, en ausencia de este. Que la consecuencia más importante

---

<sup>195</sup>CAPPELLETTI, M., “El proceso civil en el derecho comparado”, trad. de SENTIS MELENDO, S., Buenos Aires, ed. EJE, 1973, p. 46.

de lo anterior era la poca o ninguna utilidad y ocurrencia de las audiencias; el juez solo fallaba al final del proceso y apoyaba su decisión en los escritos que las partes se habían cambiado en el curso del proceso.

El temor a que el juez perdiera su imparcialidad<sup>196</sup> hacia que hasta las pruebas se asumieran en ausencia suya y solo las conocía por las actas, o escritos redactados por el secretario. Este aspecto se encuentra completamente revaluado en la idea del juez tropos. Para Cappelletti el juez tropos es el juez director, el juez que es y sabe ser el centro del proceso. Es un movimiento que él denomina de la publicitación del proceso: poderes vastos y hasta discrecionales (recuérdese la idea del juez dictador de Clemente A. Díaz) que confieren al juez para el desarrollo formal del debate. No significan esos poderes una violación del derecho de las partes en el sistema dispositivo, porque se itera, se respeta su poder de disponer del derecho litigioso cuando sea derecho sustancial disponible, y se mantiene también su facultad que continua ubicada en el plano de la libertad, de aportar el *thema decidendum*. Es una distinción que se establece entre el aspecto sustancial y el formal del proceso y que implica y reclama la total oficiosidad del juez en el aspecto formal.

### **2.3.13. Principio de gratuidad de la justicia.**

El art. 16 del CPCM nos regula aquel principio de gratuidad de la justicia, que aparece consagrado en el artículo 181 de La Constitución<sup>197</sup>, texto según el cual se deduce que la justicia se administrará gratuitamente<sup>198</sup> en todo el territorio de la República.

---

<sup>196</sup> La independencia del juez es el secreto de su dignidad, pero la autoridad de que se le reviste es como la clave de su eficacia. Según una aforisma clásica, los jueces sin autoridad son títeres en manos de las partes. Pero en un sentido opuesto, no es menos cierto que los jueces con excesiva autoridad son déspotas en la justicia, vid. COUTURE, E. J., estudios, ensayos y lecciones de derecho procesal civil, en serie clásicos del derecho procesal civil, Vol. II, ed. Jurídica Universitaria, San José, Costa Rica, 2001, p. 46.

<sup>197</sup> Decreto N° 38 del Poder Constituyente dado el 15 de diciembre de 1983, publicado en el D.O. N° 234 del 16 de diciembre de 1983

Sin embargo debemos destacar que esta gratuidad no abarca más que los gastos públicos, no así los gastos privados, tales como los honorarios de los abogados, y de los demás auxiliares de la justicia, tales como el de los peritos.

Con relación a este principio conviene hacer algunas precisiones y observaciones: Lo primero es que no existe tal gratuidad, ya que el justiciable, sobre todo en la materia privada, al momento de acceder a la justicia, tiene que correr con determinada suma en concepto de costo si el emplazamiento debe hacerse a persona no domiciliada en el país (art. 191 CPCM)

Pero, aún cuando no tuviere que hacer los pagos directos indicados, tampoco se podría hablar de la gratuidad de la justicia, porque los gastos del poder judicial se cubren con los impuestos que paga el pueblo, que eventualmente luego reclama a este Poder del Estado la administración de justicia.

Por las razones indicadas, nos parece incorrecta la crítica que hace una parte de la doctrina española al comentar el artículo 120.3 de la Constitución española, en la que se sostiene que no hay ninguna razón para que el Estado preste gratuitamente el servicio de la justicia a todas las personas y se sugiere que la justicia sea gratuita únicamente para aquellas personas que no tengan los medios suficientes para hacer frente a los gastos del proceso<sup>199</sup>.

Otra precisión oportuna, se refiere a que el costo que resulta más oneroso para el justiciable es el privado (gastos de abogados y peritos); de manera que, en lo que se refiere a éstos sí debería

---

<sup>198</sup> En la disposición constitucional se recoge un principio básico y tradicional en materia procesal, que históricamente su extensión y finalidad concernía exclusivamente a la abolición de los derechos que los litigantes acostumbraban pagar, en los asuntos de pequeña cuantía que eran ventiladas antes los jueces de Paz.

<sup>199</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F., El Sistema Constitucional español: 2da Reimpresión, ed. DYKINSON, S. L., Madrid, 1997, pp. 115-116.

discriminarse entre quienes tienen recursos y los que no tienen, siendo útil que el Estado asuma estos gastos cuando las personas demuestren que sus ingresos no son suficientes para cubrir los mismos.

En el ámbito penal, materia que no es la que nos ocupa, existió la tradicional figura del “abogado de oficio”, cuya función era la de asistir en los medios de defensa a las personas de escasos recursos. Este servicio generalmente funcionó de manera muy deficiente, por razones que no es el momento de examinar. Aunque en los últimos tiempos, justo es decirlo, el panorama ha venido cambiando, con la aparición de los “defensores públicos”, quienes están llamados a sustituir a los tradicionales “abogados de oficio”. Este sistema de defensoría se encuentra consagrado en el artículo 194 romano II ordinal 2° de la Constitución<sup>200</sup>.

Los cambios positivos que se han operado en la asistencia legal se deben entre otras razones, porque quienes forman parte del cuerpo de defensores deben ser Abogados de La

---

<sup>200</sup> Decreto N° 38 del Poder Constituyente dado el 15 de diciembre de 1983, publicado en el D.O. N° 234 del 16 de diciembre de 1983, en cuya disposición referida dice que le corresponde al Procurador General de La República “. . . 2° Dar asistencia legal a las personas de escasos recursos económicos, y representarlas judicialmente en la defensa de su libertad individual y de sus derechos laborales. . .”, en apariencia pareciera que la asistencia gratuita se da únicamente a personas involucradas en asuntos penales y laborales, sin embargo el mismo art. 194 romano II en el N° 4° le dice que puede “. . . ejercer las demás atribuciones que establezca la ley”. Por lo que en razón de los elevados costos que supone normalmente para las partes la defensa técnica, en especial para quienes acrediten insuficiencia de recursos, se les otorga asistencia letrada gratuita, por lo que de acuerdo a los arts. 3 y 12 de La Ley Orgánica de La Procuraduría General de La República, (Decreto Legislativo N° 775 de fecha 3 de diciembre de 2008, publicado en el D.O. N° 241 Tomo 381 el 22 de diciembre del mismo año) Corresponde a la Procuraduría General de la República, promover y atender con equidad de género la defensa de la familia, de las personas e intereses de los menores, incapaces y adultos mayores; conceder asistencia legal, atención psicosocial de carácter preventivo y servicios de mediación y conciliación; representar judicial y extrajudicialmente a las personas, especialmente de escasos recursos económicos en defensa de la libertad individual, de los derechos laborales, de familia y derechos reales y personales. Esta facultad es para representar judicial y extrajudicialmente a las personas que lo soliciten y cuando la ley lo requiera, etc. En cuanto al numeral al que hemos aludido, del art. 194 Cn., corresponde a una reforma constitucional producida mediante Decreto Legislativo N° 64 del 31 de octubre de 1991, y publicada, previo trámite de ley, en el D.O. N° 19, Tomo N° 313 del 20 de noviembre de 1991.

República, requisito que por lo menos debía estar conforme al Reglamento de la Ley Orgánica de La Procuraduría General de La República<sup>201</sup>.

Aunque también en el área privada es necesario que el Estado auxilie a determinadas personas en los gastos relativos a honorarios de abogados de abogados y peritajes, esperamos que en la práctica esto funcione, a pesar de que legalmente la obligación de asistencia abarca la materia privada, tal como lo contempla el CPCM en su art. 75.

Sin embargo la realidad de nuestro país y la de muchos otros es que en los procesos, no en pocos casos, quienes resultan beneficiados no son aquellos a los cuales le asiste la razón, sino quienes tienen más recursos. Los que tienen menos recursos, aunque tengan la razón pierden los procesos, porque de que manera pueden cubrir, por ejemplo, un peritaje relativo al ADN, o a vicios de construcción o de fabricación de un determinado producto. Esto, sin hacer mención, de que los profesionales con mayor experiencia y preparación, y en consecuencia, en mejores condiciones de hacer un trabajo jurídico eficaz, exige honorarios que sólo la minoría de nuestra sociedad puede costear.

La situación anterior ha llevado a la doctrina a afirmar que el costo del proceso constituye uno de los “más graves obstáculos del derecho de acceso a la justicia”<sup>202</sup>.

---

<sup>201</sup> Art. 28 del Reglamento de La Ley Orgánica de La Procuraduría General de La República, Publicado en el D.O. N° 118 Tomo N° 383 establece el requisito de la abogacía para los Defensores Públicos en cualquiera de las áreas del derecho en que se necesiten.

<sup>202</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F., op. cit., p. 114.

## CAPITULO III

### ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO DEL PROCESO MONITORIO

**Sumario:** 3.1. Introducción; 3.2. El Proceso Monitorio en Francia; 3.3. El Proceso Monitorio en Alemania; 3.4. El Proceso Monitorio en Italia; 3.5. El Proceso Monitorio en Austria; 3.6. El Proceso Monitorio en Suiza; 3.7. El Proceso Monitorio en Inglaterra; 3.8. El Proceso Monitorio en Bélgica; 3.9. El Proceso Monitorio en Grecia; 3.10 El Proceso Monitorio en Uruguay; 3.11. El Proceso Monitorio en Venezuela; 3.12. El Proceso Monitorio en Brasil; 3.13. El intento de Chile de instaurar un “monitorio” carente de sus elementales características; 3.14. El Proceso Monitorio en Costa Rica. 3.15. Especialidades que presenta el Proceso Monitorio; 3.15.1. El Procedimiento Monitorio Laboral y aspectos generales en Chile; 3.16. El Proceso Monitorio en materia de Filiación; 3.16.1. Mandato de paternidad; 3.17. El Proceso Monitorio para el reclamo de deudas en comunidades de propietarios; 3.18. Proceso Monitorio para recuperar el IVA de los clientes morosos.

#### 3.1. Introducción

La tutela jurisdiccional del crédito se integra también con el requisito de su realización oportuna o temporalmente útil. Los procesos acelerados (precautorios o cautelares y sumarios) han ganado en el derecho comparado y comunitario europeo un rol protagónico. El procedimiento monitorio es una especie de estos y merece desde hace años una atención prioritaria del legislador comunitario europeo<sup>203</sup>. Muchas preguntas ya se plantearon y respondieron en y entre países con culturas jurídicas diferentes dentro de la Unión Europea.

Su utilidad ha demostrado un éxito valioso tanto para el justiciable como para la administración de justicia. La existencia de los elementos esenciales nos permite afirmar que estamos ante un procedimiento monitorio.

---

<sup>203</sup> El denominado Libro Verde sobre el Proceso Monitorio Europeo y las medidas para simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía, aprobado por La Comisión el 20 de Diciembre del 2002 (COM 2002), fue consultado abiertamente dentro de la unión europea, surgiendo luego el proyecto de reglamento del 2004, constituyéndose ambos en piezas relevantes para su estudio, lo que provoco que surgieran propuestas legislativas relacionadas con el mencionado proceso.

El recurso al derecho comparado nos obliga hablar de una pluralidad de formas que puede asumir el instituto. A base de lo que denominamos elementos accidentales, que bien podría decir que responden a la realidad concreta en cada uno de los Estados, de tal forma que al identificar esa riqueza en la diversidad de formas y matices que asume el monitorio no queda más que calificarlo de eficiente. De esto la propia jurisprudencia comunitaria europea ha ratificado su utilidad y adecuación a los requerimientos del debido proceso<sup>204</sup>. De tal forma que nos vemos obligados a recurrir al método del derecho comparado<sup>205</sup> para desarrollar la noción y características del procedimiento monitorio desde la perspectiva contemporánea, con el único objeto de poder presentar los detalles esenciales y accidentales que hacen funcionar tal instituto, que hoy en día, la mayor parte de los países del Viejo Continente, como de América Latina, cuentan en su ordenamiento jurídico con un cauce procesal para el cobro rápido de deudas dinerarias, denominado de muchas formas y calificable solo como Proceso Monitorio.

Las variantes sufridas por el Proceso Monitorio, han traído como consecuencia lógica, que dicha figura procesal sea aplicada en distintas áreas del derecho, es así como en países de avanzada tradición procesal se aplique el Proceso Monitorio en otras materias como laboral, en materia de filiación, reclamo de impuestos, etcétera.

### 3.2. El Proceso Monitorio en Francia

A pesar de que la región de Alsacia contaba con un proceso de *mandement de payer* por su incorporación al Reich en 1871, al asumir la legislación de su Ordenación de leyes

---

<sup>204</sup> Como ya vimos, no es posible una correcta comprensión del debido proceso si se desgaja del resto de principios, pues comparten una única naturaleza, aun cuando cada uno de los principios se aplique a un objeto concreto y en un ámbito determinado, en tanto que el debido proceso contiene la totalidad de los principios que integran la teoría de los principios

<sup>205</sup> Es necesario recurrir al método del derecho comparado para poder tener una noción y características del Proceso Monitorio, esto es con el objeto de evitar una equivocación respecto de los conceptos.

procesales civiles que continuó vigente hasta principio de 1882, es a partir de un Decreto de 1937 y su posterior reforma de 1953 cuando comienza su arraigo a nivel nacional<sup>206</sup>.

Mediante una reforma de 1957, se separaron los procesos monitorios para la reclamación de deudas civiles, de las deudas comerciales. Posteriormente en 1972 se produciría una gran reforma del procedimiento, eliminando las limitaciones cuantitativas de la reclamación, para en 1981 volverse a reformar de nuevo designándose a los *Huissiers de Justice* como los encargados de las notificaciones y sentando las cuestiones ambiguas de la anterior regulación, siendo el procedimiento definitivo que actualmente recoge el *Nouveau Code de Procédure Civile*<sup>207</sup>.

El proceso establecido actualmente comienza con una *requête* que debe contener las circunstancias del demandante y demandado, el importe preciso de lo que se reclama, especificándose la razón por la que se reclama la Pretensión que se ejercita y a la que se acompañarán los documentos que la justifiquen, con indicación de los elementos de la deuda y su causa. El Juez, a continuación, debe analizar si le parece fundada y, en ese caso libra un mandamiento de pago, del que se emite un testimonio para requerir de pago al deudor o deudores y que caduca a los seis meses. La notificación de tales documentos y la advertencia de los plazos de pago y oposición y, la advertencia de que, de no formular oposición podrá ser obligado al pago requerido. Se deben realizar dentro del plazo de caducidad por los *Huissier de Justice* bajo pena de nulidad por defecto de tales requisitos. Si se desestimase la oposición o no fuese formalizada en el plazo de un mes, el acreedor puede solicitar en el plazo de un mes la declaración de ejecutividad del mandamiento de

---

<sup>206</sup> El estudio de la utilidad práctica del Proceso Monitorio es enfocado desde una perspectiva económica por HORMANS. G.: *La procédure d'injonction ou le recouvrement simplifié de certaines créances dans les pays du Marché Commun*, Ed. Établissement Émile Bruylant, Bruxelles, 1964, p. 19 y ss.

<sup>207</sup> En Francia es con el Decreto del 25 de Agosto de 1937 que se introduce El Proceso Monitorio de tipo documental, regulado en los arts. 1405 al 1425 del *Nouveau Code de Procédure Civile* para todo el territorio nacional; que inicialmente se limitó a créditos mercantiles, pero poco a poco se fue ampliando al ámbito civil y limitándose a establecer cuantía sin límite, siempre que sea determinada.

pago, que produce todos los efectos de una sentencia. Transcurrido este plazo, el mandato de pago queda sin efecto.

El título en que se base la petición, puede ser cualquiera, siempre y cuando provenga de contrato, estatuto o documento cambiario, y el efecto que produce el trámite es el de cosa juzgada en todos los casos.

No disponiendo de estadísticas actuales, según la última información obtenida, se puede afirmar que el número de mandatos de pago emitidos en Francia actualmente gira en aproximadamente el millón, frente a esta información, la impugnación del mismo es de aproximadamente un 5%.

Quienes optan mayoritariamente por el Proceso Monitorio son las compañías aseguradoras, los agentes comerciales, inmobiliarios y comisionistas o bien los organismos de crédito.

Los sistemas francés y belga adoptan un planteamiento diverso. Si el juez competente considera que la deuda de que se trata sólo se justifica parcialmente, concederá la *injonction de payer* para la parte válida de la pretensión. Esa decisión no es susceptible de recurso, pero el peticionario puede reaccionar de dos maneras a la denegación parcial. Si está decidido a reclamar la deuda íntegra, incluida la parte desestimada por el órgano jurisdiccional, debe abstenerse de notificar el requerimiento de pago al demandado y tiene que iniciar un procedimiento ordinario. Si, por otra parte, procede a la notificación y ejecución parcial de la *injonction de payer*, pierde el derecho a incoar otro proceso judicial en relación con el resto de la deuda. Sin embargo, debe señalarse el hecho de que las diferencias entre esos dos sistemas pueden disminuir considerablemente en la aplicación cotidiana. Si, por ejemplo, los órganos jurisdiccionales, al seguir una práctica reiterada o incluso una obligación al respecto, dan al peticionario la oportunidad de subsanar los vicios de la petición o de reducirla a un

importe o tipo de interés que permita la expedición de un requerimiento de pago antes de denegar la petición, esto equivale en la práctica a dejarle la decisión de contentarse con la cantidad que el órgano Jurisdiccional considera justificada o de recurrir al procedimiento ordinario para cobrar la totalidad de la deuda.

### 3.3. El Proceso Monitorio en Alemania

En Alemania, se implanto definitivamente la regulación del procedimiento monitorio (el *Mahnverfahren*) con vigencia para todo el imperio germano, en el año de 1877<sup>208</sup>, con motivo de la codificación de las leyes procesales (*Zivilprozessordnung für das Reich*) y desde entonces han sido continuos los cambios que ha experimentado, en aras de su simplificación, y en el año 1909 sufre una transformación radical, configurándose el *Mahnverfahren* que incorporaba la innecesidad de aportación de título alguno, como sucedía con su precedente *mandatum de solvendo*.

Un proyecto de reforma de 1931 intentó reducir las posibilidades de oposición del deudor, pero no llegó a entrar en vigor. En el año 1957 se dispone su tramitación por un *Rechtspfleger* o auxiliar de justicia, con el fin de liberar a los jueces de tramitaciones rutinarias que se estimaban como las causantes del atasco de los tribunales. Pero es en la reforma de 1976 cuando se introducen en este instituto procesal relevantes novedades que afectaban a la simplificación del procedimiento<sup>209</sup>, tal como el asentamiento de las bases para

---

<sup>208</sup> “Zivilprozessordnung für das Reich”, citado por BALBUENA TEBAR, R., en “Breves Comentarios Sobre el llamado Proceso Monitorio, Cuadernos de Estudios Empresariales, N° 9, p. 306, 1999.

<sup>209</sup> Denominada “Vereinfachungsnovelle” o bien Novela para la simplificación y celeridad de los procesos judiciales, del 3 de diciembre de 1976 (conocida como la Ley de Simplificación, que entro en vigencia el 1 de julio de 1977). Esta represento una de las mayores leyes en cantidad y calidad de las modificaciones que introduce al ZPO. Sus principales argumentos para justificar la reforma fueron la sobrecarga de los tribunales, la desnaturalización del principio de Oralidad, como de todo procedimiento, lo que significaba una evidente elevación en la cantidad y duración de los procesos. Vid PRÜTING, H., “Introducción”, en Wiczorek, Schütze, ZPO-Kommentar, vol. I, Berlin-Nueva York, 1994, 3ª ed., vol. I; van Caenegem, History of European Civil

un posterior tratamiento informático del proceso, se amplía su ámbito territorial para servir de título ejecutable fuera de Alemania al amparo del Convenio de Bruselas. Posteriormente se dieron otras pequeñas reformas procesales tendientes a la agilización de este proceso<sup>210</sup>.

Actualmente es incoado mediante un escrito que se presenta ante el órgano jurisdiccional – Amtsgerichte- competente en el que se exponen los datos precisos de demandante y demandado, fuero elegido y petición principal y accesoria. Además si se trata de contratos relativos a consumidores, exige la Ley que se indique la fecha del contrato y el interés aplicable.

En el siguiente día laborable se deberá expedir un mandato de pago que contenga el contenido de lo pedido, con la advertencia de que el órgano jurisdiccional no ha entrado en el conocimiento de la bondad de lo que se reclama y de que si no plantea oposición en dicho plazo, el mandato de pago puede devenir título ejecutivo y consecuentemente ser objeto de ejecución forzosa.

Al tiempo que se le requiere de pago, se le manifiesta cual será el tribunal competente para formular la oposición. La demanda de tramitación del proceso contencioso puede ser retirada hasta el inicio de la fase oral. Si se llega a emitir mandato de ejecución, deberá incluir los gastos del proceso, bien por condena en proceso contradictorio o por no

---

Procedure, en Cappelletti, *International Encyclopedia of Comparative Law*, XVI, Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Stebeck) 1973-1987, pp.12-13.

<sup>210</sup> CORREA DELCASSO, J. P., “El Proceso Monitorio”, ed. JMBosch, 1998,p. 21. Estas reformas fueron la de la simplificación de la administración de justicia, promulgada el 17 de diciembre de 1990 y cuya entrada en vigencia fue el 1 de abril de 1991, denominada Rechtspflegevereinfachungsgesetz, con la que se intento nuevamente mejorar la celeridad mediante la desconcentración y redistribución de tareas , modificándose de esa forma las normas relativas a la competencia. Así mismo, el 11 de enero de 1993 y con vigencia a partir del 1 de marzo del mismo año se creó la Ley de Descompresión de la Administración de Justicia, llamada Rechtspflegeentlastungsgesetz. Vid. PRÜTING, H., op. cit.

formalizar la oposición en plazo, y éste se equipara a las sentencias en rebeldía ejecutables provisionalmente<sup>211</sup>.

El monitorio alemán es considerado en la actualidad como uno de los procesos monitorios de tipo “puro” más antiguos de toda Europa, y es el que registra, actualmente, las cifras más espectaculares en su utilización. En el año de 1998, La cifra de mandatos de pago emitidos ha superado la cifra de los ocho millones, gran parte de los cuales fueron tramitados por ordenador (Maschinelle Bearbeitung)<sup>212</sup>.

Alemania constituye un instrumento procesal clave en la práctica para la tutela especial del crédito con el *Mahnverfahren*, en este país no se fija límite alguno en cuanto a la cuantía, sin embargo debe ser determinada, así como tampoco se exige abogado ni procurador, otro elemento importante es que no es necesario presentar documento escrito alguno en todos los casos, y el efecto que produce el procedimiento es el de cosa juzgada en todos los casos.

Analizado, lo anterior, y mediante un ejemplo exponemos la forma cómo se regula el mismo en los § § 688 y siguientes de la Ley Procesal Civil alemana<sup>213</sup>, cuya regulación normativa, considerada técnicamente la mejor de Europa, inspiró en su día tanto la propuesta de los Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas del año 1974.

---

<sup>211</sup> BALBUENA TEBAR, R, Cuadernos de Estudios Empresariales, op. cit. p. 306.

<sup>212</sup> Al igual que sucede con Italia, los estados más industrializados de la unión europea son los que registran un mayor número de mandatos de pago emitidos: así, por ejemplo, en el Estado de Baden-Württemberg se emitieron en el año de 1994 un total de 1.044,000 Mahnbescheide y en el de Baviera un total de 1.503,952, de los cuales 713,565 (tan solo cien mil menos aproximadamente de los asuntos civiles que ingresaron ante los Tribunales del Estado Español en el año 1996) correspondieron únicamente a la ciudad de Múnich.

<sup>213</sup> CORREA DELCASSO, J. P., “El Proceso Monitorio en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil”, La Ley, pp. 1902 y ss., 1998, pp. 1902 y ss.

A tenor de lo establecido en el § 688.1 ZPO, pueden reclamarse a través del Proceso Monitorio alemán “*aquellas pretensiones que tengan por objeto el pago de una determinada suma en euros*” (inclusive letras de cambio, cheques o pagarés: § 703 a ZPO), siempre y cuando no dependan de alguna contraprestación y la notificación del mandato de pago no deba realizarse por edictos.

Dicho proceso se inicia entonces mediante un simple escrito de petición inicial (§ 690 ZPO, para cuya formulación existen unos formularios muy fáciles de rellenar), en el cual hace constar el acreedor los extremos que fija la Ley, como son la identificación de cada una de las partes; la designación del juzgado competente para conocer de la petición; la cuantía que se reclama (que no se sujeta a ningún tipo de límite) y el concepto por el cual se demanda al deudor (impago de una lámpara, por ejemplo).

Es de destacar asimismo que, con carácter general, resulta competente para conocer de la misma el *Amtsgericht* u órgano jurisdiccional de primera instancia en el cual tenga el solicitante su fuero general (§ 689 ZPO)<sup>214</sup>.

Dicha petición, junto a la cual no se exige la aportación de ningún documento y de la que ni tan siquiera conoce el juez sino un auxiliar suyo (el *Recthspfleger*, concretamente), da lugar entonces a la emisión por parte del órgano jurisdiccional de un *Mahnbescheido* mandato de pago que se notifica inmediatamente de oficio al deudor, por el que se le requiere para que en un plazo de dos semanas desde la fecha de la expresada notificación, proceda al pago de la deuda con sus correspondientes intereses y gastos judiciales (no hablo de costas, pues no se ha iniciado ningún proceso contencioso todavía), y por el que se le advierte

---

<sup>214</sup> PÉREZ RAGONE, A./ORTIZ PRADILLO, J., “*Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*”, traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo, que incluye artículos introductorios de PRÜTTING, H., Y DE FALCO, S., Konrad Adenauer Stiftung, (Fundación Konrad Adenauer), Programa Estado de Derecho para Sudamérica, Chile, 1996, pp. 146-149.

asimismo que, de no formular oposición dentro de dicho plazo, el mandato de pago devendrá título ejecutivo ( 692 ZPO). Por lo demás, en el mencionado mandato se hace constar también, entre otros extremos, que el órgano jurisdiccional no ha comprobado si la pretensión del acreedor (que no la del “demandante”, por cuanto que ningún proceso contencioso se ha iniciado todavía) es verídica (692.1.2 ZPO). Frente a dicha notificación, dispone entonces el deudor de tres alternativas distintas<sup>215</sup>:

Pagar la deuda, en cuyo caso el proceso finaliza sin más, habiendo cumplido así perfectamente su cometido; oponerse al mandato de pago, para lo cual basta simplemente con exteriorizar el deseo de hacerlo mediante el uso, por ejemplo, de las palabras “me opongo” (*“Ich widerspreche”*), iniciándose desde aquel momento (previa interposición de una demanda debidamente fundamentada por parte del acreedor inicial en un plazo máximo de dos semanas), un procedimiento ordinario normal y corriente que se tramita por los cauces del juicio declarativo ordinario correspondiente en función del Tribunal de primera instancia (*Amtsgericht* o *Landgericht*) que deberá conocer del mismo (y no, como en España, por los cauces del juicio ordinario que correspondería por razón de la cuantía); O bien guardar silencio, en cuyo caso se presume que esta actitud es equiparable a una situación de rebeldía voluntaria, motivo por el cual se dicta por el órgano jurisdiccional un *Vollstreckungsbescheid* mandato de pago ejecutivo que la ley ( 700 ZPO) asimila expresamente a una sentencia dictada en rebeldía contra la que cabe, por lo tanto, recurso de audiencia al litigante rebelde (*Einspruch*).

EL Proceso Monitorio alemán ha sido considerado como “Proceso Estrella” por ser un Monitorio Puro, pues en todos los ordenamientos procesales civiles de los países del entorno europeo sin dejar a un lado a la Alemania misma, más de 8 millones de reclamaciones de deudas civiles y mercantiles han sido tramitados por sus cauces procedimentales.

---

<sup>215</sup> CORREA DELCASSO, op. cit.

### 3.4. Proceso Monitorio en Italia

A pesar de que Italia se presenta para la mayoría de los autores como la cuna<sup>216</sup> del Proceso Monitorio citado en sus orígenes medievales a través del *mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*, esta posibilidad sumarial desapareció por influjo del derecho francés, hasta que en 1922 se publica la Ley 1035 que, desarrollada por un Decreto 1036 de 24 de Julio de 1922, dio origen de nuevo al *procedimento d'ingiunzione*.

El proceso creado siguió al francés en cuanto a su nomenclatura y sentido. Es objeto de una reforma de 1936 que es insertada posteriormente en el *Codice di Procedura Civile* de 28 de Octubre de 1940, en sus artículos 633 al 656, con un marcado parecido al *Mandatsverfahren* austriaco<sup>217</sup>.

Es en este país precisamente donde surge el Proceso Monitorio, específicamente en la Italia Estatutaria del siglo XIV, debido a la influencia del Derecho Canónico, en vista que se vio la necesidad de la creación rápida de un título ejecutivo, lo cual vendría a constituir un complemento del juicio sumario ejecutivo, dado que es muy difícil satisfacer las exigencias cotidianas de carácter comercial por medio del Proceso Civil Ordinario.

Italia es uno de los países donde no existe una cuantía determinada en cuanto a la deuda; la regla general es que no exista límite máximo para las reclamaciones pecuniarias; así lo recomienda la propuesta de directiva comunitaria sobre morosidad en las tramitaciones (la última versión es del 7 de diciembre de 1998), cuyo artículo 5.2 señala que el procedimiento

---

<sup>216</sup> El Real Decreto 1036, del año 1922, regulo el "Procedimento d'ingiunzione. En 1936, son incorporados nuevos supuestos, el Código de 1940 incorporo el Monitorio en sus arts. 633 a 656. Citado Por MARTORELLO, B., en IABA Law Review, Vol. 2, Civil Law and Procedure, p.3

<sup>217</sup> CALAMANDREI, P., "Procedimiento Monitorio", Buenos Aires, Argentina, 1946, p. 42.

acelerado para el cobro de deudas no contradichas (esto es el Proceso Monitorio) se aplicará con independencia del importe de la deuda.

El Proceso Monitorio desapareció del Derecho Italiano por influencia francesa y no volvería a implantarse hasta el Decreto del 7 de agosto de 1936, cuyo contenido se integró en el Código di Procedura Civiles de 1940.

### **3.5. El Proceso Monitorio en Australia**

El ordenamiento jurídico austriaco cuenta, al igual que la República Federal de Alemania, con un antiquísimo Proceso Monitorio puro<sup>218</sup>, regulado en los §§ 488 y ss. de su Código Procesal Civil (ZPO) que data del año 1895, de acuerdo con la misma, en virtud de simple petición escrita u oral del acreedor, el Juez competente libra orden de pago sin audiencia del deudor, con advertencia a éste que puede oponerse dentro de los catorce días de la notificación. Si el deudor no se opone en el término mencionado la orden de pago se hace ejecutiva sin otro remedio procesal que la restitución; pero cuando el deudor pruebe que no pudo oponerse por suceso imprevisto o inevitable, aún sin aducir los motivos, basta formular la oposición para hacerle perder su fuerza ejecutiva a la orden de pago.

El Mandatsverfahren austriaco, requiere que el derecho del actor este fundado en documentos, independientemente que la deuda sea de cualquier valor; también Austria tiene, en su reglamento, una forma de Proceso Monitorio para la entrega de inmuebles arrendados para el caso de arrendamiento cumplido: Bastandsverfahren,

---

<sup>218</sup>vid. CORTEZ DOMINGUEZ, “Derecho Procesal Civil”, Parte Especial, Ed. Colex, 2000. Algunos autores austriacos califican el Proceso Monitorio como una variante de la Jurisdicción Voluntaria, en cambio en España, algunos doctrinarios como Cortez Domínguez atribuyen ese carácter a la fase inicial de petición de requerimiento de pago, señalando que el Juez no declara el Derecho, sino que tan solo lo conforma.

En el año 1994, se emitieron por sus cauces un total de 857.038 mandatos de pago, que fueron objeto de una impugnación (*Einspruch*) en un 10,15% de los casos y representaron, por sí solos, un 78,42% de todo el contencioso civil de este país.

### 3.6. El Proceso Monitorio en Suiza

El *Rechtsbot*, institución antigua de Suiza oriental, dio el concepto fundamental a la ley federal suiza sobre ejecución y quiebra (*Bundesgesetz ubre Schuldbetreibung und Konkurs*) del 11 de abril de 1889 (en vigor desde el 1 de enero de 1892). El Juzgado de Ejecución sobre la demanda del acreedor. Provisto o no de título o documento, dicta el mandamiento de ejecución (*Zahlungsbefehl*, arts. 69 y ss); si el deudor pretende oponer, debe declararlo verbalmente o por escrito, dentro de los diez días de la notificación del mandato (art. 74); la oposición suspende la ejecución (art. 78); en tal caso el acreedor debe seguir la vía ordinaria, salvo que se trate de una deuda fundada en sentencia ejecutiva, transacciones y reconocimientos judiciales, decretos y decisiones administrativas, en cuyo caso el juez e la ejecución se pronuncia, dentro de los cinco días, sobre la oposición (arts. 80 al 84). Debido a la complejidad que caracteriza a este Estado, impide de alguna manera profundizar aun mas en la forma que rige esta materia, debo considerar que cada cantón suizo dispone de su propio Código Procesal Civil, sin embargo la gran mayoría de ellos contienen un Proceso Monitorio, que tiene sus raíces en una antigua Ley Federal del 11 de abril de 1889 para la “*poursuite pour dettes et lafaillite*”<sup>219</sup>.

---

<sup>219</sup> Vid. La persecución y la quiebra de la deuda por la Ley Federal de abril 11 de 1889, en la que resume el procedimiento en 12 cuadros sinópticos, Lausanne, 1980. En ella encontraremos unos esquemas claros de la misma

### 3.7. Proceso Monitorio en Inglaterra<sup>220</sup>

No obstante, tratarse de un país de *common law*, existe un procedimiento que no dista mucho al Monitorio, la tramitación le es confiada íntegramente al acreedor (supervisado por el tribunal) cuando es substanciado ante las *High Courts*. Dicho procedimiento consiste en delegar al justiciable todos los tramites, incluyendo la propia notificación del mandato de pago, una vez que aporta los documentos al tribunal, en los cuales justifica su pretensión, así como habiendo procedido a abonar la tasa correspondiente, y habiendo transcurrido dos semanas y notificándose al deudor la reclamación de la deuda, puede entonces, el acreedor solicitar al Órgano Jurisdiccional que dicte la sentencia, la que puede ejecutarse en forma inmediata. Similar situación sucede ante las *County Courts*, que a

---

<sup>220</sup> Los procedimientos para casos de menor cuantía son un mecanismo mediante el cual es posible resolver las controversias que entrañan pequeñas sumas de dinero sin gastos desproporcionados. En la mayoría de las actuaciones ante esos tribunales, las audiencias son mucho más informales que en los tribunales civiles tradicionales. Se espera que un adjudicador “intervencionista” ayude a las partes a presentar sus casos y hay poca o ninguna representación de abogados. Estos procedimientos proporcionan una forma rápida y expeditiva de justicia, en que los particulares asumen generalmente la responsabilidad exclusiva no sólo en la preparación de sus casos sino también en su presentación ante el tribunal. Al mismo tiempo, los adjudicadores tienen amplia latitud en cuanto a los métodos que utilizan. De hecho, en Inglaterra, pueden utilizar en las audiencias cualquier método procesal que consideren justo. Inglaterra y Gales introdujeron procedimientos de menor cuantía en 1973. Durante los primeros 20 años, el objetivo oficial era decididamente modesto. No se estableció un tribunal especializado en casos de menor cuantía, tal como existe en algunos países. En cambio, los procedimientos se insertaron en la estructura judicial existente en los condados, y las actuaciones se llevaban a cabo en el bufete de los jueces y no en las salas formales de los tribunales. En 1973, el límite para las pequeñas reclamaciones se fijó en £75 (US\$175),(222.93 euros) nivel muy bajo, y se aumentó en cuatro oportunidades durante los 20 años siguientes para tener en cuenta el nivel de la inflación. Para mediados de 1990, había ascendido a £1.000 (US\$1.600)(2038.24 euros). Pero en los últimos años, la posición de los casos de menor cuantía en el sistema de justicia civil de Inglaterra se ha transformado. Ha salido de la oscuridad y ahora es el principal método utilizado por los tribunales para resolver los casos civiles impugnados. Este cambio fundamental se inició en 1996, cuando se triplicó el límite para las pequeñas reclamaciones. Esta decisión se adoptó tras una investigación del sistema de justicia civil realizada por Lord Woolf, uno de los jueces de más alto rango de Inglaterra, quien adujo que ello mejoraría el acceso a los tribunales civiles. El gobierno estuvo de acuerdo, tal vez consciente de que esta medida ayudaría también a controlar los gastos en asistencia letrada. En 1998, el límite volvió a subir a £5.000 (6369.51 euros aproximadamente), uno de los más altos del mundo, en esa época. La experiencia de Inglaterra demuestra las posibilidades que ofrecen los procedimientos de menor cuantía para ampliar el acceso a la justicia. Si bien estos mecanismos informales no ofrecen probablemente los procedimientos refinados que cabe esperar en un sistema judicial formal, sin ellos quedarían sin resolver muchas reclamaciones válidas. Así pues, los encargados de la formulación de las políticas en los países en desarrollo tal vez deseen considerar la posibilidad de que la introducción de mecanismos informales, como los procedimientos de pequeñas reclamaciones dentro o fuera de la estructura formal de tribunales mejore el acceso de sus ciudadanos a la justicia. Vid. BALDWIN, J., 1997a. “Monitoring the Rise of the Small Claims Limit: Litigants’ Experience of Different Forms of Adjudication.” Research Series 1/97. Lord Chancellor’s Department, Londres.

diferencia de las *High Courts*, se ocupan de asuntos menores y proceden ellas mismas a notificar la reclamación de la deuda al deudor<sup>221</sup>.

En el derecho inglés, el procedimiento especial admitido, para deudas en cantidad indeterminada (*liquidated demand*), resultantes de documentos (contratos escritos, letras de cambio, cheques) o para prestaciones de naturaleza urgente (desahucio por arrendamientos cumplidos o por falta de pago del canon). La demanda debe contener todas las indicaciones necesarias para el conocimiento inmediato (*specially indorsed demand*) e ir acompañada del juramento del actor de que el demandado no tiene ninguna defensa posible. Al demandado no se le permite defenderse sino con autorización del juez, previo juramento.

### 3.8. Proceso Monitorio en Bélgica

El ordenamiento jurídico belga posee uno de los procesos monitorios menos utilizados de toda Europa, esto se debe básicamente a dos factores:

Al carácter sumamente restrictivo con el que los jueces aprecian la prueba documental que debe acompañar al escrito de demanda inicial, y por el excesivo formalismo<sup>222</sup> y a la exigencia impuesta por la ley de que se efectúe siempre, con carácter previo, un requerimiento

---

<sup>221</sup> Tomado de Síntesis de Coloquio Internacional auspiciado por “L’ Union Internationale des Huissiers de Justice” celebrado en París los días 15 y 16 de Octubre de 1998 bajo el lema *il Europe Judiciaire: Quelle procédure accelere de recouvrement des creances pour favoriser une efficacite accrue des mesures de execution?*”. Citado Por CORREA DELCASSO en Proceso Monitorio de La Nueva ley de Propiedad Horizontal: indicaciones Practicas de Aplicación en aras a salvaguardar su constitucionalidad parcial, Diario La Ley, año XX, N° 4784, 28 de abril de 1999.

<sup>222</sup> La Jurisprudencia española ha establecido que: “elemento esencial de este procedimiento consiste en que con la solicitud inicial han de acompañarse documentos de los que resulte fundamento de buena apariencia jurídica de la deuda”. En este aspecto se ha de ser flexible en cuanto a la documentación que posibilite el acceso a este proceso, es por ello que el legislador ha establecido en el artículo 812 de la LEC una relación, sin carácter de *numerus clausus*, de los documentos que sirven *prima facie* para acreditar dicha apariencia, Véase GIMENO SENDRA, V., Práctica Procesal Civil. Vol. IX, ed. La Ley. Año 2002.

de pago al deudor, de por si totalmente innecesario si tomamos en cuenta que esta es precisamente la función que debe cumplir el mandato o requerimiento de pago de un Proceso Monitorio<sup>223</sup>.

### **3.9. Proceso Monitorio en Grecia<sup>224</sup>**

Este dispone de un Proceso Monitorio, que es producto de una influencia directa germana desde el año de 1953, regulado actualmente en los arts. 623 a 634 del código Procesal Civil, en éste el Título Ejecutivo es obtenido con una relativa rapidez, y la posibilidad que tiene el deudor para oponerse, en fase ejecutiva, a la misma, ha frustrado en gran medida la finalidad practica que se persigue a través de este tipo de procedimientos, tomando en consideración que el acreedor puede tardar de dos a cinco años en cobrar finalmente su crédito<sup>225</sup>.

### **3.10. Proceso Monitorio en Uruguay**

El Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay (Ley 15.982) en vigencia el 20 de noviembre de 1989 contempla el Proceso Monitorio en sus arts. 363 y

---

<sup>223</sup> Ibidem

<sup>224</sup> Sobre el monitorio griego cfr. NIKOLOPOULOS, G., "Greece", en RECHBERGER, W./KODEK, G., "General Report", in RECHBERGER/KODEK, G. (coord.), order for payment in the European Union, Kluwer, The Hague/London/New Cork, 2001, p. 165. En el caso de Suecia, se contempla desde el año de 1992 un procedimiento que ha sido denominado "rápido o acelerado", que es utilizado tanto para el cobro de una deuda, como para llevar a cabo un desahucio. La característica particular es que su tramitación ha sido encausada por la vía administrativa, pues no son los Tribunales de Justicia quienes conocen del mismo, sino la propia Administración, a través del "Consejo Fiscal Nacional". Y solo podrán conocer los Tribunales del Distrito, en caso que el deudor formule oposición al mandato de pago, esto es precisamente porque el Órgano Jurisdiccional es el único competente para conocer de esta clase de litigios por volverse contencioso el asunto. El caso de Portugal, el Procedimiento Monitorio fue introducido a principios del año de 1994, habiéndose estimulado su utilización, a través de nuevas medidas que entraron en vigor el 1 de noviembre de 1998, permitiendo su utilización cuando la deuda no sobrepase 1.000.000 de escudos (aproximadamente unos 500 euros), y en forma particular la utilización de nuevas tecnologías en su tramitación.

<sup>225</sup> Ibidem

siguientes, estableciendo que la regla es que el proceso sea documental, siguiendo las directrices del anteproyecto del Código Modelo para Ibero América<sup>226</sup>.

Como ya se dijo, el Proceso Monitorio se inicia en Italia, con perfiles determinados y con el fin fundamental de acelerar el cobro de determinadas deudas. El régimen se desarrolla en los países europeos de donde pasa a Latinoamérica específicamente a Uruguay.

El Anteproyecto de Código Modelo para Ibero América, contempla al Proceso Monitorio como un instrumento idóneo para exigir el pago de una deuda; así, en Uruguay, desde la aprobación del Código de Procedimientos Civiles de 1877, se incluye en el juicio de entrega de la cosa (de dar cosa cierta y determinada), derivada de un contrato en el cual el actor demuestra haber cumplido con su parte, como puede ser la compraventa; la entrega efectiva de la herencia<sup>227</sup>.

---

<sup>226</sup> Debemos destacar el hecho de que el Código Modelo no tiene ni ha tenido la pretensión de regir en ningún país en forma efectiva. Es solo lo que su nombre dice, un “modelo”, que recoge múltiples instituciones comunes (con diferencia de nombres) y trata de introducir otras receptadas por el trabajo común de la doctrina y jurisprudencia iberoamericanas, especialmente. Pero, independientemente de ello, de realizar una reforma profunda y de estructura de la Justicia iberoamericana, en este caso a través de uno de los elementos: la reforma de las instituciones procesales, de modo que se adecuen a los fines y objetivos propuestos y Para ello y sin perjuicio de la labor uniforme a través de los múltiples organismos que participaron, y de la particular en cada uno de los países, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal consideró del caso, preparar códigos modelos (o códigos tipo) que sirvieran de base a las reformas de los diferentes países y de instrumento a la integración y a la necesaria cooperación judicial que se busca (también) por otras vías; resulta lógico lo anteriormente dicho en virtud que las realidades particulares de lo países requieren que sus instrumentos estén acordes con sus constituciones, situación que es similar a lo acontecido en la Comunidad Europea, pues los instrumentos surgidos de su seno, como el de la Directiva contra la morosidad, que se estableció en el Libro Verde, se convirtieron en directrices a adoptar por cada uno de los países europeos, pero respondiendo de forma particular en cada caso.

<sup>227</sup> El proceso de estructura monitoria es de larga tradición en Uruguay, regulándose ya en el viejo Código. El CGP, tan sólo adapta esa estructura al proceso por audiencias. Desde siempre, la regulación de esta estructura procesal ha constituido un factor fundamental de agilización de los procesos, fundamentalmente en lo que refiere al cobro de documentos comerciales (vales, cheques, letras de cambio). La vía monitoria se reserva para ciertas pretensiones dotadas ab initio de una fuerte presunción de fundabilidad, fehaciencia o certeza (monitorio documental). La estructura monitoria ha funcionado en la práctica con gran eficacia y celeridad, sin afectar las garantías del debido proceso legal y del ejercicio adecuado del derecho de defensa en juicio. No obstante ello surgieron una serie de críticas apocalípticas que hicieron los opositores a la reforma las que pueden resumirse del siguiente modo: a) Se colocaría en inferioridad de condiciones al actor, en tanto debe aportar toda la prueba con la demanda, y ello afecta la garantía del debido proceso, y transforma en gran medida en aleatorio el

Posteriormente en 1972, la Ley de Desalojos admitió este juicio para el desalojo, previendo la posibilidad de intimar al mismo y citar de excepciones tanto al vencimiento del contrato, como en el mal pagador, intimando al pago.

Se ha sostenido en el Derecho Uruguayo, que el proceso ejecutivo es de conocimiento y no de ejecución; en ese caso, se concluye que el monitorio también sería de conocimiento, o para obtener otros títulos ejecutivos.

En el Proceso Monitorio documental, como lo sería el juicio ejecutivo en Uruguay, mediante la presentación del título, el juez verifica el o los documentos. Más compleja es la situación en el Proceso Monitorio no documental (en el que algunos sostienen que se forma el título dentro del monitorio), pero es posible verificar, igualmente, la exigencia de ciertos supuestos que permiten al Tribunal mediante conocimiento sumario, dictar su sentencia y luego citar de excepciones<sup>228</sup>.

---

resultado del proceso; b) Las innumerables posibilidades de suspensión y prórroga de las audiencias harían al nuevo proceso más lento que el anterior; c) El acta resumida afectaría las garantías de la segunda instancia; d) Los nuevos Juzgados no podrían absorber el volumen de audiencias a realizarse, generándose un atraso acumulativo que se incrementaría paulatinamente hasta dilatar por más de cinco años la fijación de las audiencias; e) Los nuevos jueces que deberían necesariamente nombrarse carecerían de experiencia y ello conllevaría un notorio descenso del nivel técnico de las sentencias, además de dudarse sobre las posibilidades de ejercicio adecuado del poder de dirección del proceso; f) El costo del proceso se incrementaría notablemente, por cuanto la necesaria concurrencia a las audiencias haría imprescindible la integración de abogados en equipos o la incorporación de nuevos letrados, cuyos honorarios adicionales deberían ser absorbidos por los patrocinados, con el natural encarecimiento del servicio que ello provocaría; g) Diversos panelistas avizoraban que la reforma conduciría al Poder Judicial a una verdadera catástrofe. Las críticas, en definitiva provenían de quienes no estaban dispuestos a encarar el cambio de mentalidad que a los operadores jurídicos el nuevo sistema exigía o de aquellos que, confiados en que la reforma no habría de ser aprobada ni el Código entraría en vigencia en forma inmediata, no habían siquiera tomado conocimiento de las bases o principios fundamentales del nuevo sistema. El listado precedente, así como otras informaciones de este trabajo, fueron elaboradas considerando lo expuesto por el Ministro de la Suprema Corte de Justicia, Dr. Daniel Gutiérrez en la exposición realizada en las III Jornadas Patagónicas de Derecho Procesal, realizadas el 2 de diciembre de 2004 en Puerto Madryn, Argentina. Vid. PEREIRA CAMPOS, S, y otros en "Los procesos ordinarios civiles por audiencias", La Reforma de La Justicia Civil en Uruguay, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2007, pp. 16-25.

<sup>228</sup> VESCOVI, E., El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, Texto de Anteproyecto. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Segunda Edición.

Así en el Derecho Uruguayo se discute si la sentencia inicial es definitiva o interlocutoria. Lo esencial es que, en todo caso, el actor podrá impugnar la resolución judicial mediante los recursos (especialmente el de apelación) mientras que para el demandado la única forma de impugnación es a través de las excepciones, V.gr. la norma que rige el juicio ejecutivo en Uruguay<sup>229</sup>.

### 3.11. Proceso Monitorio en Venezuela

El proceso ejecutivo se trata en el Título 2<sup>o</sup>, estando en primer término previsto el trámite ejecutivo (“De la vía ejecutiva.”), se incluyen con ésa fuerza de ejecución: el instrumento público u otro instrumento auténtico que pruebe clara y ciertamente la obligación del demandado de pagar alguna cantidad líquida con plazo cumplido; o vale, o bien un instrumento privado reconocido por el deudor. Este proceso es similar a los procesos ejecutivos que conocemos<sup>230</sup>.

Luego, en el Capítulo 2<sup>o</sup> del mismo Título trata del procedimiento monitorio (“Del Procedimiento por Intimación”) el cual se habilita cuando la pretensión del demandante persiga el pago de una suma líquida y exigible de dinero o la entrega de cantidad cierta de cosas fungibles o de una cosa mueble determinada, siendo prueba suficientes: los instrumentos públicos, los instrumentos privados, las cartas misivas, las facturas aceptadas, las letras de cambio, pagarés, cheques y cualesquiera otros documentos negociables. Cuando se requiera la entrega de cantidad cierta de cosas fungibles, se deberá expresar en la demanda, la suma de

---

<sup>229</sup> Dicha Ley número 13.355 Artículo 53, dispone que “cuando se pida la ejecución en virtud de algunos títulos que la aparejan el juez decretará inmediatamente el embargo y mandará llevar adelante la ejecución hasta hacerse efectiva la cantidad reclamada, los intereses, costas y costos. Si no considera bastante el documento declara que no hay lugar a la ejecución. Una y otra cosa sin excepciones al ejecutado. Si se opusiere excepciones se procederá de conformidad con lo dispuesto por los Artículos 889 y ss. C. P. C.” (es decir, traslado al ejecutante, apertura a prueba, si corresponde y sentencia apelable).

<sup>230</sup> El Código de Procedimiento Civil de Venezuela, en vigencia desde el 2 de agosto de 1990, vino a reemplazar el del año 1916 que regía la república, conteniendo algunas figuras e instituciones tales como: alguaciles, asociados y relatores, etc.

dinero que estaría dispuesto a aceptar si no se cumpliera la presentación en especie para la definitiva liberación de la otra parte. En este caso, si el Juez considera desproporcionada la suma indicada, antes de proveer sobre la demanda podrá exigir al demandante que presente un medio de prueba en que conste el justo precio o el precio corriente de la cosa<sup>231</sup>.

También el telegrama hace fe como instrumento privado cuando el original lleva la firma del remitente o cuando se prueba que fue entregado en nombre de esa persona, siempre que la escritura fuere autógrafa.

En cuanto al requisito de la exigibilidad, éste está circunscrito al cumplimiento de las obligaciones vencidas. El requisito de certeza del crédito no es necesario para su admisibilidad, toda vez que no es éste un procedimiento ejecutivo, sino, por el contrario, un procedimiento abreviado de cognición, el cual trata de construir mediante la preclusión, aquella declaración de certeza que abrirá el camino a la ejecución.

Con estos instrumentos se realiza una intimación<sup>232</sup> por diez días con apercibimiento de ejecución al deudor. El demandante puede optar entre el procedimiento ordinario y éste procedimiento, pero con la limitación que no será aplicable cuando el deudor no esté

---

<sup>231</sup> El Código Civil venezolano (que complementa en éste instituto al Código de Procedimiento Civil), analizando sólo algunas de sus particularidades, tiene prevista la presentación como instrumentos de prueba las cartas misivas dirigidas por una de las partes a la otra, siempre que en ellas se trate de la existencia de una obligación o de su extinción; el autor de la carta puede exigir la presentación de ésta a la persona a quien fue destinada o ésta producirla en juicio para los efectos mencionados. Puede utilizarse una carta dirigida a un tercero por alguno de los interesados en el juicio o por personas extrañas, si el tercero y el autor de la carta prestan su consentimiento. Los herederos y causahabientes de las personas que dirigieron o recibieron dichas cartas pueden emplearlas como medio de prueba en los mismos casos. No se requiere firma en la carta misiva cuando fueron escritas de puño y letra de la persona a quien se atribuyan y remitidas a destino

<sup>232</sup> En el mandamiento de intimación debe indicarse el Tribunal que lo dicta, el nombre, apellido y domicilio del demandante y del demandado, el monto de la deuda, con los intereses reclamados; la cosa o cantidad de cosas que deben ser entregadas, la suma que a falta de prestación en especie debe pagar el intimado y las costas que debe pagar; el apercibimiento de que dentro del plazo de diez días, a contar de su intimación, debe pagar o formular su oposición y que no habiendo oposición, se procederá a la ejecución forzosa. Los honorarios del demandante no pueden exceder del veinticinco por ciento del monto de demanda.

presente en la República y no haya dejado apoderado a quien pueda intimarse, o si el apoderado que hubiere dejado se negare a representarlo.

En lo que respecta a la competencia, para interponer ésta acción se tendrá en cuenta el domicilio del deudor, así como la materia y el valor de lo reclamado, salvo elección de domicilio prevista en el instrumento.

La demanda debe contener los requisitos comunes previstos por el Código para toda demanda. Los motivos por los cuales puede rechazar el juez la demanda se circunscriben al incumplimiento de los requisitos de la demanda, falta de prueba escrita del derecho que se alega o cuando quien reclama tenga pendiente de cumplimiento una contraprestación o condición.

Se puede decretar embargo de bienes muebles, prohibición de enajenar y gravar inmuebles o secuestro de bienes determinados si la demanda estuviere fundada en instrumento público, instrumento privado reconocido o tenido legalmente por reconocido, facturas aceptadas o en letras de cambio, pagarés, cheques, y en cualesquiera otros documentos negociables. En los demás casos se puede exigir contra cautela. La ejecución de las medidas decretadas es urgente.

Si buscado el demandado no se le encontrare, el Alguacil dará cuenta al Juez, expresando las direcciones o lugares en que lo haya solicitado, y éste dispondrá, dentro del tercer día, que el Secretario del Tribunal fije en la puerta de la casa de habitación del intimado, o en la de su oficina o negocio, si fueren conocidos o aparecieren de los autos, un cartel que contenga la transcripción íntegra del decreto de intimación. Otro cartel igual se publicará por la prensa, en un diario de mayor circulación en la localidad, que indicará expresamente el Juez,

durante treinta días, una vez por semana.

El intimado o su defensor, en caso de ausencia (defensor de ausentes), deberán formular su oposición dentro de los diez días siguientes a su notificación personal. Si el intimado o el defensor en su caso, no formulare oposición dentro de los plazos mencionados, no podrá ya formularse y se procederá como en sentencia pasarla en autoridad de cosa juzgada, entendemos material. Formulada la oposición en tiempo y forma no podrá procederse a la ejecución forzosa y se entenderán citadas las partes para la contestación de la demanda, la cual tendrá lugar dentro de los cinco días siguientes, sin necesidad de la presencia del demandante, continuando el proceso por los trámites del procedimiento ordinario o del breve, según corresponda por la cuantía de la demanda. Éste proceso autónomo de conocimiento abreviado es del tipo especial documental<sup>233</sup>.

### 3.12. Proceso Monitorio en Brasil

La acción monitoria se instaura en Brasil<sup>234</sup> a partir de la reforma al Capítulo XV, Título I,

---

<sup>233</sup> El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica dispone sobre la oralidad cuando regula la Actividad Procesal (Título VI), dentro de las Disposiciones Generales (Capítulo I) con lo relacionado a Audiencias (Sección V). También en el Proceso de Conocimiento (Título IV), el Proceso Ordinario (Capítulo I), donde dispone sobre las audiencias preliminar y complementaria (Arts. 300 al 303). Al efecto establece la normativa en comento, que en los procesos que se desarrollan por audiencias: "...el Tribunal las presidirá por sí mismo, bajo pena de nulidad que compromete su responsabilidad funcional" (Primera Parte Art. 95) y "...se deberán fijar las fechas de éstas con la mayor contigüidad posible a los efectos de procurar la continuidad del proceso y la identidad del titular del órgano jurisdiccional" (Primera Parte Art. 96); también que "...de lo actuado en toda audiencia se documentará en forma resumida, en acta que se labrará durante su transcurso o al cabo de ella" (Primera Parte Art. 97). La regulación considerada es similar a la de la normativa procesal venezolana, de ahí que dada la trascendencia del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, proponente de ese Código Modelo, y su importante papel de orientar el desarrollo de la legislación procesal de la zona, y observar las tendencias más modernas en materia del proceso civil, debemos reconocer la influencia positiva de ese instrumento en la normativa procesal iberoamericana, y en concreto en la venezolana, de la cual una muestra lo es el mandamiento por intimación Vid. CUENCA, H., Derecho Procesal Civil, 2000, t. II, Octava Edición, Caracas, ediciones de la biblioteca de la Universidad Central de Venezuela.

<sup>234</sup> La reciente Ley 10.444/02, mejoró el panorama de aplicabilidad del Proceso Monitorio brasileño. Se insertó un nuevo artículo en el código de la acción civil (art. 461-A), este permite, en las obligaciones para la entrega de la cosa, la satisfacción del derecho planteado bajo el mismo proceso de conocimiento. Para la realización eficaz de éste derecho, el juez puede decretar medidas coercitivas de ayuda, por ejemplo: búsqueda y aprehensión de cosas, retiro de personas y cosas, de impedir obras y actividades dañosas, imposición de

del Libro IV, del Código del Proceso Civil, por Ley 9079 del 14 de julio de 1995 con instrumento escrito -no tan avanzado como el Proceso Monitorio puro-, que sin reunir la fuerza de un título ejecutivo, pretenda el pago de una suma de dinero, entrega de cosa fungible y de bien inmueble determinado, constando la demanda con la debida forma se trasladará al demandado con quince días de plazo<sup>235</sup>, en los cuales podrá oponer excepciones, que suspenderán la eficacia de la ejecución, en caso de no oponerse se lleva adelante la ejecución conforme el procedimiento previsto para éste supuesto. Llegando al extremo, éste vecino país, que se puede demandar simplemente con la fotocopia de un cheque<sup>236</sup>.

En el caso de producirse error en la demanda o faltarle algún requisito el juez intimará por diez días a enmendar o completar la acción, caso contrario declarará extinto el proceso.

Asimismo en caso que el demandado cumpla con la intimación se le exime de las costas del proceso en su totalidad.

---

multas por retraso de tiempo, entre otros. Básicamente se trata de un proceso autónomo de conocimiento del tipo especial documental tomando la clasificación que efectúa Piero Calamandrei). La sentencia, en caso de no existir oposición, hace cosa juzgada material. Vid. PEREIRA FILHO, B., "Procedimento Monitorio e sua executoriedade", *Em Tempo* (Marília), Marília/SP, v. 5, 2003, pp. 37-50.

<sup>235</sup> El procedimiento de pequeñas causas en Brasil inicia cuando el accionante lo solicita de manera oral o escrita ante la secretaría del juzgado especial. Debe mencionar los datos de las partes, los hechos y fundamentos de su reclamación, y el valor de la misma. Una vez ingresada la causa, se fija audiencia de conciliación en un plazo de 15 días, y se notifica al demandado, quien no puede realizar reconvencción. La audiencia de conciliación es realizada por un conciliador, por un juez togado o por un juez lego. Si las partes llegan a un acuerdo, se homologa mediante sentencia que presta mérito ejecutivo. Cuando el demandado no comparece injustificadamente, el juez togado promulga sentencia. En los casos en los que las partes no concilian, pueden ir a juicio arbitral desarrollado por un juez lego, o a audiencia de instrucción y juzgamiento dentro de los quince días siguientes. Finalmente, se profiere sentencia en audiencia o en un plazo máximo de 10 días.

<sup>236</sup>Vid. CARNELUTTI, F. "Cómo se hace un proceso". Ed. Temis, Bogotá, Traducción de SENTIS MELENDO, S. y AYERRA REDÍN, M., 4 reimpresión de la 2 edición, 2004, p. 164. Véase también CARNELUTTI, F. "La prova civile. Parte generale: Il concetto giuridico della prova". Dott A. Giuffrè Editore, Milano, 1992, p. 44. De allí que se diga que el juez no juzga sobre un criterio de certeza, sino de probabilidad.

### 3.13. El intento de Chile de instaurar un “monitorio” carente de sus elementales características

No obstante las diferencias culturales y de tradición jurídica, la importancia práctica del procedimiento monitorio en cuanto a su previsible utilización en Chile y a los intereses económicos que se ven implicados, así como la experiencia de algunos países con experiencia en su instrumentación, permiten que resulte de interés competir en la conquista del “mercado” de la reclamación del crédito en algunos de los ordenamientos iberoamericanos que todavía algunos no cuentan con él<sup>237</sup>. La presentación del ACPC<sup>238</sup> no nos dice cual es la concepción y naturaleza jurídica de la que ha querido dotar el legislador al procedimiento monitorio<sup>239</sup>. Se limita a decir que se incorpora éste: *“como procedimiento nuevo a nuestro sistema procesal civil, puesto que su aplicación en el derecho comparado nos han convencido de su utilidad práctica”*. Así y todo si se trata de una mera “incorporación” como se afirma, ésta solamente se habrá podido producir respetando la concepción y naturaleza jurídica que sobre el procedimiento monitorio existen ya en el “derecho comparado”.

El ACPC habla siempre de “procedimiento” monitorio, de modo que alude a los aspectos meramente formales o externos de la actividad procesal, a los de mera tramitación<sup>240</sup>. Esta denominación, en realidad correcta, deja positivamente subsistente la duda de si se está regulando un verdadero proceso, alguna especie de jurisdicción voluntaria o a lo sumo actos preparatorios del verdadero proceso de ejecución que le podrá seguir.

---

<sup>237</sup> En la actualidad son muchos los países latinoamericanos que cuentan con procedimiento monitorio, entre estos Brasil, Uruguay, Perú, Costa Rica, El Salvador, etc.

<sup>238</sup> Anteproyecto de Código Procesal Civil de Chile (ACPC).

<sup>239</sup> Vid. diversas posibilidades de configuración en PÉREZ RAGONE, A. J., «En torno al procedimiento monitorio desde el Derecho Procesal comparado europeo: caracterización, elementos esenciales y accidentales», en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XIX, núm. 1, julio 2006, págs. 205-35.

<sup>240</sup> A efecto de comprender mejor la distinción entre proceso y procedimiento, vid. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal. Introducción*, (con JUAN y CÁMARA), ed. Edisofer, Madrid, pp. 23-6.

En el texto del ACPC llama la atención, aunque sea con intensidad variable, entre otras cosas, Se dice que servirá “para reclamar” el pago de deudas (art. 507), El escrito de iniciación no se denomina “demanda” sino “petición inicial” (arts. 508, 509)<sup>241</sup>, ni al acreedor “demandante” sino “peticionario” (art. 510.2). Se habla de que la petición inicial “será desestimada” por los motivos del art. 509.1 y 2, que son claramente formales y no de fondo. Si se cumplen los requisitos, el juez “despachará” requerimiento (art. 510). Si no hay pago ni oposición, “despachará de oficio” mandamiento de ejecución y embargo (art. 512), Se afirma que el monitorio finalizará tanto si se abre la ejecución (art. 512) como al formularse oposición (art. 514). Y, sobre todo, no se prevé que el monitorio tenga efecto alguno de cosa juzgada cuando el deudor no paga ni formula oposición. Es más, el art. 509 parece excluirlo<sup>242</sup>.

Un procedimiento con estas características, y sin dotársele de cosa juzgada y reducido al mero requerimiento pues finaliza en todo caso si hay pago, oposición o “incomparecencia” o mera comparecencia sin oposición ni pago del deudor, pone en tela de juicio su definición como verdadero proceso y, lo que es más grave, reduce a mínimos su aprovechamiento operativo.

Es evidente que ha sido previsto como un procedimiento judicial, pero ya no resulta tan obvio entender que el juez actúa con verdaderas funciones jurisdiccionales. Si el procedimiento no se inicia con demanda, finaliza ocurra lo que ocurra tras el requerimiento y no tiene en ningún caso efecto de cosa juzgada, esto, consiste básicamente en un requerimiento para que pague el deudor, la intervención judicial, al menos ejerciendo potestad jurisdiccional,

---

<sup>241</sup> Sin embargo, en otros momentos sí se utiliza la expresión “demanda monitoria” (art. 35 a) ACPC).

<sup>242</sup> Parece excluirla porque el equivoco término “desestimar”, no produce ningún efecto de cosa juzgada, pues nada ha sido juzgado en ese momento ni en realidad desestimado, al menos con contradicción, sino que sencillamente se ha rechazado la petición por razones estrictamente formales. Y por si había alguna duda sobre este aspecto, en caso de que se cumplan los requisitos formales de los arts. 506 a 508 ACPC, el art. 510.1 del mismo impone que el juez incorpore en el requerimiento de pago “la advertencia de que el Tribunal no ha examinado la justificación de la deuda antes de despachar el requerimiento de pago”.

no resulta imprescindible. A lo sumo el juez actuaría con función de mera garantía de los derechos, en este caso, de que el requerimiento se practique con garantías y más en concreto, como dispone el art. 511 ACPD, personalmente entregándole “copia íntegra de la resolución y de la solicitud en que haya recaído”.

Pero tal actividad estrictamente no pertenece al ámbito exclusivo de la función jurisdiccional, más bien es de naturaleza administrativa. Parece claro que requerir con garantías no exige la intervención judicial, ni mucho menos ejerciendo potestad jurisdiccional, pues perfectamente podría ofrecer garantías equivalentes la actuación de otra autoridad o persona habilitada, como ocurre habitualmente en procedimientos como los administrativos sancionadores y otros. Ahora bien, hay indicios en el ACPC que permiten inclinarnos por entender que la voluntad es la de atribuir a la actuación judicial el ejercicio de potestad jurisdiccional y por tanto alzando el procedimiento monitorio a la categoría de verdadero proceso.

En la presentación del ACPC, se afirma que en su texto “no se consideran los denominados asuntos judiciales no contenciosos, los que atendida su naturaleza jurídica administrativa deberá ser tratada en una ley especial”. Por otra parte, a la “incomparecencia” del deudor se atribuyen tan graves consecuencias como que se dicte mandamiento de ejecución y embargo (art. 512 ACPC). Por último, la propia literatura utilizada en el texto de la regulación se habla de “Proceso Monitorio” y no solamente de procedimiento, así ocurre por ejemplo en los arts. 506.I, 509 y 514.I ACPC. Por estas razones podemos entender que no se quiere regular un mero procedimiento de la llamada “jurisdicción voluntaria” en que el juez solamente actúa en garantía de derechos, sino un verdadero proceso, por tanto, judicial y jurisdiccional.

Sostener que el procedimiento monitorio, incluido el regulado en el ACPC, tiene naturaleza jurídica específica, llámese monitoria o como se quiera llamar, y por tanto

atípica respecto del resto de procesos<sup>243</sup>, nos parece un modo como cualquier otro de poner de manifiesto la incapacidad para encuadrar debidamente la naturaleza de un procedimiento especial, con sus particularidades y características propias. Creo que los procesos son bien de declaración o bien de ejecución, y a lo sumo, cautelares.

En efecto, si esta oposición tiene como virtualidad que se ponga fin al monitorio (art. 514.I ACPC), sin consecuencia alguna para las partes y en particular sin que las razones en que se funde la oposición sean vinculantes “para en el eventual proceso declarativo ordinario que se lleve a cabo posteriormente” (art. 513.IV ACPC), es claro que la viabilidad y eficacia del procedimiento monitorio va a depender de la sola voluntad del deudor que decida ponerle fin presentando un simple escrito sin mayores exigencias que tenga la apariencia de razones por las que no debe pagar. Y es que sin previsión de sanción, podrá el deudor formular la oposición que considere oportuno en la que esgrima “razones” diversas por las que considera no ser deudor.

Lo más grave es que se atribuye consecuencia finalizadora del monitorio desvinculada del ulterior proceso a un escrito en el que se aporten tales “razones” sin que haya circunstancias que impongan o favorezcan que las mismas tengan alguna correspondencia con la realidad, fundamento o acreditación. Quedando el deudor libre para decir, sin control ni consecuencia negativa, lo que mejor le venga en gana sin limitación alguna. Y lo que diga hará que termine el monitorio. Solo aparece un pequeño atisbo de consecuencia negativa para el

---

<sup>243</sup> Si llegara este procedimiento monitorio a configurarse en el definitivo Código Procesal Civil como una sucesión de actos más o menos organizados procedimentalmente y preparatorios de la posterior ejecución, o como un verdadero proceso declarativo especial, forma parte de la opción “técnico-política” del legislador. Pero, con una actitud más consecuente y con una perspectiva omnicomprendensiva de la tutela que se ofrece al crédito con la llamada “técnica monitoria”, y, sobre todo, en la forma de aprovechar todas las posibilidades que permite el monitorio, pasaría por considerarlo y regularlo como algo más que unos meros actos preparatorios de una eventual ejecución, sino como un verdadero proceso de declaración, muy especial, e integrado por un requerimiento y con unos actos que, por muy eventuales que se consideren, cuando se produzcan tengan toda la eficacia. Y tal y como se está planteando, el procedimiento monitorio estaría destinado a ser un fracaso, consecuencia de los desorbitados efectos que se atribuyen en el art. 513 ACPC a la oposición señalando “las razones por las cuales no debe en todo o en partes la deuda u otros motivos por los cuales no debe en definitiva despacharse ejecución en su contra.

deudor que formula oposición, cuando en el art. 510.3 se habla de que “de no presentarse oposición o de rechazarse ésta por el Tribunal, se despachará de oficio...” Parece así que la oposición podrá ser “rechazada”, aunque no sea por incumplir con una acreditación, fundamento o correspondencia con la realidad de las razones afirmada. Este “rechazo”, término equivalente a no admisión y mucho más correcto que el de “desestimación” a estos efectos, implica que el juez atienda a cuestiones estrictamente formales, como lo corrobora el art. 512 ACPC cuando dice que si la oposición “fuere rechazada por el Tribunal por no cumplir con algún requisito *de forma o por presentarse fuera de plazo*, éste dictará de oficio mandamiento...” De ese modo, la única exigencia que se impone al deudor al formular oposición es cumplir con unos requisitos formales y temporales, a partir de ahí, puede decir lo que mejor se le ocurra, puesto que, diga lo que diga con apariencia de razón, pondrá fin al monitorio sin que le acarree consecuencia adversa alguna<sup>244</sup>.

### 3.14. Proceso Monitorio en Costa Rica

Los nuevos retos del derecho procesal civil no es posible afrontarlos únicamente a través de las extraordinarias y ricas formulaciones de tipo técnico-científico ofrecidas majestuosamente en un primer momento por la doctrina alemana y luego la italiana.

El exquisito bagaje científico proveniente del ingenio alemán e italiano y exportado a nuestras fronteras es algo que debe ser permanente y re adaptable a los requerimientos

---

<sup>244</sup> Para que el mencionado monitorio tenga éxito, debe cumplir con dos características generales, ausentes en el texto del ACPC: La *eficacia de cosa juzgada cuando el proceso finalice por falta de pago u oposición*, pues la mejor forma de proteger el crédito, es otorgar seguridad jurídica a la posición del acreedor y dotar de mayor eficacia al monitorio, es cerrando las posibilidades de ulteriores debates sobre la existencia y subsistencia de la deuda entre las partes. Y *vinculación e íntima conexión de la oposición del deudor con el eventual proceso ulterior para sustanciarla*, ya que el éxito y la eficacia práctica de este procedimiento, sobre todo cuando se trata de cuantías elevadas, radica en que al deudor no le salga “ventajosamente” la oposición.

de cada época<sup>245</sup>. La monumental aportación de la doctrina alemana e italiana en la primera mitad del siglo recién finalizado resulta inobjetable, referida a los conceptos de derecho de acción y de relación jurídica procesal, de situación procesal, de acto procesal, de presupuestos procesales, de sujetos del mismo, de objeto del proceso y de efectos del proceso y cosa juzgada, etc.

El escenario ha sido extraordinariamente complicado, por los cambios en la realidad social, que han hecho modificar el rumbo de partida y las políticas operativas de la función jurisdiccional. Mientras el proceso civil fue un instrumento por el que la reducida clase media de un país solucionaba sus litigios, la doctrina pudo afrontar el estudio de las grandes cuestiones teóricas de ese instrumento. Pero cuando al mismo ha accedido un número cada vez mayor de ciudadanos tanto por la ampliación de las clases medias como por el acceso al proceso de otras capas de la población, con lo que el proceso civil ha pasado a ser un fenómeno de masas, se ha convertido en acuciante la efectividad práctica del mismo, con lo que las cuestiones teóricas han quedado –por el momento- en un segundo plano. No se trata de su desaparición, sino que han sido planteadas de modo distinto.

Los problemas de las grandes ciudades suelen terminar en los estrados, lo que determina que en la actualidad los tribunales se encuentren “atosigados” de asuntos. El fenómeno es común para Europa y Latinoamérica. Dentro de las propuestas para afrontar los inconvenientes de la mora judicial, se sugirieron la implantación de cuotas o cuadros estadísticos de producción de sentencias por parte de los jueces. La preocupación de los órganos de gobierno del Poder Judicial resulto agobiante por la excesiva cantidad de casos cuya soluciones reflejadas en las sentencias, no necesariamente reflejaban calidad ante tan lamentables condicionantes.

---

<sup>245</sup> HERNÁNDEZ AGUILAR, A., “Proceso civil y oralidad en Costa Rica”, en Revista “oralidad y formalización de la justicia”, año 3, n 7, del Centro de Estudios Judiciales para las Américas (CEJA), 2004, p. 80.

Por lo que ante el incontrolable crecimiento de la litigiosidad, si el juez asume su función con todas sus luces, será visible que el atosigamiento al que está sometido le impedirá desplegar su actividad mental de cabo a rabo, y deberá conformarse con soluciones rápidas, inmediatas, que le permitan salir del embrollo y no atrasar los asuntos de su despacho.

El encumbramiento de la función jurisdiccional se exhibió cuantitativamente, por el creciente cúmulo de las cuestiones que se sometían a decisión –fruto del mayor acceso a la justicia-. En efecto, el juez se encontraba instalado como director del proceso, conciliador y conductor en aplicación de los principios de intermediación, concentración, saneamiento, celeridad, economía procesal, aseguramiento de la igualdad, prevención y sanción de los actos contrarios al deber de lealtad, probidad y buena fe, administrador, gestor, componedor, lo cual requirió una concepción distinta a la de *mera neutralidad*, pues el proceso debe ser *funcional*<sup>246</sup> y el juez no puede abroquelarse en la mera situación normativa.

Durante décadas que precedieron a la reforma procesal, se venía clamando nuevas leyes procesales, y se *demonizo* -como ahora es moda decir a las leyes procesales-, culpándolas de todos los males de la Justicia, circunstancia que considero no ser procedente. Pues el anormal atraso o la extraordinaria acumulación de asuntos en los Tribunales, con indudable incidencia en la efectividad de la tutela judicial que garantizaba la Constitución<sup>247</sup>, debía tener una singular respuesta no sólo en la ley, sino en un cambio de actitud de la comunidad en general, pues en la Administración de Justicia, al fin y al cabo todos son partícipes. Los clamores de

---

<sup>246</sup> Ante las novedades que presenta el modelo económico actual, resulto especialmente necesario arbitrar un sistema rápido y eficaz de tutela judicial del crédito, pues sólo así se garantiza la oportuna confianza de los diferentes operadores económicos y cierta estabilidad en el tráfico mercantil. Por ello en el orden jurídico las leyes deben ser esencialmente sensibles a la hora de proteger el tráfico mercantil, articulando los mecanismos necesarios que concedan seguridad a los sujetos intervinientes en la contratación. La realidad del tráfico mercantil acreditaba que en multitud de ocasiones, las obligaciones devenían en incumplidas por una diversidad de razones, incluidos los actos fraudulentos del deudor-obligado, que repercutían indefectiblemente en perjuicio del acreedor, impidiendo a su vez una mayor rapidez y seguridad en la circulación de los derechos, especialmente de los derechos de crédito.

<sup>247</sup> Art.41 de la Constitución Política de Costa Rica.

cambio radical no necesariamente se arreglan con un nuevo Código Procesal, con la implantación de la oralidad y, en concreto, los defectos de la justicia civil no responden en exclusiva a las leyes procesales, sino a otras causas exógenas como la organización, la defectuosa aplicación y también por los litigantes. En suma requiere de un cambio de cultura.

La máxima aspiración de la oralidad en el nuevo proceso civil radica, en teoría, en las audiencias orales. Esta innovación es grande y puede no resultar fácil hacerse de inmediato a la idea de lo que se pretende. El éxito alcanzado en el derecho comparado a través del sistema de audiencias es variable. Así en algunas legislaciones como la española se fracasó en la práctica porque no se crearon las condiciones personales y materiales imprescindibles para que el sistema pudiera aplicarse. No obstante, ahora se vuelve a intentar la introducción del sistema en España con la nueva LEC<sup>248</sup>. En contraposición a España en su primera incursión en los juicios de menor cuantía, en Italia, Alemania y Brasil, los resultados han sido provechosos.

Dentro de la búsqueda de posibilidades de una aceleración del proceso en estas consideraciones, la propuesta sugerida por la doctrina es que la audiencia oral y la práctica de la prueba deben ser reunidas en un solo término (en un solo llamamiento o plazo). Para hacer eso posible se prevé un llamamiento preliminar, para limpiar y superar los obstáculos en la decisión del juicio. La búsqueda de ese camino distinto se inició con la Ordenanza Procesal Civil austríaca de 1895, obra del Dr. Franz Klein<sup>249</sup>. La influencia de la obra de

---

<sup>248</sup> Ley de Enjuiciamiento civil española 1/2000 en vigencia desde el 7 de enero del 2000.

<sup>249</sup> FAIRÉN, V. " El Proyecto de la Ordenanza Procesal Civil austríaca visto por Franz Klein". En Estudios de Derecho Procesal, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pp. 301-323.

Klein llevó a la proliferación de audiencias preliminares o de instituciones semejantes en muy distintos ordenamientos procesales<sup>250</sup>.

La idea de Proteger más eficazmente el Crédito en Costa Rica en los últimos años ha experimentado un crecimiento desmedido de las demandas de cobros sustentadas en títulos ejecutivos que estaban comprometiendo seriamente la capacidad operativa y logística de los juzgados civiles, especialmente los radicados en la capital<sup>251</sup>.

El generalizado clamor por la excesiva cantidad y consecuente duración de los conflictos cobratorios determinó que las autoridades de la Corte Suprema de Justicia optaran por proponer una *nueva Ley de Cobro Judicial*<sup>252</sup>.

La nueva propuesta se sustenta en un proceso de estructura monitoria destinado a tutelar aquellos derechos de crédito de índole pecuniario que se encuentran debidamente documentados, dotados de fuerza ejecutiva o sin ella.

La finalidad del Proceso Monitorio radica en la rápida creación de un título ejecutivo de índole ejecutorio o judicial que posibilite el ingreso ágil y sin dilación a la etapa de ejecución verdaderamente coactiva. El título ejecutorio o judicial –sentencia de condena- corresponde al

---

<sup>250</sup> Italia la introdujo en el Código Procesal Civil de 1940-42 por la Ley núm. 353, del 26 de noviembre de 1990, Alemania, por la Novela del 1 de julio de 1977 –la Vereinfachungs-novelle-, Portugal con el Despacho saneador fijado en el Decreto núm. 12.353, de 12 septiembre de 1926.

<sup>251</sup> La cantidad de casos entrados en materia civil en los juzgados civiles de mayor cuantía de San José, representó para 2002 un total de 25.756 asuntos, cantidad que en comparación con lo ingresado un año atrás (23.376) aumentó en 2.380 casos. El 87.43 por ciento (15.921) de los procesos civiles ingresados durante los primeros nueve meses de 2003 (18.211), en los Juzgados Civiles, correspondieron a asuntos cobratorios; porcentaje mayor en comparación al valor obtenido durante 2001, que fue de un 85.51 por ciento, aunque similar al del año 2002 con un 87.19 por ciento.

<sup>252</sup> Ley n° 8624, aprobada mediante decreto legislativo de fecha 17 de octubre del 2007, publicación n° 34 en el Diario Oficial n° 223 de fecha 20 de noviembre del 2007.

documento ejecutivo por excelencia en nuestro ordenamiento. Para la realización de esta modalidad ejecutiva por parte del juez es necesaria la existencia de un título judicial –en este caso la sentencia de condena- que se ha obtenido a través de un previo proceso de declaración. Configurándose así la ejecución como una fase sucesiva a la declarativa realizada en el proceso. De este modo, lo que para el proceso declarativo constituye el resultado (la obtención de la sentencia), para el proceso de ejecución es el punto de partida (existencia de un título ejecutivo).

Así el artículo 1° de la citada Ley de Cobro Judicial establece un listado no cerrado de los concretos documentos que pueden servir de fundamento al Proceso Monitorio, lo que excluye cualquier interpretación que pudiere intentarse de dotarlo de *numerus clausus*, incluyéndose a los títulos cambiarios. Sin embargo, la realidad de que la deuda se encuentre documentada, no constituye causa suficiente para la procedencia de la demanda monitoria. Constituye, de igual forma, requisito imperativo que la deuda sea dineraria, líquida y exigible. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 5° de la citada Ley de Cobro Judicial, la naturaleza ejecutiva del documento base de la demanda presenta particular relevancia en cuanto a la posibilidad de decretar embargo. En el supuesto de documento ejecutivo, el embargo se practica a gestión de parte como ocurre con el embargo ejecutivo. Por su parte, el documento que adolece de tal cualidad jurídica, el embargo ostentaría la naturaleza de preventivo al ser solicitado como medida cautelar. De esta última forma, constituiría condición *sine qua non* para la realización del embargo preventivo, su solicitud de parte del acreedor, como medida cautelar con rendición de garantía en el escrito en que se formula la petición inicial o en un escrito independiente, con anterioridad o posterioridad a la presentación del escrito que inicia el Proceso Monitorio<sup>253</sup>.

---

<sup>253</sup> La aplicación de la Ley de Cobro Judicial corresponde a Juzgados Civiles especializados sin importar la cuantía, salvo las obligaciones agrarias que por su especialidad serán de conocimiento exclusivo de los juzgados agrarios, conforme a las previsiones contenidas en la Ley. A su vez, se establece autorización a la Corte Suprema de Justicia para especializar juzgados de cobro judicial en cada circuito en que se requiera conforme a la cantidad de asuntos.

La dinámica del Proceso Monitorio, radica en una especie de inversión o alteración del contradictorio consistente en el auto inicial en la que se acuerda la admisión de la petición inicial y el requerimiento de pago por ocho días al deudor. La admisión de la petición del acreedor se funda en un examen de los presupuestos que delimitan el ámbito del Proceso Monitorio así como del principio de prueba que el acreedor debe acompañar a su petición inicial.

No obstante, la admisión del procedimiento y la decisión de requerir de pago son dos resoluciones distintas, aunque se contengan, en un mismo auto. Mientras la admisión entraña una decisión sobre la concurrencia de los presupuestos y admisibilidad de la petición inicial, el requerimiento de pago se acuerda como una simple resolución de impulso del proceso. Se evidencia que el pronunciamiento del órgano jurisdiccional tiene un carácter meramente procesal, de admisión o inadmisión de la petición inicial.

Al no exigirse la constitución del documento base del monitorio la condición de título ejecutivo, su finalidad se limita a un principio de prueba, y por ende, no se lleva a cabo ningún acto de naturaleza ejecutiva, como lo demuestra el hecho de que el juez de oficio no decreta embargo una vez examinado el documento, salvo petición de parte en supuestos de título ejecutivo.

Por lo anterior, adquieren menor relevancia la exigencia de formalidades documentales que tradicionalmente han revestido en los procesos ejecutivos sumarios, pues ello ahora es irrelevante –salvo lo relativo al embargo-, ya que la ley hace derivar su fuerza probatoria de la incomparecencia o ausencia de prueba en el escrito de oposición, lo que transformaría la orden de pago en un título executorio.

Lo que el actor persigue, ante la negativa de pago de su deudor, es la obtención de un título

ejecutorio, no tanto un requerimiento de pago, que sólo se quiere en tanto que sirve para verificar - mediante la compulsión que entraña su naturaleza conminatoria- una presunción relativa de que el deudor no tiene nada que oponer a su pretensión. Ante el supuesto de falta de oposición o ausencia de prueba documental del deudor, es el argumento indirecto de certeza que determina la consecución del título ejecutorio sin necesidad de ulteriores trámites<sup>254</sup>.

El fondo del asunto quedara decidido, en la medida en que superada la etapa del requerimiento de pago, el Proceso Monitorio comporta una decisión inmediata –con apoyo en la contumacia del deudor y no en el documento que tan sólo sirvió de soporte probatorio para ingresar en el Proceso Monitorio-. Puede afirmarse así, que ante la conducta pasiva del deudor, el resultado que el proceso persigue en tales hipótesis no se alcanza tras la contradicción de las alegaciones de las partes, sino tras la constatación de la inexistencia de contradicción.

El Proceso Monitorio puede resultar muy eficaz en las situaciones descritas. Aunque indirectamente entraña una declaración del derecho, mantiene una estrecha relación con la función ejecutiva en cuanto se dirige de modo principal a facilitar la consecución de un título ejecutorio o sentencia de condena de manera ágil y rápida, sin necesidad de contar con la colaboración activa de quien no va a discutir el derecho del actor. Exigir como sucedía en el proceso ejecutivo sumario, la presencia de una fase de conocimiento aunque limitada, supone dificultar la ejecución pura.

---

<sup>254</sup> El nuevo modelo legal es consciente de que no puede establecerse un sistema unitario de ejecución que incluya sin adaptación alguna a los títulos cambiarios regulados en el Código de Comercio por las peculiares especialidades y características de esos títulos (letra de cambio, pagaré y cheque). Precisamente, se reconoce de modo expreso dentro de los motivos de oposición, la formulación de las denominadas excepciones cambiarias. Con la inclusión de estas excepciones se adecua el proceso cobratorio propuesto a las particularidades de estos títulos. Por lo tanto, no es dable pretender que los motivos de oposición dentro de un proceso cobratorio sustentado en una letra de cambio sean homogéneos a los motivos de oposición de otros títulos ejecutivos de índole extrajudicial (certificación de contador público autorizado, recibos por agua o electricidad, etc.), al adolecer de la naturaleza de títulos valores.

Particularmente los beneficios que ofrece el monitorio consisten en que si el deudor no paga ni contesta la demanda con prueba documental idónea en el plazo de ocho días, el juez despachará la ejecución, no en forma provisional como sucedía en el proceso ejecutivo de conocimiento sumario sujeta a una posterior confirmatoria obtenida a través de una sentencia de condena, sino que por el contrario, consiste en una ejecución coactiva o de apremio alcanzada por el actor en forma rápida y sin posibilidad de afrontar dilaciones innecesarias e injustificadas por el deudor.

Como gran novedad, esta ulterior etapa de contradicción se sustancia a través de una audiencia oral, para la que se dispone que los alegatos y las pruebas deban practicarse en único acto concentrado, con inmediación y publicidad. La parte resolutive de la sentencia deberá ser dictada una vez finalizada la audiencia y se cuenta con un máximo de cinco días para la confección de la parte considerativa del fallo. Se trata de una oposición limitada<sup>255</sup> por imperativo legal en motivos fundados y con la correspondiente aportación de prueba documental. Se evidencia que donde realmente radica la ventaja del acreedor ante esta modalidad de oposición calificada, es en descartar la posibilidad real de que el deudor formule oposiciones con efectos meramente dilatorios, pues la ley exige un mayor grado de exigencia y dificultad que comporta para el deudor la oposición al Proceso Monitorio, recayendo en él la carga de la prueba de los hechos modificativos o extintivos de las pretensiones formuladas en la demanda cobratoria.

---

<sup>255</sup>La modalidad de oposición a la que alude el deudor va a condicionar conforme a lo descrito, que, en el supuesto de que el proceso se desarrolle sin efectiva contradicción entre las partes, vendría a ser un mero expediente que facilitaría al acreedor el acceso a la ejecución, sin las demoras que entraña cualquier proceso contencioso. Por el contrario, ante la invocación de una fundada y calificada oposición con la aportación de prueba documental idónea por parte del deudor, la estructura del monitorio asume un tipo procesal distinto, en cuanto restaura la situación procesal de las partes a través del señalamiento de una audiencia oral, a un estado de equilibrio de posibilidades de alegación y defensa que permite alcanzar una decisión jurisdiccional mediante el enjuiciamiento de alegatos y posturas alegadas contradictoriamente.

### **3.15. Especialidades que presenta el Proceso Monitorio**

#### **3.15.1. El Procedimiento Monitorio Laboral chileno: Aspectos generales**

La reforma chilena a su procedimiento laboral<sup>256</sup>, contiene una serie de cambios sustantivos, donde le es asignado al Juez del Trabajo un rol activo en el proceso, de lo que dan cuenta los principios de la inmediación y el impulso procesal de oficio. Complemento sustantivo de esta reforma, lo constituye el incremento en el número de Jueces tanto del trabajo, así como la creación de los juzgados de cobranza laboral y previsional.

El Juez tiene la responsabilidad de dirigir efectivamente el proceso, y preocuparse en cada etapa de que este concluya en forma oportuna y efectiva, incluso en la etapa de cumplimiento del fallo, que no será ya responsabilidad del demandante sino del propio tribunal, sin olvidar el rol cautelar que le asigna la ley.

La mencionada reforma regula el procedimiento de aplicación general, el cumplimiento de la sentencia y la ejecución de los títulos ejecutivos laborales, el procedimiento de tutela laboral referida a la vulneración de derechos fundamentales, el procedimiento monitorio y el procedimiento de reclamación de multas y demás resoluciones administrativas.

Este apartado se ocupa del procedimiento monitorio, el que sin duda constituye uno de los aportes más importantes, no sólo al procedimiento laboral sino que también al derecho procesal en Chile, en lo que se convierte posiblemente en un anticipo a la reforma civil que

---

<sup>256</sup>Ley 20.087, publicada en el Diario Oficial de fecha 3 de enero de 2006, modificada por las leyes 20.252 y 20.260, publicadas en los Diarios Oficiales de fecha 15 de febrero de 2008 y 29 de marzo del mismo año, respectivamente, ha entrado en vigencia el 31 de marzo de 2008 en las regiones III y XII. En las restantes regiones entraron en vigencia de acuerdo al siguiente calendario: en las Regiones I, IV, V y XIV el 31 de octubre de 2008, en las Regiones II, VI, VII y VIII el 30 de abril de 2009, en la Región Metropolitana el 31 de agosto de 2009 y en las Regiones IX, X, XI y XV el 30 de octubre de 2009.

se está llevando a cabo todavía, y sobre la cual me he referido anteriormente. Efectivamente en materia penal existe un procedimiento de estructura monitoria, pero sin el alcance que puede llegar a tener esta institución que esta tan generalizada en Europa y otros países del mundo, fundamentalmente en demandas de cobro de dinero.

Sin duda, una particularidad del caso chileno, es que se incorpora el procedimiento monitorio en el ámbito del procedimiento laboral, y no en el procedimiento civil, como acontece en la mayoría de los países.

Una institución muy poco conocida en cultura jurídica chilena, tal vez ello explica las aprensiones y reticencias, incluso en América sólo la encontramos en algunos países como Perú, Brasil y Uruguay<sup>257</sup>. Sin embargo, al conocer sus características se concluye sobre su potencialidad como instrumento que salvaguardando la bilateralidad y derecho de las partes, permite evitar procesos inútiles donde la contradicción resulta innecesaria pero que debe cumplirse por la estructura procesal, destinando los tribunales y las partes recursos que podrían dirigirse a otros asuntos.

Domingo Kokisch, ex magistrado de la Corte Suprema de Chile, ha promovido con entusiasmo este procedimiento al decir que “Se debería abogar por una pronta introducción del proceso monitorio en Chile, aun cuando se podría objetar dada la enorme cantidad de procesos especiales existentes en nuestro ordenamiento jurídico, pero lo cierto es que nos encontramos ante un proceso especial que en la práctica, por su enorme importancia, se ha convertido (...) en el proceso de cognición ordinario de la gran mayoría de los países europeos. Más de siete millones de demandas anuales, sólo en la República Federal de Alemania

---

<sup>257</sup> PÉREZ RAGONE, A., Revista de Derecho, Vol XIX N° 1, julio 2006, Valdivia. 2006, pp.205-235.

avalan la gran efectividad práctica de este proceso. La introducción de este procedimiento en Chile no sólo es, por lo tanto, aconsejable sino que también recomendable”<sup>258</sup>.

Este procedimiento no estaba contenido en la propuesta de reforma al procedimiento laboral elaborada por el Foro constituido para esta materia, sino que es incorporado por indicación parlamentaria durante el proceso legislativo<sup>259</sup>.

A nivel de la Unión Europea “la Directiva 35/2000 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de junio de dicho año, se refiere en su artículo 5 al proceso monitorio, aún sin darle esa denominación estableciendo que, los Estados miembros velarán porque se pueda obtener un juicio ejecutivo, independientemente del importe de la deuda, normalmente en un plazo de 90 días naturales a partir de la presentación de la demanda o de la solicitud por parte del acreedor ante el juzgado competente, siempre que no haya impugnación de la deuda”.

La Unión Europea dictó el Reglamento 1896/2006<sup>260</sup>, por el cual se “establece un proceso monitorio europeo”, el cual se puede utilizar para demandas transfronterizas, manteniéndose los procedimientos especiales de cada país para el cobro al interior de sus fronteras, y comprende un amplio espectro de deudas derivadas de contratos de compraventa, arrendamientos, servicios, laboral, etc.<sup>261</sup>.

---

<sup>258</sup>KOKISCH, D. (2002), Revista Actualidad Jurídica N° 2, Enero 2002, Universidad del Desarrollo, Santiago.

<sup>259</sup>LIZAMA, L. (2006), Revista Derecho Laboral, Tomo XLIX – N° 221, FCU, Montevideo.

<sup>260</sup>Diario Oficial de la Unión Europea de 30.12.2006.

<sup>261</sup>El anexo I del Reglamento enumera el título del cual puede derivar la deuda: contrato de compraventa, contrato de arrendamiento (bien mueble, bien inmueble, alquiler comercial), contrato de servicios (electricidad, gas, agua, teléfono, asistencia sanitaria, transporte, asesoría legal, asesoría fiscal, asesoría técnica, hotel, restaurante, reparación, corretaje, otros), contrato de obras, contrato de seguros, préstamo, fianza u otro tipo de garantía, deudas derivadas de obligaciones extracontractuales si existe acuerdo entre las partes o un reconocimiento de deuda, deudas nacidas de la propiedad indivisa de un bien, daños y perjuicios – contrato, acuerdo de suscripción (periódico, revista), cuota de miembro, contrato laboral, acuerdo de alimentos, otras.

Independientemente del balance que pueda hacerse del proceso monitorio en Europa, interesa subrayar que su objetivo es evitar juicios innecesarios, cuando de los antecedentes acompañados por el reclamante o demandante –que carece de un título ejecutivo-, se deriva con claridad la existencia de una deuda, y que por lo tanto difícilmente existirá oposición del deudor, entonces no se justifica un proceso declarativo previo, y se desarrolla entonces esta modalidad más expedita, que se encuentra a mitad de camino entre un juicio ejecutivo y un juicio declarativo<sup>262</sup>.

A este procedimiento le han sido dados Distintos conceptos, a saber:

“Aquel que tiene por finalidad la rápida creación de un título puro de ejecución, por medio de la inversión del contradictorio en el sentido de que éste puede o no existir según que medie o no oposición del demandado”<sup>263</sup>.

“Procedimiento jurisdiccional carente de fase declarativa, destinado a tutelar aquellos derechos de créditos de índole pecuniaria y de mediana cuantía, que se encuentren debidamente documentados y cuya especial finalidad radica en obtener, en el menor tiempo, con el menor coste posible y sin más garantías que la derivada de la propia intervención judicial, un título que permitirá abrir el procedimiento de ejecución forzosa del derecho de crédito impagado”<sup>264</sup>.

“Proceso especial declarativo que tiene por objeto las pretensiones ordinarias líquidas de cuantía no superior a los cinco millones de pesetas en el que, la falta de oposición al

---

<sup>262</sup>Un acabado análisis sobre las distintas modalidades de este procedimiento podemos encontrar en el artículo del Profesor PÉREZ RAGONE, A., op.cit.

<sup>263</sup> GÓMEZ ORBANEJA, citado por MACÍAS C., op. cit.

<sup>264</sup> GARBERI LLOBREGAT, J., El proceso monitorio en la LEC, op. cit., p.33.

requerimiento judicial de pago librado por el juez a instancia del acreedor, previo examen de los documentos por él aportados y sin audiencia previa del deudor, da lugar a la creación de un título ejecutivo con efectos de cosa juzgada”<sup>265</sup>.

“Proceso especial plenario rápido, que tiende, mediante la inversión de la iniciativa del contradictor, a la rápida creación de un título ejecutivo con efectos de cosa juzgada en aquellos casos que determina la ley”<sup>266</sup>.

“Procedimiento a través del cual, concurriendo las condiciones requeridas por la ley, el juez emite una resolución sobre el fondo (normalmente idónea a provocar la ejecución forzosa), a petición de una de las partes, sin el previo contradictorio de la parte frente a la cual la resolución ha sido emitida”<sup>267</sup>.

Por último, como claramente lo señala la Profesora Bernal<sup>268</sup>, “la combinación de los dos elementos sustanciales: finalidad que persigue este proceso, la rápida creación de un título ejecutivo; y material por otro, en la inversión de la iniciativa del contradictorio, es por lo tanto lo que mejor define el proceso monitorio”.

De los conceptos citados, se derivan una serie de características propias de este procedimiento. Una primera consiste en que se trata de un procedimiento breve, de corta duración. Constituyendo un tipo especial de procedimiento sumario.

---

<sup>265</sup> MACÍAS C., Op. Cit.

<sup>266</sup> CORREA DELCASSO, J. P., El proceso monitorio, op. Cit., p. 211.

<sup>267</sup> CRISTOFOLINI, G., citado por KOKISCH, D., Op. Cit.

<sup>268</sup> BERNAL, K.; ponencia en el XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza 2005. Consultada el 20 de febrero de 2009 en <http://www.calz.org/img/ponencia-procmonit-otom.pdf>.

En segundo lugar, puede afirmarse que la intervención del Juez es también bastante acotada, se limita a acoger o rechazar la pretensión a partir del examen de los antecedentes acompañados a la demanda o incluso sólo sobre la base de las razones expuestas por el actor.

Otra característica, es que mediante este procedimiento se pretende la rápida obtención de un título ejecutivo, el que se logra cuando el Juez acoge la demanda y no existe oposición del demandado.

Precisamente las características anteriores dan cuenta de que el objetivo es obtener el pago de sumas de dinero adeudadas, de un monto no muy elevado. Pero de todas, la característica más destacada por los autores es la que se denomina la inversión de la iniciativa del contradictor o la inversión del contradictorio. Esta característica, es tal vez la que resulta más difícil de comprender en nuestra cultura procesal, dada que en apariencia se afecta la bilateralidad y el derecho a ser oído.

Por último, resulta difícil clasificar si el procedimiento es declarativo o ejecutivo. Se ha sostenido que está en el camino intermedio entre ambos procedimientos, ya que al obviar la etapa de discusión o contradicción no estaríamos frente a un procedimiento declarativo. Pero como el actor no cuenta con un título ejecutivo no podríamos calificarlo como de ejecución<sup>269</sup>.

Interesa considerar, la distinción entre procedimiento monitorio sin base documental y procedimiento monitorio con base documental. El primero consiste en un procedimiento que para su inicio no exige del demandante contar con documentos que comprueben la obligación del deudor, sino que resulta suficiente su afirmación ante el Juez de que el

---

<sup>269</sup> Cfr. MACÍAS, C., op.cit.

demandado le adeuda una determinada suma de dinero. Es la manifestación más extrema de este procedimiento, en que se favorece la buena fe del acreedor.

En el caso del Proceso Monitorio con base documental, el requisito de contar con documentación que compruebe la deuda es indispensable, la cual puede emanar de cualquiera de las partes o incluso de un tercero, documentación que permite dar una mínima base de seriedad a la pretensión del actor, sin que se exijan determinadas formalidades de los documentos. En algunos sistemas podrá haber una enumeración de ciertos documentos para determinadas deudas, enumeraciones que normalmente son abiertas. Algunos de estos instrumentos constituyen títulos ejecutivos imperfectos.

Otra clasificación es la que distingue entre procedimiento monitorio sujeto a cuantía y procedimiento monitorio sin límite de cuantía. En el caso chileno encontramos las dos modalidades: al momento del término de la relación laboral el trabajador puede demandar por esta vía créditos en contra del empleador hasta determinado monto; sin embargo, en el caso de la mujer con fuero maternal y que es despedida ilegalmente, podrá demandar independientemente de la cuantía de lo adeudado.

El único antecedente en Chile sobre este procedimiento, lo encontramos en el Código Procesal Penal, que en su artículo 392 regula para el caso de la tramitación de faltas. Es un procedimiento especial dentro del procedimiento simplificado para el conocimiento de faltas. Se aplica cuando en la tramitación de las faltas, el fiscal sólo solicitare pena de multa. En este caso “si el juez estimare suficientemente fundado el requerimiento y la proposición relativa a la multa, deberá acogerlos inmediatamente, dictando una resolución que así lo declare”. Si el imputado no reclama de la multa, ya sea su improcedencia o monto, dentro del plazo de quince días desde que le fuera notificada, se entenderá que acepta su imposición. Si dentro del plazo señalado el imputado manifiesta su falta de conformidad, o el juez no considera suficientemente fundado el requerimiento o la multa propuesta por el fiscal, se

proseguirá con el procedimiento simplificado aplicable al conocimiento y fallo de las faltas.

No encontramos en el ordenamiento jurídico otro procedimiento similar, el que probablemente tendrá una expansión hacia el ámbito del derecho civil<sup>270</sup>.

La ley 20.087, publicada en el Diario Oficial de fecha 3 de enero de 2006, consideró entre los nuevos procedimientos, el procedimiento monitorio, al cual debía someterse el conocimiento de las contiendas por término de la relación laboral con cuantía igual o inferior a 8 ingresos mínimos mensuales, en adelante IMM, y aquellas a que se refiere el artículo 201 del Código del Trabajo, es decir cuando es despedida ilegalmente<sup>271</sup> una trabajadora protegida por fuero maternal<sup>272</sup>.

El procedimiento monitorio contenido en esta primera ley consideraba dos etapas, una administrativa y otra judicial. En la etapa administrativa. El procedimiento se iniciaba con la presentación, por parte del trabajador, de un reclamo en la Inspección del Trabajo. La que citaba a un comparendo de conciliación a las partes, quienes debían concurrir con sus instrumentos probatorios.

---

<sup>270</sup> Interesa tomar nota de lo que señalara el citado profesor Kokisch: “Resulta evidente que en los últimos diez años ha existido en nuestro país un gran interés por el derecho procesal penal, no sólo en el ámbito universitario y especializado en el derecho, sino en todos los rincones de la sociedad chilena y no hay duda, que la denominada reforma procesal penal ha enriquecido el debate jurídico sobre un tema que estuvo latente por muchos años, como fue la mutilación del proceso penal chileno sin la presencia de un Ministerio Público en primera instancia, para ejercer la acción penal pública, lo que ponía de manifiesto, simplemente, una ceguera jurídica cultural injustificable.” “Ahora el aludido defecto se ha reparado, pero como ocurre en cualquiera obra del hombre, sólo pone de manifiesto las carencias que en el mismo orden de cosas existen en otras materias, por ejemplo, en el derecho procesal civil y, en especial, en un proceso que sirva con mayor eficacia para la debida protección del crédito”

<sup>271</sup> El despido de una trabajadora con fuero maternal, requiere ser autorizado previamente por un Juez del Trabajo.

<sup>272</sup> En Chile el fuero maternal rige desde el momento de la concepción hasta un año después de expirado el postnatal. El postnatal, o permiso de maternidad después del parto, tiene una duración de 12 semanas.

Esta exigencia no se debía a que en la audiencia de conciliación se abriera un término probatorio. Simplemente el legislador recogió lo que es la práctica de lustreros de la Dirección del Trabajo, la cual frente a un despido y efectuado el reclamo por el trabajador, cita a las partes y les requiere documentación, de acuerdo a sus facultades, para promover un acuerdo sobre la base de las prestaciones adeudadas, para lo cual se requiere en muchos casos revisar los antecedentes de los que se derivan los montos y períodos adeudados. El conciliador tampoco debía dictar una resolución si las partes no conciliaban, sólo dejar consignado el desacuerdo. Frente a la ausencia total o parcial de conciliación, la Inspección del Trabajo debía remitir de oficio todos los antecedentes al Tribunal competente.

Se criticó a este procedimiento que impedía al trabajador acceder directamente a los Tribunales, quedando obligado a tener que concurrir primero al órgano administrativo. Esto fue corregido en la versión definitiva, estableciendo sólo un incentivo para concurrir previamente a la Inspección del Trabajo.

En la etapa judicial. Con los antecedentes de la Inspección, el Juez debía dictar una resolución acogiendo o rechazando las pretensiones del trabajador. Dicha resolución era notificada a las partes. Es necesario llamar la atención que no se consideraba en esta notificación la advertencia al demandado, sobre los efectos que le puede acarrear su falta de oposición, más allá de lo que puede ser habitualmente un apercibimiento, sino que indicarle claramente que su falta de reclamo convertirá la resolución en título ejecutivo para el cobro de lo adeudado. Lo anterior da cuenta precisamente de la denominación del procedimiento “monitorio”, es decir el aviso o advertencia que se formula al deudor.

Frente a la resolución entonces, el empleador (o el trabajador si no se acogen sus pretensiones) debía interponer reclamo ante el mismo Juez dentro del plazo de 5 días, ya que de no hacerlo se produce el efecto anterior. Con este reclamo, se pone término, en estricto rigor, a la etapa propiamente monitoria, que como puede observarse es bastante

simple. Producida la oposición o reclamo, se inicia la etapa declarativa o de contradicción, después que el Juez ha dictado una primera “resolución-sentencia”.

Contra esta resolución, que acoge o rechaza la pretensión del trabajador, sólo procedía el reclamo, y ningún otro recurso<sup>273</sup>, por ello, insisto, es tan importante la certeza de que el demandado esté notificado y debidamente advertido de las consecuencias de su inacción. Sin embargo el Profesor L. Lizama<sup>274</sup>, plantea que si no hay oposición, al convertirse en una sentencia definitiva, procedería la apelación.

La verdad es que este procedimiento, en estricto rigor –en derecho comparado- concluye con esta resolución, cumpliéndose el objetivo del acreedor de obtener un título ejecutivo, o resultando fallido su objetivo, en cuyo caso debe optar por un procedimiento declarativo, sea a continuación y en un mismo procedimiento –como es el caso en estudio- o iniciando un nuevo procedimiento, frente al mismo u otro tribunal.

Formulado el reclamo por cualquiera de las partes –pudiendo ser ambas si el Juez acoge parcialmente la pretensión del trabajador- se debe citar a una audiencia preparatoria y luego a una de juicio, siguiendo la misma estructura del procedimiento de aplicación general, sólo que con plazo más breves. El juez dictará sentencia, la que sí podría ser objeto de apelación.

---

<sup>273</sup> Si se piensa bien, aceptar la apelación significaría desvirtuar la estructura monitoria. Supongamos que el juez acoge la pretensión del trabajador, el empleador no reclama. Luego apela de la resolución, la Corte debería pronunciarse sobre si confirma o revoca. Si confirma, el empleador perdió la posibilidad de abrir la tapa de contradicción e impugnar los antecedentes invocados por el trabajador, porque claro, no sería razonable que en la Corte se desarrollara el juicio declarativo y se rindiera la prueba para desvirtuar la pretensión acogida por el Juez de primera instancia. Si la Corte revoca, el trabajador debiera poder impugnar y exigir entonces que se abra en el tribunal la etapa de contradicción. Esto sería bastante discutible si además –como sabemos- se habría producido el desasimio del tribunal si calificamos la resolución como sentencia definitiva.

<sup>274</sup>Lizama, L. op. cit.

Algunas situaciones críticas de las que ha sido objeto son: La incorporación de este procedimiento, que sin dudarlo es un tremendo aporte para un efectivo y ágil acceso a la justicia<sup>275</sup>, tanto para los trabajadores que demandan sumas de dinero, como para la mujer con fuero maternal que es despedida ilegalmente<sup>276</sup>.

No obstante lo anterior, existían varias deficiencias en su diseño que podían impedir su aplicación y traicionar su objetivo de ser expedito y breve.

Es muy loable el reconocimiento de la larga tradición de la actividad conciliadora de las Inspecciones del Trabajo, y parece muy bien que el legislador la incorpore expresamente, ya no sólo en referencias tangenciales<sup>277</sup>. Sin embargo, de ahí a incorporarla como parte de un procedimiento judicial, produce más inconvenientes que ventajas.

---

<sup>275</sup> El considerando 6 del Reglamento Europeo señala: “el cobro rápido y eficiente de créditos pendientes que no son objeto de controversia jurídica es de vital importancia para los operadores económicos de la Unión Europea, toda vez que la morosidad es una de las principales causas de la insolvencia que hace peligrar la supervivencia de empresas, particularmente pequeñas y medianas empresas, y provoca la pérdida de numerosos puestos de trabajo”.

<sup>276</sup> Será precursor de la reforma procesal civil, donde ha sido propuesto también como una modalidad procesal. Cuantos casos de acreedores que por los bajos montos no inician una acción procesal dada la complejidad de los procedimientos, o cuantos juicios iniciados, no obstante la rebeldía del deudor, deben seguir todas las etapas, con un tremendo costo para el Estado y los particulares. Según señala la profesora Bernal K. op.cit. “en los países europeos en los que está instaurado el proceso monitorio, el número de casos en los que no hay oposición por parte del deudor supera el 90%”. El procedimiento monitorio da una respuesta muy satisfactoria, generando respuestas para favorecer la circulación del dinero y evitar serios perjuicios a los particulares, pequeñas empresas y trabajadores.

<sup>277</sup> El artículo 168 del Código del Trabajo de Chile, dispone que “El plazo contemplado en el inciso primero se suspenderá cuando, dentro de éste, el trabajador interponga un reclamo por cualquiera de las causales indicadas, ante la Inspección del Trabajo respectiva”. Por su parte el artículo 480 del mismo cuerpo de leyes, en su inciso final establece que “Con todo, la interposición de un reclamo administrativo debidamente notificado ante la Inspección del Trabajo respectiva, dentro de los plazos indicados en los incisos primero, segundo, tercero y cuarto suspenderá también la prescripción, cuando la pretensión manifestada en dicho reclamo sea igual a la que se deduzca en la acción judicial correspondiente, emane de los mismos hechos y esté referida a las mismas personas. En estos casos, el plazo de prescripción seguirá corriendo concluido que sea el trámite ante dicha Inspección y en ningún caso podrá exceder de un año contado desde el término de los servicios”.

En el derecho comparado no se encuentra una modalidad de este tipo, en que se integren en un procedimiento monitorio una etapa en la administración del trabajo y otra en tribunales. Existe sí, como requisito de procesabilidad, la obligación de concurrir previamente a una gestión de conciliación prejudicial, pero en ningún caso integrada en un mismo procedimiento. Así por ejemplo podía surgir como exigencia que las partes concurrieran al comparendo ante la Inspección del Trabajo, con patrocinio de abogado<sup>278</sup>, también podían existir problemas con las notificaciones, quién y con qué modalidad las realizaba, por otra parte, por ser una etapa dentro de un mismo procedimiento podrían existir vicios que luego afectarían la validez del procedimiento en la etapa judicial, como otra serie de aspectos menores que no interesan desarrollar.

La obligación de la Inspección de remitir al Tribunal competente los antecedentes en todos aquellos casos en que no existiera conciliación, sea total o parcial, suponía que incluso aquellos casos de muy baja cuantía, en que incluso el trabajador no tenga interés en perseverar por los costos que le significa un juicio, por ejemplo sólo en el tiempo del que debe disponer, igualmente llegaría a Tribunales.

En la etapa judicial, se consideraba efectivamente la estructura del Proceso Monitorio, entre la recepción de antecedentes por parte del Tribunal y hasta el momento en que alguna de las partes reclamara de la resolución judicial, sin embargo hay algunos aspectos de este tipo de procedimiento que no estaban suficientemente desarrollados o simplemente no considerados y que podían afectar seriamente la confianza social en el mismo.

En primer lugar, existía una enorme imprecisión en la forma en que se debía notificar al deudor, según ya se expresó precedentemente. Dado las consecuencias que tiene la falta de

---

<sup>278</sup>Lizama, L op. cit.

oposición a la resolución, debe existir la más absoluta certeza de que el deudor ha sido efectivamente notificado.

Por otra parte, tampoco se consideraba que en la resolución o en el acto de notificación, el Tribunal advirtiera al empleador, sobre las consecuencias que le acarrearía la resolución y los derechos que podía ejercer frente a esta actuación judicial<sup>279</sup>. Esto unido a que se otorgaba un plazo extremadamente breve para reclamar, de 5 días, el que era del todo insuficiente para elaborar una adecuada defensa.

Finalmente, en caso de interponerse reclamo en contra de la resolución por alguna de las partes, se debía dar inicio a la etapa de contradicción, sometida al mismo procedimiento de aplicación general, con audiencia preparatoria y de juicio, con plazos más breves. Esto era absurdo, un procedimiento para casos de cuantía inferior, debía someterse a tres audiencias: una ante la Inspección y dos ante el Tribunal.

Considerando precisamente las críticas a este procedimiento, las cuales apuntaban a su perfeccionamiento, dado el gran aporte que puede significar para hacer expedita la justicia laboral, la comisión que estudió los ajustes a la reforma laboral, hizo una propuesta que modifica estructuralmente el procedimiento ya descrito, dejando a salvo lo esencial de un Proceso Monitorio.

Sin embargo, las modificaciones formuladas en el trámite legislativo, particularmente las incorporadas en el Senado, afectan el carácter monitorio de este procedimiento.

---

<sup>279</sup> Por ejemplo, el considerando 18 del Reglamento de la Unión Europea señala: “en el requerimiento europeo de pago se debe informar al demandado de la posibilidad de pagar al demandante el importe fijado o de enviar un escrito de oposición en un plazo de 30 días si desea impugnar la deuda. Además de facilitar al demandado toda la información sobre el crédito facilitada por el demandante, se le debe advertir sobre la importancia jurídica del requerimiento europeo de pago y, en especial, las consecuencias de la no impugnación.

En la versión definitiva del procedimiento monitorio, se elevó la cuantía a 10 ingresos mínimos mensuales<sup>280</sup>, en adelante IMM, referida a cualquier contienda y no sólo a las por término de la relación laboral (excluidos los incrementos por Ley Bustos), y también los casos de despido ilegal de trabajadora con fuero maternal<sup>281</sup>.

Por otra parte, el procedimiento no se inicia en la Inspección del Trabajo, sino que directamente en un Tribunal. Sin embargo se incorpora un incentivo para que los trabajadores sigan concurriendo a la Inspección, previo someter a tribunales su conflicto. La importancia de esto radica en que la actuación conciliadora de la Administración, evita que una gran cantidad de conflictos que pueden ser conciliados por la actuación de sus funcionarios conciliadores, pasen innecesariamente a Tribunales.

El trabajador que tiene una pretensión de la cuantía señalada, puede optar<sup>282</sup> entre el procedimiento de aplicación general y el monitorio. Si quiere optar por este último, más breve y expedito, deberá necesariamente concurrir primero a la Inspección. Si opta por el de aplicación general, no será necesario concurrir al órgano administrativo, pero deberá enfrentar un procedimiento más prolongado y complejo. No obstante, queda exceptuada la trabajadora con fuero maternal que desea demandar la nulidad del despido por separación ilegal, la cual puede demandar directamente ante el Tribunal, utilizando el procedimiento monitorio. Esta consideración es de la mayor relevancia, ya que atendido el bien jurídico

---

<sup>280</sup> Corresponde a una suma de \$ 1.440.000, lo que equivale aproximadamente a US\$ 3.100.

<sup>281</sup> Fue una indicación del Senador Allamand la que amplía las materias a “toda contienda laboral”. Esto puede ser importante ya que si a futuro, considerando el aumento de jueces y la protección a la garantía de indemnidad, contenida en el procedimiento de derechos fundamentales, se produce un incremento de los juicios con relación laboral vigente, podría también utilizarse este procedimiento aun cuando no sea con ocasión del despido. Esta idea, no obstante, no consideró el impacto que puede provocar en la actividad conciliadora de la Dirección del Trabajo.

<sup>282</sup> El Senado chileno reemplazó la frase final que el proyecto de reforma agregaba al artículo 496 del Código de Trabajo, que señalaba: “el trabajador podrá optar por el procedimiento de aplicación general regulado en el Párrafo 3° del presente Título, o por el monitorio que se regula a continuación”, por la expresión original imperativa de que en las contiendas señaladas en esta norma “se aplicará el procedimiento que a continuación se señala”, es decir el monitorio. Sin embargo, el artículo 497, mantiene su redacción, señalando en su primera parte: “en caso de que el trabajador opte por el procedimiento monitorio (...)”. No queda claro entonces si la intención de la Cámara Alta fue dar el carácter opcional a este procedimiento.

protegido, otorga a la mujer un procedimiento expedito y sumarísimo para obtener la reincorporación y el pago de las remuneraciones adeudadas.

Si el trabajador opta entonces por el trámite administrativo previo, requisito de procesabilidad para utilizar el procedimiento monitorio, y no se produce conciliación, ya sea porque no logró acuerdo con el empleador o este no compareció ante la Inspección, podrá concurrir<sup>283</sup> al Tribunal competente para interponer la acción correspondiente.

Si se decide a demandar, deberá interponer demanda monitoria, la que debe ser por escrito y contener las menciones de acuerdo a la regla general, acompañar el acta del comparendo celebrado ante la Inspección y los documentos presentados en éste. Esta exigencia no rige para la trabajadora con fuero maternal.

Consideramos que el trabajador no podría incorporar en su demanda, pretensiones no consideradas ante la Inspección del Trabajo, ya que no cumplirían el requisito de haber sido objeto de conciliación. Por el contrario, podría optar por excluir algunas tratadas en la Inspección, si por parecerle difíciles de acreditar no serán acogidas por el Juez.

---

<sup>283</sup>Esta opción del Ejecutivo, recogida en su propuesta de reforma al procedimiento laboral, no ha estado exenta de debate, ya que se sostiene que una de las grandes virtudes del procedimiento monitorio original, era que frente a la falta de conciliación, debía ser la Inspección la que de oficio remitiera los antecedentes al Tribunal competente, lo cual hacía efectivo el acceso a la justicia para los trabajadores. Con la nueva modalidad propuesta, es el trabajador el que debe decidir si demanda en Tribunales. Estas críticas, si bien son atendibles, no tienen en cuenta una visión sistémica del fenómeno. Todo sistema procesal, debe considerar la capacidad del sistema judicial para absorber todas las posibles acciones que se sometan a su conocimiento, establecer “filtros” para un uso racional de los recursos, y permitir que los interesados opten racionalmente sobre si someter o no a Tribunales sus conflictos. Todo esto por cierto, sin afectar el acceso a la justicia, y proveyendo los medios para que el trabajador, si lo decide, pueda estar debidamente asesorado y representado en juicio. No parecería muy razonable, que si existe desacuerdo en un monto muy bajo, y por lo mismo el trabajador estimara “muy costoso”, en términos relativos, concurrir a un Tribunal, igualmente la Inspección derivara los antecedentes al Tribunal. Además, esta señal del sistema, de que todo desacuerdo deviene en remisión automática a un Tribunal, puede desestimular en los trabajadores la disposición de conciliar y abultar enormemente el número de asuntos que deban ser conocidos en sede judicial, pudiendo colapsar el sistema. Lo que sí resulta relevante considerar, como complemento necesario de esta nueva modalidad de monitorio, es que el trabajador cuente con la asesoría jurídica especializada, para lo cual la denominada “defensoría laboral”, adquiere ribetes de la mayor importancia para garantizar el efectivo acceso a la justicia.

En relación a la cuantía, adquiere relevancia al momento de interponer la demanda monitoria. Es otro aspecto que deberá revisar el Juez. Podría suceder entonces, que lo reclamado ante la Inspección sea un monto superior a 10 IMM, pero sin embargo se concilie una parte y el saldo corresponda a la cuantía establecida, en cuyo caso podrá entonces utilizar el procedimiento monitorio. Esto puede ocurrir, porque nada impide que un trabajador que tenga una pretensión superior a 10 IMM, pueda igualmente interponer reclamo ante la Inspección, sin perjuicio que después interponga demanda laboral vía procedimiento de aplicación general o monitoria en el caso señalado precedentemente.

Frente a la demanda monitoria, según la modificación al inciso 1° del artículo 500, el Juez ya no tendrá sólo dos alternativas: acogerla o rechazarla, que es de la esencia del monitorio, sino que ahora tiene una tercera posibilidad, “en caso de no existir antecedentes suficientes para este pronunciamiento, el tribunal deberá citar a la audiencia establecida en el inciso quinto del presente artículo”.

Esta norma puede significar tener un procedimiento monitorio “*non nato*”, ya que precisamente la estructura monitoria supone un procedimiento simplificadísimo, y un Juez que resuelve acogiendo o rechazando la demanda. Lo propuesto desvirtúa gravemente esta lógica procesal.

Puede ocurrir que los Jueces, siguiendo el camino tradicional, y sin comprender que los sistemas monitorios sí garantizan la bilateralidad –para lo cual como se ha señalado es muy importante la calidad de la notificación al demandado- opten simplemente por citar a la audiencia señalada. De ser así, preferible sería entonces hacer una indicación, y titular el Párrafo 7° del Capítulo II, del Título I del Libro V, como Procedimiento de Menor Cuantía o Sumario.

Establece además este nuevo inciso, que el Juez “para pronunciarse, deberá considerar, entre otros antecedentes, la complejidad del asunto que se somete a su decisión, la comparecencia de las partes en la etapa administrativa y la existencia de pagos efectuados por el demandado”.

No se alcanza a comprender el sentido de estos criterios que se dan al Juez, ya que tampoco se explica la modificación en los antecedentes del debate al interior de la Comisión de Trabajo del Senado. Respecto de la complejidad del asunto, no parece necesario que el legislador se lo diga al Juez, ya que como estaba en la propuesta original, si el Juez no estimaba suficientemente fundada la demanda o insuficientemente acreditada la pretensión del trabajador, simplemente la rechazaba y en ese caso el demandante podía optar por reclamar ante el mismo Juez para que citara a una audiencia. Pero siempre dejando el impulso procesal a la parte.

La comparecencia de las partes en la etapa administrativa, como un aspecto a considerar resulta también llamativa. Si el empleador no compareció, que es la única posibilidad ya que si no comparece el trabajador no puede demandar por la vía monitoria, significa que esta circunstancia puede inclinar al Juez a rechazar la demanda o utilizar la tercera alternativa de citar a una audiencia. Lo anterior puede resultar un incentivo para que los empleadores no asistan ante la Inspección, con lo cual no podrá realizarse la gestión de conciliación, y se incrementen las demandas ante Tribunales.

Detrás de lo anterior debe existir el prejuicio de que se vería afectada la bilateralidad, insistimos sólo para el empleador, ya que no compareció ante la Inspección. Sin embargo, en este procedimiento, cuestión que no se ha entendido suficientemente, la bilateralidad se garantiza con la notificación de la resolución dictada por el Juez acogiendo o rechazando la demanda. Notificación que deberá hacerse de acuerdo a las reglas generales, es decir

personalmente<sup>284</sup>. El empleador notificado, aunque no haya concurrido a la Inspección, sabrá si reclama o no de la resolución que le resulte desfavorable, y si reclama habrá audiencia, derecho a contestar, probar y recurrir.

Si han sido efectuados algunos pagos por el demandado. ¿Qué importancia tiene para la resolución judicial? Si el empleador debe una suma de dinero y está suficientemente acreditado en la demanda monitoria, el Juez debe dictar resolución acogiendo la demanda, descontando por cierto lo pagado, y si no está suficientemente acreditado rechazará la demanda. O lo que se quiere decir es que si pagó una parte, ¿constituye una suerte de “atenuante” de responsabilidad?, ¿se justificaría que el Juez no acogiera la demanda aunque esté acreditada la deuda? O habría que entender que si pagó alguna suma de dinero, sería una suerte de confesión del empleador, si lo hizo sin reconocer la obligación, pero, ¿con el objeto de promover una conciliación?

Todo parece indicar, un desconocimiento de este mecanismo procesal, una desconfianza en la labor y criterio de los jueces y de la racionalidad en la actuación de las partes y sus abogados.

El Juez debe dictar una resolución<sup>285</sup>, en la que acoge o rechaza las pretensiones del trabajador, pudiendo ser mixta, acogiendo algunas y rechazando otras o cita derechamente

---

<sup>284</sup> Este aspecto sin duda es de la mayor importancia en cualquier procedimiento monitorio. Se debe asegurar la debida notificación al deudor, dada las graves consecuencias que le acarrea el no oponerse a la resolución del Juez. Así por ejemplo, el considerando 19 del Reglamento Europeo del Procedimiento Monitorio, señala que “para la notificación del requerimiento europeo de pago, ningún método de notificación que se base en una ficción legal del cumplimiento de estas normas mínimas debe considerarse suficiente”.

<sup>285</sup> Esta primera resolución que dicta el Juez acogiendo o rechazando la demanda monitoria, o citando a una audiencia no podrá ser objeto de ningún recurso. Primero porque así lo señala expresamente el artículo 500 en su inciso segundo y porque de proceder se daría el siguiente absurdo: si por ejemplo el juez rechaza la demanda monitoria, el trabajador entonces podría recurrir de nulidad ante la Corte de Apelaciones, si el tribunal superior acoge el recurso y revoca por tanto la resolución, significaría que fue acogida la demanda del trabajador, y entonces. A) entendemos que el empleador debe pagar sin tener derecho de hacer valer sus argumentos y pruebas?, o B) el empleador puede reclamar ante el Juez para que cite a una audiencia? Nótese

una audiencia. Esta resolución se deberá notificar al empleador de acuerdo a las reglas generales, es decir en forma personal. Esto es muy importante y despeja una gran interrogante del procedimiento original, ya que como se ha señalado, la certeza de la notificación adquiere particular relevancia en este tipo de procedimiento.

Se establece además, otro aspecto relevante, en la notificación se debe hacer constar los efectos que producirá la falta de reclamo o su presentación extemporánea: para el empleador significará, si el Juez acogió las pretensiones del trabajador, que la falta de reclamo en determinado plazo convertirá dicha resolución en título ejecutivo, no procediendo en su contra ningún otro recurso, y será derivada el Tribunal de Cobranza o al funcionario que corresponda, para su liquidación y cobro. Aquí estamos en presencia de lo esencial del procedimiento monitorio, esta resolución y su notificación, constituyen el llamado o advertencia que el Juez hace al deudor.

El empleador entonces tiene dos caminos, reclamar o guardar silencio, estando informado de las consecuencias que tiene para él la opción que elija. Para reclamar cuenta con un plazo ahora de 10 días hábiles, reclamo que si bien la ley no lo dice a mi juicio debiera ser fundado, dado que hará las veces de contestación a la demanda, considerando además el principio de buena fe que informa todo procedimiento. Si opta por la inactividad, la consecuencia será la señalada en la notificación, la resolución queda firme y ejecutoriada y pasa a ser título ejecutivo, no siendo posible interponer ningún recurso<sup>286</sup>.

---

que en este último caso el juez deberá dictar sentencia, y entonces nuevamente se podría demandar de nulidad ante la Corte?

<sup>286</sup> Por la falta de conocimiento de este procedimiento y lo alejado de nuestra tradición, esta consecuencia puede sorprender a muchos, sin embargo debemos considerar el actuar racional de las partes. Un empleador, que recibida la resolución y en conocimiento de los antecedentes acompañados por el trabajador, habiendo evaluado los mismos con un abogado, consciente de que efectivamente debe y que no podrá desvirtuar lo alegado por el trabajador, lo razonable es que opte por no enfrentar la etapa siguiente de contradicción, la que le significará pagar asesoría jurídica, costas procesales y personales, más los reajustes e intereses de la deuda.

Presentado el reclamo por cualquiera de las partes, el Juez cita a una audiencia única de conciliación y prueba, la que debe celebrarse dentro de los quince días siguientes a la presentación del reclamo. A esta audiencia las partes deben asistir con todos sus medios de prueba, la que tendrá lugar con sólo la parte que asista. La sentencia se debe dictar<sup>287</sup> al término de la misma. Esta sentencia puede ser objeto del recurso de nulidad, novedoso también en el ámbito laboral, el que es conocido por la respectiva Corte de Apelaciones.

Debemos hacer referencia a la incomprensible modificación al procedimiento de reclamación en contra de resoluciones de multas<sup>288</sup> que emanen de la Dirección del Trabajo y de otras resoluciones que dicte la autoridad. La nueva redacción del artículo 503, en su inciso 4°, establece que la substanciación de esta reclamación *“se registrará por el procedimiento de aplicación general (...), a menos que la cuantía de la multa, al momento de la dictación de la resolución que la impone o de la que resuelve la reconsideración administrativa respecto de ella, sea igual o inferior a 10 Ingresos Mínimos Mensuales, caso en el cual, se sustanciará de acuerdo a las reglas del procedimiento monitorio”*.

---

<sup>287</sup> Podrá plantearse la crítica de que el mismo Juez que dictó la primera resolución, luego conozca en la etapa de contradicción. La verdad es que no es una situación ajena a otras estructuras procesales, como por ejemplo el juicio ejecutivo en que despacha el mandamiento y luego podrá conocer de las excepciones, o las gestiones preparatorias de la vía ejecutiva en que también emite un pronunciamiento previo. En el procedimiento laboral se admite en la etapa de conciliación que el magistrado emita opiniones, las que no lo inhabilitan para luego dictar fallo. Es necesario entender que este procedimiento obedece también a una cierta racionalidad en el uso de los recursos judiciales, por lo que está además vinculado a demandas de baja cuantía. En todo caso, no es un asunto esencial de la estructura monitoria, en otros sistemas el procedimiento concluye con la primera resolución del Juez, y si existe oposición se inicia otro procedimiento, no siempre en forma automática, ante el mismo u otro tribunal.

<sup>288</sup> En la propuesta de reforma a la ley 20.087, se establecía un procedimiento especial para impugnar judicialmente las multas administrativas y otras resoluciones que emanen de la Dirección del Trabajo, que se limitaba a una única audiencia. Ahora se proponen dos posibles procedimientos, según la cuantía. En aquellos casos de cuantía superior a 10 IMM, se aplicará el procedimiento de aplicación general de dos audiencias, lo que redundará en un incremento de las cargas de trabajo de los Tribunales, considerando además que habrá un incremento de este tipo de impugnaciones dado que se elimina la obligación de consignar 1/3 de la multa –lo que compartimos absolutamente– y además se establece el derecho a recurrir de nulidad de las sentencias que se dicten en estos juicios, siendo que con anterioridad la Corte Suprema había resuelto la inapelabilidad de estas causas, con lo cual habrá más incentivos para judicializar las multas.

No hay explicación técnica para esta modificación, desde el punto de vista del procedimiento monitorio, dado que no responde al tipo de asuntos para los cuales está diseñada esta forma procesal. En las actas de la Comisión de Trabajo del Senado hay una advertencia sobre este aspecto de uno de los abogados que asistió a dicho debate, don Marcelo Drago: “El abogado señor Drago hizo presente algunas inquietudes en torno a la indicación en análisis. En primer término, señaló que el procedimiento monitorio está asociado al cobro directo de ciertas sumas de dinero, esto es, sin mayor cuestión del fondo del asunto. Sin embargo, añadió, cuando se discute una multa, con la nueva propuesta de la indicación, será posible abordar la materia de fondo”.

Efectivamente, aquí no estamos frente al cobro de una suma de dinero, sino que se está haciendo una impugnación de un acto administrativo que aplica una multa por infracción laboral. ¿Cómo podría el Juez con el sólo mérito de la demanda monitoria y de la resolución de multa que se adjunte resolver si acoge o rechaza la demanda? Necesariamente va a optar por citar a una audiencia, en consecuencia en la práctica estaríamos frente a un procedimiento sumario, pero en ningún caso en un Proceso Monitorio.

### **3.15.2. Proceso Monitorio peruano en materia de Filiación y su Mandato de Paternidad**

La filiación es un tema recurrente. No falta oportunidad para tratarlo y, sobre todo, para un análisis moderno. Es un problema cotidiano, de siempre, de muchos y tantos más que va en aumento, creciendo de una manera incontenible, más aún en estos últimos tiempos en que

la filiación es vista como una institución dirigida a la protección del hijo<sup>289</sup> dejándose de lado su mero contenido de parentalidad.

La investigación de la paternidad tiene toda una evolución y, aún, no avizoramos su puerto final. Antiguamente no solo fue vedada –desde el punto de vista social– sino que de *iure condendo* la legislación clásica, influenciada por la francesa, limitó y desterró el denominado reconocimiento forzado en aras del respeto al honor del varón y de la integridad de la familia matrimonial que este conformaba<sup>290</sup>.

Por todos es conocida, la vergonzosa calificación de los hijos legítimos e ilegítimos, es más, de los naturales y los no naturales y de la diversificación de estos últimos, hundía sus raíces en la limitación de los derechos de la descendencia no nacida bajo el manto matrimonial. Mientras más pecaminosa era la relación, la condición de los hijos se rebajaba, corriendo una suerte de apartheid legal, en palabras del historiador jurídico peruano Ramos Núñez<sup>291</sup>.

Lo enredado de su probanza influenció sobremanera en el afianzamiento del sistema presuncional (vestigio romano imperecedero). Luego, la diferenciación va sensibilizándose y se liberalizan los procedimientos de investigación. Aunque algunos aún defienden el sistema dispar de la filiación, sobre todo los conservadores<sup>292</sup>, existe una fuerte y marcada tendencia a un tratamiento unívoco de la filiación que no distingue entre la matrimonial y la

---

<sup>289</sup> KRASNOW, A. N., “La filiación y sus fuentes”. En: La Ley. Tomo 2005 A. Sección Doctrina. Buenos Aires. Pág. 1459.

<sup>290</sup> MIRANDA, P. de. “Tratado de Direito Privado”. Parte especial. Tomo IX. 1ª edición. ed. Bookseller. Campinas, 2000. Págs. 119 y 120.

<sup>291</sup> RAMOS NÚÑEZ, Carlos. “Historia del Derecho Civil peruano”. Tomo II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2001. Pág. 288.

<sup>292</sup> Es el caso del criterio conservador del profesor chileno CORRAL TANCANI, H., “Derecho y Derechos de familia, ed. Grijley. Lima, 2005. Pág. 206.

extramatrimonial<sup>293</sup>, como es el caso del sistema brasilero (artículos 1591 y ss. del Código Civil) y el de Quebec que expresamente señala que todos los menores con filiación establecida tienen los mismos derechos y obligaciones, sin importar las circunstancias de su nacimiento (artículo 522), y la filiación paterna y materna está dada por el nacimiento, sin importar las circunstancias de nacimiento del menor (Artículo 523).

A la fecha, el tema no es del todo claro por la indefinición de las normas. A en el futuro, tengamos por seguro que será la complejidad de las relaciones procreativas la que oriente una nueva formulación en los vínculos paterno filiales. La filiación es sinónimo de incertidumbre a pesar de que la genética nos brinda una solución para su esclarecimiento.

Tal como se presenta la relación filial, como institución esencial del Derecho de Familia, su estudio tiene un corte crítico que busca la modernización de sus normas. Es difícil aceptarlo, pero la renovación del sistema no es fácil; implica en gran medida remecer los cimientos de la familia tradicional, echar por la borda varios siglos de tradición jurídica, de doctrinas que en algún momento fueron vanguardistas y que hoy son historia, casi consideradas leyendas, grandes obras de la mitología jurídica.

Diversos factores impulsaron la reforma de la filiación en el Código Civil peruano. Lo normado en su oportunidad, más que obsoleto y mantenido por tanto tiempo vigente representa una muestra de lo poco efectivo y anacrónico de muchas instituciones privadas<sup>296</sup>.

---

<sup>293</sup> SESTA, M., “Derecho de Familia italiano. ¿Hacia nuevas transformaciones?”. En: Homenaje a Fernando Hinestrosa. 40 años de rectoría 1963 -2003. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2003. Pág. 56.  
<sup>296</sup> Refiere De Trazegnies: “... este Código [de 1984] que tenía a su cargo la regulación del tejido de las relaciones fundamentales entre los hombres, que constituía la trama de la vida social, tiende actualmente a quedar arrinconado y a tratar aspectos muy puntuales y casi domésticos”, es más, como concluye, recientemente ha comenzado a perder vigencia incluso en estos aspectos. Vid. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “El caso contra el Derecho Civil: críticas, estrategias, perspectivas”. En: Homenaje a Max Arias Schreiber. Academia Peruana de Derecho. Gaceta Jurídica. Lima, 2005. Pág. 111.

Años de trabajo en la formulación de sin número de proyectos de ley en materia filial, la velada esperanza de que la jurisprudencia sobre temas de familia tome un nuevo rumbo en pro de la filiación, los procesos de paternidad incrementándose día a día, sin encontrar solución, generaron como consecuencia lógica y necesaria que el 8 de enero del 2005 se dictara la Ley N° 28457 que aprueba un proceso especial para investigar la paternidad extramatrimonial.

La nueva normatividad va de la mano con la urgente actualización que requieren nuestras leyes en materia de procreática y genómica, descubrimientos que conducen a la necesidad de generar principios y preceptos jurídicos claros a las nuevas Problemáticas<sup>294</sup>.

La filiación ameritaba ser analizada y regulada con un criterio real, con una tendencia vanguardista propia del pensamiento posmoderno<sup>295</sup>. Debía validarse la realidad frente a la formalidad; claro, sin aplastar la esencia de su contenido. Lo que no podía seguir sucediendo es dar la espalda al tecnicismo que es una herramienta maestra en los actuales problemas de orden filial, sobre todo los extramatrimoniales que entrañan “uno de los Problemas más ardorosos en los más variados planos del pensamiento humano que impone la biología en la naturaleza humana”<sup>296</sup>. Pormenorizado, en el que no pueden faltar los test biológicos de rigor.

Y como ha sido señalado anteriormente, el sector tradicional sostiene que “es dable aclarar que este no es un juicio de peritos, sino una acción que el juez resolverá según las reglas de la

---

<sup>294</sup> Al respecto cfr. BETERO, Sergio Manuel. “El descubrimiento del genoma humano. Su impacto en el Derecho”. En: La Ley. Actualidad. Año LXIX, N° 131. Buenos Aires, 7 de julio de 2005. Pág. 3.

<sup>295</sup> Mayor detalle y explicación de la estructura del posmodernismo jurídico y del impacto de la modernidad en las relaciones humanas y sociales Vid. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. “O posmodernismo”. Sergio Antonio Fabris. Porto Alegre, 2005.

<sup>296</sup> Vid. prólogo de Enrique Díaz De Guijarro a la obra de TERÁN LOMAS, R. A. M. “Los hijos extramatrimoniales”. Tipografía Editora. Buenos Aires, 1954. Págs. XI y XII. Citado Por MAGALLÓN IBARRA, J.M., “Instituciones de Derecho Civil”. Tomo III. Derecho de Familia, ed. Porrúa. México, 1988. p. 459.

sana crítica; valiéndose de esos peritajes como auxiliares de su labor. De lo contrario, sería más fácil, más rápido y económico dejar que los peritos dicten sentencias de filiación”<sup>297</sup>. Dos criterios marcados, el primero no con la contundencia del caso pero sí en el fondo, asumido por la ley peruana en materia de paternidad extramatrimonial.

Siguiendo esta posición, la norma nos ofrece, justamente, un proceso sustentado en los resultados periciales cuya fuerza, contundencia y exactitud generan una convicción plena en el juzgador.

La jurisprudencia comparada reconoce, citamos una colombiana, que: “Cuando el dictamen pericial aparece fundado en principios científicos y técnicos inobjtables y no existe otra prueba que la desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos de este tipo de mayor valor, aceptar las conclusiones de aquella”<sup>298</sup>.

Siguiendo este razonamiento, el proceso propuesto es ágil, moderno, sui generis creado para dar solución al problema social de la paternidad extramatrimonial, dejando para otros casos los juicios comunes, ventilados en procesos de conocimiento. Las características que presenta este proceso marcan la pauta de especialidad de cómo se enfrentará el problema social de la paternidad no reconocida.

Este proceso es producto peruano. Es una creación del sistema, con algunas referencias en el derecho comparado, en específico del proceso monitorio, que si bien trata de aspectos

---

<sup>297</sup> DI LELLA, P., “Paternidad y pruebas biológicas”. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1977. p. 46 y ss. Este argumento fue seguido por CASTRO, V. A., y DIANA, M. J., “La negativa a someterse a las pruebas biológicas en las acciones de filiación”. En: XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Rosario, 2003. Libro de ponencias. Tomo II, ed. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires. p. 82 y 83.

<sup>298</sup> BUENO RINCÓN, F. E., “La investigación de la filiación y las pruebas biológicas”. 2ª edición. Ed. Jurídico Gustavo Ibáñez. Colombia, 1996, p. 204.

patrimoniales la fuerza del compromiso entre las partes conlleva que sea resuelto judicialmente. Se llega a crear *aliquid novum*, algo verdaderamente nuevo y original en materia procesal en defensa de uno de los derechos sustantivos más humanos que existen, la identidad.

Es un proceso especial *ex code*, no tratado en el Código Procesal Civil<sup>299</sup>. Ninguno de los procesos del Código cumplía con satisfacer adecuadamente la pretensión de paternidad y la fuerza probatoria del ADN.

Este vacío legal fue subsanado mediante la promulgación de la ley analizada. Es decir, el legislador optó, preferentemente, por dictar una ley en vez de modificar el Código Procesal Civil, produciéndose el denominado fenómeno de la descodificación. Esta situación no es mala política legislativa, por el contrario, se trata de leyes concebidas al margen del Código Procesal y del Código Civil que cuentan con la misma sistemática, buscando complementar eficazmente sus deficiencias y vacíos.

El fundamento de este proceso de paternidad justifica su diseño procedimental especial, economizando al máximo la labor de las partes, dejando a la ciencia sustentar las pretensiones.

---

<sup>299</sup> El Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, realizado el 21 de junio de 2005, acordó por unanimidad: PRIMERO.- En tanto la Ley N° 28457 crea una forma especial de solicitar la filiación de paternidad extramatrimonial, debe cumplirse con la misma y en efecto tramitarse la filiación extramatrimonial, en este proceso especial, dado que el proceso que se ha diseñado por la Ley N° 28457 que modifica el artículo 402 del C.C., es un proceso de naturaleza especial que no se ajusta a ninguno de los procesos del Código Procesal Civil...”

El proceso, hemos expresado, es especial, sui géneris. Su singularidad está representada en un conjunto de características que lo connotan, otorgándole un nivel diferenciador de los demás procesos.

Entre las características del nuevo proceso de paternidad extramatrimonial tenemos: El funcionario competente para conocer los procesos de declaración judicial de la paternidad extramatrimonial es el juez de paz letrado, esto porque se sustentó en que no existiendo mayor complejidad en la probanza en el nuevo proceso, sino únicamente fallar en base al resultado genético, la actividad del juez es mínima por lo que se consideró que esta labor podía ser realizada por dicho funcionario.

Un proceso de mero trámite no requiere ser visto por un juez especializado. Además, la competencia de paz es más accesible a los justiciables, tanto por razones geográficas como sociales e ideológicas. La filiación es un tema tan de la vida que este juez es el más idóneo para conocerlo. A través de este proceso y de su canalización en esta competencia se busca una cultura de paz en la medida que se trata de prevenir conflictos personales y sociales, todos en general, desde sus orígenes<sup>300</sup>. Finalmente, se logra descargar la labor de los jueces especializados en familia.

Como siempre, con su agudo y sustancioso análisis, la procesalista Ariano Deho alude que: “Es muy probable que se le haya atribuido la competencia al juez de paz letrado por el noble argumento de ‘facilitar el acceso’ y el no tan noble, de ‘evitar la casación’, es decir, para que el asunto muera en línea de tendencia ante el propio juez de paz letrado o, a lo más, ante el juez de familia (artículo 5) sin perturbar ni un poco con estas cuestiones ni a las Salas de la Corte Superior ni, por cierto, a las Salas de la Corte Suprema. Ergo, por

---

<sup>300</sup> Vid. Sobre justicia y la cultura de paz el Capítulo I de GUERRA CERRÓN, M. E., “Hacia una justicia de paz. Un asunto de interés nacional”, ed., Grijley. Lima, 2005. p. 1-12.

implícito, el legislador descarta que este tema pueda dar lugar a problemas de ‘nomofilaquia’ que precise de la intervención de la Corte Suprema. Lo que es todo decir”<sup>301</sup>.

La verdad, tiene razón, y en este caso bastan las palabras de la citada. La filiación como tal y con las pruebas aportadas por la ciencia, puede ser tratada perfectamente por el juez de paz, además requiere de un proceso ágil y rápido.

La regla general que contempla el Código Civil es que las acciones de paternidad son personales. El artículo 407 establece que la acción judicial de paternidad extramatrimonial corresponde “solo” al hijo. Es este quien tiene la legitimidad para obrar<sup>302</sup> pudiendo la madre actuar en su representación si el hijo fuera menor de edad. La nueva ley permite a “quien tenga legítimo interés” poder accionar por paternidad a favor de un tercero.

Este es un cambio importante en el que se toma en cuenta el interés moral o familiar (artículo VI del Título Preliminar del Código Civil) para iniciar la acción. Puede aludirse que esto implica una intromisión en la intimidad de la persona al decidir en su nombre, y por ella, investigar su esencia filial pero, tratándose de una acción iniciada en defensa de los intereses del menor puede ser justificable, amparable en el sentido de que sus efectos repercutirán tanto en el aspecto personal y colectivo.

El proceso aprobado está estructurado sobre la base de los siguientes lineamientos:

---

<sup>301</sup> ARIANO DEHO, E., “El nuevo proceso de declaración de filiación extramatrimonial. ¿Vanguardismo o primitivismo procesal?”. En: Actualidad Jurídica. Tomo 134. Gaceta Jurídica. Lima, enero de 2005. p. 65.

<sup>302</sup> Cfr. LASTARRIA RAMOS, E., “Titulares de la acción”. En: Código Civil comentado. Tomo III. Gaceta Jurídica. Lima, 2003. p., 48.

- Modernidad. Como hemos indicado, se trata de un proceso actualizado de acuerdo a la efectividad de los avances biocientíficos. Su justificación radica en el hecho de que tomando en cuenta el grado de certeza del ADN<sup>303</sup> debiera existir un proceso que utilice y reconozca dicho resultado de manera directa y primaria (no en segundo plano), creando un trámite judicial especial, de por sí innovador.

- Proceso sui generis. Algunos refieren que se trata de un proceso especialísimo<sup>304</sup>, otros de un proceso monitorio<sup>305</sup> en el entendido de que funciona, más que a manera de advertencia, de exigencia en la declaración de paternidad. La realidad es que este proceso cambia todas las reglas de investigación filial presentando un modelo ejecutivo<sup>306</sup> de averiguación del estado (decimos ejecutivo en un sentido netamente académico dado que no podemos equivalerlo<sup>307</sup>).

---

<sup>303</sup> El carácter científico, el grado de efectividad y certeza de la prueba de ADN es reconocida en la Jurisprudencia local desde hace un buen tiempo: Exp. N° 316-88-Lima; Exp. N° 3114-96-Lima; Exp. N° 542-97-Lima; solo por citar tres casos pero, ojo, no necesariamente los más remotos.

<sup>304</sup> Vid. SUÁREZ VARGAS, L., “El ‘especialísimo’ proceso de filiación”. En: Jurídica. Suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano, Año 2, N° 33, Lima, 15 de febrero de 2005. p., 3.

<sup>305</sup> Martel Chang explica: “Para tramitar la pretensión de filiación por paternidad extramatrimonial se ha dejado el proceso ordinario (de conocimiento) y se ha adoptado el proceso monitorio puro, donde el dicho de la parte demandante es suficiente para obtener decisión favorable, salvo que el resultado de la prueba del ADN le resulte adverso”. MARTEL CHANG, R., “Proceso de filiación por paternidad extramatrimonial. Pasando de un extremo a otro”. En: Actualidad Jurídica. Tomo 138. Gaceta Jurídica. Lima, mayo de 2005. Pág. 70. En igual norte ARIANO DEHO manifiesta que: “(...) el legislador en aras de la ‘agilidad’ procesal ha optado por consagrar un sui generis procedimiento con estructura monitoria, vale decir, un procedimiento cuya primera fase tiene la estructura invertida respecto a un normal proceso declarativo, en cuanto la promoción del contradictorio es dejada a la iniciativa del ‘emplazamiento’, el que, si quiere, podrá promoverlo justamente oponiéndose. Resulta (por decir lo menos) insólito que se haya establecido un procedimiento Monitorio en relación a situaciones jurídicas indisponibles como son los status”. ARIANO DEHO, E., op. cit. p. 66. Para mayor detalle del proceso monitorio, el profesor español HINOJOSA SEGOVIA reseña que: “El Proceso monitorio se configura como un proceso especial particularmente rápido que tiene por objeto la creación de un título de ejecución”, vid. HINOJOSA SEGOVIA, R., “El proceso monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”. En: Revista de Derecho Procesal. Dirigida a Iberoamérica, N° 1-3. Madrid, 2001. p., 301, En términos prácticos este proceso se inicia con un sencillo escrito acompañado de un documento que contiene una deuda pero que carece de mérito Ejecutivo. Su existencia es muy antigua (Italia, siglo XIV) y constituye un medio procesal eficaz para proteger el crédito y agilizar el tráfico mercantil.

<sup>306</sup> Con criterio similar RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ dice: “Estando al texto de la norma, a este proceso, que por su naturaleza es de conocimiento, se le está dando el trámite de proceso ejecutivo”, Cfr. RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, E., “Manual de Derecho Procesal Civil”. 6ª edición. Ed. Grijley. Lima, 2004. p., 402.

<sup>307</sup> “CUARTO.- Este proceso no se equipara a un proceso ejecutivo, ni a ningún proceso de los previstos en el Código Procesal Civil, por su naturaleza especial”. Acuerdo por unanimidad del Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, 21 de junio de 2005.

- Proceso basado en la efectividad del ADN. Este proceso se fundamenta, es decir, tiene su *ratio essendi*, en la fuerza y contundencia de los resultados genéticos que pueden obtenerse del ADN (99.99 % de efectividad), desbaratando los axiomas jurídicos que con el devenir de los años colmaron los expedientes (páginas, folios, fojas de defensas y contra defensas) truncando la vida de tantas personas que, sin padre ni gloria, vieron disminuidos sus derechos de entroncamiento familiar.

Esta tendencia es adoptada en la jurisprudencia comparada que plantea el carácter imprescindible de la prueba genética en los procesos de filiación.

Conforme lo sostiene el criterio judicial brasileño, “debe tomarse en cuenta que la identificación genética por ADN es un valiosísimo recurso para una administración de justicia rápida y justa, que posibilita una considerable economía de tiempo y dinero”<sup>308</sup>.

Acceso a la justicia. Este proceso estimula la canalización de acciones de filiación tomando en cuenta la realidad existente sustentada en trámites judiciales farragosos que desalientan a los litigantes y sus pretensiones de tanta trascendencia. El acceso a la justicia es un derecho fundamental de todo ciudadano y un deber del Estado. Es el componente esencial del derecho a la tutela judicial efectiva con el que lograremos sociedades más justas y democráticas. Como se indica en su noción, “el acceso a la justicia requiere necesariamente mirar más allá de los tribunales”<sup>309</sup>, no basta que la ley sea efectiva, es necesario contar con un proceso

---

<sup>308</sup> Ac. 1ª Cámara Civil. TJSC - Ap. Cív. N.º 3 6.643 - Anchieta - Relator Desembargador Napoleão Amarante - Pub. DJSC de 27.09.1991 - p.12. en BAHENA, M., “Investigando a paternidade”. Editora de Direito. São Paulo, 1998. P., 99. Cit. por FONSECA, João Mauricio Cavalcanti Gomes da: “Da possibilidade da coerção ao exame de DNA na investigação de paternidade”. En: Jus Navigandi, N° 112, 24 de octubre de 2003, disponible en: <http://www.jus.com.br>. Acceso el 30 de mayo de 2009.

<sup>309</sup> VELEDO DE LUIGI, I. G. “Lecciones de Derecho de Família”. 1ª edición ampliada y puesta al día. Vadell Hermanos. Caracas, 2002. Pág. 389. según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, el término “inquisición” significa indagar, averiguar o examinar cuidadosamente algo. Asimismo, el término “intimar” significa requerir, exigir el cumplimiento de algo, especialmente con autoridad o fuerza para obligar a hacerlo, Diccionario de la Lengua Española, 22ª edición.

eficiente que cumpla los objetivos de las normas, lo que logra, al menos, facilitar bastante esta nueva ley.

La ley y el proceso aprobado tratan de una acción de inquisición de paternidad, como la llaman en Venezuela, tomando en consideración lo delicado de su probanza, la exigencia en su determinación. Asimismo, de una acción intimatoria de paternidad, denominación que de alguna forma consideramos válida asumir.

Todas las características detalladas nos llevan a sostener que el sistema de investigación de la paternidad extramatrimonial asumido es uno de tipo abierto. No solo porque es flexible y admite todo tipo de pruebas, sino porque, fundamentalmente, el aspecto biológico es el que marca el norte. Se facilita la indagación, se reconoce la libertad en la averiguación del nexo parental, sin restricciones, quedando descartadas las posiciones basadas en los desaires, ofensas y escándalos que con este accionar puedan producirse<sup>310</sup>.

Queda atrás la apariencia, la incertidumbre, frente a la seguridad. Se reduce al máximo, se condensa, la relación paterna filial con el único objetivo: alcanzar la realidad. Adiós a los barrocos juicios de paternidad.

Por lo pronto, tenemos un nuevo estatuto filiativo en materia de paternidad extramarital sustentado en el derecho a la identidad, en el interés superior del niño y en una sociedad

---

<sup>310</sup> Compartimos la opinión de Vélez Sarsfield, quien sostuvo en 1858 su posición contraria a que la indagación de la paternidad sin restricciones podría desencadenar grandes escándalos, chantajes e incluso un atentado contra la moral. Al respecto, manifestó tajantemente que no se trata de descubrir un crimen sino simplemente de determinar quién es el progenitor o los progenitores de una persona, lo que de ninguna manera puede ser un escándalo, por el contrario, la prohibición de la indagación de la paternidad destruye las leyes que crean el orden familiar, lo que sí es un escándalo, de tremenda dimensión agregaríamos nosotros. Vid. PALMERO, Juan Carlos. "Vélez Sarsfield y el Derecho en Latinoamérica". En: Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield. Tomo I. Academia Nacional de Córdoba. Córdoba, 2000. Págs. 245 y 246.

con valores claros, que empiezan donde se inicia toda relación humana, en el seno de la familia con el sólido compromiso de los padres, pues como decía Sófocles “el que es bueno en familia, es también buen ciudadano”.

La falta de reconocimiento, negar el legítimo derecho de un niño a tener un padre es una forma de violencia familiar. El fin del proceso se consigue, como manifestamos antes, con una cultura de paz que rechaza la violencia, esta violencia familiar que pasa desapercibida.

Algunos siguen pensando a su estilo clásico, por decir, y tienen derecho a hacerlo y a todos beneficia, si no, no tendríamos con quien debatir. Uno de ellos es Plácido quien afirma que el sistema del Código Civil, a pesar de todo, sigue siendo taxativo; es más, alega que esta nueva ley no ha variado el régimen restringido<sup>311</sup>, por lo que no procederían otros casos que aquellos no contemplados en la ley. Concluye que esta última causal, sustentada en la prueba de ADN, es posible que no sea aplicable a esos otros casos comprobándose que “la previsión del legislador es siempre más pobre que la realidad”<sup>312</sup>.

Consideramos que no es así, por los argumentos anteriormente esgrimidos que de más está repetirlos. Dos cosas solo recordaremos: En primer lugar, la prueba de ADN no es una causal, es un medio efectivo para esclarecer la filiación. No hay en ella nada que probar, sirve para la demostración de lo alegado. Segundo, la jurisprudencia desde 1992 viene orientándose sobre el criterio abierto para el establecimiento de la paternidad, admitiéndose esos otros casos: “Si bien el artículo 402 del Código civil no considera la relación extramatrimonial en época contemporánea a la concepción, la omisión o deficiencia de esta norma legal no

---

<sup>311</sup> PLÁCIDO VILCACHAGUA, A., “Creditur virgini pregnantibus..., volviendo al ancien droit: a propósito de la Ley N° 28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial”. En: Actualidad Jurídica. Tomo 134. Gaceta Jurídica. Lima, enero de 2005, p., 42.

<sup>312</sup> PLÁCIDO VILCACHAGUA, A., “La pretensión de alimentos del hijo extramatrimonial cuya paternidad no está determinada”. En: Actualidad Jurídica. Tomo 139. Gaceta Jurídica. Lima, junio de 2005. p., 44

puede dejar sin protección jurídica a una menor pues ello importaría atentar contra su derecho de llevar el patronímico que le corresponde de ser reconocida como hija de quien la engendró<sup>313</sup>.

La indefinición de la paternidad, la naturaleza de la mujer de ser “madre”, de haber parido y criado a la descendencia, hecho que no sucede con el hombre –aparte del machismo–, los largos senderos, para discutir el parentesco en fríos y estancos estrados judiciales fueron cuestiones adicionales que acompañaron la poca fortuna de los procesos filiales.

El tiempo, con su transcurso inmisericorde, generó la agudización del problema. Los perjudicados directos: el hijo y la madre. El primero sin una identidad definida, la segunda cargando toda la responsabilidad de formar una persona, un ciudadano. Las leyes en este tema no se adecuaron a la realidad. La mujer y su descendencia, que dicho sea de paso no solo es de ella, sino de aquel que colaboró en el engendramiento, merecen todo el respeto y acción de la ley. El denominado, mal que bien, culto a la mujer que implica rendirle un homenaje por su esencia, atributos, abnegada labor, en fin por su ser, podemos verlo representado en esta ley.

El proceso aprobado solo puede ser utilizado para la paternidad extramatrimonial. No es aplicable a otro tipo de acciones filiales. Se sustenta en la mayor carga procesal. Son más los casos que tratan de responder la pregunta ¿Quién es mi padre? Pocas veces se busca encontrar una respuesta judicial a la interrogante ¿Quién es mi madre? En otras palabras, la materia procesal en este aspecto es reducida, por no decir inexistente, pero no por ello menos importante. Aunque pueden presentarse ambos casos, sin padre, sin madre.

---

<sup>313</sup> Exp. N° 271-92-Lima. En: Revista Jurídica del Perú, Año XLV, N° 2. Normas Legales. Trujillo, 1995. p.157- 158. Mayor análisis al respecto Vid. mi “Filiación, Derecho y Genética”. Coedición Universidad de Lima y Fondo de Cultura Económica. Lima, 1999. pp. 225 y ss.

Dos sistemas procesales, de diverso género y trámite, uno para el padre y otro para la madre. No cabe justificación. Implica un trato dispar, diferencial, entre la determinación de la paternidad y la maternidad, resulta discriminatoria en cuanto no permite el mismo tratamiento para quien pretenda reclamar la declaración de maternidad.

En esta línea de pensamiento, atenta contra el derecho de acceso a la justicia, pues uno de los niveles de este derecho es que todas las personas puedan acceder a la justicia en igualdad de condiciones, sin distinciones de ningún tipo. Diferencias aparte el tratamiento de la justicia amerita un trato equitativo.

Aunque más sencillo sea el esclarecimiento de la maternidad, por el parto y porque no existen presunciones que alegar ni probar, no se le da preferencia, como debe ser, dejándola a expensas de un largo y trajinado proceso de conocimiento. Lo más razonable es que la ley hubiera incluido todas las acciones de filiación extramatrimonial sin distinguos, aprovechando que la indefinición del parentesco y no habiendo matrimonio de por medio, pueden ser salvadas por las pruebas genéticas.

Al respecto se vienen plantean dos posiciones: No se puede aplicar por analogía a los procedimientos de declaración de maternidad extramatrimonial dado que las normas procesales son de orden público y Sobre la base del interés superior del niño puede demandarse a través del nuevo proceso<sup>314</sup>.

En la práctica se encuentra una limitación adicional. Aún tratándose del caso de una investigación de la paternidad extramatrimonial, no procedería para aquellas situaciones en las que falte la madre, el hijo o el padre (típico caso de la investigación post mortem). La ley, muy

---

<sup>314</sup> Diálogo con la Jurisprudencia, Año 11, N° 84. Gaceta Jurídica. Lima, setiembre de 2005. Pág. 14.

curiosamente exige la prueba a las tres partes, situación que técnicamente, como sabemos, no es necesaria.’

Es suficiente que se pruebe la existencia de genes compartidos entre padre e hijo para la fijación genética entre ambos.

Una forma de aligerar la carga procesal existente y lograr la aplicación inmediata de la ley es adecuando los procesos de filiación en trámite, conforme lo establece la cuarta disposición complementaria de la Ley N° 28457: “Los procesos en trámite se adecuarán a lo dispuesto en la presente ley”.’

La complejidad de los procesos de conocimiento en los que se ventilan las acciones de estado paterno filial se vería simplificada por la nueva ordenación procedimental aprobada. Pueden presentarse inconvenientes como, por ejemplo, que las argumentaciones planteadas en las demandas o contestaciones sean contrarias a la finalidad buscada con la nueva ley, en las que prime el nexo biológico frente a los fundamentos de hecho, últimos estos que abundan en los procesos en trámite.

Al respecto el criterio adoptado por algunos Juzgados de Familia es el siguiente:

“... Primero: Puesto a Despacho, y atendiendo: Que, el día ocho de enero del año en curso se ha publicado la Ley N° 28457, en relación a los procesos de Filiación regidos por el Art. 402° inciso 6 del Código Civil, es decir aquellos cuya pretensión se acredita con el pedido de someterse a la prueba de ADN u otras similares; siendo de atender al derecho de toda persona a conocer su identidad; Segundo: Que, en relación a los procesos en trámite la referida ley, en su disposición cuarta, indica que los procesos en trámite se adecuarán a lo dispuesto en la ley; Tercero: Que, a los efectos de

determinar la competencia el artículo 8° del Código Procesal Civil señala que la competencia se determina por la situación de hecho existente al momento de la interposición de la demanda y no podrá ser modificada por los cambios de hecho posteriormente, salvo que la ley exponga expresando lo contrario, norma que en concordancia con la segunda disposición final del Código Procesal Civil, que dispone: ‘las normas procesales son de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios...’ manteniendo este Órgano Jurisdiccional la competencia de los procesos en trámite, por lo que procediéndose a la adecuación es de atender a que la ley en mención no dispone reglas de adecuación establecida; y siendo que la Ley N° 28457, en su artículo 1° dispone que: el que tiene legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede acudir a un Juez de Paz Letrado que expida resolución declarando la Filiación demandada; si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad; y en su artículo 2° la oposición suspende el mandato si el emplazado se obliga a realizarse la prueba biológica del ADN, dentro de los diez días siguientes. El costo de la prueba será abonado por el demandante. Si transcurrido diez días de vencido el plazo, el oponente no cumpliera con la realización de la prueba por causa injustificada, la oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad; Cuarto: Que, siendo así es de atender que la demanda se adecue como demanda, la contestación se adecue como oposición y si el proceso se encontrara en etapa de la realización de la prueba del ADN, se dictará el auto de filiación, el mismo que estará a los resultados de la prueba procediéndose de conformidad con el artículo 3° y artículo 4° de la Ley N° 28457”<sup>315</sup>.

---

<sup>315</sup> Exp. N° 1835 18-2004-00067. 18° Juzgado de Familia. Corte Superior de Lima (26/01/2005).

Al analizar la resolución citada podemos apreciar los siguientes principios que deben tenerse en cuenta en la adecuación: Es aplicable a los procesos cuya pretensión se acredita con el pedido de someterse a la prueba de ADN u otras similares, en particular los seguidos en amparo del artículo 402, inciso 6 del Código Civil; Máximo reconocimiento al derecho de toda persona a conocer su identidad; La adecuación de los procesos en curso al nuevo tipo está expresamente considerada en la ley; La competencia de los jueces es por la situación de hecho existente al momento de la interposición de la demanda, la que no podrá ser modificada posteriormente por los cambios de hecho, salvo que la ley disponga lo contrario, como es el caso materia de análisis; Corresponde a los órganos jurisdiccionales que vienen ventilando los procesos de filiación la competencia de los procesos que tienen en trámite; y Si bien la ley no dispone reglas de adecuación específicas, es función del juez dictar las medidas necesarias y pertinentes para lograr la finalidad del proceso.

Esta adecuación se realiza: adecuando la demanda como tal; la contestación se adecuaría como oposición y Si el proceso se encuentra en etapa de la realización de la prueba del ADN, se dictará el auto de filiación, el mismo que estará a los resultados de la prueba procediéndose de conformidad con los artículos 3° y 4° de la Ley N° 28457.

Sin embargo, esto altera toda la estructura técnica y lógica del proceso por lo que la Sala de Familia, recurrida que fuera la resolución en comentario, falló de la siguiente manera: “Quinto: Que, ... el A-quo ha expedido la resolución apelada adecuando todos los actos procesales realizados en autos y confundiendo de esta manera, el trámite establecido en la norma citada conforme se advierte del tercer y cuarto considerando de la apelada; ... Sétimo: Que, el debido proceso exige garantías que posibiliten una administración de justicia eficiente y tal eficiencia implica agilidad, intermediación y apertura para escuchar a todos los interesados por el derecho que les asiste respecto a la tutela jurisdiccional efectiva...; por lo que, al expedirse la recurrida con los defectos anotados se ha

incurrido en nulidad insalvable por causal prevista en el artículo ciento setentauno<sup>316</sup> del Código Procesal Civil; máxime, si se tiene presente que la omisión de los trámites procesales no puede ser materia de convalidación ...

Declaro nula la sentencia apelada que declara la paternidad e insubsistente lo actuado<sup>317</sup>. Lo que sí podemos decir es que la praxis generará una mejor aplicación de las reglas de adecuación de los procesos. En efecto, a propósito de un proceso de reclamación de paternidad, la Corte Suprema<sup>318</sup> del Perú ha conocido un caso por el cual se cuestionaba en el recurso de casación la contravención a las normas del debido proceso por la no aplicación de la prueba de ADN, aun cuando la madre reclamante contaba con auxilio judicial, en tanto que la Corte Superior de Justicia de Ica sostuvo que *“no se ha regulado aún la situación jurídica de exoneración de pago para verificar la prueba de ADN para aquellas personas que gozan de auxilio judicial, según los alcances previstos en la Ley número 27048 art. 4”*.

En atención a ello, la Corte Suprema del Perú, sin estar admitiendo la casación para los casos seguidos al amparo de la nueva Ley N° 28457, ha precisado que: *“al advertirse que la decisión adoptada por las instancias de mérito contravienen normas que garantizan el derecho a un debido proceso, esta Sala considera que los presentes autos deben ser devueltos al Juez de Primera Instancia y este debe tramitar la causa de conformidad con la mencionada Ley número 28457, corriendo traslado de la demanda defiliación y luego, de no producirse oposición, declarar judicialmente la paternidad”*.

---

<sup>316</sup> Código Procesal Civil: “Artículo 171. Principio de legalidad y trascendencia de la nulidad. La nulidad se sanciona solo por causa establecida en la ley. Sin embargo, puede declararse cuando el acto procesal careciera de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad. Cuando la ley prescribe formalidad determinada sin sanción de nulidad para la realización de un acto procesal, este será válido si habiéndose realizado de otro modo, ha cumplido su propósito”.

<sup>317</sup> Exp. N° 821-2005-Lima, Corte Superior de Lima, Sala Especializada de Familia (12/09/2005).

<sup>318</sup> Casación N° 3066-2005-Ica, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (26/06/2006).

Es cuestión de coordinación entre los magistrados para conseguir la plena aplicación de estos principios y de las normas materia de declaración paterna. Tengamos en cuenta que se trata, en cuanto a la disposición complementaria dedicada a la adecuación, de una norma de aplicación temporal, es decir, que su objetivo no es permanencia en el tiempo sino, por el contrario, lograr únicamente que todos los procesos se rijan por las nuevas disposiciones. Ariano Deho<sup>319</sup> observa un matiz de inconstitucionalidad en las normas de adecuación en base al principio del “juez natural” con la tesis de que ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley (inciso 3 del artículo 139 de la Constitución) y por el principio de la *perpetuatio jurisdictionis* consagrado en la segunda disposición final del Código Procesal Civil.

Debe quedar claro que en los procesos que se inician con la nueva ley, ante el Juez de Paz Letrado, no procede interponer casación alguna. En aquellos en curso que se adecuen y sigan su trámite ante el Juez Especializado sí procedería. Nada más que eso. Para unos sí, para otros no.

Como conclusión, en este punto, podemos decir adicionalmente en cuanto a características se refiere, que el proceso es singular, típico en cuanto a su tratamiento; declarativo, busca establecer legalmente una paternidad contenida en los genes; plenario, reline en actos concretos los principales actos procesales y, por sobre todo, rápido.

La diferencia con el proceso de conocimiento, por el que se regía anteriormente esta filiación, es abismal. Por decir lo menos se da un giro de 360 grados que lo hace incomparable con la gestión procesal anterior y con otra existente en razón de su singularidad. Se reducen etapas, actos, plazos. Cuenta con un trámite que podemos

---

<sup>319</sup> ARIANO DEHO, E., op. cit. Pág. 68.

esquematisar de la siguiente forma: El proceso se sintetiza en la presentación de una demanda ante el Juez de Paz Letrado que, a pedido de parte interesada, expedirá una resolución declarando la paternidad. Se discute con razón el hecho de que más que una demanda sea una solicitud de paternidad al poder carecer en su contenido de fundamentos de hecho. En esencia, es una solicitud que expone una relación con el presunto padre requiriéndolo al sometimiento a la prueba técnica.

La única defensa del emplazado frente a la demanda es oponerse al mandato de paternidad sometiéndose a la prueba de ADN, en el plazo de diez días siguientes. No cabe otro tipo de sustento que la oposición en sí misma, salvo una excepción.

Son impertinentes las tachas, los fundamentos de hecho en un escrito de contestación o cualquier otro argumento tendente a desnaturalizar la efectividad del proceso.

Como medio de defensa del demandado, el proceso no admite expresamente plantear excepciones lo que no implica que esté prohibido, lo contrario significaría legitimar un defecto de forma en el proceso (incompetencia, incapacidad, pleito pendiente, cosa juzgada, por mencionar algunas) resultando incoherente y no ajustado a derecho. Consideramos que sí son viables las excepciones o si se quiere, por utilizar otra terminología, las defensas previas. Este tema es discutible.

Hagamos un símil con el proceso de ejecución de garantía el que, como bien es sabido, deja de lado a las excepciones. Con este matiz, el artículo 722 del Código Procesal Civil trata

sobre la contradicción restringiendo su admisibilidad a cinco causales (nulidad del título, inexigibilidad, cancelación, extinción o prescripción)<sup>320</sup>.

En opinión de Hinostroza<sup>321</sup> “nada obsta para que el ejecutado pueda plantear excepciones o defensas previas (sobre todo las primeras)”. Si bien la normatividad no contempla la posibilidad de plantear tales instrumentos, tampoco lo prohíbe expresamente siendo valor entendido, entonces, su admisibilidad. Los derechos de la persona solo pueden ser restringidos expresamente, concluye. Continúa diciendo que la limitación de causales no se hace extensiva a las excepciones o cuestiones previas dado que estas son defensas de forma, mientras que las causales de contradicción son defensas de fondo<sup>322</sup>.

La Corte Suprema asume otro criterio respecto de la admisibilidad de las excepciones en los procesos de ejecución de garantía, teniendo: “... A diferencia del proceso de ejecución de obligación de dar suma de dinero que en su artículo setecientos del Código acotado (C.P. C.), permite al ejecutado proponer excepciones o defensas previas, en el trámite de la ejecución de garantía no existe dicha posibilidad... De acuerdo al artículo setecientos veintidós del Código Procesal Civil y a diferencia del artículo setecientos del mismo cuerpo de leyes, referido al proceso ejecutivo, no se prevé la formulación de excepciones y defensas previas, debido que su naturaleza es sustancialmente especialísima, esto implica que se ha procurado establecer una vía procesal más expeditiva que la del proceso ejecutivo en razón a que lo requerido judicialmente es un título de ejecución... La resolución de vista, al confirmar la resolución que declara

---

<sup>320</sup> Código Procesal Civil del Perú: “Artículo 722.- Contradicción.- El ejecutado, en el mismo plazo que tiene para pagar, puede contradecir alegando solamente la nulidad formal del título, inexigibilidad de la obligación o que la misma ya ha sido pagada o ha quedado extinguida de otro modo, o que se encuentra prescrita. La contradicción que se sustente en otras causales será rechazada liminarmente por el Juez, siendo esta decisión apelable sin efecto suspensivo. Para la contradicción solo es admisible la prueba de documentos. Previo traslado por tres días y, con contestación o sin ella, se resolverá ordenando el remate o declarando fundada la contradicción. El auto que resuelve la contradicción es apelable con efecto suspensivo”.

<sup>321</sup> HINOSTROZA MINGUEZ, A., “Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo”. Tomo II. Gaceta Jurídica. Lima, 2003. Pág. 1398.

<sup>322</sup> HINOSTROZA MINGUEZ, A., op. cit. p., 1399.

improcedente su excepción, no contraviene su derecho a la defensa, toda vez, que la norma procesal le permite al recurrente hacer uso de las causas para contradecir el mandato de ejecución, debiendo el recurrente circunscribirse exclusivamente a ellas...»<sup>323</sup>.

Otro criterio sobre el mismo punto es el siguiente: “No obstante que el artículo 722 del Código Procesal Civil no señala la admisibilidad de las excepciones, cabe proponerlas porque no hay disposición que lo prohíba. El no permitir oponer dichos medios de defensa supone que en todos los casos son válidos por sí mismos, lo cual es una ficción<sup>324</sup>”.

Las excepciones, como tales en su esencia, son válidas en el proceso intimatorio de filiación, pues permiten una tutela preliminar del demandado frente a una irregularidad del proceso, sirviendo para denunciar la invalidez de una relación procesal. La jurisprudencia tiene nuevamente la palabra dejando sentado verdaderos precedentes<sup>325</sup>.

La oposición es el ejercicio del legítimo derecho de defensa del demandado. Se realiza de forma expresa y la prueba genética es un requisito para su procedencia. No vale oponerse con argumentos; en todo caso estos deben ser confrontados con la prueba. La calificación de la oposición depende del resultado de la bioprueba, declarándose fundada si el examen descarta la paternidad e infundada si produjera un resultado de inclusión del vínculo, convirtiéndose el mandato en declaración de paternidad.

---

<sup>323</sup> Casación N° 3115-99-Lima. Diario oficial El Peruano. 19/02/2000, p., 4646.

<sup>324</sup> Exp. N° 1339-94. Cuarta Sala, ejecutoria de 12/12/94. Vid. LEDESMA NARVÁEZ, M., “Ejecutorias”. Tomo I. Cultural Cusco. Lima, 1995. pp. 156 - 157.

<sup>325</sup> Claramente, en un ensayo publicado, se dice acerca del precedente que: “La doctrina del precedente en el common law tiene dos dimensiones, que llamaremos *stare decisis* horizontal y *stare decisis* vertical, la primera se refiere a la obligación de los tribunales de seguir sus propios precedentes, la segunda alude a la obligación de los tribunales de seguir los precedentes de sus superiores jerárquicos”. LEGARRE, S. y RIVERA, J. C., (h). “Naturaleza y dimensiones del ‘*stare decisis*’”. En: La Ley, Año LXIX, N° 211. Buenos Aires, 31 de octubre de 2005. Pág. 1.

La norma indica de manera expresa que el costo de la prueba debe ser asumido por la parte demandante que, como sabemos, en la mayoría de los casos es la madre. Una madre soltera que trabaja, cría, educa, mantiene el hogar y que dinero no le sobra –al contrario, lo corriente es que sus ingresos estén a la par que sus gastos– no parece nada justo cargarla con tremendo gasto. Un proceso judicial implica un costo y a este se suma la realización de la experticia, nada barata. En casos especiales deberá pedir auxilio judicial<sup>326</sup> para la defensa de sus intereses, situación que poco puede ayudarla, pues debe sufragar la prueba en caso de oposición, o es acaso que ¿El Estado debe asumir el valor en casos de indigencia?.

La idea no parece ser esa, al menos no la de esta ley. Entonces, la solución planteada a través de este proceso especialísimo puede verse truncada por la imposibilidad económica de la parte demandante a lo que nos preguntamos, y ¿por qué no la paga el que se opone? Al final de cuentas es quien está haciendo uso del derecho de defensa a través de la oposición. Punto interesante, la demanda de paternidad implicaría un precio al demandado que sería reembolsado en caso la prueba genética lo descarte.

Este punto muy interesante es tratado por el presidente de la Corte Superior de Apurímac: “el magistrado puede disponer que el demandado abone dicho pago, siempre que la demandante por su condición de indigente intervenga en el proceso con auxilio judicial y no pueda abonarla, lo que constituirá suficiente fundamento para disponer que el demandado abone el costo de la prueba genética del ADN, de lo contrario, se estaría poniendo en estado de indefensión a la demandante y como consecuencia en peligro su subsistencia y la de quienes de ella dependan; vale decir, afectando sus

---

<sup>326</sup> “SEGUNDO.- Es posible que dentro de este proceso especial se solicite el auxilio judicial y bajo el principio de trascendencia dado el carácter especial del proceso no se formará cuaderno aparte, y en caso de concederse el auxilio, es el Estado el que deberá correr con los gastos de realización de la prueba de ADN”. Acuerdo por unanimidad del Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, 21 de junio de 2005.

derechos constitucionales. ..Por estas razones, el juez –aplicando el control difuso– prefería la norma constitucional ante una norma legal según el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución Política, en este contexto hay que interpretar los alcances del artículo 2° de la Ley N° 28457, para evitar la aplicación literal de que el costo de la prueba del ADN sea abonado en exclusiva por el demandante. Importa recordar que el magistrado no es mero aplicador de la ley, sino un verdadero creador del derecho al resolver un determinado caso”<sup>327</sup>.

Es más, el citado magistrado formula una modificación a la ley a efectos que se disponga que sea el demandado el que costee la prueba dado que es él quien se opone a la pretensión.

El demandado puede abstenerse del derecho de defensa: no se opone, restándole solo esperar la notificación de la sentencia que lo certificará como progenitor legal del hijo que en demanda se lo solicitó; en este caso se trata de una oposición ficta. Sigamos. La falta de oposición puede ser expresa mediante recurso de aceptación de la paternidad demandada, formulando allanamiento o reconocimiento de la demanda, sencillamente una forma de terminar un proceso que tiene como respaldo una prueba cuya génesis solo la conocen las partes.

Sobre el allanamiento y reconocimiento, como variables de no oposición, “revelan que en esta ley especial la pretensión de filiación es disponible, a diferencia de lo que ocurre con todas las pretensiones relativas a derechos indisponibles (incluida la filiación en los demás supuestos del artículo 402 del Código Civil) y de lo que ocurría con el tratamiento legal previsto en el inciso 6 del artículo 402, antes de su modificatoria por esta ley especial”<sup>328</sup>.

---

<sup>327</sup> OLMOS HUALLPA, R., “Derecho a la identidad de los hijos extramatrimoniales. ¿Realidad o ilusión?”. En: Jurídica. Suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano. Año 2, N° 64. Lima, 20 de septiembre de 2005. Pág. 7.

<sup>328</sup> MARTEL CHANG, Rolando. Op. cit. Pág. 70.

Aclaremos que nada impide, entiéndase con claridad, que en los procesos de filiación la parte demandada pueda allanarse a la demanda, pues lo que se busca es fijar un vínculo que consagre un derecho a la identidad, por lo que no se aplica el límite de improcedencia entendido por el citado autor. Sirva la presente de reflexión.

La inversión de la carga de la prueba constituye una excepción al principio de “quien alega debe probar”, contemplado en el artículo 196 del Código adjetivo. Si bien lo común es que quien alegue un hecho debe probarlo, se ha previsto la posibilidad del traslado de la carga de la prueba al demandado por disposición *ex lege*, lo que obedece a un fin práctico que facilite a quien alegue un hecho demostrar la verdad o falsedad de este, sin tener la carga procesal de probarlo, en mérito de factores razonables; en este caso la efectividad de la prueba genética, el interés del niño.

Las reglas de la carga de la prueba se resumen en tres principios jurídicos fundamentales: *Onus probandi incumbit actori*: el demandante debe probar los hechos que fundan su pretensión; *Reus, in excipiendo, fit actor*: el demandado que excepciona simula ser actor debiendo probar los hechos de su defensa; y, *Actore non probante, reus absolvitur*: el demandado será absuelto si el demandante prueba los hechos fundamento de su pretensión.

Para nuestro estudio nos interesa el primero y el último, pues en el nuevo proceso de filiación extramatrimonial tiene lugar la excepción al principio de “quien alega debe probar”, y por ello es el padre (ya declarado así por mandato del juez) el que deberá demostrar la no vinculación filial imputada por la madre<sup>329</sup>. Hoy la prueba de ADN le da la respuesta, pero para ello es necesario el sometimiento del padre a dicho examen.

---

<sup>329</sup> En principio, la carga de la prueba le correspondería a la madre e hijo, pero por disposición de la Ley N° 28457 se invierte y es trasladada al padre. Nos preguntamos cuál es el fundamento por el cual el legislador ha

La carga de la prueba implica una regla de conducta tanto para el juez como para la parte sobre la que pesa la carga. Para el juez, en razón de que le indica cómo fallar a pesar de no tener pruebas sobre los hechos respecto de los que tenga que fundamentar su decisión debido a la inactividad probatoria de una de las partes –en nuestro caso, del padre–, permitiéndosele un pronunciamiento sobre el fondo. Para la parte sobre la que pesa la carga de la prueba, en tanto le impone los hechos que le compete probar caso contrario, soportará las consecuencias de su inactividad probatoria o de su actividad probatoria deficiente.

En este proceso de filiación corresponde al demandado la incumbencia de probar su no paternidad, *mutatis mutandis* desde la pretensión de filiación extramatrimonial que le es demandada en torno a un sustento probatorio definitivamente categórico que debe ser usado en su defensa. En efecto, en caso de que el demandado incumpla someterse a la prueba de ADN, el mandato del juez se convertirá en declaración judicial de paternidad. El demandado deberá soportar las consecuencias de su inactividad probatoria.

Las diferencias de la oposición con la negativa al sometimiento de la prueba biológica que se regulaba en el Código Civil, en el artículo 402, son saltantes. Sin duda amerita, sobre el particular, esbozar las diferencias entre la actual oposición y la negativa a la bioprueba, la que hasta la entrada en vigencia de la ley analizada, era aplicable a los procesos de paternidad extramatrimonial.

Para Céspedes Suzuki, la sola negativa al sometimiento a la prueba del ADN no probaría la paternidad, siendo necesarios otros medios probatorios que la acrediten. La negativa,

---

previsto tal inversión de la carga probatoria? La razón no es otra que la ya tan mencionada contundencia de la prueba de ADN. El resultado de la prueba de ADN constituye una verdad biológica que escapa a las presunciones y las debilita. Quien está en mejor posición para el ofrecimiento y actuación de la prueba de ADN es el padre. Sobre ello no cabe la menor duda. Por una cuestión lógica, fáctica, es claro que el hijo se encuentra en una situación de desventaja para probar la relación paterna filial. ¿Cómo demostrar que es su padre sin recurrir a presunciones y de manera certera?

sostiene, sería una prueba tasada, toda vez que no se admiten otros tipos de prueba, lo que sería ilegal por atentar contra el principio de valoración conjunta de la prueba, e inconstitucional, pues afectaría el derecho a la prueba como garantía del ejercicio efectivo de la función jurisdiccional. La negativa como sucedáneo, es una presunción. No compartimos la opinión de Céspedes Suzuki. Teniendo como sustento criterios procesales afirmamos, en primer lugar, que la negativa a la prueba genética no constituye un medio probatorio. La negativa es una presunción *iuris et de iure*<sup>330</sup> que se encuadra dentro de la categoría de los sucedáneos de los medios probatorios previstos por nuestra normativa procesal<sup>331</sup>.

Antes de la modificación legal, esta negativa era un indicio. Hoy, la negativa, considerada como presunción, sustituye el valor de la prueba de ADN cuando no es practicada por decisión del requerido. No es una prueba, insistimos, es un sucedáneo. Es una presunción que no admite prueba en contrario. Sin embargo, hay que tomar en cuenta lo que señala Hinostroza sobre la presunción *iure et de iure* en general: “es de destacar que resulta inadmisibles la prueba en contrario del hecho presumido, pero no de aquella dirigida a acreditar la inexistencia del hecho que constituye el presupuesto para la aplicación de la presunción legal absoluta, esto es el hecho que le sirve de base”<sup>332</sup>. Aplicado a nuestro caso, quiere decir que la única forma de que se desvirtúe la presunción *iure et de iure* de paternidad por la negativa del requerido, sería necesario que este se someta a la prueba de ADN.

Muy a pesar de ello, Céspedes Suzuki nos dice expresamente que lo que la Ley N° 28457 ha buscado es darle a la negativa a la práctica de la prueba de ADN un carácter tasado superior y excluyente, toda vez que lleva al juez a declarar de inmediato la paternidad sin considerar otras pruebas. El juez se abstrae de la inexistencia absoluta de prueba y se

---

<sup>330</sup> Art. 278 del Código Procesal Civil.

<sup>331</sup> Art. 275 y ss. del Código Procesal Civil, vid CÉSPEDES SUZUKI, E., “Deficiencias de la Ley N° 28457”. En: Jurídica. Suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano. Año 2, N° 57. Lima, 2 de agosto de 2005. p.7.

<sup>332</sup> HINOSTROZA MINGUEZ, A., “La prueba en el proceso civil. Doctrina y jurisprudencia”. 3ª edición. Gaceta Jurídica. Lima, 2002. p. 264.

centra en la negativa del demandado a someterse a la prueba pericial biológica de manera que la sola negativa implica paternidad, lo cual es un claro atentado contra el principio de valoración conjunta de la prueba recogido en el artículo 197 del Código Procesal Civil que sí fue recogido por la Ley N° 27048<sup>333</sup>.

La posición de la autora citada es discutible. La autora al confundir prueba por presunción concluye que se trata de una prueba tasada y por ello ilegal, toda vez que impide la apreciación conjunta de la prueba. Insistimos, la presunción de paternidad por la negativa en sí no es una prueba, mucho menos tasada, sino que es consecuencia de la conducta del demandado de no hacer valer su derecho a la defensa, como lo hemos visto, sometiéndose a la prueba genética.

Como ya hemos referido, la negativa constituye una presunción de tipo *iuris et de iure*, un sucedáneo que sustituye el valor de la prueba de ADN por la no práctica de esta por el emplazado a efectos de desvirtuar su paternidad de modo tajante, en razón de la certeza de la prueba de ADN. Valgan verdades, pero actualmente la negativa carece de sentido, no cabe hacer uso de ella, por lo que no es necesario el apercibimiento<sup>334</sup>, advertencia, ni exhortación a la realización de actos, como lo era antes. La ley busca de manera directa lo que ayer establecía de manera indirecta. Además, y a ver si queda clara nuestra posición, también se llega a sentenciar paternidad por la no oposición al mandato de paternidad lo que, utilizando el mismo razonamiento de la autora, implicaría que tanto el allanamiento y el reconocimiento

---

<sup>333</sup> CÉSPEDES SUZUKI, E., "Deficiencias de la Ley N° 28457". En: Jurídica. Suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano. Año 2, N° 57. Lima, 2 de agosto de 2005. p. 7.

<sup>334</sup> El apercibimiento es un requerimiento hecho por el juez para que uno ejecute lo que manda o tiene mandado, o para que proceda como debe, conminándosele con multa, pena o castigo si no lo hiciere vid. CABANELLAS, Guillermo. "Diccionario de Derecho Usual". Tomo I. ed. Heliasta. Buenos Aires, 1974. P. 762. En la Enciclopedia Jurídica Omeba se señala que el apercibimiento constituye una prevención especial porque se concreta en una advertencia conminatoria, respecto de una sanción también especial. En ese sentido, el apercibimiento dado por una autoridad con facultades para ello, tiene por finalidad exigir el cumplimiento de una conducta determinada y aplicar una pena en caso de desobediencia. Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo I. Editorial Bibliográfica Argentina. p. 1033.

sean considerados pruebas tasadas. Y esto, qué duda cabe, no es así; al menos hasta donde sé, no queriendo saber más.

En todo caso si compartimos el criterio de Ariano, que dice “Estamos pues ante una nueva fase en la historia del Derecho probatorio peruano: regresamos a la prueba plena legal. Ergo, ya no más apreciación conjunta y razonada de la prueba, ya no más motivación del por qué se resuelve en un sentido o en otro, pues quien decide es el laboratorio”<sup>335</sup>.

El Mandato de Paternidad, es el acto más importante del proceso, además de ser el primero que dicta el juez sin necesidad de escuchar al demandado, *inaudita altera pars*, “de esta forma el juez si bien resuelve oyendo a una sola de las partes, lo hará no solo sobre la base del relato fáctico, sino de las pruebas aportadas. Y si el emplazado no formula oposición alguna, la cosa juzgada material no solo es consecuencia de su conducta procesal, el silencio o falta de oposición, sino del relato del demandante y los medios probatorios que aportó para sustentarlo”<sup>336</sup>.

Es importante llegar a comprender la esencia del mandato de paternidad. Podemos sostener que más que un requerimiento a reconocer la pretensión de la parte, el mandato es una decisión anticipada del juez en mérito de lo alegado por la parte demandante, tomando en cuenta la fuerza de la prueba genética, que ofrece la suficiente certeza de lo demandado.

---

<sup>335</sup> ARIANO DEHO, E., op. cit. p. 67. Agrega que: “Hemos, pues, entrado en una nueva era. Una era en la que bajo la máscara de la infalibilidad de la ‘prueba del ADN’ se ha regresado a una suerte de prueba ordánica, en donde el juicio de Dios es reemplazado por el juicio del más terrenal (y ‘científico’) laboratorista”. Op. cit. p. 68

<sup>336</sup> MARTEL CHANG, Rolando. op. cit. p. 69.

Tal como sucede en el proceso ejecutivo, el mandato de paternidad es una resolución judicial compleja<sup>337</sup>. Es un auto que al notificarse da inicio al proceso.

No es un acto de ejecución forzada de la prueba de ADN, todo lo contrario, es una forma de coerción, pues el mandato conlleva una exhortación al sometimiento a la prueba biológica; que de no realizarse en el plazo indicado se decretará la paternidad. Sus efectos son expectaticios, están sujetos a una condición suspensiva de que la prueba no sea realizada en plazo estipulado o, llevada a cabo, confirme el *nexum gens*, aunque podríamos plantear que se trata también de una condición resolutoria, en fin.

Como acto procesal, el mandato de paternidad debe contener: Una parte expositiva, una considerativa y una dispositiva; Intimación al sometimiento a la prueba genética, Plazo para su realización y Apercibimiento de declararse la paternidad.

Las sentencias en estos procesos pueden tener varios tipos de fallos.

Declaratoria de la paternidad: En mérito a los resultados positivos de la prueba genética. En esta sentencia la verdad real coincide con la verdad formal. El ADN contribuye eficazmente en el establecimiento de la relación parental.

En mérito de la no oposición. Transcurrido el plazo y no habiéndose opuesto y llevado a cabo la pericia por causa injustificada, el mandato se convierte en declaración de filiación. Sin certeza de paternidad, solo por la no realización de la bioprueba se dicta sentencia. Parece un fallo sin contenido, pero no es así. Es la sanción por no colaborar con la verdad. La filiación en estos casos se establece no por el ADN, sino por una presunción legal. Se elimina la

---

<sup>337</sup> Término utilizado por Herrera Navarro refiriéndose al mandato ejecutivo. Vid. HERRERA NAVARRO, S. "Proceso de ejecución". Normas Legales. Trujillo, 2002. Pág. 29.

certeza científica que proporciona la prueba genética, subsistiendo la incertidumbre, como dice Martel Chang<sup>338</sup>.

No declara la paternidad: En mérito del descarte extraído por la prueba genética actuada a través de la oposición del demandado.

Por otro lado, la sentencia declara el nexo filial teniendo como sustento el aspecto biológico, la esencia genética que se encuentra fundamentada en la prueba de ADN la que, habiéndose o no realizado, es la razón de ser de este nuevo proceso. La motivación de estos fallos no debe ser exhaustiva ni referirse a hechos, que pueden existir, solo debe meritarse los resultados de la pericia y fallar la paternidad. La discreción del magistrado se transforma en convicción. El grado de efectividad de la pericia genética es reconocido unánimemente incluso en los sistemas más tradicionales o conservadores como el boliviano, cuando refiere que las pruebas biológicas representan un “elemento probatorio que otorga al juzgador una convicción plena para dirimir la pretensión y la controversia jurídica de paternidad”<sup>339</sup>.

En mérito de la pluralidad de instancia<sup>340</sup> cabe la apelación respecto de la declaración de paternidad en el plazo de tres días, teniendo el Juez de Familia diez días para resolver. Como está redactada la norma, la apelación es una facultad expresa reconocida al demandado a efectos de contradecir la sentencia que lo declara padre.

---

<sup>338</sup> MARTEL CHANG, R., op. cit. Pág. 70

<sup>339</sup> PAZ ESPINOZA, Félix. “Derecho de Familia y sus instituciones”. 2ª edición. G.G. Gráfica. La Paz, 2002. p. 340.

<sup>340</sup> “TERCERO.- En el proceso de reconocimiento de filiación de paternidad extramatrimonial se cumple con el principio de pluralidad de instancias con el pronunciamiento del Juez de Primera Instancia respecto a la resolución pronunciada por el Juzgado de Paz Letrado”. Acuerdo por unanimidad del Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, 21 de junio de 2005.

¿Qué sucede cuando la sentencia es adversa a la parte demandante? En otras palabras, cuando la oposición se declara fundada ¿Cómo queda el principio de doble instancia? Cabría decir que la sentencia que descarta la paternidad (aquella que declara fundada la oposición) es inapelable o es que la contundencia de la prueba genética elimina el derecho de defensa. La misma pregunta se plantea Ariano Deho cuando sostiene que “el legislador en un arranque de ‘garantismo’ establece que la declaración judicial de filiación es apelable, pero es ‘garantismo’ a medias, pues se olvida de la resolución que declara fundada la oposición ¿Será también apelable?”<sup>341</sup>. Sin duda que sí en razón de que como recurso impugnatorio se tiene un legítimo derecho al mismo; el hecho es encontrarle el fundamento para su procedencia.

La apelación se puede interponer en el plazo de tres días, teniendo el Juez de Familia el plazo de diez días para resolver, y las razones que podría invocar el apelante como fundamento podrían ser: Falta de requisitos formales; Falta de requisitos de fondo; Error en la realización y en la deducción de los resultados; Falta o error en la notificación; Margen de subjetividad en la apreciación científica; Realización de prueba distinta al ADN de menor grado de efectividad; Inexactitud de la filiación por prácticas de procreación asistida

### **3.15.3. Proceso Monitorio para el reclamo de deudas en comunidades de propietarios**

Las comunidades de propietarios siempre han tenido dificultades para reclamar las cantidades debidas por los vecinos morosos. La poca entidad de dichas cantidades consideradas individualmente, los gastos que, inicialmente, siempre conlleva cualquier reclamación judicial, así como la desconfianza de muchos ciudadanos acerca de que, después de todos los esfuerzos, se fuera a conseguir algo positivo, originaban que muchas comunidades de

---

<sup>341</sup> ARIANO DEHO, E., op. cit. Pág. 68

vecinos decidieran asumir las deudas y esperar mejores tiempos en que se pudiera exigir el pago a los morosos<sup>342</sup>.

La reforma de la Ley de Propiedad de Horizontal de 1999 (realizada por la Ley 8/1999, de 6 de abril) supuso un primer paso para remediar este grave problema, al introducir en su art. 21 un proceso monitorio que permitía reclamar de forma fácil y barata las cantidades adeudadas. El sistema se completó con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero), que modifica a su vez por su Disposición Final primera el artículo 21 de la LPH, adaptando el proceso monitorio de propiedad horizontal al establecido para cualquier otra reclamación de cantidad, aunque manteniendo algunas especialidades. A éstas nos referiremos básicamente en este artículo, no sin antes realizar unas reflexiones sobre el proceso monitorio en general.

El proceso monitorio es, desde hace casi un siglo, el más utilizado en todos los países de la UE para reclamar deudas dinerarias. Esto mismo está sucediendo actualmente en España, y en los primeros cuatro meses de 2001, los procesos monitorios, recién estrenados, ya han supuesto el 28% de los asuntos ingresados. El uso del monitorio es sencillo y ágil: el proceso se inicia con una solicitud en la que sólo se debe hacer constar la identificación de acreedor y deudor, el hecho que motiva la reclamación y la cantidad que se reclama. La solicitud debe ir acompañada del documento en que se recoge la deuda (factura, contrato, honorarios...), y no hace falta valerse de abogado para presentarla, pudiendo hacerlo personalmente el propio acreedor interesado.

---

<sup>342</sup> Una de las modificaciones más importantes de la Ley 8/1999, de 6 de abril, de Propiedad Horizontal fue la introducción de un nuevo procedimiento sobre reclamación de morosos, destinado a facilitar el que las comunidades de propietarios puedan legítimamente cobrar las deudas de los propietarios integrantes de la misma: y se trataba de un proceso monitorio de acuerdo al art. 21 de la mencionada Ley, vid. MANTILLA DE LOS RIOS VERGARA, C., El proceso monitorio, ejecución y reclamación de cuotas en regímenes de propiedad horizontal, ed. Bosch, Barcelona, 2001, p. 47

Una vez entregada la petición inicial en el juzgado, desde éste se requiere judicialmente al deudor para que pague o se oponga a lo reclamado. El hecho de que la reclamación la realice un juez origina que numerosos deudores paguen. Así sucede en un 51% de los casos. La oposición, que frustra la finalidad básica del monitorio al generar un proceso declarativo, sólo tiene lugar en el 15% de los casos. En el 34% restante, el deudor deja pasar el plazo concedido para el pago o la oposición (20 días) sin hacer ninguna de las dos cosas, con lo que se procede al embargo de sus bienes. La cuestión sobre la deuda originaría queda entonces resuelta.

Como podemos observar, el acreedor que acude al monitorio puede prever que, en el plazo de un mes, y en el 85% de los casos, va a tener un pago de lo debido o una ejecución en marcha, y todo con la simple presentación de un sencillo documento y sin gastos previos ni añadidos: de ahí el éxito de la fórmula.

En el caso de las cantidades debidas a las comunidades de propietarios, éstas pueden acudir sin ningún problema al proceso monitorio para reclamarlas.

La certificación del administrador en que consten las cantidades debidas por el propietario moroso es documento válido y suficiente para iniciar el proceso, y a ellas se pueden añadir los gastos extrajudiciales de requerimientos de pago. Además, no tienen que presentar necesariamente la demanda ante el tribunal del domicilio del deudor (como sucede en todos los demás casos), porque la ley les permite hacerlo ante el tribunal del lugar donde esté la finca, lo que facilita las actuaciones posteriores, sobre todo en los casos de segundas residencias, normalmente deshabitadas por el deudor.

Por otra parte, el requerimiento realizado en los domicilios señalados por el propietario de la vivienda es siempre válido y eficaz y si, incumpliendo la LPH, no designó domicilios,

se puede en este caso, notificar por edictos. Si llegara a plantearse oposición del deudor sobre la reclamación planteada, la ley prevé que se pueda conseguir el embargo preventivo de los bienes del deudor moroso (entre ellos, el del piso) sin necesidad de prestar caución alguna. Si el proceso monitorio en general es un instrumento muy útil para todo acreedor que tenga su crédito documentado, para las comunidades de vecinos lo es aún más, por las especialidades que la ley establece, siempre favorables a sus intereses. Por eso, hoy por hoy, carece de sentido que los vecinos morosos sigan disfrutando de impunidad por la permisividad o el temor de las comunidades.

#### **3.15.4. Proceso Monitorio para recuperar el IVA de los clientes morosos.**

La morosidad en España podría llegar a ser un grave problema para la actividad económica. El 68% de las empresas aseguran tener desequilibrios ocasionados por la alta morosidad que padecen ya que el plazo medio de pago supera los dos meses. Por si esto no fuera suficiente, expertos de diferentes sectores vaticinan para los próximos años repuntes.

Basta pensar en las consecuencias de una operación fallida para tomar conciencia del problema: No sólo se habrá perdido la posibilidad de cobrar el producto o servicio y con ello recuperar todo el gasto realizado para ello, sino que además se habrá liquidado a Hacienda, por un lado, el IVA repercutido al cliente moroso, y por otro, el correspondiente impuesto sobre la renta (IRPF o IS).

Ante esta situación, es necesario articular medidas legales que permitan luchar contra la morosidad, a nivel preventivo para evitarla, como a nivel “curativo” para paliar sus

efectos<sup>343</sup>. Pese a ser evidente el perjuicio que conlleva el impago de las facturas, en la práctica es poco conocido el mecanismo para recuperar las cuotas repercutidas a los clientes morosos o, si se conoce, no se lleva a cabo por su complejidad operativa, aunque como veremos no lo es tanto.

La ley del IVA y el Real Decreto 1624/1992<sup>344</sup> que la desarrolla, prevén esta posibilidad para dos supuestos concretos: Los clientes morosos cuyas deudas son reclamadas judicialmente y los clientes morosos en situación de suspensión de pagos o quiebra.

Es interesante resaltar la evolución del artículo del IVA hasta la redacción actual, más favorable para paliar los efectos del impago, contemplándose la posibilidad de que el sujeto pasivo (empresario) reduzca la base imponible del IVA cuando su cliente no haya hecho efectivo el pago de las cuotas repercutidas y se haya instado el cobro mediante reclamación judicial<sup>345</sup>.

Antes era necesario que el moroso fuese un empresario o profesional, mientras que a partir del 1 de enero de 2004 se incluyen también a los particulares, con el límite que veremos, por lo que se generaliza dicha posibilidad<sup>346</sup>.

---

<sup>343</sup> Ésa ha sido la tendencia durante los últimos años; podemos citar la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, que introduce el expeditivo proceso monitorio, las sucesivas reformas del artículo 80 de la ley del IVA 37/1992 y, como exponente final la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

<sup>344</sup> Ley del IVA art. 80 y su desarrollo en el Real Decreto 1624/1992, art. 24.

<sup>345</sup> En la Ley 66/1997 de presupuestos para 1998, en su exposición de motivos, se decía que "...las medidas adoptadas atienden, principalmente, al fomento de la competitividad de las empresas. Así se hace posible la modificación de la base imponible en supuestos de imposible recuperación de las cuotas repercutidas no cobradas mediante el cumplimiento de ciertos requisitos...".

<sup>346</sup> La Ley 62/2003, de presupuestos para 2004, además de adaptar la ley del IVA a los términos de la nueva Ley Concursal 22/2003 de 9 de julio, amplía los supuestos para poder modificar la base imponible.

La ley exige una serie de requisitos, de índole material para modificar la base imponible, tendentes a demostrar la veracidad del fallido, y de índole formal o documental en aras de la seguridad jurídica<sup>347</sup>.

La ley considera un crédito total o parcialmente incobrable cuando reline todas y cada una de las siguientes circunstancias: Que hayan transcurrido dos años desde el devengo del Impuesto repercutido sin que se haya cobrado todo o parte del crédito derivado del mismo (Lo normal es que la fecha de la factura coincida con la del devengo); que esta circunstancia haya quedado reflejada en los libros registros exigidos para este impuesto; es decir, que la factura, o documento sustitutivo, impagada esté registrada en los libros fiscales y contables legalmente exigibles; que el destinatario de la operación actúe como empresario o profesional, o, en otro caso, como por ejemplo un particular, que la base imponible de aquella, IVA excluido, sea superior a 300 € y por último que el sujeto pasivo haya instado su cobro mediante reclamación judicial.

No puede modificarse la base cuando, en general, el crédito esté especialmente garantizado, salvo que la modificación de la base imponible se realice durante los tres meses siguientes a la finalización del plazo de los dos años. Es decir, transcurridos los dos años desde la fecha de emisión de la factura sin haberse cobrado total o parcialmente, tendremos tres meses para emitir otra que la rectifique. La emisión de la nueva factura deberá ser objeto de comunicación a la Administración Tributaria en el plazo de un mes. Es lógico pensar que si vamos a recuperar, o nos van a devolver, una especie de ingreso indebido a causa de las excepcionales circunstancias que estamos viendo, deba ser objeto de una declaración o comunicación previa.

---

<sup>347</sup> Los arts. 80 de la Ley y 24 del Reglamento establecen los supuestos y condiciones de reducción de la base imponible.

En cuanto al procedimiento a seguir para recuperar las cuotas de IVA que han sido repercutido en las facturas emitidas y que tras dos años de infructuosos intentos no han conseguido cobrarse, se realizan en distintos ámbitos o instancias; los hay internos (tienen lugar dentro de la propia estructura organizativa del sujeto pasivo, como es la emisión de la factura rectificativa), judiciales (reclamar la deuda ante el juez), y administrativos (comunicar la modificación a Hacienda).

La vía propuesta para la reclamación Judicial es el procedimiento monitorio común. Al respecto el criterio de la Administración Tributaria sobre este tema en las consultas que le han sido hechas es el siguiente: Al preguntársele que debemos entenderse por “instado el cobro”. En su respuesta hace referencia a los artículos 399 y 437 de la LEC, que regulan los requisitos del escrito de demanda en el proceso declarativo ordinario y en el verbal respectivamente<sup>348</sup>. Y nuevamente reitera su posición cuando se le pregunta qué debe entenderse por “instar el cobro”. La respuesta ha sido que el término “instado” se refiere a que se haya presentado la correspondiente demanda ante la autoridad judicial<sup>349</sup>.

Debemos entender que las cuestiones no han sido planteadas con la suficiente lógica pues no tiene sentido preguntar por el cuándo de la reclamación judicial, cuando no está claro qué debe entenderse por la misma. Lo primero debe ser determinar qué es, para después saber cuándo se realiza. Esto nos podría parecer que no tiene sentido, ya que el planteamiento hecho por la Administración habla de demanda, pero lo cierto es que en el tema que nos ocupa estamos ante un término jurídico que debe ser precisado para no dar lugar a diversas interpretaciones. Por lo que las preguntas debían ser: ¿Es satisfactoria la interpretación de la administración?, ¿la petición inicial del procedimiento monitorio constituye una demanda, y si es así, debería admitirse en coherencia con la tendencia de aminorar los efectos de la morosidad?

---

<sup>348</sup> Consulta 1521-01 de 23/07/01 en donde concluye en que el término “instado” utilizado en el artículo 80.4 de la Ley 37/1992 se refiere a que se haya presentado la correspondiente demanda ante la autoridad judicial.

<sup>349</sup> Información Tributaria 1440 de 20/01/04. Citando como normativa el art. 80.4 la Ley 37/1992, 399.1 LEC y la Consulta 1521-01 de la DGT.

La doctrina procesal entiende que si bien el legislador ha preferido no denominarla propiamente demanda, en la medida que el monitorio es un proceso, no puede dudarse que el acto por el que se pide su inicio (la petición de requerimiento de pago) constituye técnicamente una demanda<sup>350</sup>.

Pese a las virtudes de este procedimiento judicial, por el momento está pensado sólo en recuperar el IVA pagado, no se pretende cobrar la deuda aún a costa de un procedimiento judicial. Lo que se quiere obtener es el documento justificativo de la reclamación judicial que exige el artículo 80 de la ley de IVA<sup>351</sup>.

La sencillez de la reclamación es tal que sólo destacamos los siguientes aspectos: La deuda dineraria, determinada, vencida y exigible no podrá exceder de 30.000 €. En caso excediese de esa cantidad habrá entonces que utilizar la vía del juicio declarativo ordinario. No se exige un mínimo para poder reclamar. La acreditación de la deuda es mínima en este procedimiento: bastaría acompañar la reclamación con la factura impagada, con un albarán, etc. No se necesita abogado ni procurador, por lo que no se originan costas en este sentido. Se presenta un sencillo escrito<sup>352</sup> en el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o residencia del deudor si se conoce; en caso contrario en el del lugar donde pudiera ser hallado por el tribunal.

---

<sup>350</sup> El proceso monitorio se regula en los artículos 812 a 818 LEC. La Real Academia de la Lengua se refiere al monitorio como “de lo que sirve para avisar”. Desde un punto de vista práctico este procedimiento sirve al acreedor para ir contra la actitud pasiva del deudor ante sus reclamaciones. Persigue obtener un título ejecutivo a partir de la inactividad del deudor. Por eso, sólo será posible la culminación del monitorio en el supuesto de que el demandado ni pague ni formule oposición.

<sup>351</sup> Hablamos de aquellas situaciones en las que se sabe con toda certeza que la deuda es irrecuperable, de empresas que cierran sus puertas de la noche a la mañana, de personas insolventes, de aquellas otras que hacen del engaño su profesión, etc.

<sup>352</sup> La Instrucción 1/2002 de 5 de noviembre de 2002, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, aprueba los impresos normalizados para su presentación directa por los ciudadanos en los supuestos previstos por la Ley de Enjuiciamiento Civil. Estos impresos deberán hallarse a disposición de los interesados en el Tribunal correspondiente.

Lo que conviene resaltar es que como sólo se exige acreditar que se ha instado el cobro mediante reclamación judicial, es fácilmente deducible que interesará presentar la reclamación en aquellas operaciones que resulten ya impagadas. Ello con perspectivas a adquirir en el futuro el derecho a solicitar de la administración el IVA legalmente recuperable. Aunque no es exigible la acreditación si la reclamación fue admitida o no a trámite, en alguna medida entendemos que si puede hacerse tal acreditación.

Lo importante es que este derecho no podrá resultar viciado ni por la eventual sentencia desestimatoria, ni tampoco por el hecho de que fruto de la reclamación se llegue a cobrar total o parcialmente la deuda, Hacienda no pedirá nuevamente el IVA que haya sido devuelto. Esto sólo tendrá lugar si se desiste de la reclamación judicial interpuesta.

El sujeto pasivo estará obligado a expedir y enviar al destinatario de las operaciones una nueva factura o documento en los que se rectifique, o en su caso se anule, la cuota repercutida<sup>353</sup>. La disminución de la base imponible —o, en su caso, el aumento de las cuotas a deducir por el destinatario de la operación— estará condicionada a la expedición y envío del documento que rectifique<sup>354</sup> las facturas anteriormente emitidas. Esto puede dar lugar a confusión por el hecho de que se puedan emitir tanto facturas como documentos sustitutivos. Si bien pueden ser objeto de rectificación tanto unos como otros, el Reglamento 1496/2003 exige factura como único documento válido a efectos de reducir la base imponible del IVA en los supuestos del artículo 80.

---

<sup>353</sup>Establecido en el art. 24 del Reglamento del IVA para los casos a que se refiere el artículo 80 de la Ley de IVA.

<sup>354</sup> El Real Decreto 1496/2003 que regula las obligaciones de facturación, establece en el artículo 13 que será obligatoria la expedición de una factura rectificativa en los casos en que (...) se hubieran producido las circunstancias que, según lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley del IVA, dan lugar a la modificación de la base imponible.

La factura rectificativa deberá contener, como cualquier factura, los datos que establece el artículo 6 del Real Decreto 1496/2003, además de las siguientes especialidades (por su finalidad rectificativa): Un número de serie especial, se hará constar su condición de documento rectificativo y la descripción de la causa que motiva la rectificación y deberá contener los datos identificativos de la factura o documento sustitutivo, así como la rectificación efectuada.

Una vez facturadas y contabilizadas en tiempo y forma las operaciones cuya base imponible se pretenda rectificar, el acreedor tendrá que comunicar este hecho a la administración tributaria presentando una declaración, en la Delegación o Administración de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria correspondiente a su domicilio fiscal en el plazo de un mes a contar desde la fecha de expedición de la factura rectificativa. En ella serán redactadas las circunstancias de la modificación de la base imponible practicada, haciendo constar que la misma no se refiere a créditos garantizados, afianzados o asegurados, a créditos entre personas o entidades vinculadas, a créditos adeudados o afianzados por entes públicos, ni a operaciones cuyo destinatario no está establecido en el territorio de aplicación del impuesto ni en Canarias, Ceuta o Melilla<sup>355</sup>.

Debe aportarse también los documentos, tales como: Copia de las facturas rectificativas, en las que se consignarán las fechas de emisión de las correspondientes facturas modificadas y los documentos que acrediten que el acreedor ha instado el cobro del crédito mediante reclamación judicial al deudor. Sobre este punto, y aunque no es exigible, sería aconsejable adjuntar copia de las facturas impagadas y cuya base es objeto de modificación. No hay un modelo oficial para esta comunicación, por lo que cualquier escrito que reúna los requisitos vistos sería admitido.

---

<sup>355</sup> Tal como está previsto en el art. 80 de la Ley del IVA española.

De esta forma se habrá logrado recuperar la cuota de IVA que los sujetos pasivos en su día son repercutidos e ingresados, y que nunca fueron reintegrados por el cliente moroso. Además, con la factura negativa podrá imputarse en la contabilidad una pérdida y se tendría una minoración en la base imponible del impuesto sobre la renta del ejercicio en curso. Esta reducción obligará al destinatario de la operación a practicar la minoración oportuna de su IVA soportado en la declaración-liquidación correspondiente al período impositivo en que reciba la factura en cuestión. Desde ese momento, el cliente moroso será deudor, por la cuota del IVA, directamente ante la Administración.

**CAPITULO IV**  
**EL CODIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMERICA**  
**Y SU INFLUENCIA EN EL CODIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL**  
**DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR**

**Sumario:** 4.1 Introducción; 4.2 El proceso Monitorio en el código procesal civil modelo para Iberoamérica; 4.3. Fundamentos y caracteres del Proceso Monitorio en el código modelo; 4.4. El Proceso Monitorio en el código procesal civil y mercantil de El Salvador.

#### **4.1. Introducción.**

La tendencia iberoamericana a través de procesalistas como Vescovi, Couture, Gersi Bidart, etc. Ha sido la de influenciar, producto de las jordanas de derecho procesal, con la proposición de códigos que sirvan de base para las eventuales reformas procesales en los países latinoamericanos.

En la tendencia a parece marcada cuando se han hablado de códigos procesales, modelo tanto en el área procesal constitucional, como otras, siendo el primer resultado el código procesal civil modelo para Iberoamérica, el cual ha servido como insumo de muchos países en sus respectivas reformas procesales; El Salvador no ha sido la excepción, pues a producto de ello y de años de discusión se logro la aprobación del código procesal civil y mercantil, que rige los destinos de los litigios correspondientes a partir de julio del 2010.

Esa influencia es muy marcada y ha permitido que se haya introducido en el entorno salvadoreño figuras como el proceso monitorio cuya necesidad es indiscutible.

Ha sido incesante la labor realizada en El Salvador para adoptar al país de un instrumento jurídico moderno que busca una justicia acelerada, terminando con muchas figuras que

durante 126 años de existencia del agonizante código de procedimientos civiles actualmente vigente, han sido un obstáculo en la búsqueda de soluciones de los justiciables.

#### **4.2. Proceso Monitorio en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica**

El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, denominado también como “código Tipo” y “código Modelo”, se presenta como producto resultante de un sentimiento de unidad americanista que busca la integración de los países latinoamericanos en el campo jurídico. Las primeras “Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal” que se realizaron en 1957, en Montevideo, Uruguay, pautaron la creación del “Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal”.

Ya en las “IV Jornadas” que se realizaron en Caracas, en 1967, concertaron la formulación de bases para uniformar la legislación procesal de los países latinoamericanos, constituyéndose este tema como uno de los ejes principales de las “V Jornadas” que se desarrollaron en Colombia en el año de 1970.

Fue entonces que en el año de 1981 y en el marco de las “VI Jornadas” realizadas en Guatemala que se analizó el “Anteproyecto de Código Procesal Civil”, el cual había sido preparado por los profesores uruguayos Adolfo Gelsi Bidart, Enrique Vescovi y Luis Torello<sup>356</sup>; igualmente se continuó con su análisis en las “VII Jornadas” de Ecuador, en 1982.

En marzo de 1988, el Anteproyecto, con sus respectivos antecedentes y exposición de motivos, fue publicado en Montevideo, y su texto fue nuevamente considerado en mayo del mismo año en las “XI Jornadas” celebradas en Río de Janeiro, Brasil, y su contenido fue

---

<sup>356</sup> XIV JORNADAS IBEROAMERICANAS de DERECHO PROCESAL, celebradas en La Plata, Argentina del 24 al 27 de abril de 1994, editado por el Instituto de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, pp. 249.

considerado en un Congreso Internacional, que a efecto de discutir una legislación procesal uniforme en Europa, se celebró en Roma en septiembre de 1988, ocasión que fue propicia para analizar el Código Tipo de Proceso Civil para América Latina<sup>357</sup>.

El “Código Modelo” se presenta como una solución básica a la exigencia de la sociedad en mejorar la justicia en Latinoamérica, que cada vez utiliza instrumentos inadecuados que impiden la obtención de resultados deseables.

Una finalidad del “Código Modelo”, ha sido la de servir como base de reformas procesales en toda Latino América<sup>358</sup>, tal como lo fue en, en materia de Derecho Internacional, el Código de Bustamante. Es decir, que el documento ha servido para llamar a la reflexión a los países Latinoamericanos en vías de reformar su legislación procesal civil respectiva; no buscado constituirse en un documento coercitivo, más bien, una opción que en un momento determinado puede ayudar a los mismos en su entorno jurídico. En el mismo se incluyeron los principios básicos para la estructura del proceso, no solo haciendo mención de ellos, sino que formando parte del articulado.

Hay algunos tópicos que se concretan y desarrollan en él, por ejemplo: El Juez es esencialmente imparcial, y su actuación debe ceñirse al proceso, con lo que se logra una plenitud de su autoridad en el ejercicio de sus funciones. Es indispensable, en la procuración estar facultado para postular en cualquier tipo de proceso, lo cual indica que la presencia del abogado es indispensable.

Una reforma procesal, que sea considerada con forme al código tipo es la inclusión de medios de prueba de carácter científico, que sirve al proceso para hacerlo más justo.

---

<sup>357</sup> BIDART, G., Código tipo y reforma del proceso en América Latina: entre derecho común o uniforme, en *Un Codice Tipo' di Procedura Civile per L'America Latina*, ed. Cedam, Padova, 1990, p. 55.

<sup>358</sup> VESCOVI, E., *Elementos para una Teoría General del Proceso Civil Latinoamericano*, ed. UNAM, México, 1978, p. 16.

Se incluyó de acuerdo a las realidades propias de cada país la posibilidad de obtención de soluciones rápidas a los procesos, sin descuidar los derechos y garantías de las partes hasta la solución del conflicto.

El problema de lentitud de los procesos y soluciones tardías planteó la necesidad de buscar una mayor celeridad por lo que el Juez en tal sentido se vuelve director del proceso y no un mero espectador, ya que se le dota de la facultad de impulsar el proceso.

Esa tendencia de facultar al Juez para dirigir el proceso ha constituido un elemento importante dentro o en la redacción del código tipo. Por tanto se ha constituido en una herramienta clave, que ha llegado a influenciar la legislación de algunos países de habla Hispano<sup>359</sup>.

El proceso de estructura monitoria, fue considerado en el “Modelo”, no solo para títulos extrajudiciales, sino, incluso, para la ejecución de títulos judiciales, en tanto le es aplicado también “en caso de Sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que condene a pagar cantidad líquida, siempre que haya transcurrido un año de haber quedado ejecutoriada”<sup>360</sup>.

Se presenta entonces un monitorio documental, con la excepción del caso de entrega de la cosa derivada de contrato del que resulte obligación de dar, si se tratase de contrato que no requiera documentación, pues aquí el monitorio no se pone en marcha por las meras afirmaciones del actor, como ocurre en el “monitorio puro”, pues debe entonces establecerse desde luego la existencia del contrato y su cumplimiento por parte del actor<sup>361</sup>.

---

<sup>359</sup> SAINZ ELIZONDO, M.A., Consideraciones para una reforma del proceso civil primera edición, ed. Corte Suprema de Justicia, San José, 1999, p.35.

<sup>360</sup> Art. 312.2, segunda parte, en el Código Modelo Tipo para Iberoamérica.

<sup>361</sup> Art. 312.1/ 312.2 Código Modelo Tipo para Iberoamérica.

La demanda debe fundarse y ajustarse, en cuanto a su contenido a las normas generales propias del acto procesal. Además debe estar acompañada del título ejecutivo calificado como tal por la respectiva ley especial, o del documento autentico que corresponda, o de las constancias resultantes de medida preliminar, o del testimonio de la sentencia que condene a pagar una cantidad liquida, con la constancia que establezca que ha transcurrido un año después de quedar ejecutoriada<sup>362</sup>.

Como podemos advertir, el proceso monitorio adoptado inclusive para el juicio ejecutivo en el Anteproyecto de Código Modelo para Ibero América sí constituye una novedad y resulta polémico. Pues este proceso o, más precisamente, la estructura monitoria, se propone no sólo para la ejecución de los títulos extrajudiciales (títulos ejecutivos) sino también para los judiciales (sentencias). Y no sólo para este juicio, sino para varios otros que pueden adoptar, con ventajas, esa estructura, tales como el desalojo (desahucio), entrega de la cosa, entrega de la herencia, escrituración judicial (derivada de promesa de compraventa, por ejemplo, etc.).

Como ya se dijo resulta, discutible, el origen de este proceso, aun cuando parece iniciarse en la Italia Comunal del Siglo XIII<sup>363</sup>, con perfiles determinados y con el fin fundamental de acelerar el cobro de determinados documentos<sup>364</sup>. El régimen se desarrolla en los países europeos<sup>365</sup> y también en alguno de Latinoamérica como sucede en Uruguay<sup>366</sup>. Se propicio

---

<sup>362</sup> *Ibidem*, además del 312.3.

<sup>363</sup> Más ampliamente: CALAMANDREI, P. *El procedimiento monitorio*. ed. EJEA Buenos Aires, 1953. GUTIERREZ ALVIZ, F. y CONRADI. *EL procedimiento monitorio: Estudio de Derecho comparado*. Sevilla, 1972. pp. 16 y ss. FAIREN GUILLEN. Y., *Eljuicio ordinario y los plenarios rápidos*. Barcelona, '1953, pp. 42 y ss TOMAS y VALIENTE F., "Estudio histórico jurídico del proceso monitorio", en: RIDP, 1966, p. 50. VESCOVI E., TORELLO, L., y VIERA, L. A. "La reforma del proceso ejecutivo para Ibero América: la adopción del procedimiento de estructura monitoria" en RUDP, 1978, p. 462.

<sup>364</sup> Entre tales procedimientos se destacan el denominado inicialmente *praeceptum* o *mandatum* de solvendo con cláusula justificativa que luego se denominaría monitorio. El procedimiento se inicia con una orden del juez para pagar o hacer alguna cosa, emanada sin previa cognición (o cognición muy sumaria) lo cual se justifica con la cláusula del documento. En virtud ella caben dos posibilidades: el intimado no comparece y entonces el mandato queda confirmado, pasa en cosa juzgada,, o el deudor se presenta y por ese sólo hecho deben seguirse las ritualidades del juicio ordinario. En todo caso hay una diferencia entre los procesos sumarios comunes (plenarios rápidos) y estos especiales, si es que deben merecer la categorización (de sumarios).

<sup>365</sup> En Alemania se señala el procedimiento monitorio (*mahnverfahren*) y el documental (*urkunderverfahren*) regulados el primero en los artículos 688-703 de la Z.P.O. alemana y el segundo en los artículos 502-600; en

como solución para el Derecho latinoamericano, tanto para algún país en particular<sup>367</sup> como para el Anteproyecto de Código Modelo para Iberoamérica<sup>368</sup>.

Este procedimiento fue propuesto inclusive para la formación de ciertos títulos ejecutivos<sup>369</sup> consiste en que presentado el documento o los elementos constitutivos y que demuestran la fundabilidad de la pretensión<sup>370</sup>, el Juez verifica los presupuestos generales (capacidad, legitimación, competencia, etc.) y los especiales (en el juicio ejecutivo la existencia del título, en la entrega de la cosa que surge de un contrato, en el cual el actor demuestra haber cumplido, por ej. en el desalojo, el vencimiento del plazo, la falta de pago,

Italia existe el procedimiento de *iniunzione* (injunción) (artículos 633 a 656 del C. P.C.). En Austria se tiende a una solución similar, en la última reforma, permitiendo que, en caso de rebeldía, se dicte una sentencia sobre el fondo.

<sup>366</sup> juicio de entrega de la cosa (de dar cosa cierta y determinada, derivada de un contrato en el cual el actor demuestre haber cumplido por su parte, como puede ser la compraventa); la entrega efectiva de la herencia (a la que obste alguna persona frente al heredero declarado). Posteriormente, en 1927v la 'ley de desalojos admitió este juicio para el desalojo, previendo la posibilidad de intimar el desalojo y citar de excepciones tanto al vencimiento del contrato como en el caso de mal pagador, intimado el pago. En 1965 se incluyó para el juicio ejecutivo. También la jurisprudencia entiende que corresponde para la resolución de la promesa de compraventa de inmuebles (verificado también el incumplimiento) (ley de 1837 número 9.706) y la ley 14.219 para rebaja del alquiler (también probados documentalmente los supuestos del ingreso del arrendatario). Más ampliamente: ARLAS J., "El proceso monitorio en el Derecho uruguayo" en Rev. DJA, t. 5, p. 63. VESCOVI, E., "El proceso monitorio", en RDP (mexicana), Año 4, números 4 a 6, p. 89). TEITELBAUM, J., "El proceso monitorio uruguayo", en RUDP, 1977, p. 27.

<sup>367</sup> En el trabajo sobre "Conveniencia de reformar el sistema argentino en materia del juicio ejecutivo presentado al XII Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal" (Rosario de Santa Fe, mayo de 1983) los profesores. Torello y Viera, lo propusieron como solución para el proceso ejecutivo en la República Argentina.

<sup>368</sup> MONTERO AROCA, J., en el libro de Homenaje a JAIME GUASP, AA.VV., (Madrid, 1984) en el trabajo sobre: "La reforma del proceso ejecutivo para Ibero América: la adopción del proceso de estructura monitoria".

<sup>369</sup> Así se ha sostenido en el Derecho uruguayo que el proceso ejecutivo es de conocimiento y no de ejecución por parte de la doctrina que no compartimos y, en ese caso, se concluye en que el monitorio también lo sería de conocimiento ya que el título ejecutivo no preexiste al proceso, si no que se forma dentro del mismo (Al menos luego de cumplida la intimación de pago, requisito previo en el Derecho uruguayo) cfr. TEITELBAUM, J. Adopción de procesos monitorios para obtener otros títulos ejecutivos. Ponencia al XIII Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal y IV Encuentro Panamericano (Mar del Plata, Octubre de 1985).

<sup>370</sup> En el monitorio documental, como lo sería el juicio ejecutivo en Uruguay, mediante la presentación del título, el juez verifica el (o los) documentos; más compleja es la situación en el no documental (en el que algunos sostienen que se forma el título dentro del monitorio), pero es preferible verificar, igualmente, la exigencia de ciertos supuestos que permiten al tribunal, mediante una *cognitio sumaria*, dictar su sentencia y luego citar de excepciones.

etc.) y acoge la demanda mediante una sentencia (cuya naturaleza no interesa dilucidar aquí)<sup>371</sup>.

La misma sentencia dispone un emplazamiento (o citación de excepciones al demandado) para comparecer y oponerse a la demanda. En caso de que no lo haga en el término perentorio establecido, la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada y el juicio queda terminado.

La experiencia, uruguaya, demostró que si el Juez cumple normalmente su función verificadora<sup>372</sup>, en un 80% de los juicios no se oponen excepciones, lo que significa que el proceso termina con un escrito y una providencia judicial.

Por el contrario si el demandado comparece y opone excepciones (defensas) se confiere traslado de ellas al actor, se abre a prueba y se siguen las ritualidades del juicio ordinario, u ordinario abreviado. Es decir que se invierte la regla del contradictorio, el cual aparece como eventual, condicionado a la comparecencia del demandado y a la oposición de sus excepciones que, según los juicios, pueden aparecer como limitadas por la ley en atención a la presunción de autenticidad que, normalmente, emana de los documentos (en el monitorio documental).

---

<sup>371</sup> Así en Derecho uruguayo se discute si la sentencia inicial es definitiva o interlocutoria. Lo esencial es que, en todo caso, el actor podrá impugnar la resolución judicial mediante los recursos (especialmente el de apelación) mientras que para el demandado la única forma de impugnación. es a través de las excepciones. Pongamos el ejemplo de la norma que rige el juicio ejecutivo en Uruguay y que dispone: Ley número 13.355 artículo 53; “Cuando se pida la ejecución en virtud de alguno de los títulos que la aparejan., el juez decretará inmediatamente el embargo y mandará llevar adelante la ejecución hasta hacerse efectiva. la cantidad reclamada, los intereses, costas y costos. Si no considerase bastante el documento declarará que no hay lugar a la ejecución. Una y otra cosa sin noticia del deudor. En el mismo auto que decrete el embargo citará de excepciones al ejecutado. Si se opusieren excepciones se procederá de conformidad con lo dispuesto por los artículos 889. y Ss. C.P.C.” (Es decir traslado al ejecutante, apertura a prueba, si corresponde y sentencia apelable). En las estadísticas obtenidas en algunos años los casos en que no se opusieron excepciones alcanzaron al 80%.

<sup>372</sup> Es elemental que se parte de la base de que el tribunal cumple su función y que es el propio juez —no el Secretario— que provee esta demanda que conduce a una sentencia inmediata. Y que, naturalmente quien verifique los presupuestos. Entre otros el de la debida citación y emplaza miento del demandado. Lo que, por otra parte, es lo que debe hacer en todos los casos. Al efecto establece el nuevo régimen mexicano del C.P.C.D.F.: Art. 47: “El juez examinará de oficio la legitimación procesal de las partes Artículo 271, “Para hacer la declaración de rebeldía, el juez examinará escrupulosamente y bajo su más estricta responsabilidad si las citaciones y notificaciones precedentes están hechas al demandado en la forma legal... Si el juez encontrare que el emplazamiento no se hizo correcta mente mandará reponerlo. . .”.

Es decir que se diseña un tipo de proceso sumamente abreviado, sin desconocer las esenciales garantías de la defensa en juicio.

En el caso del proceso monitorio, la celeridad se logra dejando al deudor la iniciativa del contradictorio. Dicho de otro modo, cuando se produce una inversión en el principio del contradictorio; como resultante de la oposición del requerido ante la petición del acreedor, cuando le transcurre, al deudor el término dentro del cual debe cumplir con el pago y en lugar de ello presenta oposición con lo cual, provoca el contradictorio<sup>373</sup>.

#### **4.2.1. Fundamentos y Caracteres del Proceso Monitorio en el Código Modelo.**

Buscando una mejor comprensión y análisis de las características que hacen a la esencia del Proceso Monitorio., brevemente discurramos sobre el llamado “Principio de Contradicción”, aludido a veces como principio de bilateralidad, el que se expresa en la formula *auditur et altera parts* (óigase a la otra parte), el que tiene una raíz constitucional, pues trata del derecho de defensa<sup>374</sup>. En el caso del demandado supone una razonable y suficiente oportunidad de ser oído y, en su caso, de producir las pruebas que le convengan<sup>375</sup>. Pero el único que puede valorar la necesidad de tal oportunidad es el mismo demandado. Nada mejor que dejarle la iniciativa del contradictorio.

Por lo tanto la base del proceso monitorio debe ser complementada con otros datos concretos de la realidad de los tribunales; pues muchos son los procesos de conocimiento en los que no se produce la contestación de la demanda o los hechos y el derecho no son controvertidos. Por lo que también ocurre que se producen reconocimientos fictos, por

---

<sup>373</sup> CALAMANDREI, P., El procedimiento monitorio, trad. por SENTIS MELENDO, S., op.cip. pp.66 y ss.

<sup>374</sup> MORELLO/PASSI/LANZA/SOSA BERIZONCE, código procesal civil y comercial de la nación. anotado, concordado, comentado, ed. Abeledo - Perrot primera edición t. I, Buenos aires,1983, p 397.

<sup>375</sup> DEVIS ECHANDIA, H., Teoría general de la prueba judicial t I 2<sup>o</sup> Edición, Ed. Víctor P. de Zabala, Buenos Aires 1972, P. 35.

ejemplo, como la consecuencia del silencio del demandado, en donde se agrega la insatisfacción de otras cargas procesales, como la de ofrecer pruebas.

La mayoría de las sentencias dictadas en los llamados procesos sumarios, que por su grado de conocimiento limitado y restricciones en orden al litigio y las pruebas suponen, como contrapartida, la posibilidad de un proceso de conocimiento amplio posterior, que pasan a ser inamovibles, como si hubiesen tenido *ab initio* la autoridad de la cosa juzgada material, por no utilizar en el debido tiempo esa vía de revisión.

Así mismo en los procesos ejecutivos que se le reconoce cierto grado de “conocimiento” que por tal motivo son igualmente “sumarios”, la deducción de las excepciones constituye un acontecimiento que solo se verifica en contadas ocasiones; resultando difícil que las opuestas sean admisibles o procedentes. Por tal razón el desplazamiento de la iniciativa del contradictorio representa una considerable economía de trámites, pues de acuerdo a la experiencia es probable que el demandado no se defienda, lo que trae consigo un alivio de tareas en el órgano jurisdiccional.

Por ello el Proceso Monitorio Sirve preferentemente para lograr del modo más acelerado posible un título para la ejecución forzada de una prestación cierta y exigible de dinero; pero esa preferencia no implica que su técnica no pueda ser usada para cualquier otro fin, como el cumplimiento de prestaciones de dar, hacer, no hacer, para la mera declaración de certeza de una declaración o para la constitución de una nueva. Aunque es indudable que el Proceso Monitorio. Sólo tiene utilidad en los casos en que no hay oposición del requerido.

### 4.3. Proceso Monitorio en el Código Procesal civil y mercantil de El Salvador

En El Salvador, la discusión del tema sobre el Proceso Monitorio no es tan reciente, aproximadamente es a partir de la década de 1980, cuando se comienza a hablar de introducir el Proceso Monitorio en la Legislación Salvadoreña<sup>376</sup>.

En ese orden de ideas y tomando en cuenta el contexto internacional, donde a medida que comienzan nuevas épocas, los sistemas jurídicos procesales van adecuándose a la exigencia de los ciudadanos de una justicia pronta y cumplida frente al ímpetu con que se desarrolla el tráfico civil, mercantil, corporativo y financiero, es como en El Salvador a final de la década de los ochenta y principio de los noventa, recién finalizado el período oscuro de la Guerra Civil, cuando a iniciativa de diferentes sectores de la sociedad vinculada directa o indirectamente con el sistema jurídico nacional, la Dirección de Apoyo Técnico-Jurídico del Ministerio de Justicia comienza a hacer las gestiones a fin de nombrar una Comisión Especial para redactar un nuevo Código Procesal Civil y Mercantil; sin embargo, dicha comisión es creada hasta noviembre del año dos mil.

Es así que a partir de esa fecha, es cuando comienza la carrera por dotar al país de instrumentos procesales eficaces y eficientes, que tomando como modelo los sistemas procesales adversativo-dispositivo y orales, logre actualizar a los nuevos tiempos los mecanismos de solución de controversias en los campos privado y mercantil de la República.

---

<sup>376</sup> Esto a través de la aprobación de un Nuevo Código Procesal Civil y Mercantil; en vista que los instrumentos jurídicos hasta la fecha vigente resultan anticuados y engorrosos; pues el actual código data su aprobación el 31 de diciembre de 1881, mediante un Decreto Ejecutivo sin número, publicado en el Diario Oficial número 1, Tomo 12 publicado el 1 de enero 1882, cuyas únicas reformas se realizaron mediante Decreto Legislativo número 914, el 11 de julio del año 2002, publicadas en el Diario Oficial número 153, Tomo 356, el 21 de agosto del mismo año de su aprobación, sin embargo, a lo largo de la Historia Nacional se han dado múltiples esfuerzos por parte de juristas y abogados, con el fin de dotar al país de un sistema judicial que simplifique y agilice las controversias de carácter jurídico, en especial, aquellas que por su naturaleza y origen económico necesitan mayor celeridad para ser resueltas a través de una sentencia firme, así tomó como modelo para la elaboración del recién aprobado Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador instrumentos jurídicos internacionales tales como la Ley de Enjuiciamiento Civil y el Código Procesal Civil Modelo para Ibero América.

En Enero de dos mil uno, comienza a prepararse el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Mercantil, y para el año dos mil tres, ya la Comisión había logrado avances en la Redacción del Anteproyecto para el Nuevo Código<sup>377</sup>; dicha comisión tomando en cuenta diferentes textos legales, como el Código Modelo para Ibero América, articulan un Anteproyecto dentro del cual de manera novedosa para la legislación nacional introducen el Proceso Monitorio, como repuesta para la solución de controversias por deudas de dinero que no excedan los veinte mil colones, así como para aquellas obligaciones de hacer, no hacer o dar cosa determinada que surjan entre los ciudadanos. Ubicando el mismo dentro de los procesos de carácter especial (Libro III) y bajo un apartado propio (Título IV) a partir del artículo 489.

En lo que se refiere a los proceso monitorios, se trata de los instrumentos más ágiles y directos diseñados en el que fuera el Anteproyecto para lograr la protección judicial de los derechos de crédito, pero no sólo de los que supongan una suma de dinero líquida o liquidable, sino también de los créditos en especie, de los que consisten en un hacer, no hacer, o dar cosa determinada, aunque se trata de procesos que sólo se pueden utilizar si el valor de lo reclamado no excede ciertas cantidades. La idea inspiradora es la misma: existiendo una base documental en la que de forma bilateral, o incluso unilateral en algunos casos, conste la existencia de una deuda a favor de una persona, se faculta a ésta para que se dirija al juez y pida el cumplimiento de la deuda. Y si el deudor no cumple ni se opone, entonces se entra directamente en el procedimiento de apremio, si es una deuda dineraria, o en las normas de ejecuciones específicas, si es una obligación de hacer, no hacer o dar cosa determinada.

---

<sup>377</sup> El actual código de procedimientos civiles, se encuentra acorde a su origen centenario, pues se encuentra modelado sobre la base de un proceso fundamentalmente escrito, desconcentrado, discontinuo y mediatizado, en el que la figura del juez se caracteriza por ser pasiva, un juez relativamente ausente del proceso y cuya voz se hace sentir particularmente solo al momento de dictar la sentencia, esta forma de respuesta jurisdiccional se ha traducido en procesos con una demora en su tramitación ha sido muchas veces hasta de 8 o 10 años, incluyendo la tramitación de los recursos que hayan sido interpuestos, esto se considera un brutal distanciamiento del juzgador con las partes y el material probatorio, delegándose en los hechos la recepción de la prueba en empleados judiciales ni siquiera letrados; en que la aplicación sin matices del principio dispositivo ha permitido muchas veces el triunfo de la mala fe procesal y la utilización del proceso para fines desviados; un sistema semirrígido en la apreciación de las pruebas y cerrado a la consideración de los modernos medios probatorios (pues se rige por la prueba tasada), en fin, un proceso que por su tardía respuesta aumenta los costos de la litigación y hace inaccesible el sistema jurisdiccional a la mayoría de los ciudadanos.

La auténtica novedad del Código Procesal Civil y Mercantil<sup>378</sup> (en adelante CPCM) no reside en la instauración de un proceso monitorio para exigir deudas dinerarias, proceso muy común ya en los ordenamientos que siguen el derecho continental, sino en la instauración de un monitorio para lograr el rápido cumplimiento de las obligaciones de hacer, no hacer o dar cosa determinada. Se ha pensado en los casos muy cotidianos en los que se trata de pequeñas reparaciones de electrodomésticos, automóviles, teléfonos celulares o casos similares, y en los que lo que interesa al solicitante no es que le paguen una cantidad de dinero sino que le cambien el electrodoméstico, que se lo reparen, que le den otro nuevo, etc. Se cubre con este proceso una amplia franja de reclamaciones y se intenta con él que sean resueltas de la manera más satisfactoria para el reclamante.

El Proceso Monitorio por Deudas de Dinero. Este se encuentra regulado, tal como ya lo dijimos, dentro del Título Cuarto (Procesos Monitorios) del Libro Tercero (Procesos Especiales) a partir del artículo 489 del Código Procesal Civil y Mercantil de la República de El Salvador.

Artículo 489 C. P. C. M.: “Puede plantear solicitud monitoria quien pretenda de otro el pago de una deuda de dinero, líquida, vencida y exigible, de cantidad determinada que no exceda de veinticinco mil colones o su equivalente en dólares de Los Estados Unidos cualquiera que sea su forma y clase, o el soporte en que se encuentre, o que el acreedor justifique un principio de prueba suficiente”.

“En todo caso, el documento tendrá que ser de los que sirvan para acreditar relaciones entre acreedor y deudor, y aún cuando hubieren sido creados unilateralmente por el acreedor

---

<sup>378</sup> El Código Procesal Civil y Mercantil, publicado en el Diario Oficial N° 224, Tomo N° 381 el 27 de noviembre del 2008 no pretende constituirse en la única solución de los problemas que experimenta la justicia civil salvadoreña, tal como ha quedado demostrado en otras reformas que se han implementado en El Salvador, en otras materias, pues se requiere además el diseño y construcción en paralelo de una estructura orgánica que de soporte a las nuevas técnicas procedimentales que se proponen básicamente centradas en la oralidad y en la intermediación, pues si no se hace en esa forma, la nueva justicia estará destinada al fracaso.

deberá aparecer firmado por el deudor o con constancia de que la firma fue puesta por orden suya, o incorporar cualquier otro signo, mecánico electrónico”<sup>379</sup>.

Importante es destacar que si la pretensión es formalmente correcta, el juez deberá examinar los documentos presentados para determinar si a través de ellos puede entenderse que el actor aporta un principio de prueba<sup>380</sup> que acredite la existencia del crédito y que este es líquido, vencible y exigible<sup>381</sup>.

Este artículo establece de manera general los requisitos que deben cumplirse a fin de poder iniciar el proceso monitorio. Examinando el primer inciso, podemos extraer del mismo los siguientes aspectos:

Para que exista el proceso monitorio por deudas de dinero, el interesado (acreedor) debe fundamentar su solicitud sobre la base de *una deuda de dinero*, la cual debe cumplir con las siguientes características:

Ser una deuda líquida: por ésta debemos entender, aquella cuyo cumplimiento exige la entrega, por parte del deudor, de una determinada cantidad de dinero que no exceda de veinticinco mil colones o su equivalente en dólares de Los estados Unidos de América<sup>382</sup>. Por

---

<sup>379</sup> Código Procesal Civil y Mercantil de la República de El Salvador. Publicado en el D.O., N° 224, Tomo 381, del 27 de noviembre de 2008.

<sup>380</sup> “Como tiene establecido la doctrina científica, el tribunal debe examinar lo que cabe en llamar “la tipicidad” y en su caso la suficiencia del documento, es decir verificar que el documento o documentos que se aportan sean encuadrados en alguna de las categorías...Si se trata de alguno de los documentos previstos, procede sin mas, la admisión de la petición, pues lo que hay que controlar es la regularidad formal, ya que se establece aquí una presunción “*iuris et de iure*” de suficiencia de esos documentos” AP Toledo, Sección 2., 2-12-2005, SP/AUTRJ/81308, citada en Jurisprudencia al detalle, el proceso monitorio, Revista SepinNET, junio 2006- N° 64-LEC, Madrid, 2006, p. 32. En igual sentido AAP de Cáceres de 23 de julio de 2004, f.j. 4° (AC 2004/1021) citada por PICO I JUNOY, J./DOMENECH, F. A., La tutela judicial del crédito, estudio practico de los procesos monitorio y cambiario, ed. JMBosch, Barcelona, 2005, p. 65.

<sup>381</sup> ORTIZ NAVACERRADA, S., Los procesos especiales, en Estudios de derecho judicial N° 30-2000, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Madrid, 2000, p. 142.

<sup>382</sup> conforme al decreto 201 del 30 de noviembre del 2000, publicado en el D.O. 241, Tomo 349 el 22 de diciembre del 2000, se creó la Ley de Integración Monetaria permitiendo con ello que el dólar de los Estados

“moneda” vale citar la definición que nos brinda Cabanellas quien expresa que: “en sentido amplio, cualquier signo representativo del valor de las cosas, que permite cumplir las obligaciones, efectuar los cambios o indemnizar los daños y perjuicios”<sup>383</sup>. A la vez, expresa que “de curso legal”, el autor en mención nos dice: “Se dice de la moneda que, por ser medio de pago en las transacciones, es de aceptación obligatoria por precepto de Ley”<sup>384</sup>. Una vez aclarado qué debemos entender por “moneda de curso legal”, debemos señalar la relación que guarda éste apartado con respecto al Código Civil.

Como se dijo en el párrafo anterior, es íntima la relación que mantiene este artículo con respecto a los Arts. 1,439 a 1,442, del Código Civil<sup>385</sup>, en adelante C.C., los cuales regulan “del pago en efectivo en general”. Así el inciso tercero del artículo 1,440 establece que: “si la obligación fuese de dinero, el deudor podrá hacer el pago en moneda de curso legal, en la relación establecida por la Ley. Este derecho es irrenunciable por el deudor”. El tenor de este inciso es claro y explícito respecto de la obligación que adquiere todo deudor frente al acreedor que le exige un pago determinado. Como se puede observar lo señalado en los artículos en mención de nuestro Código Civil otorgan un respaldo jurídico a lo establecido en el Art. 491 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Ser una deuda vencida: por tal debemos entender aquella obligación que por cualquier circunstancia no haya sido cumplida por el deudor<sup>386</sup>. Respecto al vencimiento de una

Unidos de América, circulara en forma libre, fijando su valor en 8.75 de colon por dólar, sin embargo en la actualidad, el colon desapareció por completo y se utiliza dicha moneda como instrumento de cambio, y aun cuando la Constitución de La República de El Salvador, en su art. 111, establezca que el poder de emisión de especies monetarias corresponde exclusivamente al Estado, y que podrá ejercerlo directamente o por medio de un instituto emisor de carácter público, tal como lo hacia el Banco Central de Reserva, se vuelve difícil que se puedan emitir colones.

<sup>383</sup> Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta. XIII Edición. 1998. Pág. 258.

<sup>384</sup> *Idem*, Pág. 105.

<sup>385</sup> Decreto ejecutivo emanado del General de División y Senador, encargado de La presidencia de La República, Gerardo Barrios; de fecha 10 de abril de 1860, publicado en La gaceta Oficial N° 85 Tomo 8 del 14 de abril de 1860

<sup>386</sup> “De una deuda vencida; que es aquella cuyo plazo de pago ha transcurrido, por lo que quedan excluidas las deudas de futuro, o las que venzan después de la interposición de la petición inicial”. AP Cádiz, Sección 7.ª, 14- 4-2003. SP/AUTRJ/75844, citado en Jurisprudencia al detalle, el proceso monitorio, Revista SepinNET, junio 2006- N° 64-LEC, Madrid, 2006, p. 15.

deuda podemos, a manera de ejemplo, citar lo que señala el C. C., en el Título XII del Libro Cuarto<sup>387</sup>, a partir del Art. 1,416, que regula lo relativo al “Efecto de los Contratos y de las Obligaciones”. De manera general, los artículos en mención establecen puntos relevantes relacionados al sentido de cuándo estaremos ante el vencimiento de una obligación, especialmente lo que prescribe el Art. 1.422 numeral primero: “el deudor está en mora cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado”. Es indudable la vinculación que deriva lo que el legislador estableció en el numeral citado con lo que señala en el Código Procesal Civil y Mercantil.

Sintetizando la idea de cuándo estaremos ante una deuda vencida podemos decir que: toda obligación se vence a partir del incumplimiento de la misma, cualquiera que sea el negocio jurídico que haya dado nacimiento a la misma. En este sentido, el acreedor que pretende hacer uso del proceso monitorio debe probar de manera clara que, caducado el término de cumplimiento de la obligación, el deudor no ha cumplido con la misma.

Ser una deuda exigible<sup>388</sup>: una deuda es exigible, sólo si cumple con lo prescrito por la Ley, es decir que la naturaleza de la obligación tenga una “causa real y lícita”; para aclarar estos términos nuevamente se hace necesario avocarse al C. C., el cual establece en el Art. 1,338 que: “no puede haber obligación sin una causa real y lícita”. Por “causa” el inciso segundo de dicho artículo señala: “se entiende por causa el motivo inmediato que induce a contraer la obligación, y por causa ilícita la prohibida por la Ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público”.

---

<sup>387</sup> Código Civil de La República de El Salvador, ya citado.

<sup>388</sup> La deuda exigible debe entenderse por tal la que no depende de contraprestación o cumplimiento de termino o condición alguna, tal como se estableció en la AP Cádiz, Sección 7.ª, 14-4-2003. SP/AUTRJ/75844, citado en Jurisprudencia al detalle, el proceso monitorio, Revista SepinNET, junio 2006- N° 64-LEC, Madrid, 2006, p. 15; cfr. AAP Tenerife, 1.ª, 2-10-06, citada por GARBERÍ LOBREGAT, J. El proceso monitorio en la Ley de Enjuiciamiento Civil, ed. Bosch, Barcelona, p. 44.

Respecto a la calidad de “real” que debe tener la causa de la obligación, basta citar lo que dispone el Art. 1332 incisos tercero y cuarto del C. C., que establecen que todo hecho, para ser valorado por el derecho, debe ser “física y moralmente posible”.

En cuanto a la “licitud” de una obligación, los artículos 1333, 1334, 1335, 1336 y 1337, todos del C. C., de manera abundante nos aclaran qué debemos entender por objeto ilícito en la enajenación; y por efecto extensivo, en cualquier obligación.

El monto o cuantía de la deuda que propicie el proceso monitorio no debe exceder a veinticinco mil colones o su equivalente en dólares. El Art. 489 C. P. C. M. impone responde a la necesidad de crear seguridad jurídica tanto para el acreedor como para el deudor; así como también, establecen un límite para las causas que se desean resolver a través de este medio. Cabe mencionar que en otras legislaciones como la alemana, francesa o italiana<sup>389</sup>, la Ley no establece un máximo para la solicitud monitoria; siempre que la Cuantía de la deuda sea determinada, de manera exacta, por el acreedor.

La deuda que se impute de la cual se exige su pago debe estar acreditada mediante documento no ejecutivo<sup>390</sup>, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte en que se encuentre, parece que con esto el legislador pretenden que tengan acceso al proceso monitorio cualquier documento que haya sido usualmente empleado en las transacciones comerciales, por informales o faltos de autenticidad y fehaciencia que resulten los mismos, asegurando con ello que todos los títulos crediticios que no tengan acceso directo al proceso de ejecución, merezcan procesalmente hablando, un tratamiento más o menos equiparable a estos últimos<sup>391</sup>. Al respecto la última parte del artículo 489 C. P. C. M.; resulta bastante amplia, en el sentido del documento base de la acción monitoria. Pues debemos entender aquel, que por su naturaleza, carece de plena fe para servir como medio probatorio, pero que

---

<sup>389</sup> GARBERÍ LOBREGAT, J. El proceso monitorio en la Ley... op. cit., p. 46.

<sup>390</sup> *Ibidem* p. 38

<sup>391</sup> *Ibidem*

sin embargo aun cuando hayan sido creados por el acreedor, por lo menos deberá aparecer firmado por el deudor; la novedad que encontramos es que dicha firma también puede aparecer puesta por otra persona, pero incorporada al documento por orden del deudor, o bien que aparezca incorporado cualquier otro signo ya sea mecánico electrónico.

Para mayor claridad del concepto remitimos al lector a las siguientes disposiciones, los Arts. 331 a 338 del CPCM. El inciso en mención nos revela algo novedoso dentro de la legislación salvadoreña; pues, ante la propuesta que hace el C.P.C.M., era impensable entablar acción alguna amparado en un documento “cualquiera” que no tuviera el respaldo de la firma y sello de un funcionario público o Notario. Si bien en el sistema procesal actual admite la posibilidad de introducir en el proceso algún documento privado; éste no basta para el inicio de alguna acción procesal; como ocurre en el proceso monitorio.

De lo antes dicho se desprende una de las ventajas que ofrece el proceso “monitorio” al interesado: la facilidad de poder demostrar la existencia de una obligación aún a través de aquellos documentos que tradicionalmente no han sido admitidos, tales como: telefax, facturas, certificaciones, telegramas o cualquier otro tipo de documento siempre y cuando sean de los que habitualmente documentan los créditos y deudas en relaciones que aparezcan entre acreedor y deudor<sup>392</sup>, requisito que establece el inciso segundo del art.489 C.P.C.M. “ aparecer firmados por el deudor o incorporar cualquier otro signo; mecánico o electrónico, que provenga de él “.

Competencia: Conforme al Art. 490 C.P.C.M. “Para conocer de la solicitud monitoria tendrá competencia exclusiva el Juez de Primera Instancia de Menor Cuantía del domicilio del demandado.

---

<sup>392</sup> MENDEZ TOMAS, R. M., El proceso monitorio, ed. Bosch, Barcelona, 2006, p.13.

Lo que el artículo señala es el funcionario o tribunal que ha sido delegado por la ley, a fin de conocer de la solicitud monitoria y para resolver todo lo pertinente en relación a la misma; a este tribunal corresponderá también la competencia funcional para resolver ya sea los incidentes que se susciten a lo largo del trámite; facultado para elevar a efecto las providencias y autos que dictare, y para la ejecución de la sentencia, convenios y transacciones que aprobare.

En este artículo, la Ley, también establece respecto a la competencia territorial un fuero principal. El que se refiere al lugar del domicilio o residencia del deudor; Pero en el supuesto de que el domicilio o lugar de residencia del deudor sean desconocidos; la Ley regula como fuero subsidiario o supletorio el domicilio, accidental o causal del deudor o cualquier otro lugar en el que, aún sin constituir un domicilio, pueda ser requerido de pago; tal como lo establecen los arts. 33 y 34 del C.P.C.M. cabe mencionar, para mayor claridad de este párrafo, algunos ejemplos de domicilio accidental o causal del deudor, estos pueden ser: lugar donde se encuentre dentro del territorio salvadoreño, el de su última residencia y si se desconociera entonces en los juzgados con competencia civil y mercantil de la capital de la república lugar, si fuese comerciante, donde posea algún negocio o en donde se encontraren establecimientos a su cargo.

Pero lo realmente importante en este apartado es que se hace mención nominal y expresa que el juez de menor cuantía es objetiva y exclusivamente competente para conocer del Proceso Monitorio<sup>393</sup>, lo que implica de manera indefectible que no resulten de paliación en este ámbito las normas de reparto de la competencia objetiva en atención a la cuantía de la pretensión que regula el art. 37 CPCM. Por supuesto que además el juez está obligado a examinar<sup>394</sup> de oficio su propia competencia, art. 40 C.P.C.M.

---

<sup>393</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., el proceso monitorio en la..., op. cit. P. 58.

<sup>394</sup> MENDEZ TOMAS, R. M., el proceso monitorio, op. cit., p. 15.

Postulación. La regla a seguir de acuerdo a los arts. 67 al 75, es que en todos los procesos civiles y mercantiles será necesaria la intervención de Procurador, el cual debe ser abogado de la república, y en el caso de que la procuración hubiera que darse a personas de escasos recursos económicos, podrá tener representación por medio de la Procuraduría General de la República<sup>395</sup>.

El proceso no es un mecanismo tan económico ni tan fácil que pueda ser utilizado indiscriminadamente, así como tampoco puede el órgano jurisdiccional estar y funcionar al resguardo de instituciones jurídicas más o menos fundadas de los ciudadanos, por necesidad inexpertos en Derecho.

Si todo ciudadano, por el mero hecho de tener personalidad y capacidad, pudiera dirigirse al Juez en busca de la protección de lo que afirma son sus derechos, sucedería que la administración de justicia se volvería un consultorio jurídico sin eficacia practica alguna, lo que provocaría una saturación de su actividad, dejando de lado no pocos derechos en ruina y desprotegidos por la ignorancia de su existencia, provocándole al Estado una enorme perdida.

De aquí entonces la exigencia para acceder a la justicia de la capacidad de postular, de debatir o de solicitar, capacidad que el ciudadano normalmente no la tiene y debe suplirla por aquellos que si la poseen por el hecho de ser abogados<sup>396</sup>.

Requisitos de la solicitud: Artículo 491: "El proceso monitorio se iniciará con la presentación de una solicitud, en la que se dará conocimiento de la identidad del deudor, del domicilio o domicilios del acreedor y del deudor o del lugar en que residieran o pudieran ser hallados, y del origen y cuantía de la deuda, debiéndose acompañar a la solicitud el documento en que conste aquella. La cuantía que se señale a efectos del requerimiento

---

<sup>395</sup> CATENA/DOMINGUEZ/SENDRA Introducción al derecho procesal, op. cit., p. 197.

<sup>396</sup> *Ibidem* p. 199

judicial podrá incrementarse<sup>397</sup> en un tercio del monto inicial de lo adeudado<sup>398</sup>. De acuerdo a este artículo el proceso monitorio se inicia cuando la persona interesada presenta en el juzgado correspondiente una solicitud por escrito que debe contar con los siguientes elementos:

Identidad del acreedor y del deudor: La inclusión de este dato, a la luz de lo dispuesto en el art. 493 C.P.C.M., en donde se establece que la única modalidad de notificación del requerimiento judicial de pago se hará al deudor en forma personal, y de acuerdo a lo contenido en el art. 162 C.P.C.M., deberá entregársele al mismo la resolución correspondiente en su propio domicilio, revelándose esto como un presupuesto crucial y determinante de la admisibilidad de la inicial petición monitoria.

Cabanellas<sup>399</sup>, señala que la "identificación" consiste en el "reconocimiento y comprobación de que una persona es la misma que se supone o busca", aclarando esta definición podemos decir que la identificación de cualquiera de las partes que intervienen en un proceso consiste en la especificación de los datos o generales de los sujetos en los escritos que se presentan en el Tribunal a fin de dar inicio a cualquiera de los procesos, con lo cual podemos advertir que el acreedor en el proceso monitorio está obligado a señalar de manera clara y precisa las generales propias y del deudor, a fin de lograr así mayor seguridad jurídica a lo largo del trámite monitorio.

---

<sup>397</sup> "para el computo de la referida cantidad habrá de tenerse en cuenta los intereses vencidos a la fecha de presentación de la solicitud monitoria" SEOANE SPIEGELBERG, J. L., colaboración en la obra Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000 vol. III, Sepín 2000. Citado por MENDEZ TOMAS, R.M., El proceso monitorio, op. Cit., p. 13, en igual sentido GARCIA LOPEZ, J., Reclamación de impagos a través del proceso monitorio, guájurídico-practica para asistir a los profesionales y empresarios, ed. Atelier, Barcelona, 2006, p. 28.

<sup>398</sup> En España se habla de un "formulario debidamente cumplimentado"; este elemento constituye una de las más visibles facilidades que ofrece el proceso monitorio para el interesado que desea hacer uso de él a fin de obtener el pago de una deuda. Este formulario no es otra cosa que un escrito previamente elaborado en forma de demanda que el interesado sólo debe rellenar con los datos específicos de su nombre, el nombre del deudor, la cuantía exacta que se reclama, y los documentos que se ofrecen como prueba. Debe advertirse que dicho formulario sólo tendrá validez si la Ley previamente lo establece como medio para dar inicio al proceso monitorio; es decir, debe cumplir con los requisitos que previamente señala la misma, de lo contrario carecerá de valor, debiendo la parte responsable, interponer su solicitud monitoria mediante escrito particular siguiendo cumpliendo las reglas que la Ley exige para toda demanda.

<sup>399</sup> CABANELLAS DE TORRES, G., Diccionario jurídico elemental, ed. Heliasta s.r.l., 14<sup>o</sup> edición, Buenos Aires, Argentina, 2000.

El aspecto citado en el párrafo precedente se halla íntimamente relacionado a la capacidad legal para obligarse que señalen los Arts. 1316 y siguientes del Código Civil; por cuanto, tanto la persona que inicia el proceso monitorio, como el deudor debe cumplir los requisitos que la Ley señala para ser legalmente capaces.

Domicilio del acreedor y deudor, o el lugar en el que residieran o pudiesen ser hallados, por medio de este requisito se determina el Juzgado competente para conocer del proceso monitorio que se solicita iniciar. Vale decir que si el domicilio o lugar donde puede ser requerido el deudor no ha sido especificado de manera precisa por el acreedor, haría inútil todo el proceso.

El origen y cuantía de la deuda: Debe expresarse en forma clara, el conjunto de hechos que dan nacimiento a la deuda o supuestos fácticos que dan lugar al nacimiento del crédito que se pide, lo que en algunas ocasiones puede dar lugar a problemas de elección de la causa de pedir de la acción con mayor probabilidad de obtener, previa oposición, sentencias denegatorias de la pretensión del acreedor, con fuerza de cosa juzgada<sup>400</sup>. Asimismo debe aparecer acompañada con el o los documentos respectivos en los que conste la deuda, que servirán para determinar en un primer momento la existencia de la deuda y la condición exigida por el Art. 489 inciso primero: ser una deuda dineraria, vencida y exigible.

Determinar con exactitud la suma reclamada permite a la vez la posibilidad o no, de acceder al proceso monitorio; ya que, si el monto que exige el acreedor, supera el límite impuesto por la Ley (Art. 489 inc. 1º C.P.C.M.), automáticamente la solicitud monitoria es rechazada, quedándole al interesado como posibilidad hacer uso de los otros mecanismos que ofrece el legislador; los cuales dependerán a la vez de que se cumplan los requisitos que cada uno de estos mecanismos prescriben.

---

<sup>400</sup> ESCRIBANO MORA, F. (coord.), El proceso civil, AA. VV., vol. VIII, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 6741; GARBERI LLOBREGAT, J., El proceso monitorio en la LEC, op. Cit., p. 67.

Merece señalarse que el Código Procesal Civil y Mercantil, busca al exigir la claridad y precisión de la cuantía la necesaria coincidencia entre la suma reclamada (aquella que consta en la petición), y la suma que aparece en los documentos aportados en el proceso.

Documentos que acreditan la petición: Este elemento es una de las características más novedosas y favorables que el mismo ofrece a los acreedores interesados, ya que permite mayor flexibilidad respecto a los medios probatorios de los que puede valerse el interesado para fundamentar su solicitud monitoria.

El artículo 489 inc.2° está íntimamente ligado al Art. 1569 del C. C.; el cual, en su inciso primero señala que "incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o éstas". Como podemos apreciar en este inciso la prueba de las obligaciones compete a aquel que persigue hacer valer su derecho.

Los documentos que presenta el acreedor si bien acreditan en un primer momento la existencia de la deuda, será hasta después del análisis respectivo a que los somete el Juzgador cuando se determine si los mismos cumplen el requisito de buena apariencia jurídica de la deuda que es objeto de la reclamación<sup>401</sup>. Como la misma Ley señala se trata de los documentos cuya única exigencia es que porten un signo individualizador o identificador del deudor contra quien se ha interpuesto el proceso monitorio, cualquiera puede ser su forma o el soporte material en que se encuentran, con sólo que contengan ya sea la firma, el sello, marca, señal física o cualquier otro signo mecánico o electrónico que provenga del deudor basta para que puedan ser admitidos junto con la solicitud que presenta el acreedor.

---

<sup>401</sup> Uno de los medios por excelencia de que pueden valerse las partes para constatar los hechos controvertidos es la prueba documental, que generalmente goza de un carácter pre constituido. Se trata de un medio de prueba real, en oposición a las pruebas personales, porque se instrumentaliza en un objeto que puede ser aportado al proceso físicamente, vid. RAMOS MENDEZ, F., Derecho procesal civil, ed. Bosch, Barcelona, 1980, p. 514.

Estos documentos bien pueden ser confeccionados unilateral o bilateralmente, es indispensable que los mismos sean de los que habitualmente se utilizan para documentar las relaciones los créditos y deudas entre acreedor y deudor<sup>402</sup>. Haciendo una interpretación objetiva de la expresión “habitualmente documentan” hemos de considerar aquellos documentos que normalmente se usan en el tráfico jurídico para dar soporte a los tipos de negocios que se dan en las relaciones mercantiles o comerciales; aquellos cuyo uso es común entre cualquier acreedor y deudor.

En cuanto al rechazo de la solicitud: El Art. 492 CPCM, nos plantea el incumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos anteriores, que de producirse el mismo provocara que el juez dicte resolución motivada rechazando la solicitud, con la que pondrá fin al proceso, sin perjuicio de que se interponga contra ella recurso de apelación.

Tal como hemos visto en los apartados anteriores, la Ley establece determinados requisitos que deben cumplirse para poder acceder al proceso monitorio. Dichos requisitos serán valorados por el Juez ante quien se haya presentado la inicial solicitud monitoria, quien dictara un auto en donde conste la razón o razones determinantes del rechazo o inadmisión.

El control, tanto genérico como específico que el Tribunal realiza sobre la petición y documentos aportados arroja un resultado desfavorable, automáticamente el Juez procederá a dictar un auto donde conste la resolución a la que llevo. El auto en mención será redactado siguiendo las mismas fórmulas que se siguen para cuando se rechaza una demanda (Art. 278 C. P. C. M.); esto es porque la solicitud monitoria, por características generales, guarda una indudable similitud con la demanda.

Dado que el auto de inadmisibilidad de la solicitud reviste características de una resolución definitiva, por lo que en aplicación de las reglas generales puede ser impugnado en

---

<sup>402</sup> Ibidem.

apelación<sup>403</sup> (Art. 506 a 517 C. P. C. M.). Sin embargo cabe preguntarnos, si no resultaría más económico promover una nueva solicitud monitoria, por ejemplo en los casos que la inadmisión es producto de la incompetencia del juez, o que el crédito no se haya vencido, o porque el crédito supera el límite que establece la ley, o porque no está absolutamente documentado.

Bajo cualquier circunstancia, dicho auto de inadmisión o rechazo, no produce los efectos de cosa juzgada<sup>404</sup>, lo cual dejaría en libertad al acreedor para dirigirse o no a un proceso declarativo posterior o inclusive instar nuevamente el monitorio una vez que se ha corregido el defecto o insuficiencia apreciada.

Admisión de la solicitud y requerimiento de pago: El art. 493 C.P.C.M. establece que una vez cumplidos los requisitos, el Juez admitirá la solicitud y ordenará requerir al deudor para que en el plazo de veinte días pague, directamente al acreedor o en el Juzgado o bien que comparezca formulando oposición, con la advertencia expresa de que, en otro caso, se procederá a la ejecución.

Fase de requerimiento de pago: éste deberá efectuarse mediante providencia que contendrá los datos y circunstancias exigibles (identidad del acreedor y deudor, cuantía y origen de la deuda, etc.). El requerimiento se notificará por medio de providencia al deudor; dicha providencia debe ir acompañada de copia de la petición interpuesta por el acreedor, los documentos que aportó como prueba y el auto de admisión e la solicitud monitoria. El requerimiento de pago deberá hacerse necesariamente al demandado personalmente, o por medio de esquila en su casa de habitación.

---

<sup>403</sup> GARBERI LLOBREGAT, J., El proceso monitorio... op. Cit., p. 73, en tal sentido se expresan diferentes resoluciones AAP Baleares de 9 de julio del 2002, f.j. 3º (EDJ 2002/463 60; AAP de Barcelona del 15 de abril de 2002, f.j. 2 (JUR 2002/165487); AAP de Cáceres de 14 de diciembre de 2001, f.j. 2º (JUR 2002/58027); AAP de Madrid de 22 de mayo de 2002, f.j. 2º (JUR 2003/47125) citadas por PICO I JUNOY, F./DOMENECH, F. A., La tutela judicial del crédito, op. Cit., pp. 91-92.

<sup>404</sup> GARBERI LLOBREGAT, J., op. Cit. P.73.

El inciso dos de este artículo, obliga a realizar el requerimiento de pago "deberá hacerse necesariamente al demandado personalmente", esto implica acudir al domicilio o residencia propuesta por el acreedor en la solicitud que presentó; si no es encontrado el deudor en la dirección propuesta, el requerimiento se hará "por medio de esquila de notificación en su casa de habitación"; al decir esquila, nos referimos a la "cédula de notificación" la cual se entiende como la "comunicación o conocimiento que da las providencias, autos o sentencias a las partes en juicio, a las personas a quienes se refieran y a los posibles perjudicados". Ante el riesgo de que el deudor no se entere, y de que aun así tenga que soportar la ejecución forzosa, el requerimiento por edictos queda descartado<sup>405</sup>, respecto a este punto, resulta necesario mencionar que el artículo 493 (C.P.C.M.), no contempla de manera expresa la posibilidad de realizar el requerimiento del deudor por medio de edictos, o hacer el requerimiento a través de vecinos u otros, ello garantiza que el deudor estará enterado y que su silencio posterior es consciente y voluntario.

La jurisprudencia española, al respecto establece que se mantiene la inadmisibilidad de la notificación por edicto dado el carácter excepcional del principio sobre el que se asienta el proceso monitorio; presumir que el demandado reconoce el crédito que se le reclama por su silencio, exige tener la certeza de que dicho silencio se ha producido de manera voluntaria, y eso solo se logra después de tener constancia de que el mandato de pago se ha efectuado personalmente. Y dicha certeza no se obtiene mediante la notificación vía edicto, que se sustenta sobre la ficción de considerar que el deudor ha tenido conocimiento del requerimiento con su mera exposición en el tablero del tribunal<sup>406</sup>.

---

<sup>405</sup> El artículo 493 en el inc. 2º, CPCM. establece que el requerimiento de pago, debe hacerse ineludiblemente en forma personal al demandado o mediante esquila en su casa de habitación, esto es precisamente porque la notificación tiene como principal efecto e informar al deudor de la existencia de un proceso que lo vincula, reforzándose así la garantía del derecho de defensa que le corresponde con lo cual en este proceso especial con lo cual queda descartado cualquier otro mecanismo de comunicación judicial como los establecidos en el capítulo 4º sección primera y sección segunda del CPCM., cfr. CORREA DELCASSO, J. P., El Proceso Monitorio, ed. JMBosch, Barcelona, 1998, p71.

<sup>406</sup> AAP de Guipúzcoa de 3 de diciembre de 2004, f.j. 2º (LA LEY 980, num. 6252, de 13 de mayo de 2005, p. 15, de igual forma AAP de Salamanca de 10 de octubre de 2003, f.j. 3º (AC 2003/1963); AAP de Cádiz de 16 de octubre de 2002, f.j. único (JUR 2003/29287); SAP DE Asturias de 21 de octubre de 2002. F.j. 3º (JUR 2003/1765); AJPI de Zaragoza de 2 de julio de 2002, f.j. 3º (JUR 2002/204978) citados por PICO I JUNOY, J. /DOMENECH, F. A., La tutela judicial del crédito, op. cit., pp. 100-101.

Si por el contrario, la solicitud inicial del proceso monitorio cumple con todos y cada uno de los requisitos legalmente exigidos, entonces el juez de Primera Instancia de menor cuantía dictara una providencia decretando su admisión a trámite, lanzando al deudor, el correspondiente requerimiento de pago<sup>407</sup>, y las posibles conductas que puede tomar el deudor una vez requerido, son: que Pague la Deuda, que permanezca en absoluta Inactividad o bien que se oponga al requerimiento de pago.

Conforme lo dispone el art. 494 C.P.C.M.: “Si el requerido paga lo pondrá en conocimiento del juez, quien dictará resolución poniendo fin al procedimiento y archivando las actuaciones”. Esta disposición es clara y precisa respecto de la consecuencia de que el deudor reconozca la existencia de la obligación y se apersona a cumplirla; sin embargo el precepto contiene algunos problemas como: la determinación del tiempo que tiene el deudor para efectuar el pago, por lo que debe atenderse al plazo que señala el artículo 493, el cual es de veinte días contados a partir del siguiente día de realizada la notificación, tal como lo dispone el art. 145 C.P.C.M., que establece el computo de los plazos.

El pago de la cantidad reclamada es respuesta del deudor al mandato de pago librado contra él, esto presupone el reconocimiento de su deuda, ahora bien el efecto que produce el pago es el archivo de las actuaciones; es importante destacar que el pago debe hacerse directamente al acreedor o en el tribunal, pues así lo dispone el art. 493 C.P.C.M. Sobre este aspecto es importante destacar que la legislación española solo contempla el pago en forma extraprocesal, directamente al acreedor, esto es porque el legislador español no ha querido convertir los juzgados en recaudadores de deudas civiles<sup>408</sup>.

---

<sup>407</sup> GARBERI LLOBREGAT, J., op. cit., p.73.

<sup>408</sup> LOPEZ SANCHEZ, J., El proceso monitorio, La Ley, Madrid, 2000, pp. 15 y 205, contrario a esta postura, considerando que se puede depositar en consignación el pago del deudor, en los tribunales se expresan ALLIAGA CASANOVA, A. C., El proceso monitorio ante las recientes e inminentes reformas legales y el desafío de los avances tecnológicos, Revista del Poder Judicial, CGPJ, num. 71-2003, p. 131 y FREIRE DIEGUEZ, M. L., Procedimientos afines a la jurisdicción voluntaria. El proceso monitorio. El incidente de cuenta jurada, Estudios jurídicos, Secretarios judiciales, VII-200 1, CEJAJ, Madrid, p. 509.

Sin embargo y ante esta circunstancia debemos atender las reglas generales que señala nuestro Código Civil; así: el pago puede hacerse directamente al acreedor (Arts. 1446 y siguientes C.C.); o bien, si el acreedor y el deudor lo desean, el pago podrá efectuarse ya sea mediante el ingreso de lo adeudado en la cuenta de depósitos del acreedor, o consignándolo en una cuenta especial que para el caso designe el Juzgado (Art. 1468 y siguientes C.C.).

Dicho lo anterior es menester clarificar el contenido del artículo en mención; así, el mismo sostiene que requerido el deudor para efectuar el pago, y atendido y acreditado que sea su cumplimiento, el Juez procederá al archivo de las actuaciones extendiendo una certificación, firmada por él en conjunto con el Secretario del Juzgado, en dicha certificación deberá reflejarse el monto de la deuda objeto del proceso monitorio; la fecha y hora en que se materializó el acto; de existir algún incidente en el momento del pago, deberá constar con la resolución respectiva de dicho incidente; finalmente el cierre del proceso<sup>409</sup>.

Sin embargo, si el pago se realiza extrajudicialmente, corresponde al deudor la obligación de acreditar su cumplimiento, es decir, deberá presentar al juzgado el documento que avale el pago hecho al acreedor, a fin de que se levante el respectivo auto que declare cumplida la obligación y ponga fin al proceso monitorio.

Cabe señalar que si el pago de la deuda es parcial, el legislador no dijo nada al respecto en el art. 494 CPCM, sin embargo, debemos entender que estamos frente a una pluspetición del acreedor, por lo que aplicando la regla dispuesta en el inciso último del art. 496 CPCM, debe ordenarse el embargo y se seguirá la ejecución respecto de la cantidad debida.

---

<sup>409</sup> ESCRIBANO MORA, F., el proceso civil, VV.AA., op.cit., P. 817.

Inactividad del Deudor: Las consecuencias de que el deudor una vez requerido, no paga ni se pronuncia sobre el requerimiento en el plazo estipulado, basta decir que al darse alguna de estas situaciones, la Ley expresamente resuelve la cuestión aplicando lo establecido en el artículo 495 C. P. C. M., el que establece que: “Si el requerido no paga ni se opone en el plazo concedido al efecto, el juez ordenará el embargo de los bienes en cantidad suficiente para cubrir la cantidad, siguiéndose en adelante el proceso por los trámites previstos para la ejecución de sentencias.”

El tenor de esta disposición legal es puntual, al señalar la consecuencia que genera la inactividad del Deudor, por lo que realizado el requerimiento de pago, comienza a contarse el plazo señalado por el artículo 493 (veinte días), concluidos los cuales, si el deudor no paga ni presenta oposición, el juez ordenará librar un auto despachando la ejecución contra el deudor, por la cantidad de la deuda, la ejecución se materializará a través del embargo de bienes, el cual no habrá de exceder del monto reclamado por el petionario. Este artículo señala que se seguirán las reglas generales que la misma Ley señala para la ejecución de las sentencias en los artículos 563 y siguientes del CPCM. De la diligencia que se levante a la conclusión del plazo legal haciendo constar la incomparecencia del requerido, se deriva “*ipso iure*”, la resolución judicial que abre, de oficio, el proceso de ejecución<sup>410</sup>, cumpliendo de ese modo, la finalidad intimatoria del proceso monitorio.

Oposición del Deudor, conforme al art. 496 CPCM, la última posibilidad del deudor constituye la oposición formal al requerimiento por estimar razonadamente indebida o excesiva la cantidad reclamada, esto es motivo de la conclusión del proceso monitorio, pero no por decisión judicial, sino “*ope legis*”, por su transformación en un proceso abreviado, esto es porque cierra la fase procedimental del monitorio, preparatoria de la ejecución, y

---

<sup>410</sup> “En la misma resolución que se decreta el archivo, se ha de acordar la incoación, con testimonio del auto despachando la ejecución, del correspondiente proceso de ejecución forzosa, y todo ello ha de operar de forma oficiosa, por el propio Órgano Jurisdiccional...” AAP CADIZ SECC. 8<sup>o</sup>, DE 8 DE ENERO DE 2004 (2004/754). Así ha sido expresado por la jurisprudencia menor española en AAAP Cádiz, Secc. 8<sup>a</sup> de 13 de enero de 2004, (2004/10704); Secc. 7<sup>a</sup> de 14 de abril de 2003, (2003/2054); Soria, Secc. 1<sup>a</sup>, de 4 de abril de 2002, (2003/1706 y 34835 respectivamente) y de 27 de junio de 2003 (2004/55 140) citadas por GIMENO SENDRA, V., Derecho procesal civil, Los procesos especiales, ed. Cóllex, Madrid, 2005, p. 226.

abre la vía contenciosa ante el mismo juzgado que conoció de la petición, el que de esa forma, extiende su competencia (*“perpetuatio jurisdictionis”*).

No se trata simplemente de oponerse, sino más bien de dar razones por las que a su entender no debe en todo o en parte la cantidad reclamada, pues la formulación de dicha oposición está sometida a exigencias de tiempo y formase la que debe plasmarse en un escrito en donde expresara de una forma sucinta, las razones que tiene para no hacerlo. No basta, pues, la simple negación de la deuda o parte de ella, como ya dijimos, sino que exige una motivación, aunque puede ser breve, pero siempre razonada, como para que, a juicio del tribunal, sea suficiente para estimar que el señalado como deudor ha cumplido con el mandato legal de alegación de la causa de su negativa, por lo tanto no debe ser interpretado por el deudor como un escrito sin trascendencia, sino como un acto fundamental para la tutela de sus derechos e intereses, por lo tanto debe ser un escrito como si se tratase de contestación a la demanda, en donde debe acreditar la resistencia a la pretensión del acreedor<sup>411</sup>.

Una vez hecha la oposición, deberá dársele continuidad a la tramitación del proceso conforme a las reglas que correspondan por razón de la cuantía, esto indica que deberán seguirse las reglas del proceso abreviado y la sentencia que se dicte tendrá valor de cosa juzgada.

A este fin el solicitante deberá presentar la demanda en los diez días siguientes. Si no presentare la demanda en este plazo se pondrá fin al procedimiento, condenándole en costas. Si la oposición se fundare en una pluspetición del acreedor, se ordenará el embargo y se seguirá la ejecución respecto de la cantidad que se reconoce como debida.

---

<sup>411</sup> ESCRIBANO MORA, F., El Proceso civil, VV. AA., vol. VIII, pp. 6768-6769. En el mismo sentido vid. GIMENO SENDRA, V., Derecho procesal civil, los procesos especiales, op. cit., pp.228-229.

Una novedad introducida en el CPCM, además del Proceso Monitorio para exigir deudas de dinero, es la incorporación de un Proceso Monitorio para lograr el rápido cumplimiento de las obligaciones de hacer, no hacer o dar cosa determinada, y tal como se expresara en su momento por la Comisión Redactora del actual Código, este tipo de monitorio fue pensado en casos cotidianos como los de pequeñas reparaciones de electrodomésticos, automóviles, teléfonos celulares o casos similares, pues de acuerdo al interés de la persona solicitante, lo único que debe motivarle no es que le paguen una cantidad de dinero sino que el bien le sea cambiado por otro o que se le efectúe la reparación correspondiente, buscándose que a través de este proceso sencillo sean resueltas una amplia franja de reclamaciones, a efecto de obtener una verdadera satisfacción del reclamante<sup>412</sup>.

Como lo disponen los arts. 497 al 500 CPCM, esta especie de monitorio será aplicable para que sea exigido el cumplimiento de obligaciones de hacer, no hacer o dar cosa específica, lo cual indica, como ya lo dijimos, que se convierte en instrumento jurídico para hacer este tipo de reclamos.

Los requisitos para invocar la vía monitoria, vienen a ser, en alguna medida, los mismos que se mencionaron anteriormente para la reclamación de deudas dinerarias, es decir, por ejemplo que la cantidad no debe exceder a los veinticinco mil colones o su equivalente en dólares de los Estados Unidos de América, así como la exigencia de documentación de la obligación que se reclama, así lo dispone el art. 497 CPCM, sin embargo, el art. 498 CPCM, dispone que dentro del contenido de la pretensión, el reclamo de la obligación no permite la posibilidad de sustituir la petición de cumplimiento por cantidad de dinero que constituya equivalencia del reclamo, a menos que el solicitante, en pleno ejercicio de su derecho y en forma expresa así lo exija, o bien plantear el peticionante la entrega de un bien, servicio o producto de semejantes características y prestaciones a las originales.

---

<sup>412</sup> Texto de la presentación del entonces Anteproyecto de Código Procesal Civil y mercantil de La República de El Salvador, hecho por la Comisión Redactora del mismo, Sección de Publicaciones, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2003.

Respecto de la competencia, el art. 499 CPCM, además del planteamiento del criterio del Juzgado de menor cuantía del domicilio del demandado, el legislador, dispuso una variante, que de no poder hacerse la petición en ese sentido, podría optarse a otro parámetro de competencia, pero que en todo caso sea congruente con lo solicitado, para lo cual debe remitirse a lo que sobre competencia territorial dispone el CPCM; sobre este punto debemos remitirnos al art. 34 del mismo cuerpo legal, en el cual y con mucha más amplitud se establece que cuando el reclamo deba hacerse a comerciantes o quienes ejerzan algún tipo de actividad profesional, pueden ser demandados en donde desarrollen sus actividades o donde tuvieren establecimientos a su cargo, ampliándose además al territorio del tribunal donde haya nacido o surtido efectos la relación jurídica, o bien en el tribunal del domicilio de los gestores o el del lugar en donde se desarrollen sus actividades.

La solicitud, en este tipo especial de monitorio, no presenta ninguna variante, respecto de la que se hace para el pago de una obligación dineraria, ya que junto con la petición, que será sencilla y clara, debe identificarse a las partes, hacer una narración de los hechos, agregando la documentación que ampara el reclamo que se hace por esta vía.

Respecto a los documentos, la doctrina es clara al decir que, el proceso monitorio debe basarse en un documento, aunque tal documento no tenga la calidad de título ejecutivo, pues no puede iniciarse este proceso basándose exclusivamente en afirmaciones del acreedor, o en declaraciones de testigos u opiniones de peritos, es por ello que tal proceso trae aparejada una protección procesal, debido a que es un instrumento que se hace depender de la presentación de un documento, y de esta manera se ampara el derecho crediticio que tiene el acreedor frente a su deudor, debido a que existe una constancia documental de la obligación, aún cuando se trate de un documento simple<sup>413</sup>.

---

<sup>413</sup> HINOJOSA SEGOVIA, R., El proceso monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en Revista de derecho procesal, n° 1-3, año 2001, pp. 318-319.

Las clases de documentos, que de acuerdo al art. 497 CPCM, sirven para promover este tipo de proceso monitorio, son: Facturas, Certificaciones de relaciones entre las partes, telegramas y telefax. Pero esta disposición deja abierta la posibilidad de presentar cualquier otro documento que sin ser título ejecutivo, por carecer de ciertas características que acrediten su autenticidad, sí gozan, sin embargo de una mínima fehaciencia, debido a que documentan las relaciones entre acreedor deudor, lo cual quiere decir, que responden a créditos y débitos usuales en el tráfico económico cotidiano; aun cuando éstos hayan sido creados unilateralmente por el acreedor, esto último viene a favorecer al acreedor, ya que evita situaciones en las que por la inexistencia de un título ejecutivo se abstiene de realizar una reclamación dineraria.

En cuanto al procedimiento para las obligaciones de hacer, no hacer o dar serán aplicables las normas previstas para el proceso monitorio por deudas de dinero, por lo que siguiendo el mismo esquema, una vez que el juez ha hecho un examen sobre su competencia, para conocer del asunto, puede darse un rechazo por las mismas razones que hemos mencionado en el monitorio por deudas dinerarias<sup>414</sup>.

Una vez admitida la solicitud monitoria se ordenara al requerido, el cumplimiento de la obligación específica en el plazo de 20 días, la notificación debe hacerse personalmente o por medio de esquila en su casa de habitación, o bien seguir las reglas especiales, a que hicimos referencia anteriormente y contenidas en el art. 34 CPCM, es decir, en las obligaciones se da el mismo término para que cumpla en este tipo de obligaciones al igual que el proceso monitorio por deudas. El requerido tiene las mismas opciones que se regulan en el monitorio por deudas dinerarias una vez empieza a correr el plazo. Si cumple con la obligación procedería el archivo de las actuaciones; en cambio si no se opone

---

<sup>414</sup> AAP de Guipúzcoa de 3 de diciembre de 2004, f.j. 2º (LA LEY 980, num. 6252, de 13 de mayo de 2005, p. 15, de igual forma AAP de Salamanca de 10 de octubre de 2003, f.j. 3º (AC 2003/1963); AAP de Cádiz de 16 de octubre de 2002, f.j. único (JUR 2003/29287); SAP DE Asturias de 21 de octubre de 2002. F.j. 3º (JUR 2003/1765); AJPI de Zaragoza de 2 de julio de 2002, f.j. 3º (JUR 2002/204978) citados por PICO I JUNOY, J. /DOMENECH, F. A., La tutela judicial del crédito, op. cit., pp. 100-101.

al requerimiento ni cumple con el mismo, el juez tendrá que adoptar las medidas pertinentes para que se cumpla con la solicitud.

Al tratarse de obligaciones de hacer de carácter personalísimo o de no hacer, el juez impondrá una multa en relación al valor estimado de la obligación y si se trata de un hacer que no es personalísimo, el juez ordenara que se haga a costa del deudor.

Si la obligación trata de dar cosa específica o genérica, el juez también tendrá que adoptar las medidas necesarias para lograr que se cumpla con la obligación reclamada, y para lograr que se cumpla, dará un plazo máximo de veinte días, que serán computados a partir del día siguiente que se constato la ausencia de oposición o su incumplimiento.

Según el Artículo Art. 1 de nuestra Constitución política, en su inciso segundo, regula que el Estado tiene la obligación de asegurar a los habitantes de la República el bienestar económico y la justicia social, lo cual viene a convertirse en un derecho que tiene el acreedor frente a su deudor. Y según el Art. 500 en relación con el art. 489 CPCM, el acreedor tiene el derecho de exigir el cumplimiento de una obligación de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica cuando el valor del bien o servicio afectado no supere los veinticinco mil colones<sup>415</sup> y ese reclamo lo hará mediante uno de los mecanismos que el Estado debe implementar en nuestro país para proteger los intereses económicos del acreedor, el cual se denomina “proceso Monitorio”.

Con la creación del Proceso Monitorio, como un instrumento jurídico para tutelar los derechos crediticios de grandes y pequeños comerciantes; el Estado está cumpliendo con una de sus funciones que tiene con los habitantes de la república, la cual es asegurar el bienestar

---

<sup>415</sup> Atendiendo la autonomía de la voluntad el deudor puede adoptar cualquier postura que sea congruente con su libertad, situación que el legislador prevé en los artículos 494 al 496 CPCM. La acreditación del pago es una carga del deudor, y ante la falta de dicha acreditación debe despacharse ejecución.

económico y la justicia social, entendiendo esta última como aquella situación en que a cada uno le es dado lo que le corresponde, es decir, por medio del proceso monitorio se crea un título ejecutivo para exigir el cumplimiento de una obligación; es de esta manera como se le está dando al acreedor lo que por ley le corresponde y de tal manera se brinda el bienestar económico.

Para este tipo de obligaciones el Estado ha tomado en consideración la voluntad de persona obligada, respetando la decisión de éste a cumplir no sólo con dinero, sino también efectuando un hacer, no hacer y dando cosa determinada, según el Artículo 498 C. P. C. M. este tipo de obligaciones no pueden sustituirse por su equivalente en dinero, salvo, manifestación expresa del solicitante o absoluta imposibilidad del cumplimiento específico, en el último caso el solicitante podrá optar entre exigir el equivalente dinerario o la entrega de un bien, servicio o producto de semejantes características.

Enmarcando nuestra Constitución con el tema en estudio podemos mencionar el Art. 8 Cn. El cual dice que "nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe". Podemos entender a la luz de esta disposición que nadie puede ser obligado a hacer una determinada cosa, cuando la ley no la exige ni a abstenerse de realizar algo que la ley no contempla como prohibido, entonces si el Código Procesal Civil y Mercantil no prohíbe el cumplimiento de una obligación de hacer, no hacer o dar cosa determinada por su equivalente en dinero, entonces se le está permitiendo al deudor, cumplir con su obligación de la forma que prefiera o que le es más conveniente.

Las ventajas que podemos encontrarle a este tipo de proceso monitorio son:

Rapidez y celeridad: El objetivo principal del proceso monitorio radica en que al titular de un derecho de crédito, pecuniario y exigible, de documentado y de una cuantía económica no superior a los veinte mil colones o a su equivalente en dólares, pueda con la mayor rapidez

y economía ver satisfecho su crédito pues reduce los actos que elevan a la ejecución del deudor. Representa menor costo económico, tanto para el acreedor como para el deudor: Esta ventaja se materializa cuando el acreedor, acude al proceso monitorio, logra en primer término, promover una reclamación judicial de su crédito, haciendo uso del auxilio que le pueda proporcionar la Procuraduría General de La República, en caso de no poder pagar un abogado y en cuanto al deudor moroso la idea es que, el atender éste el requerimiento judicial de pago le será muy ventajoso para sus intereses; pues, le ahorrará el ser demandado en un proceso declarativo en el que, si lo reclamado asciende a más de la cantidad señalada por la Ley, como competencia del proceso monitorio, tendrá el deudor que comparecer con abogado o procurador; y donde quizás le podrían ser impuestas medidas cautelares muy gravosas para su patrimonio.

Puede convertirse un documento informal en un título de ejecución a través del proceso monitorio: El proceso monitorio puede iniciarse sobre una base documental muy amplia y nada estricta; así, el acreedor puede probar su derecho, aun sobre un “mero papel privado”, como dice el profesor Garberí Llobregat<sup>416</sup> que pueden incluir desde una factura a un telegrama o un mensaje electrónico, siempre y cuando en el mismo se aprecian las generales básicas del deudor y cualquier forma que pueda indicarnos su firma. Sin embargo, el proceso monitorio puede elevar la calidad de este documento, hasta convertirlo en un título de ejecución (mediante la sentencia firme de condena).

Según establece el CPCM en el art. 489, el acreedor puede promover el proceso monitorio mediante un documento que no necesariamente será un documento con fuerza ejecutiva, sin importar cual sea su forma y clase. Continúa diciendo dicho artículo, que tal documento debe ser de los que habitualmente documenten las relaciones entre acreedor y deudor, es decir, que no importa, la clase de documento que presente el solicitante para promover este proceso, lo que sí requiere es que, el documento a presentar ampare la deuda existente entre el peticionario y el deudor, aún cuando hubiere sido creado unilateralmente por el

---

<sup>416</sup> GARBERI LLOBREGAT, J., El proceso monitorio en la LEC, op. cit., pp. 50-52.

acreedor, pero éste debe estar firmado por el deudor y en caso que no esté firmado deberá tener incorporado cualquier signo, mecánico o electrónico.

El acreedor puede obtener el cobro de su crédito de una manera inmediata; sin necesidad de tener que desarrollar un siempre engorroso proceso civil declarativo: por esta razón el proceso monitorio representa muchos beneficios para el acreedor por ser un proceso rápido, sencillo y eficaz. Se dice que es rápido porque no requiere de tramites largos para satisfacerla la petición del acreedor; es sencillo porque el peticionario puede promover dicho proceso por medio de un documento simple que no necesita tener la calidad de titulo ejecutivo, toda vez que en él conste la deuda; por último, es eficaz, debido a que no se requiere la intervención, firma ni sello de abogado director para poder acceder a este instrumento, por lo que se da cumplimiento a muchas reclamaciones dinerarias.

**CAPITULO V**  
**PROCESO MONITORIO ESPAÑOL**  
**PROBLEMAS SURGIDOS EN SU APLICACIÓN**  
**Y SU RESPUESTA JURISPRUDENCIAL**

**Sumario:** 5.1. Introducción; 5.2. Proceso monitorio en España; 5.3 Estructura el Proceso Monitorio y criterios de competencia, 5.3.1. fase inicial o creación de un título judicial, 5.3.2. Competencia funcional, 5.3.3. Competencia territorial, 5.3.4. Determinación de la competencia al momento de admitir la demanda, 5.3.5. Determinación de la competencia después de admitida la demanda, 5.3.6. Establecimiento de la competencia una vez realizado el requerimiento de pago, 5.3.7. Práctica judicial ante la incertidumbre del domicilio del deudor, 5.3.8. Conflictos de competencia con los juzgados de lo Mercantil, 5.3.9. Otras cuestiones sobre la competencia; 5.4. La notificación por edicto; 5.5 La Ley 3/2004 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales; 5.6. Fase declarativa ordinaria en el Proceso Monitorio: Proceso incidental declarativo de cognición plena; 5.7. Improcedencia de la tasa judicial por el ejercicio de la potestad jurisdiccional; 5.8. Legitimación procesal; 5.9. Postulación procesal; 5.10. Petición inicial del Proceso Monitorio; 5.11. Admisión de la petición y requerimiento de pago; 5.12. Posturas que podría asumir el deudor, 5.12.1. Pago, 5.12.2. Oposición: requisitos del escrito de oposición, 5.12.3. Incomparecencia del deudor y despacho de la ejecución; 5.13. Problemas del juicio verbal que deriva de un Proceso Monitorio; 5.14. Presentación de la demanda cuando excede del límite del juicio verbal; 5.15. Auto de sobreseimiento; 5.16. Cuestiones planteadas en relación al juicio ordinario que deriva de la oposición al Proceso Monitorio; 5.17. La tasa judicial; 5.18. Pluralidad subjetiva, oposición por alguno o algunos de los litisconsortes; 5.19. Es preciso presentar demanda ejecutiva para que se dicte el auto despachando ejecución del art. 816 LEC.

### **5.1. Introducción**

La estructura procesal de cada ordenamiento jurídico varía en relación a su experiencia judicial, normativa, doctrinaria, histórica y a los usos y costumbres de cada estado.

La búsqueda de la felicidad, la justicia, la paz, la tranquilidad, la seguridad, el orden, el respeto normativo, la solución de conflictos e incertidumbres entre otras, son finalidades perseguidas por el derecho y el proceso. La pluralidad de métodos dirigidos a reglamentar los caminos o bien denominados “procesos” para mantener, conservar y proteger la dignidad de las personas y la institucionalidad de las personas jurídicas son reglamentados por los códigos o regímenes legales, y cuando aquel punto de equilibrio se quiebra, ya sea accionando u omitiendo de manera irresponsable, imprudente, negligente, con la falta de pericia (culpa) o intencionalmente (dolo), algún hecho u acto de una persona natural o

jurídica, contra una o más personas, es el juez quien dará la solución, mediante el agotamiento de un procedimiento análogo en base a la estructura normativa y la casuística que correspondan.

El Maestro Carnelutti en su libro *Instituciones del Proceso Civil* en su Título Segundo, *De las Relaciones Jurídicas Procesales* señalaba que “El servicio que el derecho procura al proceso, consiste en ordenar las actividades de que el proceso se compone, mediante atribución a cada uno de los agentes de poderes y deberes que tienden a garantizar su realización. Al rendir este servicio el derecho no se aparta de las líneas generales de su función y su estructura. Lo que amenaza comprometer el desenvolvimiento y el éxito del proceso, es, como siempre, el conflicto entre los intereses de la misma persona o de personas distintas”.

La problemática procesal que abordaremos en el presente capítulo será referente al procedimiento que ordinariamente correspondería a un Proceso Monitorio, en cuanto a su tramitación se refiere, donde se plantean los actos, basándose en documentos que reclaman la tutela de un crédito, por poseer estas obligaciones y efectos ejecutivos de dar, hacer, no hacer, incumplidos por el correspondiente deudor.

Sin embargo, la experiencia española en la utilización del Proceso Monitorio, ha permitido que a medida se ha ido aplicando, los tribunales se encontraron con situaciones que no aparecían muy claras, por lo que con sus respectivos criterios jurisprudenciales han resuelto problemas que encontraban en los casos que eran sometidos bajo la vía monitoria, cuya experiencia ya atesorada puede resultar muy útil en el entorno salvadoreño cuando encontremos problemas semejantes, aunque consideramos que también dicha experiencia ha permitido analizar muy detenidamente, como para algunas de ellas ser incorporadas en el Código procesal Civil y Mercantil de La república de El Salvador.

## 5.2. Proceso Monitorio en España

En España es de señalar que las fuentes legales castellanas (del siglo XV al XVI) no recogen el Proceso Monitorio italiano, y tampoco la literatura de la época; sino hasta finales del siglo XVII y principios del XVIII.

Tomás y Valiente afirma, que si existió el Proceso Monitorio se trataba de una práctica extralegal que aparece como una corruptela del juicio sumario ejecutivo<sup>417</sup>. Es hasta el año 1974 que comienzan a darse intentos doctrinales para que sea creado en España el Proceso Monitorio a fin de dar agilidad a las pequeñas reclamaciones dinerarias.

Según los datos aportados por el Libro Blanco de la Justicia, elaborado por el Concejo General del Poder Judicial, el 8 de septiembre de 1997<sup>418</sup>, en España, los casos en que hay una rebeldía (así se denomina técnicamente a la no comparecencia del demandado en un proceso) son muy frecuentes: representan el 38.6% del total de los juicios civiles, siendo la mayor parte de estos juicios de cognición o verbales, en los que se reclama alguna cantidad dineraria. La situación de ausencia del demandado es particularmente habitual en algunos procesos concretos, como los juicios ejecutivos (que son siempre de reclamación de cierta cantidad de dinero) en los que se alcanza la cifra del 70% de rebeldía<sup>419</sup>.

---

<sup>417</sup> TOMAS Y VALIENTE, F., Estudio Histórico Jurídico del Proceso Monitorio, Revista de Derecho Procesal, Vol. I, pp. 33 y sig, citado por MONTERO AROCA, J. y otros en “El Nuevo Proceso Civil” Ley 1/2000, 2ª edición, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, p. 993. Por tal razón que no se recogió en la codificación, pues el concepto era mal interpretado, al grado tal que fue prohibido por el Marqués de Gerona y por la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855.

<sup>418</sup> citado por el Ministerio de Justicia español en Revista de Derecho Alex (abril 2001) “El Proceso Monitorio: una de las Principales Novedades que presenta La Ley de Enjuiciamiento Civil pp.1.

<sup>419</sup> El retraso inicial medio, se mide según “El Libro Blanco de La Justicia”, mediante una fórmula que consiste en dividir el número de asuntos pendientes por el número de resueltos y a la vez multiplicarlo por 12 meses; se trata, por lo tanto de un método que permite así medir la duración global de los procedimientos, considerando la totalidad de los órganos judiciales (entiéndase tribunales) y la totalidad de los procesos, es decir el tiempo que se tardaría en resolver todos los asuntos pendientes ante el juzgado.

Así mismo, y respecto de la tramitación de los juicios ejecutivos, una de las conclusiones de los análisis sobre dilación en los procedimientos civiles ha sido la indebida duración de los juicios ejecutivos de conformidad con la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil que estaba vigente antes del año 2000. Estableciéndose que las principales causas de la dilación en estos procesos se debían, a la tardanza en las fases inicial y final, es decir en la fase de requerimiento de pago, citación de remate y embargo y a la ejecución. Se tomo en consideración por lo tanto que esas cuestiones no debían hacer perder de vista la utilidad del juicio ejecutivo para el tráfico mercantil<sup>420</sup> y la necesidad no sólo de mantenerlo, sino de potenciarlo.

Se dijo que cabría incluso introducir un proceso tipo monitorio, válido para documentos en los que constara la firma del deudor, con la posibilidad de que si no mediaba oposición del deudor, pudiera seguirse adelante la ejecución.

El informe Storme de 1993<sup>421</sup>, a propuesta de la Comisión Europea, vino a consolidar el monitorio como una institución europea que debe tener regulación y aplicación en todos los países europeos comunitarios, y ello por cuanto se pretende la armonización de todas las legislaciones, la que se alcanza mediante la configuración de instituciones comunes que sirvan al mercado intracomunitario. Por ello se volvió importante la aprobación de la Directiva 2000/3 5 y del Consejo el 29 de junio del 2000, donde se establecieron medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, siendo publicada en el DOCE el 8 de agosto de 2000, dedicando el considerando 5 al Proceso Monitorio, al decir que: “los estados miembros velaran porque se pueda obtener un título ejecutivo, independientemente del importe de la deuda, normalmente en un plazo de 90 días naturales a partir de la

---

<sup>420</sup> Es justificable por el constante crecimiento del tráfico comercial y la necesidad de instrumentos eficientes para la tutela del crédito.

<sup>421</sup> Este informe impulso la incorporación del instituto del Procedimiento monitorio, en La LEC 1/2000, pues lo consideró como una de las instituciones procesales existentes en algunos países comunitarios que debían extenderse al resto de países europeos miembros de La Unión Europea, para evitar que las discrepancias entre los ordenamientos jurídicos nacionales produjera quiebras en el mercado intracomunitario.

presentación de la demanda o de la solicitud por parte del acreedor ante el Tribunal u otra autoridad competente, siempre que no haya habido impugnación de la deuda o cuestiones de procedimiento”<sup>422</sup>.

El Proceso Monitorio, introducido como una novedad en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, se ha vuelto un mecanismo confiable, y tomando como base la eficacia que ha tenido en otros países, tenga protección rápida y eficaz el crédito dinerario, liquido de muchos justiciables y, en especial, de profesionales, además de medianos y pequeños empresarios, ya que quien aparece como deudor es colocado en forma inmediata ante la opción de pagar o dar razones, en caso de no comparecer o no oponerse, por lo tanto se justifica entonces el despacho de la ejecución, tal y como lo dispone el tramite.

Como podemos apreciar este procedimiento tiene como finalidad el amparo de los acreedores, con el objeto de que encuentren una pronta satisfacción de sus créditos dinerarios, líquidos y por supuesto que no superen la cantidad de €30,005.61 euros. Por tal razón es que se establece un proceso especial el que se centra en la persona del deudor, el desarrollo del procedimiento, de tal forma que si no comparece y acredita el pago concluye el procedimiento, en tanto que si comparece oponiéndose al requerimiento de pago, el procedimiento se transforma en un juicio declarativo, de acuerdo a lo que establece el art. 818.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil española<sup>423</sup>.

El Proceso Monitorio, se ha convertido en el juicio especial más utilizado en los tribunales españoles, tal como lo acreditan las estadísticas del año 2004, periodo durante el cual

---

<sup>422</sup> Libro Verde sobre el Proceso Monitorio Europeo y las medidas para simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía, aprobado por La Comisión el 20 de Diciembre del 2002 (COM 2002), citado por GIMENO SENDRA, V. Y MORENILLA ALLARD, P. en “Derecho Procesal Civil, Tomo II, Los Procesos Especiales, ed. Colex, 1ª edición, 2005, p. 210.

<sup>423</sup> El mencionado artículo reza de la siguiente manera “si el deudor presentare escrito de oposición dentro del plazo, el asunto se resolverá definitivamente en el juicio que corresponda teniendo la sentencia que se dicte fuerza de cosa juzgada.

ingresaron 272,476 Procesos Monitorios, lo que representa el 38.15% de la litigiosidad civil. El incremento de este tipo de proceso respecto del año 2003 fue del 10.37%, que prácticamente duplico el 5.81% del resto de procesos civiles. Y al margen de ser el más empleado, es el que presenta mayor eficacia, ya que del total de procesos monitorios que se iniciaron más del 60% concluyen bien con el pago – 17.85% - o bien con la ejecución del título base de la petición monitoria – 43.65% - . Estas cifras evidencian la relevante repercusión práctica que está teniendo el Proceso Monitorio<sup>424</sup>.

El Procedimiento Monitorio es prácticamente novedoso en la legislación española y uno de los pocos procedimientos especiales que admitió la Ley de Enjuiciamiento Civil. Su objetivo es la “protección rápida y eficaz al crédito dinerario líquido de muchos justiciables y, en especial, de profesionales y empresarios medianos y pequeños”. La celeridad<sup>425</sup> es uno de los puntos principales de este procedimiento, donde se busca garantizar el cobro de deudas no superiores a US 24.581,36 (5.000.000 millones de pesetas) y que además, puede ser iniciado sin la necesidad de abogado para redactar la demanda, o de la asistencia de un procurador. Los juzgados poseen formularios simplificados de la demanda que pueden ser llenados por la parte interesada y que, adjuntando los documentos necesarios para acreditar la deuda, se inicia la acción civil.

Una vez iniciada la acción en un Proceso Monitorio, el juez llama a la parte demandada para que se manifieste y en caso de no comparecencia ni oposición, la demanda seguirá directamente a ejecución. En caso de que haya habido oposición, se inicia un juicio declarativo.

---

<sup>424</sup> PICO I JUNO, J. y DOMÉNECH, F. A., “La Tutela Judicial del Crédito... op. cit. p.23.

<sup>425</sup> El desarrollo histórico del procedimiento civil permite explorar de forma precisa y diáfana la evolución jurídica y su impacto en el desarrollo del proceso, de tal forma, que a través de él se pueden observar los rezagos heredados de los diversos sistemas y la manera como los sujetos procesales se han ido acoplando, a tal punto que las reformas y cambios son un poco complejos de asumir, situación que se evidencia en el desarrollo del proceso, donde la norma exige un rol más dinámico de las partes para solucionar sus conflictos, buscando formas mucho más ágiles para resolverlos.

De acuerdo con el artículo 812 de la LEC<sup>426</sup>, se podrá acudir al Proceso Monitorio en los siguientes casos:

“Podrá acudir al Proceso Monitorio quien pretenda de otro el pago de deuda dineraria, vencida y exigible, de cantidad determinada que no exceda de cinco millones de pesetas, cuando la deuda de esa cantidad se acredite de alguna de las formas siguientes:

Mediante documentos, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentren, que aparezcan firmados por el deudor o con su sello, impronta o marca o con cualquier otra señal, física o electrónica, proveniente del deudor<sup>427</sup>.

Mediante facturas, albaranes de entrega, certificaciones, telegramas, telefax o cualesquiera otros documentos que, aun unilateralmente creados por el acreedor, sean de los que habitualmente documentan los créditos y deudas en relaciones de la clase que aparezca existente entre acreedor y deudor.

Sin perjuicio de lo anterior y cuando se trate de deudas que reúnan los requisitos establecidos en dicho apartado, podrá también acudir al Proceso Monitorio, para el pago de tales deudas, en los casos siguientes: Cuando, junto al documento en que conste la deuda, se aporten documentos comerciales que acrediten una relación anterior duradera. Cuando la deuda se acredite mediante certificaciones de impago de cantidades debidas en concepto de gastos comunes de Comunidades de propietarios de inmuebles urbanos.

---

<sup>426</sup> MONTERO AROCA, J. Y CALDERÓN CUADRADO, M.P., Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 Anotada y Concordada, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, p.432.

<sup>427</sup> Al respecto debo aclarar que estos documentos, deben ser apreciados por el juez respecto de su fuerza probatoria, ya que no solo se trata de documentos que provengan del deudor, sino en los que conste de forma fehaciente su existencia y cuyo contenido sea del conocimiento del deudor, así como también los documentos procedentes del acreedor, elaborados unilateralmente por el mismo acreedor, en algunos casos y tratándose de documentos electrónicos, debe aparecer un signo que compruebe que proviene del deudor.

### **5.3. Estructura del Proceso Monitorio y su Competencia**

#### **5.3.1. Fase inicial o creación de un título judicial.**

En lo referente a la creación del título ejecutivo, CORREA DELCASSO<sup>428</sup> sostiene que el legislador ha precisado de forma clara y explícita los caracteres que deberá reunir la deuda para que pueda tramitarse por los cauces del Proceso Monitorio, al constar, mediante el uso de la palabra “potestativo” el carácter voluntario del proceso. Por tanto, es una opción y no un imperativo legal, y por ello, en caso de no admisión por no contener los requisitos legales, deberá el acreedor hacer valer su derecho por los cauces del juicio declarativo que por la cuantía corresponda, de modo que lo relevante para que pueda reclamarse un crédito a través del Proceso Monitorio es que la deuda revista una suficiente apariencia de verosimilitud que haga presuponer su carecer aparentemente incontrovertido<sup>429</sup>.

Dado que en la mayoría de sistemas judiciales existe una pluralidad de órganos jurisdiccionales, es necesario distribuir entre ellos el conocimiento de los distintos procesos que se substancien. En este sentido, la jurisdicción es única e indivisible: no admite distribución; en cambio, el ejercicio de esa jurisdicción en cada asunto concreto se distribuye en los distintos juzgados y tribunales, según las normas de competencia que establezcan las leyes.

Por tanto, podemos definir la competencia como un conjunto de procesos en que un tribunal podrá ejercer, conforme a la ley, su jurisdicción.

---

<sup>428</sup> CORREA DELCASSO, J. P., “El Proceso Monitorio en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil “, La Revista Xuridica Galega, número 26, primer trimestre año 2000. p. 278.

<sup>429</sup> CORREA DELCASSO, JUAN PABLO, op. cit p. 279.

Existen tres tipos o clases de competencia, en función de los distintos criterios de determinación de la misma:

El conocimiento de la 1<sup>a</sup> Instancia de los procesos civiles: se atribuye a diversos tipos de órganos jurisdiccionales, dependiendo de la naturaleza o cuantía de la pretensión planteada: “competencia objetiva”<sup>430</sup>.

En los procesos civiles: pueden distinguirse distintas fases e instancias y, además, durante la tramitación del proceso, pueden plantearse distintos incidentes. Por ello es necesario saber que órganos jurisdiccionales van a conocer de esas instancias o incidentes que pueden plantearse y a esto responden las “normas de competencia funcional”<sup>431</sup>.

Finalmente nos encontramos con que si aplicamos las normas de competencia objetiva, tendríamos una pluralidad de normas del mismo tipo que podrían conocer de un asunto concreto, por lo tanto, es necesario determinar que órgano concreto va a conocer de un asunto. Para ello, acudimos a las “normas de competencia territorial”<sup>432</sup>.

La combinación de estos tres criterios nos permite conocer qué órgano jurisdiccional civil va a conocer de un determinado asunto, pero también puede suceder que nos encontremos con que en un determinado lugar existan varios órganos jurisdiccionales de un mismo tipo,

---

<sup>430</sup> La regla general, es que debe ser el Órgano Jurisdiccional, quien debe conocer del Proceso Monitorio, sin embargo en algunas legislaciones como en Portugal, Francia y Alemania puede recaer dicho conocimiento en otra autoridad competente no jurisdiccional (secretario judicial do tribunal, Huissier de justice, Rechtspfleger respectivamente), pero de carácter judicial, para la primera fase meramente procedimental. Vid. SENDRA, V.G., “Derecho Procesal Civil, II Los procesos especiales, ed. Colex, 1<sup>a</sup> edición 2005, p. 214.

<sup>431</sup> En el caso del Proceso Monitorio, se establece un fuero de carácter exclusivo del juez de primera instancia del domicilio o residencia del deudor, Vid. SENDRA, V.G., “Derecho Procesal Civil, II Los procesos especiales, op. cit. p. 214.

<sup>432</sup> La competencia territorial nos permite discernir que juez de igual grado jurisdiccional será competente para conocer de un concreto asunto, el fundamento de ello es la existencia de varios tribunales a lo largo de un territorio. Vid. RAMOS MENDEZ, F., op. cit. pp. 162-163.

sin embargo para los efectos de la investigación, interesa la competencia funcional y la competencia territorial.

### 5.3.2. Competencia funcional

La competencia funcional tiene carácter derivado, porque, para determinar el órgano competente funcionalmente hay que partir de un proceso pendiente y atender al órgano jurisdiccional que está conociendo en 1ª Instancia y al procedimiento que está aplicando<sup>433</sup>.

Las normas de competencia funcional son normas de *ius cogens*, normas imperativas para las partes.

Las Formas de control de la falta de competencia funcional: Control de oficio: son nulos de pleno Derecho, los actos procesales que se realicen con manifiesta falta de competencia y el órgano jurisdiccional podrá declarar la falta de competencia funcional durante todo el proceso, hasta que se dicte la sentencia definitiva, previa audiencia de las partes y Control a instancia de parte: es ejercido por las mismas partes, en cuanto pueden pedir al juez que está conociendo que se aparte del mismo por considerar que hace falta competencia para conocer del litigio, la declinatoria<sup>434</sup> es el medio para denunciar la falta de competencia de todo tipo (objetiva, funcional, territorial).

---

<sup>433</sup> La atribución de la competencia objetiva y territorial lleva implícita la de una competencia funcional: la de conocer de la primera instancia del proceso. Vid. ORTELLS RAMOS, M. Y otros, "Derecho procesal civil", ed. Thompson Aranzadi, 2004, pp. 226-227.

<sup>434</sup> ORTELLS RAMOS, M., op. cit. Pp. 229. La declinatoria no es más que un mecanismo de defensa que corresponde a las partes, a través del cual se provoca que el tribunal que está conociendo de un determinado asunto, deje de conocerlo por carecer de competencia para así hacerlo.

### 5.3.3. Competencia territorial

Las normas de competencia objetiva permiten determinar el tipo de órgano jurisdiccional que debe conocer de la 1ª Instancia de un proceso. Pero, como existe una pluralidad de órganos jurisdiccionales del mismo tipo, hay que determinar cuál es ese concreto órgano jurisdiccional que va a conocer de un asunto concreto, porque así lo exige el derecho al juez legal.

La determinación del órgano jurisdiccional territorialmente competente se realiza mediante la articulación de una serie de reglas denominadas fueros y la LEC, de un lado contempla ella misma unos fueros concretos que son los fueros legales, pero, por otra parte, también permite que sean las partes las que fijen un lugar, cuyos órganos jurisdiccionales van a conocer de un litigio que entre ellos se plantea, hablamos de fueros convencionales.

El legislador parte de la autonomía de la voluntad de las partes, dando preferencia a los fueros convencionales y, si faltaren estos, entran en juego los fueros legales que pueden ser especiales o generales. Pero, también existen algunos supuestos en los que no se permiten los fueros convencionales, estableciéndose por la ley los fueros legales imperativos. Por lo tanto, a partir de aquí podemos establecer la siguiente jerarquía de fueros, en función del carácter preferente de su aplicación:

Fueros convencionales: La LEC quiere que el tribunal territorialmente competente sea, en primer lugar al que las partes se hayan sometido tácita o expresamente, pero, para que este tribunal sea competente, ha de ser un tribunal competente objetivamente, porque la competencia objetiva es indisponible para las partes.

Sumisión tácita: según el art. 56 LEC y el art. 43 CPCM quedan sometidos tácitamente: El demandante por el mero hecho de acudir a los tribunales de una determinada circunscripción<sup>435</sup>, interponiendo la demanda o formulando ante ellos una solicitud o petición de la que deba conocer el tribunal competente para conocer de la demanda. Por lo tanto, la sumisión tácita del demandante viene determinada por la interposición de la demanda, sino ya por la solicitud o petición de diligencias preliminares o medidas cautelares. Por otra parte, el demandado queda sometido tácitamente por el hecho de hacer, después de personar un juicio tras la interposición de la demanda, cualquier actuación que no sea la de proponer en forma la declinatoria. Por tanto, la sumisión tácita consiste en una ficción legal de reconocimiento implícito de la competencia de un juzgado o tribunal, que la norma jurídica anuda a la actividad de las partes y que tiene como consecuencia inmediata, impedirles promover con éxito una cuestión de competencia, porque la composición territorial ya ha quedado fijada definitivamente.

Sumisión expresa: de no mediar sumisión tácita, entonces entra en juego la sumisión expresa (arts. 55 y 57 LEC art. 33 inc. 2º CPCM). La sumisión expresa consiste en un pacto extraprocesal y previo al proceso, que tiene por objeto disponer de la competencia territorial a través de la aceptación y acatamiento de la competencia de los órganos jurisdiccionales de un determinado lugar, para la resolución de litigios que puedan surgir en una concreta relación jurídica.

Cuando no haya sumisión, entran en juego los fueros legales y pueden ser: Fueros legales especiales<sup>436</sup>.

---

<sup>435</sup> Debe entenderse como una circunscripción territorial. vid. ASENICIO MELLADO, J.M., "Derecho Procesal Civil parte primera, 2ª edición, Ley 1/2000, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p.53.

<sup>436</sup> Establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil española (LEC 1/2000) en los arts. 52 y 53 LEC. El art. 52 establece 16 reglas en las que se fijan fueros de competencia territorial, en atención a la materia sobre la que versa la pretensión planteada. Pero, entre estos fueros especiales, se establecen algunos con carácter imperativo: hay que acudir necesariamente a ellos para determinar la composición territorial. Estos fueros legales imperativos son los establecidos en el art. 52.1.1º y 4º a 15º y el art. 52.2 LEC. Pero, a lo largo de la ley encontramos otros

En cuanto al supuesto de pluralidad de demandados: cuando hubiere varios demandados y, conforme a las normas de competencia vistas hasta ahora, pudiera corresponder la competencia a los jueces de más de un lugar. Podrá presentarse la demanda ante los jueces de cualquiera de esos lugares, a elección del demandante.

Fueros legales generales: La regla general en la mayoría de legislaciones parecen responder a la regla que cuando el demandado sea una persona física, la competencia territorial corresponderá al tribunal del domicilio del demandado<sup>437</sup>. Si el demandado no tuviese ni domicilio ni residencia en el lugar, la competencia corresponderá al tribunal donde se encuentre dentro del territorio, o también al tribunal del lugar de su última residencia. O, si tampoco pudiese determinarse la competencia, será competente territorialmente el tribunal del domicilio del actor o demandante. Estos cinco fueros tienen carácter sucesivo: sólo serán aplicables en el segundo y posteriores lugares, en defecto de los primeros. Por otra parte, para la aplicación de estos fueros hay que acudir a los conceptos de domicilio y residencia que se establecen en los Códigos civiles; en el supuesto de que el demandado sea una persona física que, además, sea empresario o profesional y para los litigios que se derivan de su actividad empresarial son dos fueros: El lugar donde desarrolla su actividad profesional o empresarial. Y, si tuviese establecimientos en diferentes lugares, podrá ser demandado en cualquiera de ellos a elección del actor, y así lo dispone el art. 34 CPCM.

---

fueros legales imperativos, siendo los más destacables los que se aplican a los procesos matrimoniales y de menores (art. 769 LEC), en el Proceso Monitorio (art. 813) y el juicio cambiario (art. 820 LEC). El art. 53 LEC establece otros dos fueros especiales: el uno aplicable en el caso de la acumulación de acciones; y el otro: aplicable en el caso de pluralidad de demandados. En cuanto al supuesto de acumulación de acciones: son supuestos en los que se ejercitan conjuntamente varias acciones frente a una o varias personas y, en este caso concreto, la ley establece tres fueros sucesivos.

<sup>437</sup> La máxima “actor sequitur forum rei”, nace directamente de la noción de lo justo, pues si se considera la conveniencia o la necesidad social, estas aconsejan que el demandado estaría obligado a comparecer en el juicio por voluntad del actor, y la justicia exige que se ocasione a aquel el menor daño posible y sea citado a comparecer ante el juez de su domicilio. Vid. VESCOVI, E. “Teoría General del proceso”, ed. Temis, pp.138.

La aplicación de las normas de competencia territorial puede controlarse: De oficio, cuando se trate de normas imperativas: cuando la competencia territorial viene determinada en virtud de normas imperativas, la aplicación de estas se realiza de oficio por el tribunal, después de presentada la demanda, pero el pronunciamiento del juez sobre su competencia territorial, también puede hacerse en la vista (juicio verbal) o en la audiencia previa (juicio ordinario). El examen de la competencia territorial por el propio tribunal requiere audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal y, tras el examen, puede adoptar una de estas soluciones: Si se declara competente, entonces continuara normalmente con los trámites correspondientes al proceso. Y en caso de declararse incompetente: dictará un auto declarando su incompetencia territorial y remitirá sus actuaciones al tribunal que considere competente territorialmente, en cuyo caso, si fueren de aplicación los fueros electivos, oirá y estará a lo que manifieste el demandante tal como lo prevé los arts. 42,44 al 46 del CPCM.

El artículo 813 de la LEC y el 490 en relación al 33 ambos del CPCM, establecen la competencia exclusiva en este tipo de proceso del Juez de Primera Instancia del domicilio o residencia del deudor con carácter general, y si no fuera conocido el domicilio, del lugar en que el deudor pudiera ser hallado a efectos del requerimiento de pago por el tribunal, estableciendo la única salvedad de la reclamación de deudas de Comunidades de propietarios, en cuyo caso podrá ser competente también el tribunal del lugar en donde se halle la finca, siempre a elección del solicitante, estableciendo la prohibición de la aplicación de las normas sobre sumisión expresa o tácita de la LEC, por lo cual en el caso del Proceso Monitorio salvadoreño puede considerarse la regla establecida en el art. 36 CPCM.

El primer problema que plantea este artículo es determinar la competencia del tribunal cuando no se halla el deudor en el domicilio que consta en la solicitud. Como hemos dicho, es competente para el Proceso Monitorio el Juzgado del domicilio, y si no fuera conocido, el del lugar en que el deudor pueda ser hallado. Por ello es conveniente en el primer escrito designar todos los domicilios que puedan conocerse dentro del partido judicial o en su

defecto, una vez requeridos por el juzgado, facilitar los datos precisos en orden a que pudieran ser debidamente cumplimentados los oficios solicitados para la averiguación de dicho domicilio, toda vez que puede el acreedor ser apercibido de archivo en caso de no facilitarlos, como establece el auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 22 de diciembre de 2004<sup>438</sup>.

La redacción dada por el legislador al artículo 813 de la LEC, ha ocasionado en la práctica forense que, tras la admisión de la petición inicial del Proceso Monitorio e intentado sin éxito el requerimiento de pago por no hallarse en el domicilio indicado el deudor, por posteriores diligencias de averiguación o manifestación de los vecinos, éste pueda hallarse en otro lugar que no corresponda al territorio del tribunal ante el que se presentó la solicitud. La Jurisprudencia ha dado respuesta a este conflicto, estableciéndose tres posturas claramente diferenciadoras para la determinación de la competencia.

#### **5.3.4. Determinación de la competencia al momento de admitir la demanda.**

En primer lugar, y siendo la postura minoritaria, se encuentra la que mantiene que la competencia judicial ha de determinarse en el momento de la admisión de la demanda conforme al foro del domicilio o residencia del deudor, sin que por circunstancias sobrevenidas al requerimiento de pago hubiera de hacerse en otro lugar. Ejemplo de esta tesis, es la resolución emitida por el Tribunal Superior de Justicia de la comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal<sup>439</sup>, el que establece las siguientes conclusiones: El

---

<sup>438</sup> Ponente: la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> María Ángeles Martínez Domínguez,. LA LEY JURIS 189729 1/2004, cfr. GARBERI LLOBREGAT, J., El Proceso Monitorio en la LEC, op. cit. Pp74-75.

<sup>439</sup> Auto de 3 de Septiembre de 2003, ponente el Ilmo. Sr. D José Flors Maties. LA LEY JURIS: 1497621/2003, cfr. el ATS, 1<sup>a</sup>, el 20-7-05; el AAP Ciudad Real, 2<sup>a</sup>, 3-7-06; el ATSJ Cataluña, 1<sup>a</sup>, 15-2-07; el APP Murcia, 3<sup>a</sup>, 26- 4-07; el APP Las Palmas, 4<sup>a</sup>, 2-7-07, el APP Lérida, 2<sup>a</sup>, 24-4-07, citados por GARBERI LLOBREGAT, J., op. cit., p. 67. En el mismo sentido A.P. secc. N. 18 Madrid, auto: 00008/2004, f.j. "PRIMERO.- Se plantea entre el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia n<sup>o</sup> 4 de Leganés y el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia n<sup>o</sup> 2 de San Lorenzo de El Escorial conflicto negativo de competencia, puesto que ambos juzgados han dictado resolución

momento de determinación de la competencia territorial es el de admisión de la demanda; si el actor presenta la demanda en el Juzgado competente conforme a la regla especial referida al domicilio conocido, puede ocurrir que el requerimiento de pago tenga que hacerse, por circunstancias sobrevenidas, en otro lugar, pero ello no afecta a la competencia y una cosa es el domicilio personal, que es el que determina la competencia, y otra el lugar donde radica el lugar de trabajo, que no es elemento que contribuya a determinar esa competencia, aunque pueda servir para que en el mismo se realice la notificación conforme lo dispuesto en el artículo 155 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y ello sin perjuicio de las decisiones que se deban adoptar sobre si el requerimiento se hace por medio de exhorto.

### **5.3.5. Determinación de la competencia después de admitida la demanda**

En la dirección opuesta y siendo la posición mayoritaria, se encuentra la que considera que la competencia judicial viene establecida por el lugar donde se practica el requerimiento, es decir, donde se halla el deudor. Esta posición jurisprudencial tiene los siguientes rasgos:

Se otorga al fuero territorial imperativo del artículo 813 de la LEC un carácter semejante al dispensado a la competencia objetiva, ya que sus normas específicas carecen del carácter dispositivo que tienen por lo general las normas sobre competencia territorial. Por

---

en la que se declaran incompetentes para el conocimiento del asunto y que consideran competente al otro juzgado, al respecto el Juzgado de San Lorenzo de El Escorial es en el que se presenta la demanda que da lugar al presente conflicto negativo de competencia, que es admitida a trámite en virtud de providencia de 15 de enero de 2003 y es posteriormente en 14 de junio de 2003, cuando se declara la falta de competencia por entender que el domicilio de Don Juan Miguel no se encuentra en San Lorenzo de El Escorial sino en el partido judicial de Leganés, sin embargo tal y como correctamente sostiene el auto dictado por el Juzgado de Leganés el artículo 58 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que el examen de la competencia será inmediato, luego debe ser en el primer momento procesal cuando debe producirse el examen sobre la competencia territorial, e igualmente tal y como correctamente se sostiene por el Juzgado nº 4 de Leganés, conforme a lo dispuesto en el artículo 411 de la Ley de Enjuiciamiento Civil las posteriores alteraciones del domicilio de las partes no modificarán la jurisdicción y competencia que se determinará según lo que se acredite en el momento inicial de la litispendencia, por ello la Sala entiende que el Juzgado competente para el conocimiento del presente asunto es el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de San Lorenzo de El Escorial.” vid. Jurisprudencia en CD-Rom anexo a GARBERI LLOBREGAT, J., El Proceso Monitorio en la LEC, op. cit.

consiguiente, cuando el domicilio que consta en la demanda no se corresponde con el actual que ha quedado acreditado por hechos de conocimiento posterior, debe aplicarse analógicamente la regla prevenida por el artículo 48 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la falta de competencia objetiva<sup>440</sup>.

Cuando de las actuaciones no resulta indicio alguno de alteración de domicilio una vez iniciado el procedimiento, y por el contrario si consta que al intentar el requerimiento se averigua otro domicilio en localidad distinta del partido judicial, se excluye la aplicación del artículo 411 de la LEC, y se estará a lo dispuesto en el artículo 813 de la misma<sup>441</sup>.

El artículo 813 es una norma de carácter especial de atribución de la competencia territorial para conocer del juicio monitorio y tiene un carácter imperativo, por lo que no puede ser alterada<sup>442</sup>.

El artículo 813 debe ser aplicado por el Juez a quo con rigor, porque es de capital importancia el efectivo conocimiento por el deudor de la reclamación y de la intimación al pago en aras de su derecho de defensa<sup>443</sup>.

En el supuesto del Proceso Monitorio, la interpretación de los artículos 58 y 411 de la LEC no puede llevar, sin embargo, al absurdo de propiciar que un demandante de mala fe

---

<sup>440</sup> Auto de 14 de marzo de 2005, del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, sección primera ponente el Excmo. Sr D. Xavier O'Callaghan Muñoz. Id. Cendoj: 28079110012005200933.

<sup>441</sup> Auto del Tribunal Supremo sección primera de 14 de marzo de 2005, ponente Excmo. Sr D. José Almagro Nosete Id. Cendoj: 28079110012005200727.

<sup>442</sup> Sección décima de la Audiencia Provincial de Madrid, auto de fecha 22 de mayo de 2006, ponente el Ilmo. Sr. D. José González Olleros. LA LEY JURIS: 2354010/2006 y sección quinta de la Audiencia Provincial de Las Palmas. Auto de 28 de Marzo de 2006, ponente el Ilmo. Sr D.Julio Manrique de Lara Morales. LA LEY JURIS: 2302565/2006.

<sup>443</sup> La sección tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz, Auto de 21 de febrero de 2005, ponente el Ilmo. Sr.,D. José María Moreno Montero. LA LEY JURIS: 1940076/2005.

podiera elegir libremente el órgano judicial competente, bastándole para ello con designar en su demanda un domicilio ficticio frustrando así la finalidad del artículo 813, que no es otra que la de facilitar su derecho de defensa sin obligarle a litigar ante un Juzgado lejano al lugar de su residencia<sup>444</sup>.

La prescripción del artículo 813 en combinación con el artículo 50, impone a las partes y por ende, a los órganos jurisdiccionales, seguir el procedimiento monitorio ante el Juez de 1ª Instancia del domicilio o residencia del demandado, determinado éste por añadidura, como aquél donde el deudor puede ser hallado a efectos del requerimiento de pago en lugar ajeno a esta jurisdicción, y no por modificación sobrevenida o cambio del domicilio una vez constituida la relación jurídico procesal, sino como realidad existente a la presentación de la demanda según se comprueba a través de la diligencia negativa de citación efectuada tan solo una semana después<sup>445</sup>.

Y a favor de la teoría de que no es preciso cuestionar la competencia de oficio por el Juzgado en la admisión de la solicitud, se recuerda que el artículo 58, tras señalar el momento en que debe examinarse de oficio la propia competencia, añade que ha de darse audiencia al Ministerio Fiscal y a "las partes personadas" en plural, lo cual está contemplando la posibilidad, por lo menos como hipótesis, de una declaración de oficio posterior al momento mismo de la admisión a trámite de la demanda. Igualmente, al permitir el párrafo segundo del apartado segundo del artículo 416 LEC la apreciación de oficio de la falta de competencia al tiempo de la audiencia previa al juicio, y el 443.2, para el juicio verbal, al tiempo de la vista, (es decir, en ambos casos, después de admitida a trámite la demanda), ha de concluirse con una interpretación del artículo 58 LEC atenta a su espíritu y finalidad y al contexto normativo, en el sentido de que excepcionalmente puede examinarse de oficio la propia competencia

---

<sup>444</sup> El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Granada, Sala de lo Civil y Penal, Auto de 20 de septiembre de 2004, ponente Ilmo. Sr.D. Miguel Pasquau Liaño. LA LEY JURIS: 1850696/2004.

<sup>445</sup> La Audiencia Provincial de Salamanca, Auto de 27 de mayo de 2004. Ponente el Ilmo. Sr D. Fernando Nieto Nafria, LA LEY JURIS: 17373 07/2004.

territorial cuando, por las circunstancias del caso, no haya sido posible dicho examen con anterioridad por ignorar el órgano judicial las circunstancias que justifican su inhibición, y muy particularmente cuando de lo contrario quedase frustrada la finalidad de protección de una de las partes (en este caso, el demandado deudor), sin que concurra causa que de ninguna manera pueda imputársele<sup>446</sup>.

Que cuando se plantea un conflicto negativo de competencia como resultado de las diligencias de averiguación efectuadas para poder practicar el requerimiento, es competente el Juzgado de la verdadera localidad de residencia<sup>447</sup>.

### **5.3.6. Establecimiento de la competencia una vez realizado el requerimiento de pago.**

La tercera postura la mantiene principalmente la Audiencia Provincial de Barcelona en sus secciones diecinueve<sup>448</sup> y sección cuarta<sup>449</sup>, que diferenciaron dos posibles situaciones.

---

<sup>446</sup> Auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, auto citado.

<sup>447</sup> La Sección catorce de la Audiencia Provincial de Barcelona. Auto de 27 de Febrero de 2006, ponente el Ilmo. Sr D. Francisco Javier Pereda Gámez. LA LEY JURIS: 2362233/2006

<sup>448</sup> Auto de fecha 20 de enero de 2004. Ponente el Ilmo. Sr. D. Miguel Julián Collado Nuño. Id. Cendoj: 08019370192004200008. Asimismo la ATS 1ª Madrid 14-9-97 que establece en su f.j.: “TERCERO.- La cuestión se suscita cuando iniciado el procedimiento por haberse presentado la demanda, y ser admitida, desde el momento de la presentación se produce la litispendencia (artículo 410 LEC) y, en tal caso, la alteración posterior del domicilio o de la residencia del demandado no debe alterar la competencia, en virtud del principio de la perpetuatio iurisdictionis que recoge el artículo 411 LEC. No se trata, pues, en los casos anteriormente indicados, en que se aplica la regla del artículo 813 LEC, de un domicilio, o de una residencia, que se ha alterado con posterioridad al momento de litispendencia, sino de una residencia que ya en el momento de presentarse la demanda no se correspondía con la que conocía el actor (generalmente por manifestaciones del propio deudor). CUARTO.- En el caso, es claro que nos hallamos ante un supuesto en que con anterioridad al momento de litispendencia, el deudor demandado había cambiado su residencia. El Juzgado competente, como acertadamente señala el Ministerio Fiscal, es el del lugar en que se encuentra realmente la residencia del demandado,...” vid. Jurisprudencia en CD-Rom anexo a GARBERI LLOBREGAT, J., El Proceso Monitorio en la LEC, op. cit.

<sup>449</sup> Auto de 13 de enero de 2003, ponente la Ilma. Sra. Dª Amparo Riera Fiol. Id. Cendoj: 08019370042003200044.

En la primera de ellas, si el deudor ha cambiado de domicilio después de presentada la solicitud y realizado el requerimiento de pago, regirá lo dispuesto en el artículo 411 sobre la perpetuación de la jurisdicción en relación con el artículo 410 de la LEC relativo a la litispendencia, que obliga a no modificar la competencia ya establecida al entender que la alteración del domicilio es un acto posterior a la presentación de la demanda.

En la segunda posibilidad, si el deudor no ha podido ser hallado en el domicilio facilitado por el acreedor y no ha podido por tanto ser requerido de pago, conociéndose un nuevo domicilio fuera del partido judicial donde se ha presentado la solicitud, (supuesto en el que no se acepta la producción de la perpetuatio iurisdictionis contemplada en el artículo 411 LEC por no tratarse de una alteración posterior a la demanda), habrá de seguirse el fuero imperativo y acordar la inhibición por falta de competencia territorial.

En relación a esta distinción, otras audiencias han interpretado que el conocimiento en el momento de producirse el requerimiento de pago de un domicilio del deudor distinto al designado en la demanda no puede suponer la perpetuación de la jurisdicción por no tratarse de una alteración posterior a la demanda, sino de una realidad fáctica ya existente antes de la presentación del escrito que fue conocida con ocasión de practicar el requerimiento, y por tanto habrá de regir el fuero imperativo establecido y acordarse la inhibición por falta de competencia territorial. Así lo resolvió la sección veinticinco de la Audiencia Provincial de Madrid<sup>450</sup>.

En la misma dirección se encuentra la resolución de la sección sexta de la Audiencia Provincial de Valencia<sup>451</sup>, que estableció que no se puede sostener la aplicación inexorable

---

<sup>450</sup> Auto de 9 de Marzo de 2006, Ponente Ilmo. Sr. D. Carlos López-Muñiz Criado. LA LEY JURIS: 2261764/2006.

<sup>451</sup> Auto de 25 de enero de 2005, ponente el Ilma. Sra. D María Eugenia Ferragut Pérez. LA LEY JURIS: 1951713/2005.

de la litispendencia y de la perpetuación de la jurisdicción, toda vez que la petición del Proceso Monitorio no empieza por demanda sino por petición, aplicando a continuación la doctrina de la Audiencia Provincial de Barcelona y negando por tanto la aplicación de la vía de exhorto, ya que al no resultar correcto y no poder practicarse en él el requerimiento, no se cumpliría el mandato legal utilizando el auxilio judicial, y entenderlo de otro modo propiciaría el fraude de ley.

### **5.3.7. Práctica judicial ante la incertidumbre del domicilio del deudor**

En cuanto al proceder de los Juzgados previo a la declaración de incompetencia territorial cuando se desconozca el lugar de residencia de deudor, las audiencias estiman que deben ser agotadas todas las posibilidades de averiguación del domicilio del mismo. Por ejemplo, la sección octava de la Audiencia Provincial de Cádiz<sup>452</sup>, estima que no cabe la aplicación de las normas de sumisión expresa o tácita, y por tanto no es de aplicación el artículo 58 que establece un momento procesal concreto y determinado que es el tiempo de presentación de la petición inicial, de modo que si el tribunal aprecia su falta de competencia territorial, debe remitir las actuaciones al competente, lo cual conlleva el conocimiento con exactitud del lugar donde reside el deudor, debiendo agotar el juzgado todas las posibilidades de averiguación de su domicilio que otorga el artículo 156 de la LEC. Una vez que se adquiriera conocimiento cierto de este lugar, si reside en otro partido judicial, procede la remisión de actuaciones, toda vez que el archivo sin más de las mismas carece de cobertura y apoyo legal. Pero esta averiguación no puede ser continua e indefinida. En tal sentido, la sección primera de la Audiencia Provincial de Cáceres<sup>453</sup> entiende que, de conformidad con el artículo 156.1 de la LEC, el cumplimiento de esta prescripción legal lo que exige es una actuación judicial razonable y útil tendente a lograr el designio de la norma, pero no

---

<sup>452</sup> Auto de 30 de enero de 2004, ponente la Ilma. Sra. D María del Carmen González Castellón. LA LEY JURIS.1645101/2004.

<sup>453</sup> Auto de 14 de Junio de 2006, ponente Ilmo. Sr. D., Antonio María González Florian. LA LEY JURIS: 2319686/2006.

autoriza el que a estos efectos se prolonguen en el tiempo y de manera indefinida tales actuaciones investigadoras cuando sus continuos resultados negativos demuestren de forma patente que no es posible, con los medios que brinda la actual legislación procesal, conocer el domicilio de los demandados, imposibilitando de esta manera el que se pudiera practicar el requerimiento de pago.

En cambio, ante la incertidumbre del domicilio del deudor, otras resoluciones han establecido que, no existiendo certeza documental plena de cuál es el domicilio de los deudores, será competente para conocer el tribunal correspondiente al domicilio fijado por dichos demandados en el contrato entre las partes que ocasionó la deuda, no habiendo comunicado después el cambio de mismo. Así, tanto las normas contractuales específicas del contrato como las que evitan que prosperen actitudes fraudulentas, (artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil y 247 de la LEC), impiden la declaración de incompetencia en base a una supuesta incertidumbre sobre la sede real de los demandados, por cuanto a efectos de requerimiento lo que importa es el domicilio designado voluntariamente en el contrato y no modificado por acuerdo, y no cuál sea el domicilio real y efectivo<sup>454</sup>.

En el supuesto de la petición inicial del Proceso Monitorio que tenía como objeto la reclamación del importe de las obras de un inmueble, el domicilio del demandado no es el del inmueble objeto de las referidas obras, es decir el lugar del cumplimiento del contrato, sino que de conformidad con el artículo 50 de la LEC en relación con el artículo 40 del Código Civil, el domicilio del demandado es donde ejercita sus derechos y cumple sus obligaciones, es decir, el lugar de su residencia habitual, que puede ser el lugar designado para que se hiciera el requerimiento de pago, y no el lugar del cumplimiento del contrato. Asimismo, la citada resolución contemplaba la posibilidad que la ley otorga al juez de poder examinar de oficio su jurisdicción y competencia, no sólo antes de la admisión a trámite de

---

<sup>454</sup> La Sección once de la Audiencia Provincial de Barcelona, Auto de 16 de marzo de 2006. Ponente el Ilmo. Sr.D, José María Bachs Estany. LA LEY JURIS: 23 52660/2006.

la demanda, sino también en el curso del desarrollo de la vista,(artículo 443.2 para el juicio verbal, y 41 6.2 en el supuesto de la audiencia previa del proceso ordinario e incluso en el momento de dictar sentencia declarando la nulidad de actuaciones, artículo 225, 1 de la LEC<sup>455</sup>).

### **5.3.8. Conflictos de competencias con los Juzgados de lo Mercantil.**

La creación de los Juzgados de lo mercantil en virtud de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, ha planteado la cuestión de competencia de dichos órganos sobre las reclamaciones de deudas contraídas con entidades que gestionan los derechos de autor y propiedad intelectual al reclamar los cánones impagados por medio de procesos Monitorios. Las alegaciones de los Juzgados de lo mercantil para declarar su incompetencia son las siguientes:

La finalidad perseguida por el legislador en el apartado 2 del art. 86.ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al atribuir a los Juzgados de lo Mercantil una serie de competencias añadidas a la concursal, justificadas por su complejidad.

Consideramos que no es válido este argumento, toda vez que la atribución objetiva a los referidos Juzgados viene determinada por la materia y no por el tipo de procedimiento, y el legislador les atribuyó determinadas materias que por su especialización justificaron su creación. Además, dicho argumento podría también alegarse por los Juzgados de Familia en los procesos de mutuo acuerdo carentes de dificultad en comparación con los contenciosos.

---

<sup>455</sup> Audiencia Provincial de Zamora, Auto de 20 de septiembre de 2005, ponente el Ilmo. Sr. D. Pedro Jesús García Garzón LA LEY JURIS: 2110276/2005.

La sección veintiuna de la Audiencia Provincial de Madrid<sup>456</sup> niega que la razón de la creación de los Juzgados de lo Mercantil y por tanto, la razón de su especialidad, sea la complejidad del proceso, toda vez la complejidad no se deriva del tipo de proceso sino del tipo de acción, bien al iniciarse el proceso, o después, o de cómo se desarrolla el mismo. Por tanto, la consecuencia de la especialidad sería la competencia de los citados Juzgados para el conocimiento de las acciones que tiene su origen y causa en la Ley de Propiedad Intelectual.

La norma del artículo 86 ter 2, de la letra a de la LOPJ se refiere a "demandas en que se ejerciten acciones relativas a... propiedad intelectual...", y por tanto no son competentes toda vez que el Proceso Monitorio se presenta mediante solicitud. Contrario a ello se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, en auto de fecha 18 de mayo de 2006<sup>457</sup>.

El artículo 813 de la Ley de Enjuiciamiento Civil atribuye la competencia para conocer del Proceso Monitorio al Juzgado de Primera Instancia del domicilio o residencia del deudor, y tal precepto no ha sido derogado expresamente. La Audiencia Provincial<sup>458</sup> en cambio, entiende que ha sido derogado tácitamente por el citado precepto de la Ley Orgánica.

---

<sup>456</sup> Auto de 8 de marzo de 2006, ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Rosa María Carrasco López, LA LEY JURIS: 2285410/2006.

<sup>457</sup> Rec. 156/2006 Ponente: Saraza Jimena, Rafael. LA LEY JURIS: 1574/2006. En esta se entiende que la terminología del citado artículo no es uniforme, pues en unos se habla de "demandas en las que se ejerciten acciones relativas a...", en otros de "pretensiones que se promuevan al amparo de la normativa en materia de..." o "pretensiones relativas a la aplicación del Derecho...", en otros de "acciones relativas a...", "procedimientos de aplicación de..." o "asuntos atribuidos a los Juzgados de Primera Instancia en el artículo... cuando vengan referidos a materias contempladas en este apartado", y el citado auto indica con todo el sentido común, que la competencia objetiva viene determinada por la materia y no por el procedimiento, y que cuando la ley habla de demandas, pretensiones, procedimientos, asuntos o acciones, se está refiriendo a cualquier tipo de procedimiento en tales materias, ya sea un proceso declarativo, un juicio monitorio o un expediente de jurisdicción voluntaria.

<sup>458</sup> Auto citado anteriormente, fundamento jurídico cuarto.

La atribución a tales Juzgados es contraria a la finalidad de la LEC que pretende acercar al domicilio del deudor el lugar de celebración del juicio, y se vería frustrada porque la competencia de los Juzgados de lo Mercantil es provincial.

No obstante, ha habido una resolución de la sección tercera de la Audiencia Provincial de Huelva<sup>459</sup>, que otorga la competencia a los Juzgados de Primera Instancia, pues de lo contrario se daría lugar a una ampliación excesiva y desmesurada de la competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil que sería contraria al espíritu y finalidad de la ley de reforma procesal.

### **5.3.9. Otras cuestiones sobre competencia.**

En primer lugar, debemos destacar que los tribunales españoles no son competentes para conocer los procesos monitorios cuando el deudor resida en el extranjero, puesto que, dada la situación geográfica de nuestro país y las relaciones económicas con personas que residen en el extranjero, ello es inviable hasta la entrada en vigor del Reglamento CE N° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, que establece un Proceso Monitorio europeo<sup>460</sup>. No obstante, se han presentado dichas reclamaciones y los tribunales las han desestimado. Así, la sección tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz<sup>461</sup> resolvió la cuestión planteada por la inadmisión de un Proceso Monitorio en el cual confirmó el archivo de las actuaciones por falta de competencia de los tribunales españoles al residir el demandado fuera del territorio nacional, y por tanto, estimó que no son competentes los tribunales españoles para la tramitación del citado procedimiento

---

<sup>459</sup> Auto de 27 de junio de 2005, Ponente Ilmo. Sr D.,Antonio German Ponton Práxedes, Id. Cendoj: 21041370032005200097.

<sup>460</sup> Diario oficial de la Comunidades europeas n° 1 399 de 30 de diciembre de 2006, Pág. 1 al 32, y en su artículo 33 establece su aplicación a partir del 12 de diciembre de 2008.

<sup>461</sup> Auto de 4 de noviembre de 2003, ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Marina de la Cruz Muñoz Acero LA LEY JURIS: 1564792/2003.

monitorio, toda vez que en éste no podría fundarse la competencia internacional del tribunal español en su sumisión tácita, al no venir admitida la misma (en virtud del artículo 813 de la LEC, párrafo último), que sería la única argumentación legal para basar tal competencia de los tribunales españoles al no tenerla atribuida legalmente. Otro ejemplo de ello es la resolución de la Audiencia Provincial de Salamanca de 16 de junio de 2003<sup>462</sup>. ALIAGA CASANOVA<sup>463</sup> es partidario de la admisión cuando el demandado tenga su domicilio en uno de los países en los que es aplicable el Reglamento 1348/2000, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y traslado en los estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, precisando que el requerimiento debe practicarse en una de las formas previstas en dicha norma que indiquen que juzgados son los competentes para enjuiciar estos procesos monitorios contra deudores en el extranjero.

En segundo lugar, sobre la competencia de los Juzgados de capital de provincia, ha de tenerse en cuenta el artículo 15 de la Ley 52/97 de 27 de noviembre de Asistencia Jurídica del Estado e Instituciones Públicas, la cual se aplicará con preferencia a cualquier otra norma sobre competencia territorial que pudiera concurrir en el procedimiento, aunque alguna resolución ha entendido que no es de aplicación cuando la entidad pública renuncia al citado beneficio presentando la demanda en el Juzgado de Primera Instancia del domicilio del deudor y compareciendo en juicio con letrado y procurador de libre elección<sup>464</sup>.

En tercer lugar, y en lo referente al trámite para plantear la cuestión de competencia, se admite por la mayoría de la jurisprudencia la previa audiencia de las partes personadas y del Ministerio Fiscal, pudiendo el demandado presentar en su caso la declinatoria cuando sea

---

<sup>462</sup> Auto de 16 de Junio de 2003, Ponente: Ilmo. Sr. D. Ildefonso García del Pozo, LA LEY JURIS: 202/2004.

<sup>463</sup> ALIAGA CASANOVA ALFONSO, "El Proceso Monitorio ante las recientes e inminentes reformas legales y el desafío de los avances tecnológicos, Revista del Poder Judicial número 71, tercer trimestre 2003 Madrid, p. 125 a 172.

<sup>464</sup> Auto de 21 de diciembre de 2005, ponente la Ilma. Sra D Maria Teresa Serra Abarca. LA LEY JURIS: 2243809/2005.

requerido, pero hay algunas resoluciones<sup>465</sup> que entienden que el conflicto negativo de competencia territorial del artículo 60 de la LEC se produce en los supuestos del apartado primero de dicho artículo. Así, si la decisión de inhibición de un tribunal por falta de competencia territorial se hubiere adoptado en virtud de declinatoria o con audiencia de todas las partes, el tribunal al que se remitieren las actuaciones estará a lo decidido y no podrá declarar de oficio su falta de competencia territorial, pero si la decisión de inhibición por falta de competencia territorial no se hubiese adoptado con audiencia de todas las partes, el tribunal a quien se remitieran las actuaciones podrá declarar de oficio su falta de competencia territorial cuando venga determinada por reglas imperativas.

#### **5.4. La notificación por Edicto.**

La escasa regulación del Proceso Monitorio en general, y en particular de la forma de practicar el requerimiento de pago, ha ocasionado una absoluta disparidad en los Juzgados de Primera Instancia en lo referente al problema práctico de no ser hallado el deudor en el domicilio reseñado en la solicitud o en los que consten en autos una vez instada la averiguación del domicilio, creándose un cuerpo jurisprudencial menor, cada vez más homogéneo, sobre la no admisión de esta forma de notificación. En cuanto a las resoluciones de las Audiencias que admiten esta forma de practicar el requerimiento de pago, destaca la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3 , en Auto de 15 de Julio de 2002<sup>466</sup>, que la admitió, una vez intentada la práctica del requerimiento en los tres domicilios designados en la solicitud y después de haber intentado averiguar su actual paradero a través de gestiones de la policía municipal y judicial, e incluso por datos registrados en la Tesorería de la Seguridad Social. Así, agotados todos los medios para la localización del demandado sin ningún resultado positivo, llega a la conclusión de que *difícilmente puede mantenerse que en este tipo de procedimientos monitorios, la notificación y requerimiento al deudor siempre*

---

<sup>465</sup> Auto de 21 de enero de 2003 de la sección sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, ponente la Ilma. Sra D Purificación Martorell Zulueta, Id. Cendoj: 46250370062003200008.

<sup>466</sup> Rec. 229/2002, Ponente Sendino Arenas, Miguel Angel. LA LEY JURIS: 1249743/2002.

*ha de hacerse en forma personal, si resulta que sus propias normas reguladoras expresamente autorizan y posibilitan –por remisión-- el que en determinados supuestos pueda llevarse a cabo la comunicación mediante edictos*<sup>467</sup> (artículo 164 Ley de Enjuiciamiento Civil).

En la misma dirección la Audiencia Provincial de Córdoba, sección tercera<sup>468</sup>, que asevera que la LEC en el artículo 812 y siguientes de la LEC no lo prohíbe ni expresa ni tácitamente.

Un sector de la doctrina más reciente<sup>469</sup> entiende que es factible, toda vez que en vía de ejecución podrá oponerse, y entiende que deberían modificarse dos artículos de la LEC, consecuentemente el 556.1, admitiendo como causa de oposición a la ejecución el requerimiento por edicto, y el artículo 496, ampliando el recurso de audiencia al rebelde contra las resoluciones dictadas mediante notificación por edicto.

En sentido opuesto, la jurisprudencia de las Audiencias ha mantenido la imposibilidad de acudir a la vía edicto en base a los siguientes argumentos:

La admisión de esta vía de notificación en el supuesto de reclamaciones de gastos de comunidad de propietarios. Así, la A.P. de La Rioja<sup>470</sup>, que confirmó el auto de archivo del

---

<sup>467</sup> Al respecto los Magistrados de la A.P. de Barcelona tomaron un acuerdo para unificación de criterios. Adoptado en marzo de 2004. “Si no puede practicarse el requerimiento de pago no es posible continuar con el juicio. El acreedor puede acudir a los procedimientos ordinarios pidiendo la notificación por edicto o bien suspenderlo utilizando el mecanismo del art. 179 de la LEC, esto es, mediante el archivo provisional hasta que se facilite un nuevo domicilio y esperar a la caducidad”. En igual sentido también la Sección 4 de la A.P. de Alicante. Auto de 10 de abril de 2002; A.P. de Segovia. Auto de 23 de marzo de 2002; Sección 5 de la A.P. de Zaragoza. Auto de 2 de julio de 2002, rollo 195/02.

<sup>468</sup> Resolución de fecha 21 de abril de 2003, Revista Sepin de Enjuiciamiento Civil, jurisprudencia al detalle, mes de junio de 2006, número 64 p. 81.

<sup>469</sup> CASADO ROMAN, J., “La notificación por edicto en el juicio monitorio”. Boletín de información del Ministerio de Justicia año LIX número 2003 de 15 de diciembre de 2005, pp. 5049 a 5066.

<sup>470</sup> Auto de 28 de marzo de 2003, Ponente: Ilmo. Sr D. José Félix Mota Bello. LA LEY JURIS: 1399732/2003. En concreto se refirió al segundo párrafo del número 1 del artículo 815 remite al artículo 161 de

expediente, estimó que tal decisión ha de estimarse correcta y adecuada a la naturaleza y formalidades de este procedimiento conforme a las previsiones del artículo 815 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El mismo criterio es compartido por la A.P. de Asturias, Sección 1<sup>a</sup>, de 30 Marzo de 2006<sup>471</sup>, el cual establece la imposibilidad de admitir la vía por medio de edicto para efectuar el requerimiento en el procedimiento monitorio con carácter general, entre otros motivos porque cuando el propio artículo 815 ha querido incluir la comunicación mediante edictos así lo ha expresado con plena claridad cuando se trata de deudas por gastos comunes de comunidades de propietarios de inmuebles urbanos.

La no admisión de la notificación por edictos por las consecuencias de la no comparecencia. Un ejemplo de ello es la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 1<sup>a</sup>, que en sentencia de 3 de diciembre de 2004<sup>472</sup>.

---

la Ley para la práctica de este acto de comunicación. A su vez este precepto, en su párrafo final, hace una remisión genérica a las posibilidades de la notificación por edictos al remitirse a otro precepto de la propia Ley. Sin embargo, además de la comentada exigencia del requerimiento en el juicio monitorio, debe observarse que la única posibilidad de notificación por edicto en este procedimiento es la prevista de modo expreso y con remisión directa al artículo 164, en el caso de las reclamaciones por gastos las comunidades de propietarios. Con la misma argumentación, la A.P. de Castellón, Sección 3<sup>a</sup>, en auto de fecha 8 de octubre de 2003, Ponente: Ilmo. Sr. D Guillermo Sacristán Represa. LA LEY JURIS: 228050 1/2006 que considera que la notificación objeto de estudio no es admisible en el procedimiento monitorio, en el que el requerimiento de pago al deudor a que se refiere el artículo 815 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe notificarse necesariamente, como en el mismo se establece, en alguna de las formas previstas en el artículo 161 de dicha Ley, siendo éste el único precepto al que se efectúa remisión en el párrafo segundo del antes citado.

<sup>471</sup> Ponente: Ilmo. Sr. D Guillermo Sacristán Represa. LA LEY JURIS: 2280501/2006.

<sup>472</sup> A. P. de Guipúzcoa, Sección 1<sup>a</sup>, que en sentencia de 3 de diciembre de 2004, Ponente: Ilmo. Sr. D. Felipe Peñalba Otaduy, donde se estableció que *el Proceso Monitorio supone la inversión del principio procesal tradicional de los juicios declarativos conforme al cual, el silencio del demandado al ser citado o emplazado representaba el mero incumplimiento de una carga, pero del mismo no se podía deducir ni el allanamiento, ni la conformidad del demandado con los hechos que sustentaban la pretensión del actor. De ahí que incluso cuando, como en el art. 43 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, se reguló la posibilidad de tener por conforme al demandado con los hechos de la demanda, se tuvo presente condicionarlo a una comunicación por remisión personal –en su persona o en la de un pariente que con él convive--. El carácter excepcional del principio sobre el que se asienta el Proceso Monitorio: presumir que el demandado reconoce el crédito que se le reclama por su silencio, exige tener la certeza de que dicho silencio se ha producido de manera voluntaria, y eso sólo se logra después de tener constancia de que el mandato de pago se ha efectuado personalmente. Y dicha*

El mismo criterio mantiene la A.P. de Guadalajara, Auto de 10 de mayo de 2006. Otras resoluciones han entendido imposible la notificación por edicto por causar una indefensión a la parte y poner en quiebra el principio de tutela efectiva<sup>473</sup>.

En este sentido la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 2<sup>a</sup>, en auto de 24 de febrero de 2006<sup>474</sup>, que a través de una interpretación sistemática de los preceptos que regulan el procedimiento monitorio, o en atención a la propia naturaleza del mismo, estimo que es aconsejable una recepción efectiva de la notificación y requerimiento de pago a fin de evitar la quiebra del principio de tutela judicial efectiva con la consiguiente indefensión, y por tanto no lo admite. Asimismo, la sección tercera de la Audiencia Provincial de Castellón<sup>475</sup> mantiene el criterio de que el Proceso Monitorio exige la notificación personal por las

---

*certeza no se obtiene mediante la vía edicto, que se sustenta sobre la ficción de considerar que el deudor ha tenido conocimiento del requerimiento con su mera exposición en el tablón de anuncios del Juzgado, o en su caso, el Boletín Oficial o periódico correspondiente. LA LEY JURIS: 980/2005.*

<sup>473</sup> A.P. de Guadalajara, Auto de 10 de mayo de 2006, Rec. 115/2006 Ponente: Serrano Frías, Isabel, estableciendo que dadas las características y rigurosidad que este procedimiento tiene respecto al demandado al separarse del esquema relativo a las consecuencias de la no comparecencia, pues si la regla general es que la rebeldía no supone allanamiento y debe el actor acreditar los extremos en que se apoya su pretensión, en el monitorio la falta de contestación en la forma que determina la ley trae consigo, sin más trámite, el despacho de ejecución, sin necesidad de pronunciamiento jurisdiccional previamente condenatorio como ocurre en todos los demás procesos. Para ello parte de una presunción legal, el reconocimiento del crédito del actor si se guarda silencio sin oponer razones para el impago de la cantidad reclamada por el solicitante. Si a esta presunción de que la falta de oposición implica reconocimiento, unimos la ficción en que se apoya la notificación por edicto, porque esta forma de notificación, subsidiaria y excepcional según la doctrina de nuestro TC, constituye también una ficción jurídica que consiste en que la mera publicación de la notificación en los sitios que dispone la ley, esto es, en el tablón de anuncios del juzgado con arreglo art. 164 de la LECiv., surte idéntica eficacia que la efectiva entrega de la cédula al interesado, sus familiares, compañeros de trabajo o el portero de la finca en que reside, se produciría una cierta quiebra de la tutela judicial efectiva al dar lugar, con una merma de garantía, a unas consecuencias tan extremas y gravosas para el demandado. Ciertamente es que dicho precepto remite en su último párrafo al sistema de averiguación de domicilio del art. 156, y que este último en su apartado cuarto lo hace a su vez a la citación por edictos, cuyo artículo 164 no menciona. Pero que haya tal cúmulo de remisiones (desoyendo por cierto lo que indica la Exposición de Motivos en su apartado IV cuando indica que «se reducen todo lo posible las remisiones internas, en especial las que nada indican acerca del precepto o preceptos a los que se remite»), no oscurece que el art. 815.1 de la LEC. al que remite es al 161, y no al 164. Se refuerza esta interpretación si tenemos en cuenta que cuando en la propia regulación del juicio monitorio se quiere admitir la citación por edicto, así se indica expresamente. LA LEY JURIS: 2300987/2006

<sup>474</sup> Rec. 13/2006 Ponente: Sandar Picado, María Luisa. LA LEY JURIS: 2248880/2006.

<sup>475</sup> Auto de 28 de enero de 2004, Ponente Ilmo. Sr D. José Manuel Marco Coz, LA LEY JURIS: 1645 179/2004.

gravosas consecuencias en que coloca al demandado, que queda en situación de efectiva indefensión al no tener conocimiento efectivo de la reclamación, y por tanto, carece de la posibilidad de pagar o de oponerse, debiendo por ello remitirse al proceso declarativo correspondiente por la cuantía.

La doctrina, entre otros LOPEZ SANCHEZ<sup>476</sup>, entiende que la práctica de un requerimiento de pago por medio de un edicto no resulta adecuada, pues la falta de oposición del deudor tiene una trascendencia tal, que resulta adecuado garantizar la efectividad del conocimiento por el deudor de la existencia del Proceso Monitorio.

En la misma dirección RENEDO ARENAL<sup>477</sup>, que admitiendo la lógica remisión que el artículo 815,1º de la LEC hace al procedimiento establecido en el artículo 161 del citado texto legal, dicha remisión debería haber sido limitada, para evitar en lo posible las notificaciones ad domun, excluyendo en cualquier caso la notificación por edito, al convertir dicha práctica en una posible vía de fraude a la que podrían acudir sujetos desaprensivos para provocar un mandato de pago incondicional ante el que nada podría el supuesto deudor, al no producirse la nota esencial del Proceso Monitorio cual es la inversión de la iniciativa del contradictorio

En primer lugar, debemos manifestar que el domicilio del deudor es parte fundamental en esta clase de procesos; así, por el domicilio del deudor viene establecida la competencia territorial, estableciéndose un fuero principal y otro subsidiario para este tipo de reclamaciones.

---

<sup>476</sup> LOPEZ SANCHEZ J., El Proceso Monitorio, La Ley Madrid 2000 p. 201.

<sup>477</sup> RENEDO ARENAL M. A., "El Proceso Monitorio de la nueva ley de enjuiciamiento civil", Revista General del Derecho nº 680, año 2001, p.3348.

El artículo 813 establece como fuero principal el lugar del domicilio o residencia del deudor, y si es desconocido, el fuero subsidiario será el lugar en que el deudor pudiera ser hallado a efectos del requerimiento de pago, condición imprescindible para la determinación de las reglas de competencia territorial sin contemplar ninguna otra posibilidad - negando incluso las normas de sumisión expresa o tácita del libro I. No olvidemos que la falta de competencia debe ser apreciada de oficio por los tribunales, y por tanto, examinar dichas reglas imperativas que en el presente procedimiento vienen establecidas en el artículo citado, viene a suponer que sólo se admitirá un Proceso Monitorio por un tribunal en el caso que el domicilio sea conocido, y en su defecto, donde se halle el deudor.

En segundo lugar, el requerimiento de pago tiene una gran importancia para asegurar el derecho de defensa del demandado, y en este sentido, la necesidad y obligación que los Tribunales tienen de garantizar la tutela judicial efectiva viene prevista en el art 24 de la Constitución, estableciendo la doctrina del Tribunal Constitucional la admisión por edicto como último remedio de comunicación, y no sólo agotadas las otras modalidades que aseguran en mayor grado la recepción del destinatario, sino también indicando que la resolución judicial que acuerde la notificación por edicto razone la convicción o certeza de que la utilización de otros medios de citación será en vano, siendo palmaria la imposibilidad de localización.

En tercer lugar, el art 815 apartado segundo, sólo admite dicha modalidad de requerimiento por edictos en la reclamación de gastos de comunidad de propietarios de inmuebles urbanos (que no es el caso que nos ocupa), lo que, sensu contrario, da a entender que debe excluirse para el resto de los procesos Monitorios.

En cuarto lugar, ha de señalarse que la Ley de Enjuiciamiento Civil, el artículo 813 remite para la notificación del requerimiento al artículo 160, en el que no se contemplaba la

posibilidad de efectuar aquél por medio de edictos.

En quinto lugar, y en apoyo de lo anterior, cabe destacar que en el derecho comparado hay ordenamientos que prohíben expresamente el requerimiento por edictos, el alemán por ejemplo. En el derecho español, había un precedente en la LEC de 1881, que era el requerimiento de pago en el Juicio Ejecutivo en los arts. 1444 y 1460 del referido texto legal, pero debemos tener en cuenta que el anterior Juicio ejecutivo y el actual Proceso Monitorio tienen tres diferencias fundamentales a los efectos del requerimiento por edictos, como es la de que los títulos que llevaban aparejada ejecución en el ejecutivo eran documentos públicos o intervenidos bien judicialmente bien por fedatarios públicos, que el proceso terminaba mediante sentencia de remate y que tenían la consideración de cosa no juzgada (art 1479 de la LEC); en cambio, en el Proceso Monitorio, los documentos son creados por el instante, el proceso no termina por sentencia cerrando así la vía del recurso de revisión, y tiene carácter de cosa juzgada (art 816 LEC).

En sexto lugar, y siguiendo a CORREA DEL CASSO<sup>478</sup>, con la entrada en vigor del título Ejecutivo Europeo<sup>479</sup>, la resolución final del Proceso Monitorio español imposibilitaría su conversión al no estar prevista la notificación por edictos. El sistema del Reglamento TEE establece una serie de requisitos respecto de la notificación al deudor que deben cumplirse en el procedimiento en que se obtenga la resolución que va a ser certificada. Entre ellos, en su artículo 13 establece la forma de notificación al deudor, que puede ser personal, por correo con acuse de recibo o por medios electrónicos como fax o correo electrónico, pero no por

---

<sup>478</sup> CORREA DELCASSO J. P., “Sugerencias para una futura reforma de los artículos 812 a 818. LEC, reguladores del Proceso Monitorio” Diario.la Ley, n°5581 del día 5 de julio de 2002, p 3.

<sup>479</sup> Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (DO L 143 de 30.4.2004).

edicto<sup>480</sup>. El mismo autor ha mantenido que el aspecto más necesitado de reforma legislativa es la supresión de la notificación por edictos<sup>481</sup>.

Y finalmente, el proyecto de Ley orgánica<sup>482</sup> por la que se adaptará la legislación procesal a la LOPJ 6/1985 de 1 de julio, se reforma el recurso de casación y se generaliza la doble instancia penal, establece en su artículo 815 de la LEC, que el requerimiento de pago al deudor por medio de edictos solo se admitirá en el supuesto de reclamaciones de deudas de comunidad de propietarios, quedando por tanto vedado para el supuesto general de Proceso Monitorio.

### **5.5. La ley 3/2004 de 29 de diciembre por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.**

La aplicación de dicha ley en el Proceso Monitorio en lo referente a la cantidad determinada de la deuda que se reclama en la petición inicial, tiene su incidencia con el artículo 8 de la misma<sup>483</sup> que lleva como rúbrica de “indemnización por costes de cobro”, y establece que *"cuando el deudor incurra en mora, el acreedor tendrá derecho a reclamar al deudor una indemnización por todos los costes de cobro debidamente acreditados que haya sufrido a causa de la mora de éste"*. Asimismo, dicho artículo determina que no procederá la indemnización cuando el coste de cobro de que se trate haya sido cubierto por la condena en costas del deudor de conformidad con lo dispuesto en los artículos 241 a 246 y 394 a 398 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

---

<sup>480</sup> Ver SANJUAN Y MUÑOZ, E., “El Título ejecutivo europeo”, Diario la ley. Números 6082 y 6083 de 9 y 10 de septiembre de 2004 dos mil cuatro.

<sup>481</sup> CORREA DELCASSO, J. P., “La ley de Enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia, sugerencias para una futura reforma de los artículos 812 a 818 de la LEC reguladores del Proceso Monitorio”. Estudios de Derecho Judicial número 44 CGPJ. p 372.

<sup>482</sup> Ver texto íntegro en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII legislatura, Serie A de 27 de enero de 2006, Núm. A-69-1.

<sup>483</sup> Ver la Ley en el Boletín Oficial del Estado de 30 de diciembre de 2004.

La promulgación de esta ley tenía como objeto la incorporación al Derecho interno nacional de la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de junio de 2000<sup>484</sup>, toda vez que esta directiva no era suficiente para su aplicación en nuestro ordenamiento jurídico, como resolvió el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al haber instado el Juzgado de Primera Instancia número 35 de Barcelona una petición de prejudicial con arreglo al artículo 234 CE, en base a que en el Derecho español no es posible incluir en el cálculo de las costas a las que podría ser condenado un particular obligado al pago de una deuda profesional, los gastos derivados de la intervención de un abogado o de un procurador en defensa o representación del acreedor en un proceso judicial de reclamación de dicha deuda. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala Sexta, dictó sentencia el día 10 de marzo de 2005<sup>485</sup>, resolviendo que sobre la base del Derecho nacional no es posible incluir en el cálculo de las costas a las que podría ser condenado un particular obligado al pago de una deuda profesional, los gastos derivados de la intervención de un abogado o de un procurador en defensa o representación del acreedor en un proceso judicial de reclamación de dicha deuda, y que la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, no puede servir por sí sola de fundamento a tal posibilidad.

Con la entrada en vigor de la citada ley, salvo que el deudor no pueda considerarse responsable del retraso en el pago, el acreedor podrá reclamarle no sólo los intereses de demora, sino también una indemnización por todos los costes de cobro debidamente acreditados que haya sufrido a causa de la mora de aquél, sin que puedan superar en ningún caso el 15%, con una excepción, pues cuando la deuda sea inferior a 30000 euros, el límite de la indemnización será el importe de la deuda, y por tanto, éste será el límite de la indemnización en el Proceso Monitorio, y esta indemnización no procederá cuando haya condena en costas, evitándose así un doble cobro<sup>486</sup>. Por tanto, en las reclamaciones en

---

<sup>484</sup> DOL 200, p35.

<sup>485</sup> Ponente Puissochet. LA LEY JURIS: 1499/2005.

<sup>486</sup> GARCIA BALLARIN, S., “La ley de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales” en la revista *economist & jurist*, mes de abril 2005 Barcelona p56 -60.

Proceso Monitorio entre empresas y en las realizadas entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas, (no siendo de aplicación a los pagos relativos a operaciones en las que intervengan consumidores<sup>487</sup>, los realizados mediante cheques, pagares y letras de cambio), se incrementará la deuda con los intereses de demora y la indemnización por costes de cobro. Pero dichos costes de cobro deben estar acreditados.

Así, la sección novena de la Audiencia Provincial de Valencia<sup>488</sup> estimó el recurso de apelación contra la sentencia del juzgado de Primera Instancia que había desestimado la inclusión de dichos gastos, al ser partidas incluibles en su caso en la tasación de costas. El tribunal admitió la inclusión en la deuda al incurrir la sociedad deudora en mora, tanto de los gastos de correo en reclamación del crédito como de los provocados por la devolución de los recibos presentados, ya que no son partidas incluibles en la tasación de costas conforme al artículo 241 de la LEC, pero no así los gastos de documentación registral mercantil que no pueden significar costes de gestiones de cobro. Personalmente, opino que hay que tener cautela en la inclusión de dichos gastos de cobro cuando se pretenda incluir los honorarios de los profesionales intervinientes al incluir las costas como gastos de reclamación en claro fraude de ley, toda vez que concurren dos normas, la de cobertura, Ley 3/2004 de 29 de diciembre, y la norma eludida, la LEC, que establece la no intervención de dichos profesionales en el Proceso Monitorio, por lo que sus partidas son indebidas en la tasación de costas

---

<sup>487</sup> La Audiencia Provincial de Les Illes Balears, Sección 4<sup>a</sup>, en auto de fecha 20 de abril de 2006, ponente el Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Aguiló Monjó, LA LEY JURIS: 2319495/2006, excluyó del requerimiento de pago la cantidad reclamada por el actor en concepto de gastos de letrado y procurador porque dicha norma no resulta aplicable puesto que se limita a regular las operaciones mercantiles entre empresas y no contra un consumidor.

<sup>488</sup> Sentencia de 11 de abril de 2006, ponente el Ilmo. Sr. D. Gonzalo María Caruana Font de Mora, LA LEY JURIS 2349588/2006.

## 5.6. Fase declarativa ordinaria en el Proceso Monitorio.

### Proceso incidental declarativo de cognición plena.

La naturaleza del Proceso Monitorio, como ha reiterado la jurisprudencia<sup>489</sup>, es una naturaleza declarativa especial pues tiende a conseguir de una manera rápida un título ejecutivo a través del requerimiento de pago realizado al afirmado deudor, interpretando su silencio, de no manifestar oposición alguna ni atender el requerimiento de pago, como prueba plena de la existencia de la deuda. Por consiguiente, la oposición del deudor formulada en tiempo y forma, enerva el previo requerimiento de pago dictado por el Juez, dejándolo sin efecto como si no hubiera existido<sup>490</sup>. Esta aseveración plantea un primer problema práctico, cual es si la oposición formulada en tiempo y forma por el deudor supone el archivo del proceso y se abre un nuevo proceso, o en cambio continua el proceso en una nueva fase, pasando de la fase declarativa especial a una declarativa ordinaria. La primera interpretación, es decir, la de que se mantiene desde el punto de vista procesal la absoluta independencia entre el Proceso Monitorio y el declarativo, la defienden CARRANZA CANTERA<sup>491</sup> y ROLLAN GARCIA<sup>492</sup> entre otros, quienes entienden que son procedimientos diferentes y autónomos que resultan de la propia configuración de los distintos procesos en la LEC y de la propia actuación estadística y organización de los Juzgados, citando la Instrucción número 3/200 1 del pleno del CGPJ sobre anotación de los procesos de ejecución. En esta misma dirección se encuentra también CORTÉS DOMÍNGUEZ<sup>493</sup>, para quien la oposición del Proceso Monitorio está concebida no tanto como una parte del propio juicio sino como la continuación del litigio en proceso separado,

---

<sup>489</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección once, de 4 de mayo de 2006, resolución citada.

<sup>490</sup> CARRANZA CANTERA F. J., CARRERA MARAÑA J. M., DIAZ MENDEZ N., PARDO MUÑOZ F. J., PUENTE DE PINEDO L., RODRIGUEZ ACHUSTEGUI E., SANZ MORAN A., SUAREZ-QUIÑONES FERNANDEZ J. C., Criterios judiciales de aplicación de la nueva ley de Enjuiciamiento civil. La ley Madrid 2003 p 460.

<sup>491</sup> *Ibidem*.

<sup>492</sup> ROLLAN GARCIA J. "El órgano jurisdiccional competente y las partes en el Proceso Monitorio," Estudios Jurídicos, Cuerpo de Secretarios Judiciales. VII 2000 Madrid p.637.

<sup>493</sup> CORTES DOMINGUEZ V., MORENO CATENA V., coord, GONZALEZ GRANADA P., MORENO JUNA, D., VILLAGOMEZ CEBRIAN M., La Nueva ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo V. p 61, ed. Tecnos. Madrid 2000.

y se fundamenta dicha afirmación en el artículo 818.1, que dice que si el deudor presentare escrito de oposición, el asunto se resolverá definitivamente en el juicio que corresponda. Entre la jurisprudencia que defiende dicha interpretación destaca la Audiencia Provincial de Salamanca<sup>494</sup>, que entiende que con la redacción dada al artículo 818, al que hay que interpretar en relación con el artículo 404 de la LEC, la intención del legislador es que se tramite un procedimiento ordinario totalmente independiente del juicio monitorio, quedando el Proceso Monitorio sobreseído.

La segunda interpretación, (continuación del proceso en su segunda fase declarativa ordinaria por transformación), es seguida entre otros por SEOANE CACHARRÓN<sup>495</sup>, HERRERO DE EGAÑA Y OCTAVIO DE TOLEDO<sup>496</sup>. De la misma opinión es GÓMEZ AMIGO<sup>497</sup>, al mantener que aunque parece excesivo considerarlo como una incidencia del monitorio, trae causa de él en virtud del cambio del procedimiento operado. En cuanto a la Jurisprudencia, el Auto de la sección once de la Audiencia Provincial de Valencia<sup>498</sup>, declara que el proceso ordinario posterior es una mera reconvención procesal del previo juicio monitorio sobre la misma relación jurídico material por lo que no puede hablarse de procesos independientes, ni implica que se trate de procesos diferentes el hecho de que estadísticamente uno y otro procedimiento consten registrados con número diferente, ni que uno y otro procedimiento se hayan tramitado independientemente. Declara dicha sala que se tramitó incorrectamente por medio de piezas separadas, argumentando que el posterior juicio declarativo tuvo su origen en el previo juicio monitorio, y éste debía figurar como encabezamiento de aquél, máxime cuando la documentación original y fundamental que

---

<sup>494</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 29 de Abril de. 2002, ponente el Ilmo. Sr.. D José Ramón González Clavijo, LA LEY JURIS: 1162311/2002.

<sup>495</sup> SEOANE CACHARRON, J. "Los procesos Especiales en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Especial consideración del Proceso Monitorio". Estudios Jurídicos, Cuerpo de Secretarios Judiciales, IV 2000 Madrid, p 157.

<sup>496</sup> HERRERO DE EGAÑA Y OCTAVIO DE TOLEDO F., "El Proceso Monitorio". Los procesos especiales. Estudios de Derecho Judicial, número 30, Escuela Judicial CGPJ, Madrid p151.

<sup>497</sup> GÓMEZ AMIGO L., "La introducción del Proceso Monitorio en el sistema procesal español, Actualidad civil año 1999 tomo IV, p. 1189.

<sup>498</sup> Auto de 7 de mayo de 2003, ponente el Ilmo. Sr. D. José Alfonso Arolas Romero. Id. Cendoj: 46250370112003200110.

sirve de sustento al procedimiento monitorio ha de ser a la sazón la que dé fundamento al posterior declarativo.

Una tercera vía intermedia entre las anteriores es la que mantiene BONET NAVARRO<sup>499</sup> quien afirma que la autonomía del juicio ulterior se basa en una visualización limitada o parcial del Proceso Monitorio y el juicio ulterior o subsiguiente a la oposición se sustancia mediante un procedimiento autónomo pero están integrados en un único proceso previsto en su conjunto para la especial tutela judicial del crédito a través de la técnica Monitoria encontrando las siguientes manifestaciones contradictorias con la autonomía del juicio declarativa tras la oposición: Atribución de competencia funcional al mismo órgano que ha conocido del requerimiento de pago y al que se ha formulado la oposición. Identidad de los objetos y sujetos que integran el monitorio y el juicio que corresponda tras la oposición al mismo.

### **5.7. Improcedencia de la tasa judicial por el ejercicio de la potestad jurisdiccional.**

La cuestión no es insignificante, y la práctica de algunos Juzgados de Primera Instancia de tramitar en pieza separada el declarativo, bien sea Juicio Verbal o Juicio Ordinario, y por tanto, independiente del Proceso Monitorio, ha dado lugar a anomalías tales como que el posterior declarativo fuera repartido y turnado a Juzgado distinto del que inició el monitorio.

Así, ORELLANA LÓPEZ<sup>500</sup> destaca la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 8, de fecha 12 de junio de 2002 por su importancia, al establecer la competencia

---

<sup>499</sup> BONET NAVARRO J., “La relativa autonomía del juicio que corresponda tras la oposición en los procedimientos monitorios “Problemas actuales del proceso iberoamericano vol. Primero, XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Málaga 2006 p 375 y p 375 -385.

<sup>500</sup> ORELLANA LOPEZ M. J., “Cuestiones candentes del Proceso Monitorio “Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana, año 2004 número 10, p 7 - 24.

funcional por conexión del juzgado que conoció el Proceso Monitorio. El citado magistrado<sup>501</sup> también destaca los inconvenientes al independizarse absolutamente uno de otro, y el empleo de piezas distintas para la prueba documental que se propone en el plenario cuando viene referida a la que se acompañaba con la petición del Proceso Monitorio y no obra en las actuaciones o sólo por fotocopia a efectos de examen, y finaliza que parece aconsejable, aunque la ley procesal no lo indique de manera expresa, que se tramite el juicio posterior en la misma pieza que se inició con el monitorio al margen de que se le dé número diferente por haberse transformado.

Personalmente opino que dicha objeción se resuelve incorporando al nuevo proceso declarativo los documentos originales o fotocopias y copia de lo actuado, lo que se deberá acordar en el auto de transforma el Proceso Monitorio, pues no olvidemos que la fotocopia tiene el mismo valor que su original salvo impugnación, y se cotejará con el que obra en autos del Proceso Monitorio.

### **5.8. Legitimación Procesal**

La legitimación es la cualidad que debe reunir una persona para actuar en un proceso concreto e implica una vinculación con el objeto de ese proceso.

La legitimación se diferencia de la capacidad procesal en que esta es la aptitud para comparecer en un proceso, mientras que la legitimación es la aptitud para comparecer en un proceso concreto, porque se tiene una vinculación con el objeto de ese proceso. En la

---

<sup>501</sup> ORELLANA LOPEZ M. J.,” Cuestiones candentes del Proceso Monitorio, op. cit.

práctica forense, a la capacidad procesal se le llama capacidad *ad causam* y a la legitimación se le llama legitimación *adprocessum*<sup>502</sup>.

La legitimación es un requisito que debe concurrir tanto en el demandante como en el demandado. Hablamos de legitimación activa, para referirnos a la aptitud del demandante para reclamar un derecho en un proceso concreto y de legitimación pasiva, que es la aptitud de una persona para ser demandada en un proceso concreto<sup>503</sup>.

La legitimación es uno de los conceptos más difusos y discutidos del Derecho procesal. Se discute si la legitimación constituye o no un presupuesto procesal: La que sostiene que la legitimación no es un presupuesto procesal, sino una cuestión de fondo, y la que sostiene que la legitimación sí es un presupuesto procesal, de modo que si esta falta, el juez no podrá dictar una sentencia procesal, lo que se llama sentencia absolutoria en la instancia, la cual no produce efectos de cosa juzgada.

Como regla general, debemos entender que la legitimación sólo puede determinarse con certeza al final del proceso, con la sentencia. La legitimación no es un presupuesto procesal sino una cuestión de fondo, por tanto, como regla general, el juez no podrá admitir una demanda por falta de legitimación, pero hay supuestos en los que la falta de legitimación es tan evidente que debe dársele el tratamiento de un presupuesto procesal: en estos casos no debería admitirse la demanda al principio del proceso. Como la legitimación no es un presupuesto procesal, como regla general tampoco es necesario acreditarla al inicio del

---

<sup>502</sup> Esta expresión aludía a los supuestos de representación legal de las personas físicas y necesarias de las personas jurídicas. En buena medida la legitimatio ad processum se basaba en una confusión al no tenerse claro quién era la verdadera parte en el proceso, el representante o el representado. La legitimatio ad causam, atendía al supuesto de que alguien se presente al juicio afirmando que el derecho reclamado proviene de la transmisión hecha a su favor en virtud de herencia o por cualquier otro título. Vid. MONTERO AROCA, J. Y otros en “El nuevo proceso civil”, Ley 1/2000, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 81.

<sup>503</sup> FAIREN GUILLEN, V., “Doctrina general del derecho procesal, hacia una teoría y ley procesal generales”, ed. Bosch, Barcelona, 1990, pp. 289-291.

proceso, pero hay algunos supuestos especiales en los que la ley exige que con la demanda, se acompañe un documento que acredite la legitimación<sup>504</sup>.

En el caso del Proceso Monitorio, es importante que aquel que pretenda de otro el pago de una obligación, deba peticionarlo ante el juez, pero que dicho reclamo se haga sobre la base de la existencia de una obligación amparada en documentación –caso del Proceso Monitorio documental- que acredite la obligación del deudor, y se deberá tomar en cuenta además el origen de la deuda, es importante destacar la titularidad, ya sea activa o pasiva de la relación crediticia<sup>505</sup>.

### **5.9. Postulación procesal**

Aunque la capacidad procesal se define como la aptitud para realizar válidamente actos procesales, los ordenamientos jurídicos no suelen permitir –salvo algunas excepciones- a las partes la realización por sí mismas de todos esos actos, sino que suelen exigir que se actúe por medio de un profesional del derecho; aparece así la postulación procesal. El legislador considera que se defienden mejor los intereses de las partes si éstas han de actuar por medio de una persona perita en derecho, la cual aparece como ente intermedio de relación entre las partes y el órgano jurisdiccional. Y lo entiende hasta el extremo de configurarla, sí, como un presupuesto procesal y por tanto de carácter obligatorio, pero también como un derecho fundamental del ciudadano.

---

<sup>504</sup> Debe expresarse el conjunto de hechos que dan nacimiento a la deuda o supuestos fácticos que dan lugar al nacimiento del crédito que se pide, lo que en algunas ocasiones puede dar lugar a problemas de elección de la causa de pedir de la acción con mayor probabilidad de obtener, previa oposición, sentencias denegatorias de la pretensión del acreedor, con fuerza de cosa juzgada (arts 818 en relación con el 218.1 ambos de la LEC). Así como también debe expresar la titularidad activa y pasiva del crédito que normalmente coincidirá con la que resulte en los documentos monitorios, salvo que se haya producido transmisión del crédito o la deuda, en cuyo caso se deberá alegar ésta.

<sup>505</sup> ESCRIBANO MORA, F. y otros, “El Proceso civil” vol. VIII, libro IV artículo 748 a disposiciones finales, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 814-815.

La capacidad de postulación no comprende, sin embargo, todos los actos procesales. Lo normal es que los actos de parte sean realizados por el procurador y/o el abogado, pero existen necesarias excepciones derivadas de la condición de personalísimos de ciertos actos, los cuales han de realizarse personalmente por la parte o han de realizarse con ella.

El art. 23.2 de la LEC española establece una serie de supuestos en los que no es necesaria la representación por procurador entre los cuales encontramos la fase inicial del Proceso Monitorio es decir en la petición inicial del Proceso Monitorio<sup>506</sup>.

En otras legislaciones, en cambio, no es admitida la postulación por parte del interesado – materialmente hablando- sino que la postulación procesal es atribuida a un abogado, y en caso de no contar con uno existe la posibilidad de ser representados por un abogado del Estado. La postulación procesal comprende así tanto la participación del interesado en forma directa<sup>507</sup>, a través de la petición inicial del Proceso Monitorio así como la representación por medio del procurador, como al abogado.

La doctrina ha puesto de manifiesto los problemas originados por la introducción de esta regla (intrusismo profesional, asistencia jurídica gratuita<sup>508</sup>, imposición de costas, etc.) aunque, no obstante, viene justificada básicamente por la recomendación de la sencillez del trámite necesario. Debe insistirse en la idea, como así lo hace el Informe del CGPJ

---

<sup>506</sup> GIMENO SENDRA, V., op. cit., p. 216.

<sup>507</sup> La dispensa de la intervención de letrado en el escrito inicial puede originar ciertamente problemas procesales y materiales a la parte, ya que el contenido de la petición inicial y la selección de documentos acompañatorios resultan de hecho más complejo que lo que puede inducirse del precepto. La despreocupación con que, sin duda, se procederá por poder promover juicios gratis o casi gratis contra el moroso, potenciada por el intrusismo que sin duda se generará, complicará, salvo que el deudor pague, la defensa del acreedor en el ejercicio de su derecho de crédito.

<sup>508</sup> Con una evidente justificación, es de la opinión LOSCERTALES FUERTES, D., de que "se pasa por alto la existencia de justicia gratuita y de un magnífico turno de oficio en los Colegios de Abogados, que permiten la defensa de los intereses de los ciudadanos con escasos medios económicos de forma gratuita, en "El juicio monitorio y el abogado", Revista Jurídica SEPIN, Propiedad Horizontal, nº 239, Septiembre 2003, p. 31 de tal forma que se garantiza siempre el asesoramiento al ciudadano".

sobre el Anteproyecto de LEC, de que es aconsejable "no descartar la posibilidad de reconducir la iniciativa de los ciudadanos en el ejercicio de concretas y específicas pretensiones a las denominadas demandas formulario"<sup>509</sup>.

No obstante, son muchas las voces que se han alzado en contra de este sistema de demandas formulario bien por su carácter "superficial" y de "insuficiente contenido", bien por el hecho de que una vez presentada la petición inicial, sin intervención de asistencia técnica, si se produce oposición, y la cuantía es superior a 900 euros, la intervención de abogado y procurador sería ya preceptiva "con el inconveniente de que dichos profesionales deban ajustarse a esa demanda inicial, como figura en los párrafos anteriores, lo que supone una limitación de actuación del abogado, en detrimento del interés de los litigantes"<sup>510</sup>. Ello puede conducir en muchas ocasiones al fracaso de la pretensión del actor "inexperto" y justifica en definitiva el hecho de que en la práctica diaria una gran cantidad de los procesos monitorios se inicien precisamente con la intervención de estos profesionales.

### **5.10. Petición inicial del Proceso Monitorio**

El procedimiento monitorio comenzará por petición<sup>511</sup> del acreedor en la que se expresarán la identidad del deudor, el domicilio o domicilios del acreedor y del deudor o el lugar en que residieran o pudieran ser hallados y el origen y cuantía de la deuda, acompañándose el

---

<sup>509</sup>PÉREZ UREÑA, A., "El Proceso Monitorio para la reclamación dineraria por las comunidades de propietarios", Aranzadi civil nº9/2002, p. 19.

<sup>510</sup> LOSCERTALES FUERTES, D., op. cit. p. 30.

<sup>511</sup> El artículo 814.1 LEC se intitula "Petición inicial del procedimiento monitorio" lo que nos pone en evidencia que no nos encontramos inicialmente ante un proceso declarativo que se abre con demanda, lo que determina sus efectos procesales. Se expresa el contenido que debe tener la petición y los documentos que hay que acompañar a la misma, a ello habrá que sumar otra serie de conceptos que habrá que conjugar específicamente en el desarrollo del procedimiento monitorio. Resulta que, si comparamos el contenido que se exige para la demanda sucinta de juicio verbal en el art. 437 LEC, con el que se establece para el del escrito inicial, nos parece más extenso para este último, ya que además de las circunstancias identificativas de los sujetos y de lo que se pida, se deberá exponer en este último el origen de la deuda.

documento o documentos a que se refiere el artículo 812. La petición podrá extenderse en impreso o formulario<sup>512</sup>.

Para la presentación de la petición inicial del procedimiento monitorio no será preciso valerse de procurador y abogado, pues queda, tal como lo dijimos anteriormente, a criterio del acreedor su utilización.

Llama poderosamente la atención en principio que no estemos ante un procedimiento oral, ello porque después de la fortísima apuesta de la LEC por el principio de oralidad, uno de sus procesos especiales estrella no tenga un ápice de ella entre sus normas. La razón es muy sencilla, y debe quedar clara desde el principio, no sea que a alguien se le ocurra desmontar el monitorio clásico por infringir el principio de oralidad: Este proceso, al menos en su primera fase, nunca puede ser oral, porque lo que caracteriza al Proceso Monitorio es la ausencia de audiencia inmediata del deudor, que queda aplazada, y es precisamente esa falta de audiencia inicial la que justifica por sí sólo que el procedimiento sea escrito.

La LEC no opta efectivamente porque el Juez dicte directamente sentencia de condena ante el impago del demandado, sino que prevé la transformación del proceso especial en ordinario si el deudor demandado se opone<sup>513</sup>, o permite entrar directamente en ejecución si no comparece. El Proceso Monitorio en sentido estricto, si triunfa, es decir, si se crea el

---

<sup>512</sup> El fundamento de este tipo de peticiones formalizadas obedece a un deseo de introducir la sencillez en el desarrollo de determinados procedimientos, que, unidos a la inexigibilidad en determinados casos de la postulación y defensa obligatorias, pretende crear unos nuevos hábitos que rompen con la vieja idea de la justicia civil formalista a la que estábamos tan acostumbrados.

<sup>513</sup> En el caso del demandado supone que se le acuerde una razonable y suficiente oportunidad de ser oído, y en su caso, de producir las pruebas que le convengan. Pero para juzgar sobre la necesidad de tal oportunidad, nadie mejor que ese propio demandado, el sabe si tiene algo que decir, si se ha de oponer o no a la pretensión de su contrario, si alegará su improcedencia, si producirá pruebas de descargo, etc., O también si el reclamo es justo y si debe satisfacerlo. Nada mejor entonces que dejarle la iniciativa del contradictorio, base fundamental del Proceso Monitorio.

título y se entra en ejecución forzosa, se habrá desarrollado sin ejercicio de su derecho a la contradicción por el deudor. Esto no significa que se suprima la contradicción en absoluto, ya que al no existir oposición real de oponerse, esta no queda vulnerada.

No es posible solicitar medidas cautelares por razones formales y de fondo. Formalmente, porque si se cumplen con los trámites previstos legalmente, el Proceso Monitorio es lo suficientemente rápido como para que el peligro por el retraso no sea presupuesto a considerar. Entre la demanda y el auto despachando ejecución debe existir menos tiempo que entre la petición de la medida y su acordamiento, sobre todo si es con audiencia del demandado. Si la práctica desvirtúa esta previsión, ello afectará también relativamente al procedimiento cautelar probablemente, pero no es razón bastante para afirmar que en estos casos sí podrá pedirse una medida cautelar concreta.

Materialmente la razón contraria tiene mucho más peso. La demanda monitoria persigue que la deuda motive un título ejecutivo, que de ser incumplido permita entrar directamente en ejecución, por tanto, en fase de embargo ejecutivo sin solución de continuidad. Pensar en una tramitación previa de ese embargo como medida cautelar haría inútil este esfuerzo ante la inevitabilidad inmediata de la ejecución.

El documento a acompañar a la demanda es el presupuesto procesal que condiciona la misma existencia del juicio monitorio. Ese documento<sup>514</sup> ha sido admitido por el legislador porque ofrece una apariencia de existencia de la relación jurídica material y de la deuda, pero desde el

---

<sup>514</sup> De conformidad a la LEC en el art. 812.1, esta documentación comprende ampliamente las diversas formas de soporte, con referencia a las tecnológicas, para reflejar la realidad de la deuda cuyo pago se reclama, con el efecto de fundamentar la petición monitoria, y toda esa documentación que compruebe la deuda, tendrá que ser objeto de valoración judicial. Vid. GIMENO SENDRA, V. Derecho Proc....” op. cit., p. 218, quien al citar a SERRA, CORREA DELCASSO, PICO Y JUNOY, refiere que la enunciación de los documentos a que hace referencia el artículo citado, no es un “número clausus”, sino “apertus”. En ese mismo sentido vid MÉNDEZ TOMAS, R. M., “El Proceso Monitorio”, en Biblioteca básica de practica procesal, ed. Bosch, Barcelona, 2006, p. 14.

punto de vista del proceso estamos ante un presupuesto del mismo. No se trata, por tanto, de discutir sobre si el documento prueba o no el derecho subjetivo material, sino sólo de controlar su regularidad formal.

En el Proceso Monitorio no existe una enumeración cerrada de los documentos<sup>515</sup> que lo permiten y por ello el art. 815.1 dice que el Juez controlará si el o los documentos constituyen «un principio de prueba del derecho del peticionario, pero ello no supone que el Juez deba examinar si del o de los documentos se desprende la prueba de la existencia de ese derecho. En el Proceso Monitorio no cabe hablar propiamente de prueba, sino de apariencia formal y por ello el documento no juega como medio de prueba sino como presupuesto procesal de admisión de la demanda.

### **5.11. Admisión de la Petición y Requerimiento de Pago**

Corresponde al Órgano jurisdiccional el control de la admisibilidad de la petición inicial del acreedor, comprobando, el cumplimiento de los presupuestos procesales –jurisdicción, competencia y capacidad del acreedor- de los requisitos de la petición y de la validez o no de la documentación presentada, si los documentos aportados con la petición constituyeren, a juicio del tribunal, un principio de prueba del derecho del peticionario, confirmado por lo que se exponga en aquélla, se requerirá mediante providencia al deudor para que, en un plazo determinado de días, pague al peticionario, acreditándolo ante el tribunal, o comparezca ante éste y alegue sucintamente, en escrito de oposición, las razones por las que, a su entender, no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada.

---

<sup>515</sup> *Ibidem*.

El requerimiento debe notificarse en la forma prevista, para así hacerlo, en la Ley, con apercibimiento de que, de no pagar ni comparecer alegando razones de la negativa al pago, se despachará ejecución contra él.

La notificación deberá efectuarse – tal como fue acotado cuando hablábamos de la competencia territorial- en el domicilio previamente designado por el deudor para las notificaciones y citaciones de toda índole relacionadas con la deuda.

La práctica ha demostrado que los problemas más trascendentes que afectan a la admisión y al requerimiento de pago son entre otros los siguientes:

Cuestiones no previstas sobre la admisión de la demanda: Una de ellas es que la LEC no contempla todos los supuestos de inadmisibilidad, la otra que en la práctica se está dictando una resolución errónea para ello. La admisión<sup>516</sup> la realiza el Juez controlando de oficio un presupuesto procesal básico, a saber, que el documento acompañado es uno de los válidos para ejercer el derecho de petición del monitorio. En la vigilancia de ese requisito entra, naturalmente, la comprobación de que la cuantía es igual o inferior a la exigida legalmente. Pero aunque la LEC no lo diga expresamente, deben existir más causas de inadmisión de la demanda monitoria, por ejemplo, desde un punto de vista formal, la falta de

---

<sup>516</sup> El examen judicial o “estrecha cognitio”, no constituye un acto jurisdiccional (de juzgar), sino una mera función no jurisdiccional que la ley atribuye al tribunal para la tutela de los derechos e intereses del acreedor, por tal razón, algunos autores como Gimeno Sendra, consideran que esta fase del procedimiento monitorio no pertenece a la potestad jurisdiccional, es decir que no es procesal sino meramente procedimental, que bien puede ser asumida por el secretario judicial, dotado de la condición de autoridad con potestad de dar fe respecto de las resoluciones y actuaciones judiciales, con lo cual se facilitaría la descarga del desbordante trabajo de los juzgados civiles. Vid. GIMENO SENDRA, V., op. cit. p.221. Cfr. ESCUDERO MORATALLA, J. F y FRIGOLA VALLINA, J., El Secretario Judicial. Concepto y complemento, en Justicia, núm. 2. 1997, p. 588; DORADO PICÓN, A., El Proceso Monitorio: el espacio judicial europeo y el Secretario Judicial, en Estudios Jurídicos. Secretarios Judiciales, III. Madrid, 2003, pp. 839 y 840; SEOANE CACHARRÓN, J., Los procesos especiales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Especial consideración del Proceso Monitorio, op. cit., pp. 169 y sigs. ALIAGA CASANOVA, A. C., El Proceso Monitorio ante las recientes e inminentes reformas legales y el desafío de los avances tecnológicos, op. cit., p. 143; En contra: cfr. BANACLOCHE PALAO, J., El libro blanco de la Justicia en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, en La Ley, T. 2, 1998, pág. 1892. Para este autor carece de justificación intentar convertir al Secretario Judicial en una especie de “Juez postizo”, llenándole de competencias que no le corresponden ni por la naturaleza de su cargo ni por la historia.

competencia territorial del Juez, un examen al que debe arribar el juez una vez que ha examinado su propia competencia o que el escrito, incluso informatizado, no sea efectivamente el que corresponde a este proceso. Por supuesto, dadas las razones aducidas anteriormente, debería rechazarse también la petición de una medida cautelar por el actor.

Por otra parte, no dice nada la LEC acerca de la resolución que deba dictarse para admitir o no a trámite la demanda monitoria y su posible impugnación. En la práctica, con base en el art. 815, se está utilizando la providencia, con un doble contenido, el previsto en ese precepto expresamente, es decir, el de requerimiento de pago, y previamente el de admitir a trámite la demanda. A nuestro juicio es una resolución equivocada, porque para admitir o inadmitir la demanda se exige la forma de auto (art. 206.2-2<sup>a</sup> LEC), y para rechazarla por falta de presupuestos procesales también de acuerdo con ese mismo precepto. Y ello repercute en la impugnación que el actor pueda hacer<sup>517</sup> (nunca el demandado, que todavía no sabe que lo es y

## **5.12. Posturas que podría asumir el requerido**

### **5.12.1. Pago**

Una vez hecho el requerimiento de pago, el deudor, podría perfectamente asumir responsablemente su obligación y consecuentemente realizar el pago<sup>518</sup>, lo que implica la satisfacción del acreedor y la consecuente carencia sobrevenida de objeto que

---

<sup>517</sup> La LEC no dice nada respecto de impugnaciones del auto que declara inadmisibile la petición monitoria, es importante destacar también que la Propuesta de Reglamento Europeo prevé, para la desestimación de la petición de un requerimiento europeo de pago, que no cabra recurso alguno (art. 5.2 del reglamento), puesto que el demandante puede incoar el proceso declarativo ordinario en relación con la misma deuda. Ni que decir si el escrito adolece de defectos subsanables, pues el tribunal debería ofrecer al acreedor la posibilidad de su subsanación antes de archivarlo.

Vid. GIMENO SENDRA, V., op. cit. p.222.

<sup>518</sup> ORTELLS RAMOS, M. Y otros, Derecho proc... op. cit. p. 973, en ese mismo sentido MONTERO AROCA, J. Y otros en El Nuevo Proc... op. cit. p.1001; ESCRIBANO MORA, F. coord. El proceso Civil Vol. VIII, Libro IV, ed. Tirant. lo Blanch, Valencia, 2001, p. 6751.

ordinariamente traería como consecuencia la terminación de las actuaciones<sup>519</sup> y el archivo de las actuaciones, para ello y de acuerdo a lo que prescribe el artículo 817 LEC, debe acreditarse el pago.

En la resolución que se manda archivar las diligencias deben insertarse en forma clara todos los elementos que permitan identificar las partes que intervinieron, elemento subjetivo; así como el origen de la deudajuntamente con los documentos que la amparan, elemento objetivo, todo esto por el efecto mismo que produce la resolución de archivo, como lo es el de la cosa juzgada, así de esa forma el deudor podrá ampararse, en un ulterior proceso, con una alegación de excepción procesal de cosa juzgada<sup>520</sup>.

Pero el referente anterior, trata del pago total, ¿qué pasaría si el pago que se realiza es parcial?, esta posibilidad es innegable, y ante ella podría caber la condicionante a una previa aceptación del acreedor, sin embargo hay que aclarar que el pago parcial no debe producir el efecto de terminación del procedimiento y conforme a solución práctica de la Audiencia Provincial de Valencia, España, debe ir seguido del escrito de oposición respecto a la pluspetición denunciada<sup>521</sup>.

### **5.12.2. Oposición: requisitos del escrito de oposición.**

La oposición del deudor está regulada en los artículos 815.1 y 818 de la LEC, de los cual podemos extraer los siguientes requisitos procesales:

---

<sup>519</sup> GIMENO SENDRA, V., Derecho Proc... II Los Procesos Especiales, op. cit. p.224.

<sup>520</sup> ORTELLS RAMOS, M. Y otros, op. cit. p. 973.

<sup>521</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 8ª del 7 de octubre de 2003 -2003/270715-. Citada por GIMENO SENDRA, V., op. cit. p. 225.

*De forma.* La forma de oposición deberá ser escrita según el artículo citado, que establece que el deudor presentará escrito de oposición dentro del plazo, y por tanto se excluyen otras formas de manifestación del deudor, como por ejemplo la comparecencia oral ante el tribunal, estableciendo la ley una desigualdad de trato entre el acreedor, que podrá presentar su reclamación mediante un formulario que estará a disposición en la sede de los juzgados, y el deudor, que deberá acudir a un profesional, toda vez que de la relación fáctica jurídica de la oposición dependerá el éxito de la misma.

*De tiempo.* La oposición, según establece el artículo 815.1 de la LEC, deberá realizarse en el plazo de veinte días desde la fecha del requerimiento de pago, a los que habrá que añadir, de conformidad con el artículo 135 de la LEC, el día hábil siguiente del vencimiento al del plazo hasta las 15 horas. De este cómputo habrá que descontar los días inhábiles, que son los domingos, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva Comunidad Autónoma o localidad, el mes de agosto (artículo 130 de la LEC) los sábados (artículo 182 de la LEC<sup>522</sup>), y los días 24 y 31 de diciembre, según establece la LOPJ.

*De Postulación.* De conformidad con las reglas generales de los artículos 23 y 32 de la LEC y la norma especial del artículo 818, el escrito deberá ir firmado por abogado y procurador cuando su intervención fuere necesaria por razón de la cuantía, es decir, cuando exceda de 900 euros. Por tanto, si son preceptivos dichos profesionales, la presentación del poder en el escrito de oposición será un requisito más. No obstante, es habitual la designación del poder mediante la forma del apud acta, planteándose si dicho otorgamiento debe ser presentado con el escrito de oposición, pues no olvidemos que el artículo 24.2 de la LEC establece que el otorgamiento apud acta deber ser efectuado al mismo tiempo de la presentación del primer escrito o en su caso, antes de la primera actuación. Dicha cuestión

---

<sup>522</sup> Artículo modificado por Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de Modificación de la Ley Orgánica 6/1 985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional<sup>523</sup> en el recurso de amparo número 4944/2003. En síntesis, los hechos fueron los siguientes: el Juzgado de Primera Instancia inadmitió el escrito de oposición por no presentar poder a favor del procurador, escrito que fue presentado el penúltimo día del plazo firmado por procurador y letrado, y en el que mediante otrosí, se solicitó expresamente que fuera citado por el juzgado del deudor para otorgar poder apud acta a favor del procurador que encabezaba el escrito, y en otrosí segundo, invocó expresamente su deseo de subsanar cualquier posible deficiencia cometida en el citado escrito y decía literalmente que *“esta representación ha intentado cumplir minuciosamente con todos los requisitos exigidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil que le son aplicables, tanto en el fondo como en la forma, lo pongo expresamente de manifiesto al Tribunal de conformidad con lo establecido en el art. 231 del citado cuerpo legal, afin de que se me conceda plazo para subsanar cualquier error en el que hubiera podido incurrir”*. El Tribunal Constitucional concede el amparo al recurrente, al entender que la actitud del Juzgado es la más restrictiva de las interpretaciones en relación al derecho a la tutela judicial efectiva, y máxime en el Proceso Monitorio por sus consecuencias jurídicas desproporcionadas en relación a la falta procesal cometida, que no es otra que la presentación del escrito de oposición firmado por letrado y procurador pero careciendo de poder de representación. El T.C. destacó que el demandado manifiesta la voluntad de cumplir con los requisitos, no de manera formal, sino real, al solicitar en el otrosí primero que se señale día para su otorgamiento y la voluntad de subsanar los posibles requisitos legales. En el mismo sentido se encuentra el Auto de la Audiencia Provincial de Lérida<sup>524</sup> el cual, reconociendo la doctrina constitucional favorable a la subsanación de defectos procesales y a evitar un excesivo formalismo que impida la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, estimó el recurso de apelación y tuvo por realizada la oposición en plazo para que continúen los autos su tramitación.

---

<sup>523</sup> Sentencia de 7 de noviembre de 2005, de la sala segunda, ponente el Magistrado Sr. D. Pascual Sala Sánchez, LA LEY JURIS 1008 1/2006.

<sup>524</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Lérida, Sección 2ª, de 16 de diciembre de 2003, ponente la Ilma. Sra Dª Ana Cristina Sainz Pereda, LA LEY JURIS: 1535511/2003.

De Contenido. En cuanto al contenido del escrito de oposición, el artículo 815.1 de la LEC, establece que debe alegar sucintamente las razones por las que a su entender, no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada. Para CORTÉS DOMÍNGUEZ<sup>525</sup>, la oposición no se puede considerar como una demanda de oposición, sino como un escrito en el que el demandado debe exponer las razones por las que según su criterio no debe la cantidad reclamada, por tanto, puede ser todo lo escueto que nos podamos imaginar. En la misma dirección CORREA DELCASSO<sup>526</sup>, para el cual al deudor le bastará con manifestar simplemente su deseo de oponerse a la pretensión del acreedor y de anunciar muy sucintamente las razones que le amparan, y el Juez deberá entonces admitir sin más dicha oposición. HERRERO DE EGAÑA Y OCTAVIO DE TOLEDO<sup>527</sup>, entiende que la literalidad del artículo 815.1 LEC excluye la necesidad de efectuar una exposición motivada y exhaustiva de los motivos de la oposición. Para HINOJOSA SEGOVIA<sup>528</sup> mantiene que en nuestro sistema jurídico, ni es suficiente la simple manifestación de oposición ni es necesario que la oposición se fundamente, lo primero, porque el artículo 815.1 de la LEC exige literalmente que el deudor alegue sucintamente las razones de su oposición y lo segundo no sólo porque se emplea el adverbio sucintamente sino porque la petición inicial tampoco contiene fundamentación alguna.

Entre la jurisprudencia que sigue dicho criterio, destaca la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza<sup>529</sup>, que revocó la resolución de primera instancia al entender que el juzgador debió dictar auto despachando ejecución, toda vez que el deudor se opuso a la petición sin expresar las razones de tal oposición, y la alegación de oposición por los

---

<sup>525</sup> CORTES DOMINGUEZ V., MORENO CATENA V., coord, GONZALEZ GRANADA P., DAMIAN MORENO J., VILLAGOMEZ CEBRIAN M., La Nueva ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo V, p 55, editorial Tecnos Madrid 2000

<sup>526</sup> ALONSO CUEVILLAS S. J., coord CORREA DEL CASSO J. P., “ El Proceso Monitorio, capitulo V volumen IV p 223 editorial Economis & Jurist Barcelona 2000 Instituciones del Nuevo Proceso Civil, comentarios sistemáticos a la ley 1/2000,.

<sup>527</sup> HERRERO DE EGAÑA Y OCTAVIO DE TOLEDO F., El Proceso Monitorio Los procesos especiales Estudios de Derecho Judicial cit p 149.

<sup>528</sup> HINOJOSA SEGOVIA R.,” Algunas cuestiones polémicas en la aplicación de los procesos monitorio y cambiario “Revista de Derecho Procesal n º 1- 3 año 2002,p 309

<sup>529</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4ª, de 13 de Junio de 2003. Ponente el Ilmo. Sr. D.Javier Seoane Prado, LA LEY JURIS: 1448957/2003

motivos que en su día se expondrán, no cumple con los requisitos que establece la ley para admitir a trámite el escrito de oposición. La casi totalidad de la jurisprudencia menor entiende que el contenido mínimo para la admisión del escrito de oposición es una motivación, aunque sea sucinta, del escrito de oposición. La sección primera de la Audiencia Provincial de Valladolid<sup>530</sup> entiende que el escrito de oposición exige su fundamentación, aunque sea mínima.

Asimismo, otras resoluciones<sup>531</sup> entienden que la mera alegación de que el demandado *'no debe la cantidad reclamada a la parte actora'*, no puede suponer que se tenga por formulada en tiempo y forma la oposición, toda vez que el requisito de contenido debe estar sucintamente fundado, esto es, debe contener las razones por las que el requerido no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada, según exige el art. 815.1 LEC. Ello no supone la mera mención de que la cantidad reclamada no se debe, sino que será necesario indicar, aunque sea muy someramente, por qué no se debe, por pago, por compensación, por incumplimiento de la parte contraria, o simplemente porque, sin entrar en el fondo del asunto, no concurren los debidos presupuestos procesales.

*Los motivos.* Los motivos no están tasados en la LEC. Así, para MAGRO SERVET<sup>532</sup>, dichos motivos son abiertos y cabe cualquiera que jurídicamente sea susceptible de apartar del deber de pago entre ese acreedor y deudor concretos. Para CARRANZA

---

<sup>530</sup> Auto de la A P. de Valladolid, Sección 1<sup>a</sup>, de 18 de mayo de 2006, ponente el Ilmo. Sr. D, José Antonio San Millán Martín, LA LEY JURIS: 2314791/2006, que esencialmente dice: “conforme a lo prevenido en el artículo 815 de la NLEC, e incluso el artículo 818, toda vez que esta exigencia es de directa e ineludible aplicación, siendo preciso que la referida oposición contenga las alegaciones, aún sucintas, por las que, a su entender, no debe la cantidad objeto de reclamación y la consecuencia de su falta de cumplimiento, en una prevención legal de carácter imperativo, como se deduce del propio tenor literal del precepto, no puede ser otra que la inadmisión de la oposición sólo formalmente presentada en elusión de los fundamentos, de necesaria expresión, por los que el demandado articulará su oposición y que devienen de necesario conocimiento a la parte promotora del juicio monitorio en evitación de toda indefensión, por cuanto que permanecerá “ausente” de conocimiento sobre esas causas de oposición sobre las que deba dar puntuales explicaciones”.

<sup>531</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca de 23 de septiembre de 2005, ponente el Ilmo. Sr. D. Longinos Gómez Herrero. LA LEY JURIS: 2133675/2005.

<sup>532</sup> MAGRO SERVET, V. El Proceso Monitorio, editorial SEPIN, Madrid 2006 p 145.

CANTERA<sup>533</sup>, el deudor puede alegar como causas de oposición tanto las de fondo como las puramente formales o procesales, como por ejemplo la compensación de deudas o la inadecuación de procedimiento.

### 5.12.3. Incomparecencia del deudor y despacho de la ejecución.

Tal como lo apunte antes, el deudor puede asumir como posición inicial el pago de la deuda, sobre la que se estableció puede ser total o parcial, sin embargo el trámite exige una respuesta a la petición planteada, en caso de incomparecencia del deudor a justificar el reclamo o para ejercer oposición, el trámite indica que debe procederse a dictar auto en el que debe despacharse la ejecución por la cantidad adeudada, y dicha resolución debe constar que el plazo legal ha concluido, haciendo constar la incomparecencia del requerido, con ello se abrirá entonces el proceso de ejecución, con lo cual se estaría cumpliendo la finalidad intimatoria del Proceso Monitorio<sup>534</sup>.

Dicho en otra forma si no comparece y no alega las razones de su voluntad de no pagar, el tribunal dicta un auto «despachando ejecución» por la cantidad adeudada, y cabe la posibilidad de incluir siempre los intereses legales<sup>535</sup>. Aunque no se diga expresamente por la LEC, no comparecer debe ser equivalente a comparecer y no oponerse. En ambos casos el proceso civil especial se transforma en ejecutivo.

---

<sup>533</sup> CARRANZA CANTERA F. J., CARRERA MARAÑA J. M., DIAZ MENDEZ N., PARDO MUÑOZ F. J., PUENTE DE PINEDO L., RODRIGUEZ ACHUSTEGUI E., SANZ MORAN A., SUAREZ-QUIÑONES FERNANDEZ J. C., .Criterios judiciales de aplicación de la nueva ley de Enjuiciamiento civil. La ley Madrid 2003 citp 462.

<sup>534</sup> Auto de Audiencia provincial de Cádiz secc. 8ª de 2004 (2004/754) citada por GIMENO SENDRA, V. op. cit. Pp.226, en ella se indica que en la misma resolución que se decreta el archivo, debe acordarse también la incoación, con testimonio del auto despachando ejecución, del correspondiente proceso de ejecución forzosa, debiendo operar todo ello de oficio por el órgano jurisdiccional, sin necesidad de petición de parte.

<sup>535</sup> El art. 816 LEC señala en forma clara que una vez se dicte el auto despachando ejecución, la deuda devengará el interés legal incrementado en un 2% (art. 576 LEC), vid. ARMENTA DEU, T., Lecciones de Derecho Procesal civil, op. cit. p. 582.

Dicha resolución es el título ejecutivo realmente en este caso, pues equivale a una resolución judicial, concretamente a una sentencia, y debe ser ejecutada como tal. Por tanto, se crea con ella el título ejecutivo, que es el fin pretendido por el Proceso Monitorio, como ya se dijo. De la LEC puede deducirse, al omitir cualquier referencia al tema, sin duda alguna porque se prevé un trámite específico de oposición del deudor, que esta resolución no es susceptible de recurso alguno<sup>536</sup>.

Se inicia, en consecuencia, el proceso de ejecución forzosa correspondiente. El deudor no pierde las oportunidades de oposición, aunque no puede conseguir ya transformar el procedimiento pues no ha comparecido en forma inmediata, pero puede formular oposición a la ejecución, de acuerdo con las normas generales<sup>537</sup>.

### **5.13. Problemas del juicio verbal que deriva de un Proceso Monitorio.**

Como bien decíamos anteriormente, el interpretar al proceso declarativo que deriva del Proceso Monitorio como un proceso que se ha transformado o como un nuevo proceso, ha ocasionado ciertos problemas de interpretación respecto de los que la jurisprudencia menor se ha pronunciado de manera desigual.

El primero, es si el escrito de oposición vincula su contenido en el acto de la vista. Para la Audiencia provincial de Valencia, sección séptima<sup>538</sup>, la continuación del proceso con arreglo a las normas del juicio verbal (art 818.1), no puede impedir a la defensa del demandado alegar los motivos que estimase convenientes para oponerse, porque es

---

<sup>536</sup> *Ibidem* pp. 582-583

<sup>537</sup> *Ibidem*

<sup>538</sup> Sentencia de 16 de noviembre de 2005, ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> María Filomena Ibáñez Solaz, LA LEY JURIS: 2241623/2005.

precisamente en la vista del juicio verbal y no antes donde la demandada formula los motivos de oposición al tenor del artículo 443 de la LEC y de conformidad con el derecho básico a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española. En la misma dirección se encuentra la sentencia de la sección primera de la Audiencia Provincial de Jaén<sup>539</sup>, que estimó el recurso de apelación interpuesto y estableció que en el juicio verbal u ordinario posterior al monitorio, el demandado puede plantear lo que su derecho convenga de conformidad con lo dispuesto en el artículo 216 de la LEC, de modo que la sentencia deberá resolver sobre lo alegado por las partes según dispone el artículo 218 del mismo texto legal, pues lo contrario supondría una vulneración del derecho de defensa del demandado.

ALIAGA CASANOVA<sup>540</sup> al hablar de los motivos de oposición, mantiene la postura de que no puede quedar vinculado, pues no se puede confundir el escrito de oposición con el de contestación a la demanda, en base al respeto en el procedimiento contradictorio originado del principio de igualdad de armas procesales. El acreedor no está vinculado al escrito inicial del Proceso Monitorio en esta fase que por ser declarativa está sujeta a las normas de estos juicios, es decir presentación de una demanda escrita en el ordinario, o conceder la palabra al inicio del juicio al actor en proceso verbal. Del mismo modo tampoco debe el deudor al contestar a la demanda quedar vinculado a lo esgrimido en el escrito de oposición del monitorio.

En sentido contrario se encuentra la Audiencia Provincial de Pontevedra<sup>541</sup>, que siguiendo el acuerdo de la Sala General de Magistrados de secciones de orden civil de la referida Audiencia de 12 de diciembre de 2005, acordó en materia de procedimiento monitorio que

---

<sup>539</sup> La sentencia de 27 de abril de 2004, ponente el Ilmo. Sr. D Pío José Aguirre Zamorano, LA LEY JURIS: 1683228/2004.

<sup>540</sup> ALIAGA CASANOVA A. C., " Desarrollo procedimental del Proceso Monitorio, especial referencia al mandato de pago y a las posibles conductas del deudor," Estudios Jurídicos del Cuerpo de Secretarios Judiciales VII-2001, CEJAJp 741.

<sup>541</sup> Sentencia de la sección sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de fecha 29 de noviembre de 2006, ponente el Ilmo. Sr. D. Jaime Carrera Ibarzabal. Id. Cendoj: 36057370062006100499.

cuando la cuantía no exceda de la señalada para el juicio verbal, las alegaciones que el deudor exprese en el escrito de oposición como razones por las que a su entender, no debe en todo o en parte la cantidad reclamada, tienen efecto preclusivo, de manera que no se admitirán en el posterior juicio declarativo otras excepciones o motivos de oposición distintos de los que hubiere esgrimido o podido esgrimir en aquel escrito de oposición, todo ello en base a un interpretación literal y estricta del artículo 815.1.

Aportación de nueva prueba documental por parte del actor, en el acto de la vista. Para REGADERA SÁENZ<sup>542</sup>, en el supuesto en que el juicio verbal derive de la oposición del demandado a una reclamación de cantidad por Proceso Monitorio, debe admitirse al actor durante el acto del juicio verbal completar la prueba documental acreditativa de su pretensión. Del mismo criterio es la Audiencia Provincial de Valencia<sup>543</sup>, que admitiendo que en el ámbito de los juicios declarativos los arts. 264 y 265 de la Ley rituaría imponen la presentación de toda la documentación con la demanda y la contestación salvo casos excepcionales previstos expresamente en la Ley, ello no es predicable en un juicio especial como el monitorio. En primer lugar, porque en este procedimiento especial no hay demanda propiamente dicha a la que necesariamente haya de acompañarse toda la documentación de que se disponga, sino una petición inicial en los términos del art. 814 de la L.E.C., bien distintos de los de aquélla.

En segundo lugar, porque para la iniciación del juicio monitorio sólo se exige la presentación de cualquiera de los documentos que menciona el art. 812 de la LEC. Que reflejen la existencia de la deuda que se reclama. Ello conlleva que el demandante deberá presentar la documental en el momento de presentarse la demanda de juicio ordinario o al

---

<sup>542</sup> REGADERA SAENZ J. M., "Aportación De documentos en el Juicio Verbal derivado de la oposición en un Proceso Monitorio" Una interpretación Judicial de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Seminario de Jueces y Secretarios Judiciales de Primera Instancia de Barcelona, p 194 Editorial Aranzadi. Navarra 2002.

<sup>543</sup> Sección 11, en sentencia de fecha 4 de abril de 2003, ponente el Ilmo. Sr. D. José Alfonso Arolas Romero, Id. Cendoj: 46250370112003100250.

instante de la celebración de la vista de juicio verbal. En la misma dirección, la sentencia de la sección tercera de la Audiencia Provincial de Valladolid<sup>544</sup>, que entiende que el juicio verbal por transformación de un Proceso Monitorio no es un juicio verbal directamente planteado y por tanto, es innegable que sólo en dicho acto de la vista y no antes, es cuando el demandante, conocidos los argumentos de oposición aducidos por el demandado, puede y debe proponer y presentar el resto de prueba que considere necesaria en apoyo de su pretensión inicial, sin que por tanto pueda ser motivo de indefensión cuando presenta en base a su pretensiones más documental.

En sentido contrario se pronuncia la sentencia de la sección primera de la Audiencia Provincial de Orense<sup>545</sup>, toda vez que la oposición al monitorio da lugar a una vista que partirá documentalmente del documento acompañado con la solicitud del Proceso Monitorio exclusivamente, al no existir otro momento procesal. En cambio, como es lógico, al establecer el artículo 818 que el tribunal procederá inmediatamente a convocar a la vista, no previene trámite alguno para la aportación de los documentos esenciales, y como la regulación de la oposición cuando no excede el Proceso Monitorio de 3000 euros se regula por los artículos 437 y siguientes, el demandado los aportará en el acto de la vista de conformidad con los artículos 265 y 443 de la LEC.

La alteración de la posición procesal de las partes, como consecuencia de la oposición del deudor. La sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca<sup>546</sup> determina que la

---

<sup>544</sup> Sentencia de 5 de noviembre de 2002, ponente el Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Sendino Arenas, LA LEY JURIS: 1313839/2002

<sup>545</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense, Sección 1ª, de 26 de septiembre de 2005 ponente: el Ilmo. Sr. D Fernando Alañón Olmedo, LA LEY JURIS: 2132385/2005

<sup>546</sup> Sentencia de la A. P. de Salamanca, de 5 de marzo de. 2002, ponente el Ilmo. Sr..D. José Ramón González Clavijo, LA LEY JURIS: 1113024/2002, estableció que: *“pero en cualquier caso y con independencia del error de tramitación al incoar eljuicio verbal civil en vez de continuar con las sesiones deljuicio verbal dentro del monitorio, la infracción procesal cometida no ha ocasionado indefensión a la recurrente, ya que ha tenido ocasión de formular alegaciones y proponer y practi car prueba, sin que la alteración del orden de intervención en este supuesto concreto sea suficiente como para considerar alterados los principios y derechos de audiencia, defensa y contradicción: LA LEY JURIS: 1113024/2002.*

oposición del demandado en el juicio monitorio determina la continuación del mismo por los trámites del juicio verbal, sin que deba incoarse el mismo ni se alteren las posiciones procesales de las partes. En sentido opuesto se encuentra la Audiencia Provincial de Tarragona<sup>547</sup>, según la cual la conversión de un monitorio en un procedimiento verbal por oposición del deudor genera serias dudas respecto a la posición procesal de las partes, dudas que encuentran su justificación en la falta de coherencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la hora de regular la oposición en el procedimiento monitorio, pues mientras si la oposición transforma el procedimiento en juicio verbal el opositor pasa a la situación de demandante, si la transformación es en ordinario, el opositor ha de ser demandado presentando el acreedor la correspondiente demanda en el plazo de un mes, destacando que las peculiaridades del monitorio y su cierta incoherencia han de interpretarse a la luz de las peculiaridades del proceso verbal y de las limitaciones derivadas del Proceso Monitorio, en el que la oposición se convierte en demanda.

Se plantea si es un juicio verbal, si puede la actora completar y matizar la fundamentación que ejercitó en el Proceso Monitorio. La respuesta según la sentencia de la sección tercera de la Audiencia Provincial de Valladolid<sup>548</sup> es afirmativa, toda vez que la pretensión inicial se mantiene inalterable, y ello porque el juicio verbal abierto tras la comparecencia y oposición de los demandados no es una mera continuación del juicio monitorio aunque traiga causa del mismo, sino que constituye un nuevo procedimiento de carácter declarativo que goza de sustantividad propia, de manera que resulta perfectamente admisible que la pretensión objeto de la petición monitoria inicial pueda ser, si no alterada en su causa de pedir, sí completada y matizada en su fundamentación aprovechando precisamente la posibilidad que al comienzo del acto de la vista brinda el artículo 443.1 LEC. De la misma

---

<sup>547</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1ª, de 28 de Octubre de 2004, ponente la Ilma. Sra. Dª Sara Uceda Sales, Sara.LA LEY JURIS: 187558 1/2004

<sup>548</sup> Sentencia de 28 de Junio de 2005, ponente el Ilmo. Sr D,Miguel Ángel Sendino Arenas LA LEY JURIS: 2073448/2005

opinión es la Audiencia Provincial de Baleares, sección tercera, en resoluciones de fecha 23 de mayo<sup>549</sup> y 9 de septiembre de 2005<sup>550</sup>.

¿Cabe la reconvencción al oponerse a la solicitud del Proceso Monitorio? La respuesta es afirmativa para MAGRO SERVET<sup>551</sup>, que no encuentra ningún motivo para no admisión, al ser la normativa aplicable la del juicio verbal, y por tanto, el artículo 438, 1, párrafo 2 LEC. Del mismo criterio es la sección segunda de la Audiencia Provincial de León<sup>552</sup>, que resolvió estimando el recurso toda vez que *la independencia del nuevo proceso contradictorio que se abre con la oposición del deudor nos debe llevar a la admisión de la posibilidad de reconvencción, dado que así está previsto expresamente para el juicio verbal (art. 438), independientemente de que provenga o no de un Proceso Monitorio*. De la misma opinión es la mayoría de los magistrados<sup>553</sup>. La reconvencción no es admitida por los tribunales cuando el demandado en la oposición anuncia una reconvencción de cuantía superior a la del juicio verbal que corresponda por la cantidad reclamada. La Audiencia Provincial de Tarragona<sup>554</sup> entendió que la cuantía de la pretensión formulada es la de la petición inicial, y sólo a esta cuantía puede atenderse, sin perjuicio que en su momento procesal se plantee la reconvencción que se regula en el artículo 438 de la LEC. Por ello estimó el recurso y decretó la nulidad del auto en el cual se archivaba el Proceso Monitorio y se daba traslado de la demanda de juicio verbal y ordenaba citar a las

---

<sup>549</sup> Ponente la Ilma. Sra. D. Catalina María Moragues, publicado en LEC número 64 de junio de 2006, página 96 editorial Sepin.

<sup>550</sup> Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Catalina María Moregues Vidal, referencia Sepin SP/SENT/75956.

<sup>551</sup> MAGRO SEVET, VICENTE, El Proceso Monitorio, editorial SEPIN, Madrid 2006 op.cit p 150

<sup>552</sup> Sentencia de fecha 22 de junio de 2004, ponente la Ilma. Sra. Olga María Cabeza Sánchez en publicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de Sepin, mes de junio de 2006, página 110.

<sup>553</sup> En el año 2003, la revista La ley de Enjuiciamiento Civil, número 32 de la editorial Sepin, Pág. 35, realizó una encuesta jurídica sobre la posibilidad de formular reconvencción en el juicio ordinario o verbal una vez transformado el Proceso Monitorio. A favor de la postura de su admisión se decantaron los siguientes magistrados: el Ilmo. Sr. D. Javier Arroyo Fiestas, el Ilmo. Sr. D José Arsuaga Cortázar, el Ilmo. Sr. D Eduardo Baeba Ruiz, el Ilmo. Sr. D Juan Miguel Carreras Maraña, el Ilmo. Sr. D Joan Cremades Morant, el Ilmo. Sr. D Antonio Ferrer Gutiérrez, el Ilmo. Sr. D Ángel Vicente Illescas Rus, el Ilmo. Sr. D Vicente Magro Server, la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Catalina Moraguez Vidal, el Ilmo. Sr. D Pablo Moscoso Torres, el Ilmo. Sr. D Guillermo Sacristán Represa, el Ilmo. Sr. D Javier Seoane Prado, el Ilmo. Sr. D José Luis Seoane Spiegelberg, y el Secretario judicial, el Ilmo. Sr. D. Antonio Hernández Vergara, poniendo reserva en la reconvencción el Ilmo. Sr. Edmundo Rodríguez Achústegui respecto del Proceso Monitorio de propiedad Horizontal.

<sup>554</sup> El auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1<sup>a</sup>, de 14 de Octubre de 2004, ponente el Ilmo. Sr. D. Antonio Carril Pan, LA LEY JURIS: 1855004/2004.

partes para vista, y será en dicho trámite cuando el demandado deudor deberá plantear la reconvencción. De la misma opinión es la sección segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla<sup>555</sup>.

Consideramos que esta última es la postura correcta, pues de la interpretación de los artículos 406.2 y 438.1 y 2 de la LEC se desprende que en los ordinarios se admiten reconvencciones que por cuantía deban corresponder al juicio verbal, es decir, que no excedan de 3.000 euros, pero no a la inversa. La postura que no admite la reconvencción, es cuando se dirige frente a un tercero distinto del acreedor, como así lo acordó la Junta de Jueces de Extremadura<sup>556</sup>.

#### **5.14. Presentación de la demanda cuando excede del límite del juicio verbal.**

El artículo 818. 2, establece que cuando la cuantía de la reclamación exceda de la cuantía del Juicio Verbal, y el peticionario no interpusiera la demanda correspondiente dentro del plazo de un mes desde el traslado del escrito de oposición, se sobreseerán las actuaciones y se condenará en costas, pero si la presenta, se dará traslado de ella al demandado conforme a lo previsto en los artículos 404 y siguientes de la LEC. La redacción del citado artículo ha provocado ciertas cuestiones candentes en la práctica judicial, siendo las más importantes las siguientes:

*Cómputo del plazo para presentar la demanda.* El cómputo del plazo establecido es de un mes (artículo 818.2), plazo procesal y no civil. Por consiguiente, según el artículo 133 de la

---

<sup>555</sup> En resolución de 22 de septiembre de 2003, ponente el Ilmo. Sr. D. Manuel Damián Álvarez García, publicación la LEC número 64 de la editorial Sepin, mes de junio de 2006, página 111.

<sup>556</sup> PICO I JUNOY JOAN “La interpretación judicial de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil “, diario la Ley n° 5568,p 10.

LEC, conforme el cual los plazos señalados por meses o por años se computarán de fecha a fecha, han surgido dos cuestiones de interpretación, la primera de ellas es desde cuando comienza el plazo, si desde el momento del traslado del escrito de oposición o el de la providencia acordando el traslado de éste con emplazamiento para la presentación de la demanda. La segunda cuestión es si el plazo debe computarse de fecha a fecha, sin exclusión de días inhábiles.

*Comienzo del cómputo.* En lo referente a la primera cuestión, es decir, si se debe aplicar de forma automática en el cómputo del plazo el artículo 278 LEC, es decir, empezar a computarse aquél desde el traslado del escrito de oposición por la demandada en la forma establecida en el artículo 276.1 y 2 LEC. Sin intervención judicial alguna, o por el contrario, es necesaria la intervención judicial acordando la admisión del escrito de oposición y el traslado una vez notificada dicha providencia para comenzar el cómputo.

La jurisprudencia menor se agrupa en dos posturas antagónicas. La primera de ellas minoritaria, sostiene que el plazo debe computarse desde el traslado del escrito de oposición.

Así, la sección tercera de la Audiencia Provincial de Murcia<sup>557</sup> fundamenta dicho criterio interpretativo en los siguientes razonamientos: En la conceptualización literal del artículo 818.2, que establece que la demanda deberá cumplir los requisitos de forma del artículo 399 de la LEC y deberá presentarse en el plazo de un mes computado desde el traslado del escrito de oposición.

---

<sup>557</sup> Auto de 24 de marzo de 2006, ponente el Ilmo Sr. D. Juan Martínez Pérez, LA LEY JURIS: 2280350/2006.

En el artículo 278 de la LEC, que establece que cuando el acto del que se haya dado traslado en la forma establecida en el artículo 276, se produce la apertura de un plazo para llevar a cabo una actuación procesal, el cual comenzará su curso sin intervención del tribunal y deberá computarse desde el día siguiente al de la fecha que se ha hecho constar en las copias entregadas. En la misma dirección se encuentra la sección tercera de la Audiencia Provincial de Burgos<sup>558</sup>.

El segundo criterio interpretativo tiene su apoyo legal en la doctrina del Tribunal Supremo sobre el cómputo de los plazos para interponer el recurso de casación<sup>559</sup>, que establece, tras analizar la exigencia del cumplimiento de la carga procesal del artículo 276 y el sistema ideado por el legislador en base a la eliminación de tiempos muertos para el cómputo de plazos y la descarga de los tribunales, que el rigor de la observancia de tal carga procesal debe atemperarse cuando es el propio órgano jurisdiccional quien induce, propicia, motiva o coadyuva a la omisión de su cumplimiento, normalmente por haber admitido las copias del escrito o documento para su traslado a través del mismo, pues lo contrario supondría colocar al recurrente en una posición ya no sólo ajena a los deberes y cargas que le incumben dentro del proceso, mucho más allá, incluso, de los inherentes al genérico deber de colaboración con la Administración de justicia.

En la dirección de esta doctrina se encuentra el Auto de la sección tercera de la Audiencia Provincial de Baleares<sup>560</sup> que estimó el recurso de apelación interpuesto al entender que *la dicción literal del artículo 278 de la vigente Ley de Enjuiciamiento permitiría, en principio, afirmar que los plazos comenzaran a partir del traslado en la forma establecida en el artículo 276, sin que tal interpretación pueda extenderse a aquellos*

---

<sup>558</sup> Auto de 24 de Febrero de 2006, rec. 55/2006, ponente el Ilmo. Sr.D. Ildefonso Jerónimo Barcala Fernández de Palencia, LA LEY JURIS: 2235915/2006.

<sup>559</sup> Auto de fecha 25 de enero de 2005, ponente el Excmo. Sr. D Clemente Auger Liñan. Id. Cendoj: 280791100 12005200225. Ver otras resoluciones que se citan en el auto citado.

<sup>560</sup> Auto de 9 de octubre de 2002, ponente la Ilma. Sra. D María Rosa Rigo Rosselló, LA LEY JURIS: 1323813/2002.

*supuestos en los que se precisa una actuación del Tribunal, ya sea en sentido positivo, ya en negativo, y ello por cuanto no sólo así se dice en la Ley (por ejemplo en los artículos 453 y 461 en los supuestos de interposición de recursos de reposición y apelación), sino también porque en caso contrario se estaría permitiendo y alimentando toda una serie de actuaciones de las partes que resultarían inútiles o superfluas con sus consecuencias de dilatar indebidamente el procedimiento y produciendo gastos y costas que no podrían ser reclamadas a la parte condenada a su pago, precisamente por ser inútiles o superfluas. Es evidente que el escrito de oposición por parte del deudor implica un necesario control judicial previo a su admisibilidad, y que de seguirse la tesis que preconiza el auto objeto de impugnación, obligaría a la parte acreedora a formular una demanda, aún sin saber si el escrito de oposición sería admitido a trámite o no lo sería por adolecer de algún defecto insubsanable o que, siendo subsanable, no lo hubiera sido. En la misma dirección, la sección primera de la Audiencia Provincial de Cáceres<sup>561</sup>.*

Otro ejemplo clarificador es el mantenido por la sección Tercera de la Audiencia Provincial de Tarragona<sup>562</sup>, que sostiene la no aplicación del artículo 276.1 y 2, toda vez que el plazo no puede computarse sin intervención judicial alguna en el supuesto de demanda o de cualquier otro escrito que pueda originar la primera comparecencia en juicio de acuerdo con el propio artículo en su apartado 3, y por tanto no serán de aplicación los apartados anteriores (traslado de copias), porque en tales supuestos el procurador habrá de acompañar copias de dichos escritos y de los documentos, y el tribunal efectuará el traslado conforme a lo dispuesto en los arts. 273 y 274 de esta ley. Por tanto queda excluida la aplicación del artículo 276 de la NLEC, y según el artículo 278 del citado texto legal, dicho traslado se efectúa, una vez admitido el escrito de oposición, por el Juzgado, con el

---

<sup>561</sup> Auto de 22 de diciembre de 2004, ponente el Ilmo. Sr. D Salvador Castañeda Bocanegra, LA LEY JURIS: 1896939/2004.

<sup>562</sup> Auto de 6 de marzo de 2005, ponente el Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. María Ángeles García Medina, LA LEY JURIS: 275/2004.

correspondiente traslado de la copia, y si se ha efectuado al presentar el escrito conforme al art. 276 LEC, ello no implica que en el cómputo del plazo deba aplicarse el artículo 278.

Inclusión o exclusión de días inhábiles, en el cómputo de los plazos. En el cómputo del plazo, la cuestión problemática se refiere al supuesto de que si la fecha de notificación para presentar el juicio declarativo finaliza en el mes de agosto, cuando comienza éste finaliza el plazo para presentar la demanda. No olvidemos que según el artículo 133 de la LEC, el cómputo de los plazos se efectúa distinguiendo dos supuestos. El primero de ellos es cuando el plazo está señalado por días, en cuyo cómputo se excluirán los inhábiles conforme al número 2 del precepto. El segundo es cuando el plazo está señalado por meses o por años. La jurisprudencia menor ha mantenido que en este supuesto se computarán de fecha a fecha según el número 3 del mismo artículo<sup>563</sup>, sin exclusión de días inhábiles, como se infiere tanto del hecho de que el artículo 133.3 de la LEC no haga referencia en el cómputo de plazos por meses o años a mes inhábil alguno, como a la concordancia de ese precepto con lo establecido en el artículo 5 del Código Civil<sup>564</sup>; asimismo, si el último día concluye en domingo u otro día inhábil, se entiende prorrogado hasta el siguiente hábil (art. 133. 4.)<sup>565</sup>. La Audiencia Provincial de Valencia<sup>566</sup> resolvió en el supuesto de autos, en el cual el plazo finalizaba en el mes de agosto, con esta argumentación: *el criterio mantenido con regularidad por la jurisprudencia, cuando viene a afirmar que el plazo establecido por meses para el ejercicio de una acción, sea cual sea, es de caducidad civil, y se contabiliza por eso desde la fecha sin exclusión de los días inhábiles, como así se desprende de las sentencias de Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1989 y de 3 de octubre de 1990, y ello independientemente de que el plazo recogido en el art.*

---

<sup>563</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 3ª, de 25 de noviembre de 2003, ponente el Ilmo. Sr. D. Juan Carlos Artero Mora. LA LEY JURIS: 1535658/2003.

<sup>564</sup> La Audiencia Provincial de Ceuta, sección sexta, Auto de fecha 12 de junio de 2006, ponente la Ilma. Sra. Dª Silvia Baz Vázquez, Id. Cendoj: 51001370062002200039.

<sup>565</sup> La Audiencia Provincial de Barcelona sección catorce, en Auto de 17 de junio de 2002, ponente la Ilma. Sra. Dª Rosa María Agullo Berenguer, Id. Cendoj 08019370142002200074.

<sup>566</sup> Sección 1ª, de 28 de febrero de 2006, ponente el Ilmo. Sr. D. Alejandro Francisco Jiménez Murria. LA LEY JURIS: 2339641/2006.

*818.2 de la L.E.C. sea de reconversión de un procedimiento en otro, pues no por ello adquiere talplazo el carácter de procesal.*

Cuando se estimara que tal plazo tiene naturaleza ritual por ser de transformación de un juicio especial en otro ordinario, tampoco habrían de excluirse de su cómputo los días del mes de agosto, porque en cualquier otro caso del mismo modo tendrían que excluirse como inhábiles los demás que como tales contempla el art. 130.2 de la L.E.C. y, en definitiva, el plazo ya no se podría contar de fecha a fecha, con lo que se desnaturalizaría lo dispuesto en el art. 133.3. De la L.E. C.... ".

#### **5.15. Auto de sobreseimiento.**

El artículo 818 de la LEC establece que si no se presenta la demanda declarativa ordinaria en el plazo de un mes, se sobreseerán las actuaciones con condena en costas, y por consiguiente, en la práctica forense se ha generalizado el hábito de dictar un auto poniendo fin al Proceso Monitorio cuando se presenta la demanda ordinaria, a los efectos de facilitar la confección de la estadística judicial en la dirección marcada por el CGPJ en la instrucción 3/2001 sobre la anotación de los procesos civiles de ejecución en los libros de los Juzgados y Tribunales<sup>567</sup>.

La jurisprudencia no ha sido unánime con esta práctica judicial. Así, el Auto de la sección séptima de la Audiencia Provincial de Asturias<sup>568</sup>, en un supuesto de apelación contra el auto del juzgado de primera instancia que acordó el sobreseimiento del Proceso Monitorio y dar a la demanda presentada el trámite del juicio ordinario, dicha sección no admitió el recurso

---

<sup>567</sup> Ver instrucción en el Boletín oficial del Estado de 29 de junio de 2001.

<sup>568</sup> Auto de 28 de marzo de 2006, ponente Ilmo. Sr. D. Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorente LA LEY JURIS: 2297981/2006.

de apelación contra el auto al no considerarlo definitivo a los efectos previstos en el artículo 207- 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que no pone fin al procedimiento y por tanto, no cabe recurso contra él, al no establecer el artículo 812 de la LEC la obligación de dictar auto de sobreseimiento cuando el acreedor presenta la demanda de juicio ordinario, porque el procedimiento no termina sino que se transforma y por ello, el auténtico auto de sobreseimiento sólo ha de dictarse cuando no se presenta la demanda declarativa ordinaria dentro de plazo.

En cambio, la Audiencia Provincial de Salamanca<sup>569</sup>, entiende que con la redacción dada al artículo 818 en relación con el artículo 404 de la LEC, lo que se pretende es que se tramite un proceso ordinario totalmente independiente del Proceso Monitorio, quedando este sobreseído. La no presentación de la demanda de Juicio Ordinario en el plazo legal de un mes desde la notificación de la oposición al monitorio, tiene como consecuencia el efecto del sobreseimiento del Proceso Monitorio con la imposición de costas, sin perjuicio de la viabilidad de la demanda de juicio ordinario presentada fuera de plazo, que en cualquier caso debe seguir su normal curso<sup>570</sup>.

#### **5.16. Cuestiones planteadas en relación al Juicio Ordinario que deriva de la oposición al Proceso Monitorio.**

Las principales dudas planteadas en los Tribunales son dos: Cual sea el tribunal competente para conocer del Juicio Ordinario que deriva de la oposición al Proceso Monitorio. En la oposición al Proceso Monitorio, cuando exceda de la cuantía de 3000 euros, el tribunal emplaza a la parte solicitante para que en el plazo de un mes presente la oportuna demanda de Juicio Ordinario. El ulterior proceso ordinario debe ser presentado

---

<sup>569</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 29 de Abril de. 2002, ponente el Ilmo. Sr. D José Ramón González Clavijo, LA LEY JURIS: 1162311/2002

<sup>570</sup> La sección catorce de la Audiencia Provincial de Barcelona, auto citado de fecha 17 de junio de 2002.

ante el mismo órgano judicial que tramitó el Proceso Monitorio, por tanto estamos ante una competencia funcional, pero en algunas ocasiones no ha ocurrido así, y al presentar en el decanato el juicio ordinario, se procedió a turnarlo a otro juzgado que procedió a su vez a inhibirse ante el juez que entendió del Proceso Monitorio. La jurisprudencia menor, como no podía ser de otra manera, ha optado por establecer ciertas medidas prácticas para evitar dichas disfunciones. Así, la sección primera de la Audiencia Provincial de Cáceres<sup>571</sup>, entiende que el Proceso Monitorio forma parte íntegramente del ulterior proceso ordinario, con independencia de que puede registrarse con distinto número, y al formar parte el Proceso Monitorio inicial del proceso ordinario, no ve inconveniente para que el traslado de la demanda se haga a través de la representación procesal, porque el propio artículo 818. 1, párrafo segundo de la LEC, exige que el escrito lleve firma de letrado y procurador, y el inciso final del citado párrafo dispone que si se presentare la demanda, se dará traslado de ella al demandado conforme al artículo 404 y siguientes de la LEC, pero dentro del Proceso Monitorio, que se transforma en su segunda fase declarativa ordinaria.

Si existe posibilidad de ampliar la cantidad reclamada en el Proceso Monitorio en la demanda de juicio ordinario. Una cuestión que ha sido debatida así es si en sentido favorable se encuentra la Audiencia Provincial de Guadalajara<sup>572</sup>, que no ve obstáculos que se amplíe la demanda para acoger los vencimientos posteriores a la presentación del Proceso Monitorio, toda vez que la LEC en su artículo 578 relativo a la solicitud de la ampliación de la ejecución si venciera algún plazo de la misma ejecución en cuya virtud se procede, criterio que lógicamente será de aplicación en la presentación de la demanda cuya causa petendi coincide con la petición de inicio del juicio monitorio.

---

<sup>571</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1ª, de 18 de mayo de 2004, ponente el Ilmo Sr.D. Antonio María González Floriano, LA LEY JURIS: 1686650/2004.

<sup>572</sup> Auto de 31 de Marzo de 2004, ponente la Ilma. Sra. Dª Isabel Serrano Frías, LA LEY JURIS: 1656232/2004.

En sentido contrario se encuentra la sección segunda de la Audiencia Provincial de León<sup>573</sup>, que en un supuesto en que el acreedor presentó la demanda ordinaria en otro juzgado reclamando una cantidad superior a la del Proceso Monitorio, estimó que no es explicación para presentar la demanda ante otro juzgado la ampliación de la cantidad reclamada y así entender cumplimentado el requisito del artículo 818.2 con la intención de que no se dictara auto de sobreseimiento con condena en costas, por lo que debió la parte acreedora atemperar la cuantía de su reclamación a la petición que dio principio al procedimiento monitorio. Comparte el mismo criterio la Audiencia Provincial de Córdoba<sup>574</sup>, al entender que cabría una acumulación de pretensiones al inicio del monitorio, pero llegada la fase de contradicción, no sería posible ampliar la inicialmente planteada, fase que está íntimamente conectada con la de creación de un título ejecutivo, de ahí que el artículo 818 de la LEC se refiera a la demanda "correspondiente", esto es, correspondiente con la petición inicial.

Suele plantearse en la práctica diaria de los Juzgados la solicitud de medidas cautelares en el Proceso Monitorio, normalmente mediante otrosí. Los tres requisitos de las medidas cautelares son: el peligro por la mora procesal; la apariencia de buen derecho; la prestación de caución por el solicitante<sup>575</sup>.

La Jurisprudencia está dividida, destacando en sentido afirmativo el auto de la sección quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza<sup>576</sup> que mantiene el criterio de su adopción por cinco motivos:

---

<sup>573</sup> Auto de 24 de septiembre de 2002, ponente el Ilmo. Sr D. Alberto Francisco Álvarez Rodríguez, LA LEY JURIS: 1292458/2002.

<sup>574</sup> Sentencia de 17 de marzo de 2003 Ponente el Ilmo. Sr. D Eduardo Baena Ruiz Id. Cendoj: 14021370012004100146.

<sup>575</sup> Vid. ORTELLS RAMOS, M., Las medidas cautelares, La ley, Madrid 2000.

<sup>576</sup> Auto de fecha 8 de noviembre de 2002, ponente el Ilmo. Sr. D. Antonio Luis Pastor Oliver Id. Cendoj: 50297370052002200095.

Por la naturaleza declarativa del Proceso Monitorio que es un proceso declarativo por preclusión. Es decir, el título de ejecución no es el documento que acompaña necesariamente a la petición inicial, sino que surge con la no oposición del demandado, y por tanto, no tiene privilegios que concurran con una medida cautelar y que la hicieran innecesaria en ese período inicial admonitorio y no ejecutivo.

Por las similitudes con el juicio cambiario (un juicio declarativo especial, abreviado, privilegiado y no plenario,) con la diferencia de que aquí el documento que acompaña a la demanda es un título cambiario. El art. 821 L.E.C. no habla de "despachar ejecución", sino de requerir de pago. Únicamente el art. 825 se refiere al "despacho de ejecución" cuando el requerido no se opone al requerimiento de pago, lo que supone evidentes similitudes con el Proceso Monitorio. Y sin embargo, en el juicio cambiario sí que prevé específicamente una concreta medida cautelar (el embargo preventivo).

Existiendo pues esenciales semejanzas entre ambos procesos, no se alcanza razón alguna que impida en el Proceso Monitorio garantizar la efectividad de la sentencia o resolución condenatoria de fondo desde el inicio del mismo, cuando sólo está en el juicio cambiario.

Por la finalidad de toda medida cautelar: "asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictase" (Art. 724 L.E.C.). Tampoco se comprende bien por qué esa garantía sólo se podría pedir cuando el Proceso Monitorio se convirtiera en juicio declarativo plenario, ordinario o verbal. El plazo de 20 días que el requerido tiene para oponerse es suficiente para hacer inefectiva la sentencia definitiva.

Por un razonamiento de naturaleza sistemática. Las medidas cautelares no están reguladas en el libro dedicado a los procesos declarativos (libro II), sino en un libro independiente (libro III), que hace referencia a medidas concretas de ejecución. Por ello no hay razón para

pensar que sólo son aplicables a los juicios declarativos, pues se regulan genéricamente para todo proceso, salvo para ciertos procesos especiales que tienen sus específicas medidas cautelares. Por lo tanto, contrario sensu, si un proceso no tiene medidas cautelares específicas (el embargo preventivo lo es en el juicio Cambiario), podrá beneficiarse de las generales de los arts. 721 y siguientes de la L.E.C.

La Audiencia Provincial de Tarragona<sup>577</sup> añadió un motivo más para su admisión, cual es que en el iter parlamentario de la actual Ley se ha omitido la referencia contenida en el art 811 del borrador, que establecía que podía instarse la medida preventiva a partir del momento en que el deudor formulase oposición al mandato de pago, de lo que se desprende que la voluntad del legislador fue, con su eliminación, permitir que el embargo preventivo pudiera solicitarse desde el principio.

En sentido contrario a esta Jurisprudencia se encuentra, entre otras, la Audiencia Provincial de La Coruña<sup>578</sup>, que estableció tres razones para la no admisión de las medidas cautelares: la finalidad de la medida cautelar consiste en asegurar la efectividad de una sentencia estimatoria cuando en el Proceso Monitorio no existe; la brevedad del trámite en el Proceso Monitorio debilita el argumento del "periculum in mora" en contra de lo que ocurre en los procesos ordinarios; la dificultad de proveer a la contradicción que exige el artículo 733 LEC antes de la adopción de dicha medida, sin audiencia del demandado y sin prestar caución, en base al artículo 21 de la L.P.H., y sin aportar documento ni principio alguno de prueba que justifique dicha adopción solicitada, no encuentra justificación. En este caso, en que el actor ha optado por iniciar un Proceso Monitorio y no el declarativo correspondiente, no puede tener favorable acogida, al no concurrir tampoco los requisitos del artículo 730-4º LEC.

---

<sup>577</sup> Auto de 17 de noviembre de 2003, ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> María Sara Uceda Sales Id. Cendoj: 43148370032003200093.

<sup>578</sup> Auto de la SEC. 3., de fecha 5 de mayo de 2006, Ponente la Ilma. Sra. D M José Pérez Pena Referencia Sepin: SP/AUTRJ/88674.

En la misma dirección, pero en el Proceso Monitorio especial de reclamaciones de comunidades de propietarios, la resolución de la sección tercera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca<sup>579</sup>, determinó que al ser un procedimiento ágil y eficaz de ejecución judicial para el cobro de las deudas de la comunidad, el Proceso Monitorio regulado en el artículo 21 de la Ley de Propiedad Horizontal, tal como viene caracterizado en la Exposición de Motivos de la Ley 87/1999, de 6 de abril, es la causa de que no se prevea la adopción de medida cautelar alguna al inicio del procedimiento, ya que la finalidad de la medida cautelar de evitar que la dilación del proceso provoque su ineficacia, se halla sumida en la propia naturaleza del procedimiento monitorio.

En cuanto a la doctrina, LÓPEZ SÁNCHEZ<sup>580</sup> es partidario de la adopción de dicha medida, aunque destaca dos obstáculos legales. El primero de ellos es el artículo 721 de la LEC, al establecer que las medidas cautelares se solicitan para garantizar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare. Y el segundo de ellos, el establecido en el artículo 731 de la LEC, que ordena se alcen las medidas cuando finalice el proceso principal. El citado autor entiende que el Proceso Monitorio no termina con ninguna sentencia estimatoria sino despachando ejecución, y el auto despachando ejecución tiene una eficacia equivalente a una sentencia, y la instrumentalidad de la medida cautelar respecto de cualquier tipo de sentencia es garantizar la efectiva ejecución de ella. Cuando se formule oposición el Proceso Monitorio se transforma en ordinario y no finaliza y se subraya todavía más la necesidad de la medida cautelar. Asimismo el legislador ha de advertir el riesgo que puede suponer la actitud de un deudor para frustrar la efectividad de la tutela que el actor pretende, y en el artículo 821 de la LEC dentro de la regulación del proceso Cambiario, con cierta técnica de Proceso Monitorio prevé la inmediata adopción de medida cautelar como es el embargo preventivo.

---

<sup>579</sup> Auto de 20 de marzo de 2002, ponente la Ilma. Sra. D Catalina María Moragues Vidal Id. Cendoj: 07040370032002200074.

<sup>580</sup> LOPEZ SANCHEZ J., El Proceso Monitorio, op. cit, pp. 190 y ss.

En sentido contrario se encuentra, ORTIZ NAVACERRADA<sup>581</sup>, quien resalta los motivos eximidos anteriormente por la Audiencia Provincial de La Coruña y alega los siguientes motivos: La falta para el Proceso Monitorio de una norma especial -como, por ejemplo, tiene el juicio cambiario en el art. 821- que parte del régimen general del embargo preventivo que pueda postularse y decretarse con referencia a aquél. Destaca que en el Proceso Monitorio comunitario en el que el deudor se haya opuesto a la petición inicial de pago: aquí sí existe la norma especial que faltaba en los casos antes considerados; el art. 21.6 de la Ley de Propiedad Horizontal; a su tenor, el embargo postulado con fundamento en tal acaecimiento se acordará en todo caso, sin necesidad de que el acreedor preste caución. Es ésta una norma especial que podría estimarse prevalente sobre la general de los arts. 730.4, 732 y 733; y algunos de los inconvenientes antes expresados no concurren aquí: la medida respondería a la finalidad de asegurar la posible futura sentencia que resuelva sobre la oposición en juicio verbal u ordinario. Y el retardo sobrevenido con la oposición genera el *periculum in mora* que antes faltaba.

El inconveniente de la unilateralidad del documento de deuda, que puede fundamentar la adopción de la medida, eliminación del juicio jurisdiccional, provisional e indiciario sobre el fundamento de la pretensión, y exención de prestar caución.

La intención de la norma, que ha querido favorecer a las Comunidades de Propietarios por ejemplo, poniendo de cargo del demandado requerido de pago, aún en casos de haber atendido éste, los honorarios y derechos del abogado y del procurador del que hayan podido servirse para facilitar su desenvolvimiento económico.

---

<sup>581</sup> Editorial SEPIN, Publicación: LEC-66, Septiembre de 2006; LEC-66, Septiembre de 2006 Pág. 39.

En la revista de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la editorial SEPIN<sup>582</sup> se publicó una consulta sobre la admisión o no del Proceso Monitorio, llegando a la conclusión de que la naturaleza del Proceso Monitorio era declarativa, pero la admisión de las medidas cautelares en el juicio Monitorio sería desvirtuar el mismo, pues hay que recordar que el artículo 816 de la LEC permite la ejecución cuando el deudor no comparece, perdiendo su finalidad la tutela cautelar. Si hay oposición, sí que es posible dentro del juicio verbal u ordinario por cuantía, siendo de aplicación todas las reglas generales, concretamente los artículos 730 y siguientes de la LEC. Y por tanto, sería en el supuesto del artículo 21.5 de la Ley de Propiedad Horizontal para las reclamaciones de morosos de las Comunidades de Propietarios, donde se admite el embargo preventivo sin caución, incluso cuando haya oposición. No hay duda que es una medida legal de carácter excepcional, pero precisamente por eso no es posible su aplicación a otras reclamaciones distintas que se producen a través del Monitorio.

Para CORREA DELCASSO<sup>583</sup> entiende que el legislador debería reformar la norma y establecer dos medidas cautelares, el embargo preventivo para todo tipo de Proceso Monitorio al igual que en el artículo 9e) LPH, y la anotación preventiva de la demanda de Proceso Monitorio al igual que en los procesos declarativos al revestir el Proceso Monitorio de una naturaleza declarativa.

Personalmente creo conveniente la postura de su no admisión, primero porque el peligro de la mora procesal es bastante difícil de justificar en el Proceso Monitorio por su tramitación sencilla en contraposición con las medidas cautelares, teniendo en cuenta que el plazo es sensiblemente menor que la tramitación de las medidas, ya que contando con tiempos

---

<sup>582</sup> Publicación: LEC-29, Abril de 2003, Pág. 97.

<sup>583</sup> CORREA DELCASSO, J. P., Sugerencias para una futura reforma de los artículos 812 a 818 LEC, reguladores del Proceso Monitorio, op. cit, p. 5.

mueritos de citación se resolvería por auto al menos en 25 días (20 de tramitación y resolución, y cinco días de tiempo necesario para citar al deudor para comparecencia).

En cuanto al otro requisito necesario para la adopción de las medidas cautelares, se dificulta gravemente la apariencia de buen derecho, porque es necesario sólo un mero principio de prueba que acompañe la petición inicial, y que puede consistir incluso en documentos creados unilateralmente por el acreedor (art. 812). Asimismo, teniendo en cuenta el artículo 728 de la LEC que establece que se solicitarán las medidas cautelares en situaciones que impidieran o dificulten la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria. En el Proceso Monitorio no hay demanda ni sentencia, sino una mera petición, haciendo pensar que el legislador no ha previsto su admisión para los procesos especiales, y sí para lo declarativos al situarlos en el libro tercero entre los declarativos y los especiales. Esto no quiere decir que no haya medidas cautelares en los procesos especiales, sino precisamente que se regulan no de forma unitaria, sino en los citados juicios especiales, fuera del título VI del libro III. Así como mero ejemplo, en los procesos de capacidad de las personas, se recoge en el artículo 762 sobre filiación, paternidad y maternidad, en el artículo 768, las medidas provisionales, en los procesos matrimoniales, y en la intervención del caudal hereditario, y en la división judicial de patrimonio.

Por otro lado, es preciso reseñar que el proceso con mayor similitud con el monitorio, el cambiario, establece la adopción de la medida cautelar de embargo preventivo en el artículo 821. La razón para la admisión de la citada medida cautelar bien puede ser por la gran diferencia de acreditación de la deuda al ser títulos con determinados requisitos que se regulan en la ley cambiaria y del cheque.

Y finalmente, la génesis legislativa, toda vez que en el borrador del Anteproyecto de LEC, se contemplaba dicha posibilidad una vez que el deudor formulaba oposición, pero dicha

previsión desapareció en el anteproyecto, para algún autor<sup>584</sup> por la influencia de las enmiendas presentadas al Ministerio de Justicia en junio de 1997 por el Colegio Nacional de Secretarios Judiciales, entre las que se incorporaron la supresión de dicho embargo preventivo<sup>585</sup> en el proyecto y en la actual ley, aunque sí se admitió en el Proceso Monitorio previsto en el art 21. 5 de la Ley de Propiedad Horizontal,(disposición final primera de la LEC).Ello sin lugar a dudas refuerza la opinión de la no admisión de la medida cautelar solicitada para el Proceso Monitorio regulado en la LEC., pues si el legislador quisiera admitir dicha medida cautelar, la hubiera recogido en la ley procesal, y más aún cuando si hay alguna nota positiva de la LEC admitida con unanimidad, es la unificación de todos los procedimientos en una ley procesal.

### **5.17. La tasa judicial**

La ley 53/2002<sup>586</sup> de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, reintroduce en el ámbito judicial las tasas tras un largo periodo de tiempo<sup>587</sup>, regulándola en el nuevo marco constitucional. El hecho imponible está constituido por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a instancia de los sujetos pasivos, mediante la realización de los actos procesales de interposición de demanda, reconvencción y recursos en los órdenes civil y contencioso administrativo. El régimen implantado tiene dos tipos de exenciones según el artículo 35 de la citada ley. La primera de ellas es objetiva, estando exentos de la tasa en el ámbito civil, la interposición de demanda y la prestación de posteriores recursos en materia de sucesiones, familia y estado civil de las personas. Y en el ámbito contencioso administrativo, la interposición de recursos y la presentación de ulteriores recursos en materia de personal, protección de los derechos fundamentales de la persona y

---

<sup>584</sup> Alfonso Carlos Aliaga Casanova, para obedecer a la crítica que por algunos autores como Correa Delcasso o Seoane Cacharrón se hicieron en el sentido de suprimir el embargo preventivo.

<sup>585</sup> SEOANE CACHARRON J., Los procesos Especiales en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, especial consideración del Proceso Monitorio, cit., p. 169.

<sup>586</sup> BOE número 313 de 31 de diciembre de 2002.

<sup>587</sup> Fue suprimida por la ley 25/1986 de 24 de diciembre del mismo año.

actuación de la Administración electoral, así como la impugnación de disposiciones de carácter general. La exención subjetiva la constituyen las personas físicas, las entidades sin fines lucrativos, las entidades parcial o totalmente exentas en el impuesto sobre sociedades y los sujetos pasivos que tengan la consideración de entidades de reducida dimensión, de acuerdo con lo previsto en la normativa reguladora del impuesto sobre sociedades<sup>588</sup>.

En cuanto al Proceso Monitorio, el artículo octavo de la orden del Ministerio de Hacienda 661/2003<sup>589</sup>, dispone que el devengo de la tasa en el procedimiento monitorio de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 de la ley 5/3/2002, tendrá lugar en el momento de la presentación por parte del sujeto pasivo de la demanda de juicio ordinario, una vez que el demandado hubiera formulado oposición al requerimiento. No obstante parece haber una contradicción entre la ley 5/3/2002, en su artículo 35, y la orden ministerial, quedando sin gravar los procesos monitorios que por oposición del deudor se tramitan por las normas del juicio verbal. Esta interpretación ha sido la mantenida por la mayoría de las resoluciones de las audiencias provinciales al interpretar que el legislador sólo grava la demanda, y cuando las cantidades reclamadas sean inferiores a 3000 euros, el Proceso Monitorio se transforma, y por tanto no se presenta demanda como en el supuesto que se reclamen cantidades que tiene su tramitación por el procedimiento Ordinario<sup>590</sup>.

No obstante, la Audiencia Provincial de Cáceres<sup>591</sup> interpreta en el supuesto de reclamaciones inferiores a 3000 euros, que una vez se produzca la oposición y se convoca a las partes a

---

<sup>588</sup> LUCINI NICAS J. A., "La ley 5/3/2002 y la Orden HAC 661/2003 de 24 de marzo sobre la regulación de las tasas judiciales. Problemas prácticos de su exacción y su integración en el concepto de costas procesales" Actualidad civil, número 44 /2003, artículo doctrinal LXII.

<sup>589</sup> BOE de 26 de marzo de 2003, Instrucción del Ministerio de Justicia de 8 de noviembre de 2003 BOE 5 de diciembre de 2003.

<sup>590</sup> Vid entre otros el Auto de la sección primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1ª, de 17 de enero de 2005, ponente Ilma. Sra. Dª María Dolores Portella LLuch LA LEY JURIS: 1920422/2005.

<sup>591</sup> Autos de la sección primera y segunda de fecha 5 de diciembre de 2003 y 18 de noviembre de 2003, ponente el Ilmo. Sr. D. Antonio María González Floriano, LA LEY JURIS: 1566164/2003 y Ilma. Sra. Dª. María Félix Tena Aragón LA LEY JURIS 1566346/2003.

juicio verbal, se podría llegar a la conclusión de que en dichos supuestos no se devengaría la tasa, si no fuera porque el artículo 35, apartado seis, 1<sup>o</sup>, cuando se refiere a la determinación de la cuota tributaria, al concretar la cantidad fija, recoge expresamente la cantidad de 900 euros para el Proceso Monitorio, idéntica a la del juicio verbal, por lo que si el legislador hubiera querido que el monitorio de cuantía correspondiente al juicio verbal no hubiera devengado tasa alguna, hubiera excluido dicho proceso de la determinación de la cuota, si bien al contrario, lo ha incluido expresamente. Y la citada resolución suple la omisión padecida en la Orden Ministerial, que ha concretado el momento del devengo de la tasa en el procedimiento monitorio cuando desemboque en un juicio ordinario, pero no lo ha realizado cuando se convoque a las partes a juicio verbal, debiendo ser el momento de comparecer al acto del juicio verbal cuando la parte deberá ir provista del correspondiente modelo 696 acreditativo del pago de la tasa, sin el cual no se podrá celebrar el referido juicio sin perjuicio de la posibilidad que tendrá de subsanar dicha omisión.

ALIAGA CASANOVA<sup>592</sup> extrae las siguientes conclusiones de la Orden de Hacienda 661/2003: La primera de ellas es que no hay que abonar ninguna tasa con la petición inicial del Proceso Monitorio prevista en el artículo 814 LEC. La segunda, que el devengo de las tasas judiciales entraría en funcionamiento sólo en caso de oposición del demandado, momento en que propiamente desaparece el proceso especial monitorio que pasa a convertirse en un proceso declarativo de carácter ordinario. Y finalmente, sólo se abonarán las tasas tras la oposición del deudor cuando el trámite a seguir sea el del juicio ordinario y no el verbal, porque, aunque se quiera entender que el apartado 8.º de la Orden HAC/661/2003 usa el término juicio ordinario en el sentido amplio de procesos declarativos ordinarios, hay que tener en cuenta que, tras la oposición del deudor en el Proceso Monitorio, si se siguen los cauces del verbal conforme el artículo 818, se convoca inmediatamente vista y se prescinde del trámite de presentación escrita de demanda, con lo cual no hay momento procesal al que

---

<sup>592</sup> ALIAGA CASANOVA ALFONSO “El Proceso Monitorio ante las recientes e inminentes reformas legales y el desafío de los avances tecnológicos”, Revista del Poder Judicial número 71, tercer trimestre 2003 Madrid cit., pp. 125 a 172.

aplicar el devengo de tasa. Tan sólo hay presentación de demanda escrita si se siguen los cauces del juicio ordinario.

Otra cuestión que ha planteado diversas interpretaciones en los Juzgados, es la aplicación de la tasa en los recursos de apelación contra auto judicial denegatorio del procedimiento monitorio.

Dicha cuestión fue resuelta por mediante consulta vinculante de la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuesto de la Dirección General de Tributos con número V0129-04 de 24 de septiembre de 2004<sup>593</sup>, la cual dispuso que no es procedente su devengo, argumentando que el artículo 35 de la ley ha de entenderse referido a recursos de apelación contra sentencias y no contra actos de trámite, pues de lo contrario se produciría el contrasentido de exigir una cuantía fija por la apelación, muy superior a la que hubiese resultado aplicable de seguir su curso el procedimiento cuya inadmisión origina el recurso.

#### **5.18. Pluralidad subjetiva, oposición por alguno o algunos de los litisconsortes.**

La regla que preside el Proceso Monitorio es la de un solo deudor un solo requerimiento y por consiguiente la imposibilidad de acumulación de diversas acciones contra diversos deudores o la imposibilidad de admitir el litisconsorcio pasivo<sup>594</sup> al que algunos autores añaden un principio de cautela<sup>595</sup>.

---

<sup>593</sup> Ver <http://www.meh.es/Portal/Areas+Temáticas/Impuestos/Direccion+General+de+Tributos/>

<sup>594</sup> PEREZ OLLEROS SANCHEZ BORDONA F. J., “¿cabe la acumulación subjetiva de acciones o el litisconsorcio pasivo en el procedimiento monitorio?”, La revista La Ley: Madrid, tomo 3, pp. 1382-1383

<sup>595</sup> CARRANZA CANTERA F. J., Criterios judiciales de aplicación de la nueva LEC. La ley Madrid 2003 op. cit., p 434

Los argumentos a favor de una u otra postura fueron brillantemente recogidos en el auto de la Audiencia Provincial de Almería de cuatro de mayo de 2005<sup>596</sup>, así los contrarios a la acumulación de acciones contra varios deudores son básicamente los siguientes:

La redacción literal de la Ley que habla, en singular, de “deudor” y de quien pretenda de otro. Así el auto de la Audiencia Provincial de Castellón<sup>597</sup>, que veda toda posibilidad de acumulación, dado la literalidad de la ley al utilizar siempre el término deudor en singular, reforzando pro tanto la inadmisión, apoyando esta redacción literal algún sector de la doctrina<sup>598</sup> entiende que en el monitorio cada deuda debe reclamarse por separado.

Las complicaciones procesales derivadas de las distintas posturas procesales que pudieran adoptar los distintos deudores demandados (uno guardar silencio, otro oponerse, otro pagar, etc.). por ejemplo la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca<sup>599</sup>, resalta de esta situación el imposible control judicial que puede surgir en el comportamiento que efectúen los deudores, máxime como sucede en el supuesto de autos que la cuantía global es mayor de 900 euros, pero si se efectúa el desglose son inferiores a dicha cantidad, lo que llevaría a los deudores a oponerse con letrado y procurador al ser la cuantía fijada en el procedimiento preceptiva la intervención de dichos profesionales, ocasionando unos gastos, que no sería necesario si se reclama individualmente a cada deudor. La cita Audiencia solo admite que pueden ser demandados varios deudores conjuntamente en el ejercicio de acciones de deudas solidarias, como el caso regulado en el artículo 21.4 de la ley de propiedad horizontal, las dificultades de extraer del principio de prueba aportado si la deuda es solidaria o

---

<sup>596</sup> Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Gema María Solar Beltrán Id. Cendoj: 04013370012004200090.

<sup>597</sup> Audiencia Provincial de Castellón sección 3 auto de 28 de abril de 2005 ponente el Ilmo. Sr D. José Francisco Morales de Biedma LA LEY JURIS 2032327/2005.

<sup>598</sup> ARCHUTEGUI EDMUNDO RODRIGUEZ Publicación SEPIN 28 de marzo de 2003, encuesta Jurídica, referencia SP/DOCT/1242

<sup>599</sup> sección 5, auto de 22 de septiembre de 2003 Ponente el Ilmo. Sr. D. Jaume LLuis Raimon Massanet Moragues Id. Cendoj: 07040370052003200095.

mancomunada y, La necesidad de optar entre el juicio verbal y el ordinario en caso de oposición por cuantías distintas.

La alteración del Fuero imperativo del Proceso Monitorio En este sentido el auto de la audiencia Provincial de Burgos por suponer la alteración del fuero previsto en el Proceso Monitorio, al haber varios deudores de un mismo título, pero que residen en partidos judiciales distintos, enviando al demandante a un proceso declarativo para hacer valer su derecho<sup>600</sup>. Este es el criterio de la editorial SEPIN en una consulta efectuada toda vez que el artículo 73.1.1<sup>o</sup> señala como requisito imprescindible que el tribunal tenga competencia para conocer de las acciones acumuladas, además el artículo 813 de la LEC tiene carácter imperativo<sup>601</sup>.

No obstante por la doctrina y en especial por BONET NAVARRO<sup>602</sup>, admiten dicha posibilidad, y establece las siguientes pautas ante el problema derivado por la actitud descoordinado de las partes situadas en la posición pasiva, al echar de menos en la LEC un artículo que obliga a las partes a litigar unidas como en la antigua LEC, artículo 531.

Pluralidad por acumulación objetiva-subjetiva, el pago de uno de los créditos objetivos de alguna de las pretensiones acumuladas pondrá fin al procedimiento en que se instrumenta esta concreta pretensión a todos los efectos y la pasividad respecto de otra u otras implicará el inicio del proceso de ejecución, así como la oposición formulada exclusivamente en relación con uno de los objetos acumulados, formalmente al menos supone la finalización del Proceso Monitorio y el inicio de unjuicio relativamente autónomo para su resolución.

---

<sup>600</sup> Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3<sup>a</sup>, Auto de 9 de julio de 2004, Ponente el Ilmo. Sr D. Ildefonso Jerónimo Barcala Fernández de Palencia,. LA LEY JURIS: 1732694/2004.

<sup>601</sup> Publicación: LEC-20, Junio de 2002 Pág. 85 Referencia: SP/CONS/23943.

<sup>602</sup> BONET NAVARRO, J., "La pluralidad subjetiva en los procesos civiles caracterizados por al llamada técnica monitoria pp. 93-139 Revista jurídica de Castilla y león numero 9 mayo 2006.

Proceso único con pluralidad de partes, oposición por alguno o algunos al tener que haber un pronunciamiento único que afecte a todos por igual cabe concluir que en principio formulada oposición quedará en suspenso cualquier otro modo de terminación del Proceso Monitorio y el resultado del proceso monitorio quedará condicionado por la oposición.

En el supuesto de obligación solidaria, para MARTIN PASTOR<sup>603</sup>, se podrá despachar ejecución contra el deudor o los deudores que no se hayan opuesto y tramitar la oposición contra el que se opuso.

### **5.19. ¿Es preciso presentar demanda ejecutiva para que se dicte el auto despachando ejecución del art. 816 LEC?.**

Podemos afirmar sin equivocarnos que si hay una cuestión extraordinariamente polémica en relación al Proceso Monitorio es precisamente ésta. Así, a pesar de la dicción literal del artículo 816 de la LEC, y de la mayoría de la doctrina y jurisprudencia de las Audiencias, la práctica forense de los Juzgados de Primera Instancia se divide entre los que despachan ejecución y los que instan a que el acreedor presente una demanda ejecutiva en base a dos tipos de interpretación<sup>604</sup>, una integradora del precepto, que lleva a considerar que si se valora que en el Proceso Monitorio ya se ha dictado auto despachando ejecución, parece ilógico que se obligue al demandante a presentar demanda ejecutiva para dictar un nuevo auto despachando ejecución, aunque esta contradicción puede salvarse entendiendo que ambos autos tienen diferente contenido a pesar de que se les dé nombre parecido, al del 816.1 y al del artículo 553 de La Ley Procesal. Por otro lado, una interpretación sistemática nos obliga a tener en consideración que de no exigirse la demanda ejecutiva, se priva al Juzgador de

---

<sup>603</sup> MARTIN PASTOR, J., “La acumulación de acciones en el procedimiento monitorio” Revista General del derecho Procesal n° 10, 2006 p. 15

<sup>604</sup> Ver el auto de la Audiencia Provincial de Valencia de su sección once, de fecha 3 de marzo de 2005, Ponente el Ilmo. Sr D. Manuel José López Orellana Id. Cendoj: 46250370112005200072.

la aportación por la parte actora de una serie de elementos delimitadores, que se omitirían si se entiende que ésta no hace falta, (artículo 549), y exigiría acudir a un requerimiento al solicitante para su concreción.

Dado el tiempo de vigencia de la Ley procesal no existe un criterio mayoritario, sino que ambas tesis han tenido sustento en la doctrina española.

*Interpretación integradora* Las razones dadas por las Audiencias Provinciales desestimando que la parte presente demanda ejecutiva son las siguientes: Ocasiona una indefensión a la parte y falta de tutela judicial efectiva proscrita por el artículo 24 C.E., *pues* en base a lo establecido legalmente, la parte actora tiene el derecho y el Juzgador tiene el deber de dictar Auto ejecutivo<sup>605</sup>.

Una interpretación conjunta del artículo 816.1 de la LEC y de la Instrucción 3/200 1, de 20 de Junio de 2001, del Pleno del Consejo del Poder Judicial, sobre anotación de los procesos civiles de ejecución en los libros de los Juzgados y Tribunales<sup>606</sup>, por la que, en la misma resolución que se decreta el archivo, se ha de acordar la incoación, con testimonio del auto despachando ejecución, del correspondiente proceso de ejecución forzosa<sup>607</sup>.

El Proceso Monitorio es un procedimiento especial y sus normas son de aplicación preferente sobre las normas generales de la ejecución de los artículos 517 y siguientes. Por el tenor literal de la norma y la remisión del artículo 816 en su apartado segundo para el desarrollo de la ejecución a lo dispuesto para las sentencias judiciales una vez despachada ejecución, el

---

<sup>605</sup> La Audiencia Provincial de las Palmas sección 4 en auto de fecha 28 de mayo de 2004, ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Emma Galcerán Solsona, LA LEY JURIS: 1737251/2004.

<sup>606</sup> Publicada en el Boletín Oficial del estado del día 29 de junio de 2001.

<sup>607</sup> La Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3<sup>a</sup>, Auto de 21 de noviembre de 2002, ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> María Esther Villimar San Salvador LA LEY JURIS: 1320774/2002.

legislador ha querido que el auto tenga valor de sentencia de condena con el despacho de ejecución, con todos sus efectos y en iguales términos, de tal forma que la oposición sólo es posible por hechos extintivos o excluyentes, pero siempre posteriores al nacimiento del título ejecutivo<sup>608</sup>.

El obligar a presentar la demanda de ejecución desnaturaliza el cauce singular que la nueva LEC ha conferido a este proceso especial en consonancia con la regulación de otros países, exigiendo más trámites no expresamente recogidos, y al margen del detrimento que para el acreedor entraña el retraso en el despacho automático que conlleva el devengo de los intereses del art 576, frente al sacrificio que, como contrapartida, le ha de suponer perder los intereses para caso de que oportunamente sea atendido el requerimiento<sup>609</sup>.

En cuanto a la doctrina, MAGRO SERVET<sup>610</sup> mantiene el criterio de que no es preciso para lograr la efectividad de la referida resolución el presentar una demanda ejecutiva de conformidad con el art. 549, demanda cuya finalidad no es otra que la obtención precisamente del auto despachando la ejecución que prevé el art. 551 del mismo texto legal, lo cual viene confirmado por la propia literalidad del art. 816.2 LEC, en el que una vez dictado el auto, lo que se prevé es la oposición del ejecutado conforme a lo dispuesto en el art. 556 de la LEC. DÍAZ MARTÍNEZ<sup>611</sup> entiende que no es necesaria la presentación de la demanda toda vez que la norma es clara y no tendría sentido otorgarle otro plazo de espera de 20 días para pagar la deuda, cuando ya los tuvo y no saldó la deuda y el tribunal puede requerir al acreedor para que le facilite los datos necesarios para despachar ejecución.

---

<sup>608</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, en auto de fecha 14 de diciembre de 2005, ponente: Navarro Miranda, José Ramón. LA LEY JURIS: 2211181/2005.

<sup>609</sup> La Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5ª, en auto de fecha 24 de enero de 2005, ponente el Ilmo. Sr. D. Carlos Augusto García Van Isschot, LA LEY JURIS: 1932074/2005.

<sup>610</sup> “Es preciso presentar demanda ejecutiva para que se dicte el auto despachando ejecución del art. 816 LEC?” Revista *economist & Jurist* n° 108 del mes de marzo de 2007, p 98 a la 103, en la sección A debate.

<sup>611</sup> *Ibidem*

GARCÍA RODRÍGUEZ<sup>612</sup>, ha recogido los argumentos de los partidarios de la interpretación integradora dando los siguientes argumentos:

El Art.179 LEC preceptúa que, salvo que la Ley disponga otra cosa, el órgano jurisdiccional dará de oficio al proceso el curso que corresponda, dictando al efecto las resoluciones necesarias; La literalidad del párrafo 1º del Art. 816 LEC es clara: “dictará auto en el que despachará ejecución”. En igual sentido, y con la misma literalidad, el Art.825 LEC para el Juicio Cambiario, explicando la Exposición de Motivos de la LEC (XIX) que el embargo preventivo se “convierte automáticamente en ejecutivo si el deudor no formula la oposición”.

La regulación de la ejecución forzosa es unitaria, pero no debe impedir las particularidades que sean enteramente lógicas (Exposición de Motivos. LEC XVII); El Proceso Monitorio es especial (Libro IV), persigue la “protección rápida y eficaz del crédito dinerario líquido”, y no precisa postulación (Art.8 14 LEC); Las dificultades prácticas por falta de designación de bienes para embargo o investigación judicial de patrimonio (Arts.589 y 590 LEC) desenfocan el problema y no constituyen, en realidad, ningún obstáculo, si consideramos que de lo que se trata es de crear un título judicial para entrar en la ejecución, no de adoptar medidas ejecutivas concretas. La expresa petición de parte sin forma de demanda ejecutiva (Art.549-1º LEC) no añade nada y dilata el procedimiento; que el demandante puede hacer esa designación o petición en el escrito inicial para el caso de fracaso del requerimiento, o bien posteriormente, e incluso solicitar medidas cautelares, que el Tribunal, de oficio, está autorizado para requerir la manifestación de bienes al deudor ya que las medidas de investigación no se establecen en la Ley como subsidiarias de la manifestación, sino que pueden acordarse en el auto que despacha la ejecución y llevarse a efecto de inmediato (Exp. Mot. LEC XVII).

---

<sup>612</sup> Ibidem

*Interpretación sistemática.* Las razones puestas de manifiesto por las Audiencias Provinciales a favor de la presentación de demanda ejecutiva son las siguientes:

Una mejor práctica judicial en correcta ordenación del procedimiento, a dictar auto que ponga fin al procedimiento monitorio y que declare la deuda, a los efectos de que el acreedor pueda solicitar despacho de ejecución de la misma con dicha resolución como título ejecutivo, solución que integra el mencionado artículo 816-1 con las normas sobre la ejecución, y en concreto, el artículo 549-1, que exige expresa petición de parte<sup>613</sup>.

Otorgar el carácter de auto de título ejecutivo y no de auto despachando ejecución, a la resolución que finaliza el Proceso Monitorio sin oposición o pago, a tenor de lo establecido en el apartado 9º del punto 2 del artículo 517 de la LEC que permite al ejecutante interponer la demanda de ejecución de título judicial, ya que el artículo 816.2 de la misma Ley habla de que, despachada ejecución, se proseguirá. . .conforme a lo dispuesto para las sentencias judiciales<sup>614</sup>.

La demanda ejecutiva es posterior a un Proceso Monitorio en el que ya ha mediado un previo requerimiento de pago al deudor por idéntico plazo (art. 815.1 LEC), por lo que no es siquiera necesario respetar el término de espera del art. 548<sup>615</sup>.

Entre la doctrina favorable a esta interpretación se encuentra DE JUAN JOSÉ GARCÍA<sup>616</sup> que opina que el auto con el que termina el monitorio sin oposición ni comparecencia del

---

<sup>613</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Álava sección segunda de fecha 23 de abril de 2004, ponente Ilmo. Sr. Jesús Alfonso Poncela García, LA LEY JURIS: 1798201/2004.

<sup>614</sup> La Audiencia Provincial de Cádiz, sección séptima en fecha 15 de abril de dos mil tres, ponente el Ilmo. Sr. D. Juan Ignacio Pérez de Vargas Gil, Id. Cendoj: 11012370072003200160.

<sup>615</sup> La Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1ª, en auto de fecha 29 de Mayo de 2003, ponente Ilmo. Sr. D. Julio Tasende Calvo, LA LEY JURIS: 1476135/2003.

demandado no es auto despachando ejecución, sino el título ejecutivo que, a tenor del apartado 9º del punto 2 del art. 517 LEC, permite al actor interponer la demanda de ejecución dineraria de título judicial. Este criterio añade al procedimiento celeridad y eficacia porque sin necesidad de requerimiento judicial para ello, el acreedor en su demanda ejecutiva puede ya aportar relación de bienes del deudor o solicitar las medidas de averiguación, y porque la demanda contaría ya con la representación de Procurador y la asistencia de Letrado cuando, por razón de la cuantía, fuera necesario. En la misma línea se recoge en el libro “Guía práctica de la ley de Enjuiciamiento Civil”<sup>617</sup>

Por su parte ALIAGA CASANOVA<sup>618</sup> aboga por la supresión del sistema de dictado de oficio del auto despachando ejecución en caso de incomparecencia o impago del deudor, sustituyéndolo por un auto declarativo del título ejecutivo y la posterior necesidad de presentar demanda ejecutiva para despachar ejecución, evitando los problemas que surgen cuando se realiza de oficio por la ignorancia de bienes para trabar embargo o por falta de firma de Letrado o Procurador cuando es necesaria su intervención. Es de la misma opinión CORREA DELCASSO<sup>619</sup>. Personalmente creo que es necesaria la presentación de la demanda de ejecución, toda vez que si lo que se pretende es evitar un retraso en el despacho automático y en el cobro final de la deuda, lo más acertado es el dictar un auto declarando la cantidad debida y el interés de mora procesal del artículo 576 de la LEC desde la fecha del citado auto.

Así, la parte acreedora podrá presentar directamente la demanda de ejecución con la designación de bienes objeto de embargo o averiguación para que en el auto despachando

---

<sup>616</sup> Es preciso presentar demanda ejecutiva para que se dicte el auto despachando ejecución del art. 816 LEC?”, Revista economist & Jurist n° 108 del mes de marzo de 2007, cit p 98 a la 103, en la sección A Debate.

<sup>617</sup> MAGRO SERVET VICENTE Coordinador. Guía práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Editorial La Ley, Madrid, 2002, p. 478.

<sup>618</sup> ALIAGA CASANOVA, A., “El Proceso Monitorio ante las recientes e inminentes reformas legales y el desafío de los avances tecnológicos”, Revista del Poder Judicial número 71, tercer trimestre 2003, Madrid op. cit., pp. 125 a 172.

<sup>619</sup> CORREA DELCASSO, J. P., “Sugerencias para una futura reforma de los artículos 812 a 818 LEC, reguladores del Proceso Monitorio” op. cit. p. 3.

ejecución queden embargados, surtiendo los efectos del embargo desde la fecha de la resolución según establece el artículo 587 de la LEC, y por tanto se habrá ejecutado de una forma más rápida que si se despacha ejecución automática careciendo de dichos datos. Asimismo, el despacho de ejecución no es automático, porque si en la petición no intervinieron Letrado y Procurador no se podrá despachar cuando sea preceptiva su intervención (art. 539). Asimismo la realidad cotidiana de mi profesión, me ha demostrado que el no despachar ejecución automáticamente ha evitado oposiciones a la ejecución por pluspetición, al haber pagado el deudor extrajudicialmente sin que fuera comunicado por el acreedor al juzgado, así como una más fácil y cómoda ejecución al presentar el acreedor la demanda de ejecución con todos los requisitos necesarios para la misma, como pueden ser bienes objeto de embargo o averiguaciones de bienes y derechos.

## CAPITULO VI

### PROCESO MONITORIO EN LA UNION EUROPEA

**Sumario:** 6.1. Introducción; 6.2. Proceso Monitorio en la Unión Europea, 6.2.1. Celeridad y eficacia de la justicia civil en la UE: Posición común modificada de EPO, 6.2.2. Ámbito de aplicación: Litigios Transfronterizos, 6.2.3. Presupuestos, 6.2.4. Objeto: pretensiones de naturaleza civil y mercantil, dinerarias y sin límite cuantitativo, 6.2.5. Procedimiento, 6.2.6. Requerimiento de pago europeo, 6.2.7. Ejecución.

#### 6.1. Introducción

El Proceso Monitorio ha tenido un gran desarrollo a través del tiempo y pareciera que su absoluta brevedad en su tramitación ha propiciado que encuentre, de un tiempo para acá, esa vigencia que siempre ha tenido.

El diseño procedimental que presenta es sustancialmente efectivo que ha sido tomado como un modelo a seguir por los países europeos y latinoamericanos, y porque no decir que en el mundo entero, es tan sencillo que podemos resumirlo así: se inicia por medio de un escrito muy simple al que se ha de acompañar un documento del que resulte la existencia de una deuda, pero que carece de fuerza ejecutiva. A la vista del escrito y del documento, el Juez requiere al deudor para que efectúe el pago en el plazo de veinte días. Si el deudor no paga, o no se opone, el Juez, sin más trámites, dictará un auto despachando ejecución. Si el deudor se opone, el monitorio se transformará en el juicio, verbal u ordinario, que corresponda según la cuantía.

Como vemos, se trata de un proceso sencillo pero cuya importancia no debemos menospreciar, ya que se está convirtiendo en uno de los instrumentos más eficaces para la tutela judicial del crédito, al grado tal que nos ha llevado a un proceso de aplicación transnacional como el utilizado por la Unión Europea. Esto ha sido producto de que en la mayoría de los créditos que genera el tráfico jurídico queda plasmada en documentos (como facturas,

albaranes y otros) que, aun carentes de los requisitos de fehaciencia de los títulos ejecutivos, aportan sin embargo un principio de prueba sobre la existencia de la deuda.

El Proceso Monitorio nace con la función de convertir tales documentos en títulos ejecutivos. Este procedimiento sirve, por tanto, para agilizar la Administración de Justicia y descargar de trabajo a los Juzgados y Tribunales, pero sobre todo para hacer llegar la tutela judicial del crédito a amplios sectores de la actividad económica que veían limitada, en la práctica, la posibilidad de acceder a la justicia civil. En este sentido, conviene mencionar que a través de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, fueron establecidas medidas para luchar contra la morosidad en las operaciones comerciales.

Asimismo, y unos años antes ya los países Iberoamericanos, se ponían de acuerdo para poder crear un Código Procesal Modelo tipo para la región, en donde también se contempla el proceso de estructura monitoria, una influencia que como veremos en el próximo capítulo, ha sido acogida ya por algunos países del entorno latinoamericano, por lo que aun cuando no constituye en sí una solución transfronteriza, es también una iniciativa producto del ingenio jurista iberoamericano en aras de resolver también problemas de carácter similar al de la Unión Europea, es decir La morosidad.

## **6.2. Proceso Monitorio en la Unión Europea**

El Reglamento sobre el Procedimiento Monitorio Europeo, en adelante RPME, trata de resolver impagos transfronterizos, lo que viene a favorecer el funcionamiento del mercado interior, pues con esta medida, de aplicación directa en los Estados miembros, se pretende contribuir a una mayor celeridad y eficacia en la cooperación civil internacional de la UE.

### 6.2.1. Celeridad y eficacia de la Justicia Civil en la UE: Posición común modificada de EPO.

Para lograr una mayor rapidez y eficacia en la cooperación judicial civil en la UE, se han identificado dos asuntos prioritarios, cuales son, de un lado, la supresión gradual del *exequatur*, mediante la progresiva simplificación del procedimiento de reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, y, de otro, la armonización del Derecho Procesal Civil, que justifica la elaboración, a nivel comunitario, de una “orden de pago europea” (“*European payment order*”, en lo sucesivo, EPO”). Ambas vías de actuación actúan complementariamente y se derivan del principio de reconocimiento mutuo.

Dicho principio, en virtud del cual se concretan ambos aspectos esenciales, fue aprobado por el Consejo Europeo en Tampere<sup>620</sup> como la piedra angular de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza<sup>621</sup> y, en última instancia, persigue el mantenimiento y desarrollo de un espacio de libertad, seguridad y justicia<sup>622</sup>. Con el fin de ir haciendo efectivo este principio, el Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil<sup>623</sup>, se

---

<sup>620</sup> Conclusión n.º 33 elaborada por el Consejo Europeo en Tampere el 15 y 16 de octubre de 1999 (CONSEJO EUROPEO, Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999, en línea, disponible en [www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/es/ec/00200-r1.es9.htm](http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/00200-r1.es9.htm). Con anterioridad en el Plan de Acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia (DO C19 de 23/01/1999, pp 1- 15), ya se hacía referencia (punto 16) al principio relativo a la igualdad de acceso a la justicia, como objetivo fundamental, para lograr la existencia de procesos rápidos y equitativos, dentro de la cooperación judicial en materia civil

<sup>621</sup> Arts. 61 c) y 65 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. En virtud de dicha cooperación se pretende el buen funcionamiento del mercado interior.

<sup>622</sup> Con el fin de crear un espacio de libertad, seguridad y justicia que facilite la vida de los ciudadanos, lo que constituye uno de los objetivos del Tratado de Ámsterdam, en dicho Tratado se prevé la transferencia de la cooperación judicial en materia civil del tercer pilar hacia el primero.

<sup>623</sup> El resultado fue que el 30 noviembre 2000 el Consejo aprobó programa DO C 12, 15.1.2001.

plantean dos vías de acción: un primer nivel, como medidas que afectan directamente al reconocimiento mutuo, consistente en la supresión, cada vez mayor, de aquellos procedimientos intermedios que aun son necesarios para el reconocimiento y ejecución de sentencias (*exequatur*) y, un segundo nivel, relativo a la adopción, como medidas complementarias del reconocimiento mutuo, de un conjunto de normas mínimas sobre aspectos concretos del Derecho Procesal civil.

En primer lugar, en cuanto a la reducción de los procedimientos intermedios (*exequatur*) se han aprobado una serie de medidas, como el Reglamento Bruselas I<sup>6</sup>, Bruselas II<sup>7</sup>, el relativo al Título Ejecutivo Europeo (TEE)<sup>624</sup> las que desde el punto de vista del régimen español de reconocimiento y ejecución de sentencias, dichas normas ocuparían un primer nivel, seguido de la vía convencional, bien de naturaleza multilateral, bien de carácter bilateral. Respecto a la armonización del Derecho Procesal Civil mediante la adopción de normas mínimas comunes para facilitar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, se han aprobado, entre otras medidas, el Reglamento sobre notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil<sup>625</sup>, la Decisión relativa a la creación de la Red judicial europea en materia civil y mercantil<sup>626</sup>, el Reglamento sobre la obtención de pruebas en materia civil y mercantil<sup>627</sup> y una Directiva sobre asistencia judicial en asuntos transfronterizos<sup>628</sup> entre otras.

---

<sup>624</sup> Reglamento 805/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (DO L 143 de 30.4.2004)

<sup>625</sup> Reglamento n° 1348/2000, del Consejo de 29 de mayo de 2000 (DO L 160 de 30.6.2000).

<sup>626</sup> Decisión 2001/4707CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001 (DO L174 de 27.6.2001).

<sup>627</sup> Reglamento 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos judiciales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil (DO L174 de 27.6.2001).

<sup>628</sup> Directiva 2003/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios. En virtud de dicha Directiva, se aprueba la Ley 16/2005, de 18 de julio, por la que se modifica la Ley 1/1996, de 10 de enero de asistencia jurídica gratuita, para regular las especialidades de los litigios transfronterizos civiles y mercantiles en la UE.

La supresión gradual de *exequatur*, de un lado, y la armonización del Derecho Procesal Civil, de otro, son prioritarias, ni se excluyen, ni se contradicen, ni se solapan, sino que se complementan mutuamente<sup>629</sup>. Constituyen las dos caras de una misma moneda. En efecto, si bien en el primer caso, se presupone el pronunciamiento de una resolución y se refiere al acceso a la ejecución en un Estado miembro de la Unión Europea diferente al del tribunal que la ha pronunciado, el segundo alude al acceso eficaz a la justicia con el objeto de obtener una resolución, con independencia de que deba o no ejecutarse en el extranjero. Ahora bien, la existencia de una EPO, como medida dirigida a la armonización del Derecho Procesal Civil, no solamente posibilita la igualdad de acreedores y deudores en UE, dado que les ofrece igualdad de acceso a la justicia, sino que constituirá, asimismo, dentro del proceso de supresión gradual del *exequatur*, un punto de inflexión. En efecto, el título que se obtenga, si el deudor, ni paga, ni se opone, es un título ejecutivo natural que no precisa de pronunciamiento de *exequatur* alguno para ser ejecutado en cualquier otro Estado miembro de la UE, tal y como dispone la Posición Común modificada, en sus arts. 1.117 y 1918. Ni siquiera será necesario el requisito de la certificación previsto en el Reglamento sobre el TEE, si bien el TEE será preciso para la ejecución de aquellos títulos ejecutivos no obtenidos a través de la EPO, por ejemplo, si se trata de un conflicto puramente interno. Incluso, con la EPO, se podrá facilitar extraordinariamente el reconocimiento y ejecución de sentencias, hasta el punto de que podría llegar a resultar innecesario el mencionado procedimiento sobre el TEE.

Afirmado lo anterior, en la consecución de la celeridad y eficacia en la cooperación judicial civil en la UE, la EPO constituye una medida que, en sí misma, tiene justificación a nivel comunitario, con un doble objeto, cual es, de un lado, el de simplificar, acelerar y reducir los costes de los litigios en los asuntos transfronterizos relativos a créditos no impugnados<sup>630</sup> y, de otro, permitir la libre circulación de requerimientos de pago sin

---

<sup>629</sup> Así lo indica el Libro Verde sobre el Proceso Monitorio europeo y las medidas para simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía, presentado por la Comisión (COM (2002) 746 final), el 20.12.2002, p. 17.

<sup>630</sup> Art.1.1,párrafo1ºRPME

exequatur<sup>631</sup> para, con ello, favorecer las buenas relaciones comerciales en el mercado interior de la UE.

En este sentido, es cierto que el retraso y los costes injustificados que provoca la resolución lenta y costosa de un proceso civil en cada uno de los Estados miembros de la UE se ha aliviado con la articulación de procedimientos monitorios nacionales que tienen en común, de un lado, la presunción de que el demandado no se opondrá a la demanda, lo que conlleva la inversión del contradictorio y, de otro, para lograr un cierto equilibrio con la posición del deudor, una eficaz protección de su derecho de defensa. Sin embargo, también lo es que tales dilaciones y gastos se incrementan extraordinariamente si se trata de un litigio transfronterizo, pues, en tales casos, tienen que contratar los servicios de un abogado en otro Estado miembro, se originan gastos de traducción, hay que esperar un largo tiempo para notificar los documentos judiciales, etc. Debido a estas circunstancias, se otorga a los deudores de mala fe un cierto grado de impunidad, pues se les invita al impago intencionado, lo que constituye una de las principales causas de la insolvencia que amenaza la supervivencia de empresas, fundamentalmente pequeñas y medianas, y provoca importantes pérdidas de empleo. Para resolver este problema, tal y como se indica en el Libro Verde sobre el procedimiento monitorio<sup>632</sup>, no cabe acudir a los procedimientos monitorios nacionales, pues resultan generalmente inadmisibles en situaciones transfronterizas y, aun cuando resultaran de aplicación, el diferente nivel de eficacia que concurre entre ellos, así como su desconocimiento, constituirían obstáculos importantes para la solución de estos conflictos.

Por ello, en caso de asuntos transfronterizos, para resolver rápidamente y con reducidos costes una deuda no impugnada y que dicha resolución pueda ejecutarse sin procedimiento intermedio alguno, resulto necesario establecer un procedimiento monitorio en la UE que sea,

---

<sup>631</sup> Art. 1.1, párrafo 2º RPME

<sup>632</sup> Libro Verde, p. 11.

fuera, uniforme, como ya señalaba el Libro Verde<sup>633</sup>. De esta manera, se logra que al acreedor le resulte igual de sencillo activar la jurisdicción de otro Estado miembro que la del suyo, y no se vea disuadido en tal empeño, ante la existencia de algún impedimento u obstáculo. Para lograr dicha uniformidad se ha optado por la vía del Reglamento<sup>634</sup>, lo que convierte a la EPO en un medio complementario y opcional para el acreedor pues, si lo considera más oportuno, podrá acudir a su procedimiento nacional<sup>635</sup>. En dicho Reglamento se incluyen aquellos aspectos que permitan la armonización y sean necesarios, siempre que ello no suponga una limitación desproporcionada o una vulneración del derecho de defensa del deudor. Y ello, sin perjuicio de que para todas aquellas cuestiones que no se regulen en el Reglamento, tenga que acudirse a las normas nacionales complementarias, tal y como dispone el art. 2626.

Estando la EPO justificada a nivel comunitario, la interrogante que debe plantearse, consiste en la determinación del grado de eficacia de la concreta reglamentación contenida en la Posición Común modificada. Las valoraciones en torno a esta teórica cuestión están determinadas por el equilibrio que resulta entre, el doble fin que persigue la EPO, la eficiencia y economía en el cobro de deudas, así como la libre circulación del título ejecutivo sin *exequatur*, y, de otro, la eficaz protección del derecho del deudor de defensa del deudor, en compensación con “la inversión del contradictorio” que caracteriza este procedimiento.

### **6.2.2. Ámbito de aplicación: Litigios Transfronterizos.**

El Proceso Monitorio previsto en la Posición Común modificada “se aplicará en los litigios transfronterizos en materia civil y mercantil, con independencia de la naturaleza del órgano

---

<sup>633</sup> Se afirma que “un requerimiento de pago armonizado podría avanzar considerablemente hacia la mejora de un acceso más fácil a una justicia eficaz”, pp. 10. Del referido Libro Verde.

<sup>634</sup> Al no estar regulado en una directiva, ni desplaza, ni reemplaza necesariamente la normativa interna.

<sup>635</sup> El RPME no obsta para que un demandante haga valer una deuda, según la definición del artículo 4, por medio de otro procedimiento establecido en la legislación de un Estado miembro o con arreglo a la legislación comunitaria.

jurisdiccional” (art. 2.1)<sup>27</sup>, excepto para Dinamarca (art. 2.3). Dicho ámbito de aplicación se define en el art. 3.1, pues señala que se da cuando “al menos una de las partes esté domiciliada o sea residente habitual en un Estado miembro<sup>636</sup> distinto del Estado miembro al que pertenezca el órgano jurisdiccional apelado”. En particular, el requisito relativo al domicilio puede determinarse, según dispone el art. 3.2, en virtud de los arts. 59 y 60 del Reglamento 44/2001. A pesar de la claridad con que finalmente se ha delimitado el ámbito de aplicación, lo cierto es que la posibilidad de extenderlo a los asuntos puramente internos ha estado presente durante la tramitación del Reglamento.

Inicialmente, en el Libro Verde sobre el Proceso Monitorio europeo<sup>637</sup>, la Comisión mostró su confianza en la aplicación del Reglamento, no sólo a los litigios transfronterizos, sino también a los asuntos internos. El CESE adoptó una postura más cautelosa pues, si bien en su Dictamen sobre el Libro Verde recomendó un único Proceso Monitorio europeo aplicable a litigios transfronterizos e internos, entendió que, no obstante, podría en un primer momento aplicarse a litigios transnacionales y, tras recabar experiencias, extenderlos a los litigios internos (art. 65 y 95 TCE). Asimismo, la Unión Europea de Secretarios Judiciales (EUR) tomó una postura intermedia al recomendar su aplicación únicamente a los conflictos transfronterizos y, al mismo tiempo, otorgar la posibilidad a los Estados miembros de aplicar dicho procedimiento a asuntos nacionales con un acto normativo interno de recibimiento. Con mayor radicalidad se posicionó el Consejo General de la Abogacía Europea (CCBC) al considerar que no existía base legal alguna para extenderlo a asuntos internos. En la misma línea sustentada en el Libro Verde, la Comisión, en la Propuesta de Reglamento<sup>638</sup>, extendió el procedimiento a los litigios transnacionales e internos y, con mayor rotundidad, el Dictamen del CESE sobre dicha Propuesta<sup>639</sup> consideró que solo debía existir un Proceso Monitorio, con lo que se propuso la desaparición de los procesos monitorios previstos en las legislaciones nacionales. Tras los debates en el Consejo y en el Parlamento

---

<sup>636</sup> La introducción de la expresión “Estado miembro”, frente a la de “Estado”, es la única divergencia entre la Propuesta modificada y la Posición Común.

<sup>637</sup> Pp. 7. Del referido Libro Verde.

<sup>638</sup> COM (2004) 173 parte final.

<sup>639</sup> DO C221, de 8.9.2005, p. 77.

que dieron lugar al texto contenido en la Propuesta modificada se decidió aplicarlo tan sólo a los litigios transfronterizos.

### **6.2.3. Presupuestos**

El órgano jurisdiccional: La cuestión relativa a la determinación de la jurisdicción competente no se regula específicamente en el Reglamento sobre la EPO, sino que se remite (art. 6.1), con carácter general, al Reglamento 44/2001. La ley del Estado miembro cuyo Tribunal es competente determinará el concreto órgano jurisdiccional que debe conocer.

Jurisdicción o foro: El art. 3.1 del Reglamento 44/2001, al que remite el art. 6.1 de la Posición Común modificada, establece, como regla general, el foro del domicilio del demandado, sin perjuicio de que, en determinadas materias (sección 2º a 7º del capítulo II), se atribuya la competencia a tribunales distintos del lugar del domicilio del demandado. Asimismo, el art. 6.2 establece una cláusula especial, en el caso de que el demandado sea un consumidor, en virtud de la cual atribuye directa y exclusivamente la competencia al domicilio del demandado. Al respecto en el Libro Verde<sup>640</sup> se plantean dos cuestiones relativas, la primera, a si las normas sobre la competencia no debieran incluirse específicamente en el Reglamento regulador de la EPO, otorgando con carácter exclusivo la competencia a los tribunales del Estado miembro del domicilio del demandado y, la segunda, en el caso de que el deudor se opusiera a la solicitud del requerimiento de pago, a si el proceso ordinario posterior tendría probablemente que desarrollarse ante otro órgano jurisdiccional competente, al que habrían de remitirse todas las actuaciones.

---

<sup>640</sup> Pp. 23-24. Del referido Libro Verde.

En cuanto a la primera interrogante, en lugar de hacer una remisión al Reglamento 44/2001, debía otorgarse a los tribunales del Estado del domicilio del demandado, la competencia exclusiva para conocer de este procedimiento, habida cuenta que, con este criterio, no sólo se garantizaría una mayor rapidez y celeridad en la notificación del requerimiento de pago al solicitado, sino que, por este motivo, resultaría fortalecido el derecho de defensa del deudor<sup>641</sup>.

En cuanto a la segunda, los costes y el retraso que puede suponer, ante la oposición del deudor, el traslado del proceso a otro Estado miembro, se soluciona en el art. 17.1 de la Posición Común modificada cuando dispone que, en caso de oposición, el proceso continuará ante los órganos jurisdiccionales competentes del Estado miembro de origen con arreglo a las normas del proceso civil ordinario. Dicha solución asegura, asimismo, una mayor rapidez y eficacia, así como el respeto al derecho de defensa del deudor.

Así, pues, efectuadas ambas consideraciones y, principalmente, respecto de la primera, es más acorde con la celeridad y eficacia que la EPO pretenda, la inclusión en el Reglamento de una norma específica que atribuya a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del domicilio del demandado la competencia internacional exclusiva sobre un procedimiento monitorio europeo. Esta postura se sitúa en la línea de la mayoría de las legislaciones sobre el procedimiento monitorio de los Estados miembros de la UE, pues atribuyen la competencia para conocer de esta materia al domicilio del demandado.

Competencia: Juez o Secretario Judicial. Si la jurisdicción recae sobre los tribunales del domicilio del deudor, tanto si lo establece el Reglamento 44/2001, como el Reglamento sobre la EPO, la competencia viene determinada por la ley del Estado miembro cuyo Tribunal es

---

<sup>641</sup> Libro Verde sobre el Proceso Monitorio, p 24. Ello no obstante, el Libro Verde señala que debiera analizarse si las potenciales ventajas de esta solución realmente justifican una desviación del equilibrado sistema de competencia judicial internacional establecido en Reglamento 44/2001.

competente. Dado que la determinación del órgano competente ha de establecerse en el ordenamiento jurídico de cada Estado miembro, será conveniente disponer fácilmente de esta información, con el objeto de facilitar el acceso a la jurisdicción de los acreedores. A este respecto, cobra sentido la creación de la red judicial europea y, asimismo, según dispone el art. 29.1 de la Posición Común modificada, el deber de los Estados miembros de comunicar a la Comisión los “órganos jurisdiccionales competentes para expedir un requerimiento europeo de pago”.

En el caso de que fuese competente la jurisdicción española, en la LEC, el art 813 atribuye en principio dicha competencia al Juez de Primera Instancia del domicilio o residencia del deudor<sup>642</sup>. El hecho de que no establezca el domicilio del demandante, como regla de la competencia, como sí lo indica el parágrafo. 689 (2) del ZPO alemán, evita que el tribunal español tuviera que declinar su jurisdicción en favor del domicilio del demandante.

Ahora bien, dado que el Reglamento sobre la EPO ha previsto un procedimiento monitorio “sin prueba”, en el que la autoridad competente no ha de efectuar una valoración sumaria del fondo del asunto basada en un principio de prueba, a diferencia del procedimiento español que responde a un modelo “de la prueba”, la facultad para requerir de pago al deudor puede atribuirse a los Secretarios Judiciales<sup>643</sup>, como así acontece en la mayoría de las legislaciones de los Estados miembros de la UE que han adoptado un modelo “sin prueba”, por las razones siguientes: en primer lugar, se les concede una función que no cae dentro de la potestad jurisdiccional, consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE); en segundo término, dada su excelente formación jurídica, pueden resolver cuestiones

---

<sup>642</sup> Continúa indicando el art. 813 LEC “o, si no fueran conocidos, en cuyo caso, sería el del lugar en que el deudor pudiera ser hallado a efectos del requerimiento de pago por el tribunal, salvo que se trate de la reclamación de deuda a que se refiere el número 2º del apartado 2 del artículo 812, en cuyo caso será también competente el tribunal del lugar en donde se halle la finca, a elección del solicitante. En todo caso, no serán de aplicación las normas de sumisión expresa o tácita contenidas en la sección 2º del capítulo II del Título II del Libro I.”

<sup>643</sup> En este sentido, se ha manifestado GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, “Aceleración de la Justicia Civil en la Unión Europea”, Revista General de Derecho Procesal, [iustel.com](http://iustel.com), Portal Derecho ([www.iustel.com/revistas](http://www.iustel.com/revistas)).

complejas que pueden surgir, incluso, siendo un modelo sin prueba, tales como la comprobación de la correcta notificación de la solicitud del requerimiento de pago o del carácter fraudulento de la conducta que justifica la solicitud presentada por el demandante, etc.<sup>644</sup>.

En definitiva, su resolución, por parte de los Secretarios Judiciales, aliviaría la sobrecarga de trabajo de los jueces, con el consiguiente incremento de la celeridad en la resolución de estos asuntos.

Las partes: la inversión del contradictorio y el derecho de defensa: cuando el acreedor tiene razones para creer que su solicitud de requerimiento de pago no suscitará oposición por parte del deudor, podrá acudir al procedimiento monitorio europeo, con el objeto de que la autoridad competente estime o desestime su solicitud, si bien, esta decisión será tomada sin la intervención del deudor (inaudita parte). Este requerimiento se le notifica al deudor, dándole la oportunidad de efectuar el pago de la deuda o de oponerse y, será en este segundo supuesto, cuando el asunto se convierta en un proceso ordinario. Así, pues, el procedimiento monitorio no resuelve un verdadero conflicto, porque no concurren dos partes o posturas contrapuestas. Si se toma en cuenta este punto de partida, cobran sentido las dos características esenciales del procedimiento monitorio, y comunes a todos los procedimientos vigentes en los países de la UE y, asimismo, a la EPO, como son, la inversión del contradictorio, de un lado, y, la protección de los derechos de la defensa, de otro.

En primer término, tiene lugar la inversión del contradictorio, porque, únicamente, si el deudor se opone, surge el conflicto o contencioso y la necesidad de resolverlo a través de un proceso. En tal caso, la carga de iniciar el proceso contradictorio recae sobre el destinatario del requerimiento de pago. Se produce, pues, la inversión del contradictorio o “*inversión du*

---

<sup>644</sup>Libro Verde, pp. 25 y 26.

*contentieux*”. En segundo lugar, dado que al deudor se le puede ejecutar su deuda sin darle audiencia, solamente si se opondrá (o paga), hay que salvaguardar especialmente su derecho de defensa, dándole la oportunidad de evitar que el título ejecutivo se materialice. Ahora bien, en la búsqueda del deseado equilibrio entre la celeridad y eficacia en el cobro de la deuda por el acreedor, siempre que ello no suponga una restricción desproporcionada de los derechos de defensa del deudor, se ha optado en la EPO por un modelo “sin prueba” y se le ha concedido al deudor una única oportunidad para evitar la ejecución del título.

Es cierto que, conjugando ambos modelos, se han regulado distintos tipos de procedimientos monitorios en cada uno de los Estados miembros de la UE que pueden reconducirse, tomando en cuenta una primera clasificación, al modelo “con prueba” y al modelo “sin prueba” y, a su vez, cabe distinguir entre aquellos procedimientos que conceden al deudor dos oportunidades o una para evitar la ejecución del título. En el modelo “de la prueba”<sup>645</sup>, el demandante ha de presentar una prueba escrita que acredite la deuda para que resulte admisible, lo que constituye una salvaguarda contra demandas insustanciales, pues se valora el fondo del asunto, protegiéndose, de esta manera, al deudor. En el modelo “sin prueba”<sup>646</sup>, se admite la demanda y se requiere de pago al deudor, sin entrar a examinar el fondo del asunto, con lo que se concede una mayor protección al acreedor. Este segundo caso, en el que se pone mayor énfasis en la responsabilidad del demandado, porque la suerte del caso depende fundamentalmente de que se oponga o no, constituye la máxima expresión de la “inversión del contradictorio. Debido a esta mayor protección al acreedor, se suele conceder al deudor una doble oportunidad para oponerse<sup>647</sup>, a diferencia de lo que acontece en otros países<sup>648</sup>, donde, siendo un modelo sin prueba, se le otorga una sola oportunidad al demandado, como en el Reglamento sobre EPO que regula un “modelo de una sola fase”. Así, pues, el procedimiento monitorio europeo es un modelo que pretende fundamentalmente el logro de un proceso rápido y eficaz, que salvaguarda, por ello, y,

---

<sup>645</sup> La LEC y, además, Bélgica, Francia, Grecia, Luxemburgo e Italia.

<sup>646</sup> Austria, Finlandia, Alemania, Suecia, Portugal y la EPO.

<sup>647</sup> Como en Finlandia, Alemania y Suecia.

<sup>648</sup> Austria y Portugal.

fundamentalmente, los intereses de los acreedores. Por este motivo, la concreta regulación relativa a la salvaguarda del derecho de defensa del deudor tiene que ser igualmente eficaz para lograr un adecuado equilibrio.

En este sentido, en la Posición Común modificada se han tratado de reforzar algunas garantías procesales para proteger el derecho de defensa del deudor, como son, las relativas a la información, al deudor, de sus derechos y obligaciones que conlleva el requerimiento de pago (art. 12), a la correcta notificación, dentro de plazo, de los correspondiente documentos (art. 13, 14 y 15), si bien, conviene efectuar alguna valoración en relación con la representación legal obligatoria por un abogado. Este requisito se ha uniformado en el art. 24 de la Posición Común modificada, al regular su carácter innecesario, tanto para el demandante, en relación con la solicitud del requerimiento, cuanto para el demandado, respecto a su escrito de oposición a tal solicitud<sup>649</sup>.

Ahora bien, dado que la EPO constituye un procedimiento claramente favorable al acreedor, pues se trata de un modelo “sin prueba” y de “una sola fase”, para que no se produzca un desequilibrio desfavorable al derecho de defensa del deudor, en lo relativo a la asistencia de abogado, resulta insuficiente regular el carácter no preceptivo de la representación legal, pues debe establecerse un límite cuantitativo, a partir del cual, su intervención fuera obligatoria. Y ello, no sólo porque al completar el formulario, el deudor puede estar perjudicando inadvertidamente la defensa que seguiría el abogado en caso de intervenir, sino también porque puede ser que las partes en conflicto cuenten con estructuras muy desiguales<sup>650</sup>.

---

<sup>649</sup> Mientras que en Italia, Bélgica y Grecia la obligación de representación por abogado es total y se aplica tanto a la solicitud de requerimiento como a la oposición, en Finlandia, Francia, Alemania, Luxemburgo, Portugal y Suecia, la representación no es obligatoria ni para el demandante ni para el demandado. En España, tampoco es obligatoria la asistencia de abogado para presentar una petición inicial (art. 814.2 LEC).

<sup>650</sup> En este sentido se manifestó el CESE en su Dictamen sobre la Propuesta de Reglamento (DO C221, de 8-9-2005, p. 84. En particular, el CESE establecía el límite en 2500 euros

#### **6.2.4. Objeto: Pretensiones de Naturaleza Civil y Mercantil, dinerarias y sin límite cuantitativo.**

Tomando como punto de partida los asuntos transfronterizos en materia civil y mercantil, la Posición Común modificada, en su art. 4, dispone que “se establece el Proceso Monitorio europeo para el cobro de deudas dinerarias, de cantidad determinada, vencidas y exigibles en la fecha en que se presenta la solicitud de requerimiento de pago”. El objeto del procedimiento europeo es más amplio que el previsto en la LEC, entre otros motivos, porque el art. 812 contempla, junto con “el pago de deuda dineraria, vencida y exigible, de cantidad determinada”, un límite cuantitativo, como es que la deuda no exceda de 30.000 euros.

Excluidas de las materias relativas al Derecho Civil y Mercantil, aquellas que se relacionan en el art. 2.1 y 2.252, el art. 4 circunscribe la utilización del procedimiento monitorio al cobro de deudas dinerarias, al igual que en España, Bélgica, Grecia, Luxemburgo, Austria, Alemania y Portugal (hasta determinada cuantía) y, a diferencia de Francia, Italia, Finlandia y Suecia, donde su procedimiento monitorio satisface obligaciones dinerarias y no dinerarias.

En particular, la EPO, respecto de las demandas dinerarias, no establece límite alguno en función de la naturaleza jurídica o base jurídica de la demanda, al igual que en la LEC y en Austria, Bélgica, Grecia, Italia y Suecia. En los demás Estados, cabe distinguir dos planteamientos diferentes sobre la reducción del ámbito de aplicación: de un lado, permiten el requerimiento de pago solo a demandas resultantes de obligaciones contractuales y, excluyen, las derivadas de hecho ilícito, como en Francia y Portugal; y, de otro, prohíben el pronunciamiento de tal resolución en casos expresamente previstos, como en Alemania, Finlandia y Luxemburgo.

Asimismo, el Proceso Monitorio se aplica afortunadamente a demandas sin límite máximo de cuantía, a diferencia del modelo español, que la limita a 30.000 euros (art. 812.1 LEC), al igual que Austria, Bélgica, Portugal. Por el contrario, no establecen limitación alguna Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Luxemburgo y Suecia. En este sentido, el establecimiento de un límite cuantitativo impide al acreedor utilizar este rápido mecanismo, precisamente cuando la cantidad adeudada es mayor, sin que, con ello, se contribuya a una mayor protección del derecho de defensa del deudor.

Así, pues, el no establecimiento de límite cuantitativo alguno en la EPO resulta muy favorable<sup>651</sup> al objetivo que pretende este procedimiento, cual es el logro de la máxima celeridad y eficacia en el cobro de las deudas, cualquiera que sea su cuantía, sin que ello suponga una vulneración del derecho de defensa del deudor, pues podrá oponerse igualmente, siempre que se le informe de sus derechos y obligaciones y se le notifique correctamente la resolución.

#### **6.2.5. Procedimiento**

El procedimiento se inicia con la petición de requerimiento europeo de pago dirigida al órgano jurisdiccional o autoridad competente quien deberá examinar si expide o no un requerimiento de pago europeo.

Solicitud de requerimiento europeo de pago: la petición de requerimiento europeo de pago debe formularse cumplimentando un formulario normalizado (art. 7.1), que deberá contener los datos indicados en los arts. 7.2 y 7.3. Será presentada en papel o en

---

<sup>651</sup> En este sentido vid CORREA DELCASSO, J.P., “Comentarios a la Propuesta de Reglamento por el que se establece un Proceso Monitorio europeo”, La Ley, n.º 6133, de 23 de noviembre de 2004, p. 12.

otro medio de comunicación, incluido el soporte electrónico (art. 7.5) y llevará la firma del acreedor o, en su caso, de su representante (art. 7.6).

Contenido del escrito: dado que se trata de un modelo “sin prueba”, en el que la responsabilidad sobre la continuación del procedimiento recae sobre el demandado, oponiéndose o no, y en el que el órgano competente, al examinar la solicitud, no va a entrar en el fondo del asunto, la petición ha de contener únicamente la información indispensable para que el deudor pueda decidir si quiere oponerse o no. De conformidad con este modelo, los requisitos que ha de contener la petición de un requerimiento de pago, así como las condiciones que debe cumplir la descripción de las circunstancias alegadas como fundamento de la demanda, se indican en el art. 7.2. Este precepto enumera los datos que deben indicarse en la petición, como son, los nombres y direcciones de las partes y el órgano jurisdiccional al que se dirija la petición, el importe de la deuda, si se reclaman intereses sobre el crédito, el tipo de interés y el período respecto del cual se exijan dichos intereses, a menos que se añada de oficio un interés legal a la deuda principal con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que se presente la petición, la causa de la acción, incluyendo una breve descripción de las circunstancias en que se fundamente y, en su caso, de los intereses reclamados, una breve descripción de, al menos, un medio de prueba que podría aducirse en un proceso civil ordinario en apoyo de la demanda, los criterios de competencia jurisdiccional y la índole transfronteriza del asunto, a tenor de lo dispuesto en el art. 3.

Así, pues, la presentación de la solicitud no tiene que ir acompañada de prueba documental alguna, a diferencia del procedimiento monitorio español<sup>652</sup> (art. 812.1 LEC)<sup>653</sup>, por lo que,

---

<sup>652</sup> Sobre la distinción entre el modelo “sin prueba” que adopta la EPO y el modelo “con prueba” contenido en la LEC, Vid. LORCA NAVARRETE, A.M., “La ubicación del Proceso Monitorio español en la Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo por el que se establece un Proceso Monitorio europeo”, La Ley, n.º 6106, de 14 de octubre de 2004, p. 2.

en principio, se puede requerir de pago por demandas infundadas. Ahora bien, ello no ha de significar que la información suministrada al demandado en la solicitud sea deliberadamente falsa. Por este motivo, el demandante tiene la obligación de declarar en la solicitud, bajo sanción, que la información suministrada es verdadera (art. 7.3). Junto con la solicitud, y en un anexo, el deudor podrá informar al órgano jurisdiccional que, en caso de oposición del deudor, se opone a un traslado al procedimiento ordinario (art. 7.4). En definitiva, el hecho de que no haya que presentar pruebas escritas justificativas de la solicitud, facilita sin duda el uso de procesamiento electrónico de los datos con lo que se contribuye a la celeridad y eficacia que la EPO persigue.

Uso de formularios: el modelo “sin prueba”, en el que el órgano competente no tiene que realizar ninguna valoración jurídica sumaria, posibilita que la solicitud deba presentarse a través de un modelo normalizado (art. 7.1), lo que, a su vez, puede contribuir a la gestión automatizada de los datos, no sólo en la presentación de la solicitud, sino también en la comunicación entre el órgano jurisdiccional y las partes y en la tramitación del Proceso Monitorio por el órgano jurisdiccional.

En consonancia con la posibilidad que ofrece la EPO del uso de formularios y de la gestión automatizada de los datos, la solicitud podrá presentarse en papel, con la firma del demandante o, si procede, de su representante, o mediante cualquier otro medio de comunicación, incluido el soporte electrónico, en cuyo caso, habrá de hacerse uso de la firma electrónica<sup>654</sup>, salvo que exista un sistema de comunicación alternativo en el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen al que tengan acceso un grupo de usuarios pre registrados y autenticados (arts 7.5 y 7.6) Asimismo, a través de un modelo

---

<sup>653</sup> El art. 812.1 LEC contiene una detallada lista de pruebas documentales, en particular, de documentos que lleven la firma del deudor e, incluso, que hayan sido elaborados unilateralmente por el acreedor.

<sup>654</sup> Art. 2.2 de la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999. DO L 13 de 19.1.2000, p, 12.

normalizado<sup>655</sup>, se pueden llevar a cabo diferentes actuaciones, tales como, la concesión al demandante, por parte del órgano jurisdiccional, y en caso de que fuese necesario, de la oportunidad de completar o rectificar la solicitud<sup>656</sup>; la comunicación al demandante del requerimiento de pago parcial, quien responderá devolviendo dicho formulario normalizado<sup>657</sup>, así como de los motivos de la desestimación<sup>658</sup>; la expedición del requerimiento europeo de pago<sup>659</sup>; la presentación del escrito de oposición por el demandado<sup>660</sup> y las notificaciones efectuadas a través de correo electrónico<sup>661</sup>.

La posibilidad de que la comunicación entre el órgano jurisdiccional y las partes se lleve a cabo a través de medios electrónicos, con la transmisión electrónica de documentos y notificaciones a través de correo electrónico y de que, en última instancia, este procedimiento se llegase a informatizar plenamente<sup>662</sup> está abierta. Si bien y, como es lógico, el Reglamento no puede establecerlo con carácter obligatorio, pues ello implica un desarrollo de la infraestructura informática en el sistema judicial de los Estados miembros, que, en la actualidad, por motivos económicos, resulta algo lejano<sup>663</sup>. Quizá, por este motivo, en la LEC se prevé únicamente que la petición pueda extenderse en un impreso o formulario.

---

<sup>655</sup> En este sentido, cabe mencionar varios preceptos tales como el art. 30: “Los formularios normalizados que figuran en los Anexos se actualizarán o modificarán técnicamente, garantizando su plena conformidad con las disposiciones del presente Reglamento, con arreglo al procedimiento contemplado en el artículo 31; art. 31.1: “La Comisión estará asistida por el Comité previsto en el artículo 75 del Reglamento (CE) n° 44/2001; art. 31.2: “En los casos en que se haga referencia al presente apartado, será de aplicación el artículo 5 bis de la Decisión 1999/468/CE, modificada por la Decisión 2006/512/CE, observando lo dispuesto en su artículo 8.” El tenor literal de este último precepto ha sido redactado conforme a la Posición Común modificada, tal y como se dispone en la Resolución legislativa del Parlamento Europeo relativa a la Posición Común del Consejo con vistas a la adopción del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Proceso Monitorio europeo (P6\_TA-PROV (2006) 0440).

<sup>656</sup> Art. 9 RPME.

<sup>657</sup> Art. 10 RPME.

<sup>658</sup> Art. 11 RPME.

<sup>659</sup> Art. 12 RPME.

<sup>660</sup> Art. 16 RPME.

<sup>661</sup> Art. 13, 14 y 15 RPME.

<sup>662</sup> Existen formularios oficiales en Austria, Alemania, Luxemburgo, Portugal, Suecia y España y es obligatorio solamente en Austria, Alemania y Portugal.

<sup>663</sup> Art. 29.1(c) “Los Estados miembros comunicarán a la Comisión (c) los medios de Comunicación aceptados a los fines del requerimiento europeo de pago y disponibles en los órganos jurisdiccionales”.

En cualquier caso, con el carácter potestativo de la gestión automatizada de los datos, no sólo se puede contribuir a la rapidez y eficacia del procedimiento monitorio, sino que además, contribuye a fortalecer las garantías contenidas en el derecho a un proceso justo, por diversas razones<sup>664</sup>: en primer lugar, porque facilita al demandante su cumplimiento, en el caso de que no esté asistido por abogado, lo que garantiza su derecho de defensa; en segundo término, habida cuenta que los formularios multilingües simplifican y agilizan el proceso con menores costes de traductores, facilitando el derecho de acceso a la justicia; asimismo, porque el uso de un formulario normalizado posibilita la adopción de una resolución normalizada que podrá fácilmente ejecutarse en otro Estado miembro de la UE; y, finalmente, dado que facilita el uso del procesamiento electrónico de datos.

Así, pues, el uso de formularios y su posible tratamiento automatizado resulta altamente favorable desde el punto de vista de los fines perseguidos por la EPO y en consonancia con el respeto al derecho de defensa del deudor.

Examen de desestimación o estimación: Recibida la solicitud, el órgano jurisdiccional la examinará, con el objeto de expedir o no un requerimiento de pago. El órgano jurisdiccional tendrá que llevar a cabo un juicio de admisibilidad que, dado que se trata de un modelo “sin prueba”, no ha de consistir en entrar en el fondo del asunto a valorar la justificación de la solicitud<sup>665</sup>, como en el procedimiento español, sino en controlar la credibilidad o verosimilitud de la demanda. Dicho control judicial, que podrá hacerse mediante procedimiento automatizado, consiste en determinar si se cumplen los requisitos que, según dispone el art. 8, se refieren al ámbito de aplicación (art. 2), al carácter transfronterizo del asunto (art. 3), al objeto del procedimiento (art. 4), si es competente (art. 6), a los requisitos

---

<sup>664</sup> Tales argumentos fueron formulados por la Comisión en su Libro Verde, pp. 28 y 29.

<sup>665</sup> Por el contrario, en el modelo previsto en la LEC, el Juez de Primera Instancia competente, sí entra en el fondo del asunto valorando si los documentos aportados con la petición constituyen un principio de prueba del derecho del peticionario (art. 815.1).

exigidos a la solicitud (art. 7) y si la demanda resulta fundada y admisible. Según dicho examen, el órgano competente desestimará o estimará la solicitud.

En particular, la desestimación, según dispone el art. 11, tendrá lugar, si en la solicitud, el demandante no cumple con los requisitos establecidos en el art. 8, esto es, tanto si no se observan las exigencias previstas en los arts. 2, 3, 4, 6 y 768, como si la reclamación es manifiestamente infundada o inadmisibles<sup>666</sup>. Cabe señalar que si observados los requisitos previstos en los arts. 2, 3, 4 y 6, se incumple alguno de los contenidos en el art. 7, y siempre que la solicitud sea fundada y admisible, el órgano jurisdiccional otorgará al demandante la oportunidad de completar o rectificar la solicitud, para lo que utilizará el correspondiente formulario normalizado (art. 9.1) y le concederá el plazo que estime razonable, susceptible de ser prorrogado (art. 9.2).

Otro motivo que se pone de relieve es que, si bien según el modelo “sin prueba”, cabe requerirle de pago incluso frente a demandas insustanciales, la Posición Común modificada<sup>667</sup> ha concedido una mínima protección al demandado al considerar como motivo de desestimación del requerimiento de pago una reclamación manifiestamente infundada o inadmisibles. En segundo término, el órgano jurisdiccional desestimará la solicitud si el demandante, ni completa, ni rectifica su petición, ante el incumplimiento de lo dispuesto en el art. 7 (art. 9), dentro del plazo establecido por el órgano jurisdiccional<sup>668</sup>. En tercer término, si el demandante, o bien no ha contestado sobre la aceptación o rechazo, o bien ha rechazado un eventual requerimiento de pago parcial (art. 10), podrá ser desestimada su petición<sup>669</sup>. Dicho requerimiento de pago parcial es diferente al caso en que se expida un requerimiento de pago y el demandado sólo se oponga a una parte de la deuda, como ocurre

---

<sup>666</sup> Art. 11.1 (d)RPME

<sup>667</sup> La Posición Común modificada se sitúa en la línea anunciada en el LV, pp. 32, al igual que acontece en Suecia, Alemania y Austria.

<sup>668</sup> Art. 11.1 (a)RPME.

<sup>669</sup> Art. 11.1 (b)RPME

en proceso Monitorio español (art. 815.1 LEC)<sup>670</sup>. En tal caso, se le comunicará al demandante, a través del correspondiente modelo normalizado, y se le ofrecerá la posibilidad de aceptarlo o rechazarlo dentro del plazo que determine. Así, pues, el demandante cuenta con dos posibilidades: o bien aceptarlo, en cuyo caso, se expedirá un requerimiento parcial, dejando el resto de la deuda a lo que disponga el ordenamiento nacional (art. 10.2), con lo que renuncia a presentar una nueva solicitud de requerimiento europeo de pago o de recurrir a cualquier otro procedimiento previsto en la legislación nacional, monitorio u ordinario; o bien, tiene la oportunidad de no contestar o responder rechazándolo, con lo que el órgano jurisdiccional desestimará la solicitud. Con esta segunda posibilidad se mejora notablemente la solución prevista en la Propuesta de Reglamento (art. 5), en la que ni siquiera se permitía expedir un requerimiento de pago parcial y, en caso de desestimación, era posible acudir únicamente al procedimiento ordinario nacional, esto es ni siquiera al monitorio nacional correspondiente, ni menos aún, de nuevo al procedimiento monitorio europeo por el total de la deuda.

En cualquiera de los cuatro supuestos anteriormente indicados, la decisión relativa a la desestimación se comunicará al demandado a través del correspondiente formulario normalizado y contra ella no cabrá recurso alguno (art. 11.2), si bien ello no significa que tenga valor de cosa juzgada, dado que, teniendo en cuenta los efectos de la desestimación, el demandante podrá presentar una nueva solicitud de requerimiento europeo de pago o utilizar otro procedimiento previsto en su legislación nacional (art. 11.3).

Con esta solución legislativa consistente en la posibilidad, en caso de desestimación, de presentar una nueva demanda a través del correspondiente procedimiento nacional, monitorio o no, o, incluso, a través del procedimiento monitorio europeo, que puede

---

<sup>670</sup> Así, pues, a diferencia de la LEC, que no ha previsto la posibilidad de requerir de pago por una parte de la deuda.

resultar más ventajoso que el nacional<sup>671</sup>, se contribuye a que el demandante no subsane los defectos de la petición, promoviendo así decisiones desestimatorias y dándole la oportunidad de acudir de nuevo a la EPO. Si esto es así, se estaría satisfaciendo el objetivo mismo del proceso Monitorio europeo, pues, con su utilización, se contribuye a simplificar el cobro de deudas que presumiblemente no van a suscitar oposición en asuntos transfronterizos.

### **6.2.6. Requerimiento de pago europeo**

Estimada la solicitud, el órgano jurisdiccional expedirá un requerimiento europeo de pago, en virtud del cual, el deudor podrá optar por pagar u oponerse (art. 12).

Contenido de la resolución: información y notificación al demandado, el requerimiento europeo de pago se expide mediante formulario normalizado, lo que indudablemente favorecerá su ejecución en un Estado miembro distinto al que dictó dicha resolución, lo antes posible y, con carácter general en un plazo de 30 días desde que se presentó la solicitud (art. 12.1), junto con la copia del formulario de la solicitud (art. 12.2). El establecimiento de este corto plazo para que el órgano competente resuelva sobre tal petición contribuye a dotar, a este procedimiento monitorio europeo, de una mayor eficacia y rapidez, a diferencia de lo que, desafortunadamente, acontece en la LEC, que no contempla plazo alguno dentro del cual el Juez de Primera Instancia tenga que dictar la correspondiente providencia de requerimiento de pago. De acuerdo con las exigencias dimanantes del derecho de defensa, dicho requerimiento debe contener, como ya anunciaba el Libro Verde<sup>672</sup>, la información necesaria sobre los derechos y obligaciones procesales que dicha resolución conlleva para el demandado, quien tendrá que decidir rápidamente si se opone o no, sin asesoramiento jurídico alguno, y de las consecuencias que su decisión le puede suponer.

---

<sup>671</sup> Así, por ejemplo, si se tuviera que aplicar la LEC y la deuda fuera superior a 30.000 euros (art. 812.1, no resultaría aplicable el proceso Monitorio español.

<sup>672</sup> p. 35. Del referido Libro Verde.

En particular, ha de comunicarse al demandado que tiene derecho a optar entre pagar u oponerse al requerimiento de pago mediante la presentación de un escrito de interposición en el plazo de 30 días desde la notificación del requerimiento (art. 12.3). Asimismo, la información al demandado debe extenderse a tres aspectos. En primer lugar, ha de comunicársele que dicho requerimiento fue emitido utilizando únicamente la información facilitada por el acreedor<sup>673</sup>, pues dado que se trata de un modelo “sin prueba”, se evita que el demandado crea que el requerimiento europeo de pago conlleva que el juez ha entrado en el fondo del asunto y ha estimado la solicitud sin su participación. En segundo término, habida cuenta que se trata de un procedimiento de una sola fase y, que, por este motivo, si el deudor no se opone, el requerimiento será ejecutivo, ha de informársele de que si no se opone, el requerimiento se hará ejecutivo<sup>674</sup>. Finalmente, se le debe informar que, en caso de oponerse, y salvo que el acreedor haya solicitado en su escrito que, en tal supuesto, se ponga fin al proceso, el procedimiento continuará ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen<sup>675</sup>.

Dado que el demandado ejercita su derecho de defensa, decidiendo voluntariamente oponerse, y que el requerimiento es ejecutivo solo si el demandado no contesta, ha de asegurarse que, efectivamente, el demandado ha podido decidir voluntariamente no oponerse. Por ello, un elemento absolutamente esencial del procedimiento monitorio es que la notificación sea eficaz. Y, habida cuenta de que el título ejecutivo naturalmente resultante de este procedimiento será automáticamente ejecutivo en otro Estado miembro de la UE parece adecuada, como así se ha establecido en los arts. 13, 14 y 15<sup>79</sup>, que el Reglamento contenga unas reglas comunes de notificación.

Así, pues, siendo la EPO un modelo “sin prueba” y concediendo al deudor una única oportunidad para oponerse, ha de resultar realmente efectivo el ejercicio del derecho de

---

<sup>673</sup> Art. 12.4 (a) RPME.

<sup>674</sup> Art. 12.4 (b) RPME.

<sup>675</sup> Art. 12.4 (c) RPME.

defensa del deudor, por lo que los órganos jurisdiccionales han de ser especialmente cuidadosos en el cumplimiento de los deberes de información señalados.

Posibilidades del demandado: pago u oposición. Notificado el requerimiento europeo de pago, el demandado podrá pagar u oponerse. En cuanto a la oposición, a pesar de que la Propuesta de Reglamento preveía dos oportunidades para que el deudor se opusiera, como eran, un aviso europeo de pago y un requerimiento europeo de pago, en la Posición Común modificada, que recoge la modificación ya contenida en la Propuesta modificada, tan sólo se contempla una posibilidad de oposición para el deudor<sup>676</sup>.

El escrito de oposición se presentará cumplimentando el formulario normalizado correspondiente (art. 16.1), en el que el deudor deberá indicar que impugna la deuda, sin que esté obligado a motivarlo (art. 16.3), a diferencia del modelo español<sup>677</sup>. Dicho escrito se presentará en papel o mediante cualquier otro medio de comunicación, incluido el soporte electrónico y deberá llevar la firma del demandante o de su representante y, en caso de que se presente por medios electrónicos, mediante la firma electrónica<sup>678</sup>. El plazo para presentar el escrito de oposición es de 30 días desde la fecha de notificación al demandado del requerimiento de pago. Teniendo en cuenta la facilidad con que se cumplimenta el escrito de contestación, que no requiere mucho tiempo, pero, a la vez, la única oportunidad para oponerse con que cuenta el deudor, que podría justificar un plazo amplio, los 30 días con que el deudor cuenta para oponerse parecen razonables<sup>679</sup>.

---

<sup>676</sup> Con carácter general, en aquellos ordenamientos jurídicos que han adoptado un modelo sin prueba, como en Finlandia, Austria, Alemania, Suecia y Portugal, se suele conceder al demandado dos oportunidades para oponerse, tal y como ocurre en Finlandia, Alemania y Suecia. Ello no obstante, en los ordenamientos jurídicos de Austria y Portugal se ha adoptado un procedimiento muy favorable a los intereses de los acreedores, pues se otorga únicamente al deudor una posibilidad para oponerse, al igual que en la EPO.

<sup>677</sup> En la LEC se dispone que el deudor en su escrito de oposición debe alegar sucintamente las razones por las que no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada (art. 815.1).

<sup>678</sup> Arts. 16.4 y 16.5 RPME.

<sup>679</sup> En la LEC se prevé un plazo de 20 días (art. 815.1).

En cuanto a los efectos de la presentación del escrito de oposición, el art. 17 dispone que el proceso continúe ante los órganos jurisdiccionales competentes del Estado miembro de origen y según las normas del proceso civil ordinario, salvo que el demandante haya solicitado que, en tal caso, se ponga fin al procedimiento. En virtud de tal precepto cabe efectuar dos consideraciones. En primer lugar, en cuanto a la remisión del asunto a un procedimiento ordinario, se ha adoptado una posición que contribuye a la rapidez, porque el traslado en principio se produce automáticamente, salvo que, a instancia de una de las partes, el demandado, se solicite el fin del procedimiento en caso de oposición. En segundo término, respecto a si el escrito de oposición invalida el requerimiento de pago o si el requerimiento de pago se convierte en el objeto del subsiguiente procedimiento ordinario, la Posición Común modificada remite a las normas del proceso civil ordinario del Estado miembro de origen.

De acuerdo con las dos interpretaciones indicadas, si tras presentar el escrito de oposición, sin manifestación alguna por parte del demandado, fuese competente la jurisdicción española, el asunto continuara ante el Juez de Primera Instancia competente y, en tal caso, habrían de tomarse en cuenta, no tanto las normas del proceso civil ordinario, como señala la Posición Común modificada, cuanto las específicas normas reguladoras del proceso Monitorio español (art. 818.2), que resuelven esta cuestión en función del doble procedimiento aplicable según la cuantía. De un lado, si la cantidad reclamada no excede de la propia de un verbal, el tribunal procederá de inmediato a convocar la vista. De otro, y por el contrario, el acreedor tendrá que interponer una demanda en el plazo de un mes a contar desde el traslado del escrito de oposición, en el caso de que el asunto se tramitara a través de un procedimiento ordinario.

### **6.2.7. Ejecución**

Trascurrido el plazo de presentación del escrito de oposición sin que el deudor lo formule, el órgano jurisdiccional hará ejecutivo sin demora el requerimiento europeo de pago,

mediante un formulario normalizado<sup>680</sup> y será reconocido y ejecutado en los demás Estados miembros, distintos al de origen, sin necesidad de procedimiento intermedio o de “exequatur” alguno<sup>681</sup>.

En particular, y sin perjuicio de las disposiciones contenidas en el Reglamento<sup>682</sup> los procedimientos de ejecución se regirán por la ley del Estado miembro de ejecución, si bien cabe destacar algunos deberes del demandante y algunas opciones para el demandado que se prevén en el Reglamento comunitario.

De un lado, si la ejecución tuviera lugar en un Estado miembro distinto al de origen, el demandante tendrá que presentar ante la autoridad de ejecución competente de dicho Estado los documentos que señala el art. 21.1. De otro, el demandado puede instar la denegación de la ejecución (art. 22), así como la limitación o suspensión de la ejecución, si hubiere solicitado la revisión prevista en el art. 20<sup>683</sup>.

En este sentido, la posibilidad de que el demandado tenga derecho a solicitar la revisión del requerimiento de pago ante el órgano jurisdiccional competente del estado de origen<sup>684</sup>, como recurso extraordinario, (art. 20) parece en principio justificarse en virtud del derecho de defensa del deudor, para compensar que se trata de un modelo “sin prueba” y “de una sola fase”. Ahora bien, y, en consonancia con lo que ya anticipaba la Comisión el Libro Verde sobre el procedimiento monitorio<sup>685</sup>, dado que ni se trata de un recurso ordinario, ni cabe reexaminar el asunto en otro procedimiento judicial posterior, dicho título ejecutivo ostenta

---

<sup>680</sup> Art. 18 RPME.

<sup>681</sup> Art. 19 RPME.

<sup>682</sup> Arts. 21,22 y23 RPME.

<sup>683</sup> Cabe la revisión tan sólo en casos excepcionales, tales como que se haya ocasionado indefensión o en caso de fuerza mayor o circunstancias excepcionales o si se a concedido injustamente.

<sup>684</sup> Art. 29.1 (b)”Los Estados miembros comunicarán a la Comisión (b) el procedimiento de revisión y los órganosjurisdiccionales competentes a efectos de la aplicación del artículo 20.” RPME.

<sup>685</sup> Pp. 44 y 45 del referido Libro Verde.

valor de cosa juzgada, lo que no ha de vulnerar derecho de defensa alguno si durante el procedimiento se salvaguardó oportunamente.

De acuerdo con la regulación de la EPO si bien, con algunas deficiencias sobre el derecho de defensa, tales como la falta de obligatoriedad de asistencia técnica a partir de una determinada cuantía, la ausencia de una auténtica obligación de informar al deudor del contenido del requerimiento de pago y, a la espera de que las normas sobre la notificación del requerimiento de pago resulten realmente efectivas, se contribuye a la creación de un procedimiento rápido y eficaz, con la adopción de un modelo “sin prueba” y de “una única fase”, la utilización de formularios normalizados, el establecimiento de plazos relativamente cortos para que el órgano jurisdiccional requiera de pago o el deudor pague o se oponga, sin el establecimiento de límite cuantitativo alguno de la cuantía que se reclama y, fundamentalmente, con la creación de un auténtico título ejecutivo para cuya realización en cualquier Estado miembro de la UE no precisa de exequatur. Por ello, parecería oportuno que se aplicase en principio a asuntos internos, en cuyo caso, constituiría una opción para los españoles que puedan acudir a él en el caso de que lo considerase más ventajoso que el procedimiento monitorio regulado en la LEC.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA CONCLUSION:** El procedimiento ordinario de conocimiento, tradicionalmente tomado como base y punto central del ordenamiento procesal, ha estado siendo corroído por nuevas posturas, preocupadas por la efectividad de la tutela jurisdiccional y por un proceso de resultados.

Describiendo los males que determinan la demora de la prestación jurisdiccional, la ideología liberal-individualista de fines del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX planteaba con absoluta certeza que la técnica del procedimiento ordinario sería apta para tutelar un elenco infinito de derechos, esto evidenció el carácter mitificador, consecuencia del presupuesto teórico de la igualdad formal de las partes y propició el culto aquella forma de procedimiento.

El modelo tradicional de procedimiento ordinario es inadecuado para asegurar la tutela jurisdiccional efectiva a todas las situaciones de ventaja. El procedimiento ordinario de conocimiento no puede ser considerado más una técnica universal de solución de controversias, por lo que se ha vuelto necesario sustituirlo, en la medida de lo posible y observando determinados presupuestos, por otras estructuras procedimentales, más adecuadas a la especie de derecho material a ser tutelada capaces de hacer frente a situaciones de urgencia.

**SEGUNDA CONCLUSION:** Entendidas como un proceso autónomo y exclusivo, el Proceso Monitorio produce efectos sustantivos o definitivos sin necesidad de estar vinculadas a la interposición coetánea o ulterior de otra pretensión principal para evitar su caducidad o decaimiento. Es decir, la autonomía se traduce en que se agota con el despacho

favorable, no siendo accesorias o tributarias de otro proceso ulterior.

Cuando por imperio de las circunstancias fácticas invocadas por el demandante, y pruebas aportadas por él, se requiera una tutela en forma inmediata y definitiva, en razón de que el asunto revista tal urgencia que sus derechos se desbaraten con la más mínima demora en el trámite, se dictará inaudita et altera pars (sin oír al destinatario de la medida, sin previa audiencia). Sin embargo, existen algunos supuestos fácticos en los cuales el Juez, excepcionalmente, apreciando las particularidades de la pretensión, y en pleno uso de sus facultades jurisdiccionales, puede disponer que se realice un trámite previo y expedito que no excederá del otorgamiento a quien correspondiere de la posibilidad de ser oído, disponiendo, por ejemplo, un traslado, una vista o una audiencia antes de resolver.

**TERCERA CONCLUSION:** En la tarea de reglamentación de los principios, la ley debe compatibilizar el ejercicio de los derechos de todos los intervinientes en el proceso, con el interés social que existe en la eficacia de la justicia.

El proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales pues no se trata ciertamente del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, que es su norte.

**CUARTA CONCLUSION:** El derecho de contradicción es el derecho subjetivo, público, abstracto y autónomo, ejercitable ante el Estado y del que goza todo demandado para ser oído en los estrados judiciales y para disfrutar de la oportunidad de proponer defensas.

La exacta dimensión de este principio no es necesariamente una igualdad aritmética, sino

una razonable igualdad de posibilidades en el ejercicio de la acción y defensa. Las, pequeñas desigualdades requeridas por necesidades técnicas del proceso no quebrantan el principio.

Es este principio no exhibe excepciones, aunque por razones de índole práctica se impone la necesidad de desplazar, postergar o diferir transitoriamente y temporalmente la oportunidad del ejercicio del contradictorio (y, así, se habla del carácter eventual de la contradicción), pero el principio en si no se desplaza ni neutraliza.

Por ello es que la doctrina, ni la jurisprudencia de la mayoría de nuestros países, consideran que los procesos cautelares, o las medidas ejecutivas, que difieren la eventualidad de la controversia para luego de perfeccionada la medida (de garantía), ni los procesos monitorios que invierten la carga del contradictorio y su apertura a la oposición de excepciones después de la sentencia inicial que dicta el Juez, verificando los presupuestos en la documentación presentada, implican la violación de dichos principios.

Recordemos que es principio constitucionalizado en la mayoría de las Cartas Magnas del mundo civilizado de que “nadie puede ser privado de su libertad o propiedad sin juicio previo”. El Juez debe tener presente que para anticipar la tutela, deberá realmente constatar la veracidad del derecho invocado, a la luz de prueba inequívoca, ya que la rapidez del proceso nunca puede implicar un desprecio al principio del contradictorio.

El derecho a la tutela jurisdiccional es constitucionalmente apto para acoger no sólo el acceso a la justicia de aquél que esgrime su acción sino también la garantía del debido proceso que goza el demandado.

**QUINTA CONCLUSION:** Todo ordenamiento jurídico procesal y toda actuación del órgano jurisdiccional quedan sometidas al requisito de respetar el derecho de todos a no padecer indefensión; derecho que puede ser sintetizado como el consistente en no sufrir dentro de un proceso una privación o limitación de las posibilidades esenciales de defensa u oposición, siempre que tal privación o limitación de la defensa acarree un perjuicio efectivo y definitivo a los derechos e intereses sustantivos del justiciable y que dicho resultado no le sea imputable a quien lo alega.

La indefensión está universalmente pro scripta, respecto de la tutela judicial de cualquier derecho o interés legítimo. La Constitución prohíbe, pues, privaciones o restricciones ilegítimas de defensa ante los tribunales de los derechos e intereses, con independencia de la importancia o entidad de dichos derechos e intereses.

Así como justificamos que por exigencias de la “tutela judicial efectiva” era posible “anticipar” la respuesta jurisdiccional sin escuchar o permitir alegar y probar a la “contraparte”, ahora importa ver cómo puede dársele a éste la posibilidad constitucionalmente consagrada para cuestionar o resistir la decisión dictada que ha cambiado la situación inicial o statu quo del conflicto intersubjetivo de intereses antes de ser presentado a consideración del juzgado.

**SEXTA CONCLUSION:** Los términos tutela diferenciada, o simplemente tutela indican exactamente la utilización de técnicas procesales que puedan evitarle a las partes y a la administración de justicia el costo del proceso de conocimiento pleno, en los casos en que no se justifica la plausibilidad de contestación; de esa forma se asegura rápidamente la efectividad de la tutela jurisdiccional en las situaciones de ventaja de contenido no patrimonial y que sufrirían daño irreparable por la demora de la cognición plenaria con lo que se evita el abuso del derecho de defensa del demandado, mediante la utilización de los

instrumentos de garantía previstos para el procedimiento ordinario.

Claro está que, incluso en la tutela diferenciada o sumaria las garantías constitucionales deben ser respetadas, por lo que debe adecuarse a situaciones tales como: el contradictorio podrá ser diferido, el derecho a la prueba ajustado a la realidad de los hechos, los recursos y las vías de impugnación limitados.

Del análisis hecho en la investigación surge inequívocamente esa tendencia, consustanciada en los diversos medios (o soluciones) procesales que pueden evitar el proceso ordinario de conocimiento, ante lo cual es importante destacar que éste no desaparece, pues debe considerándose que es adecuado para resolver las controversias más complejas y capaz de llevar a una mayor estabilidad en las relaciones jurídicas (con la cosa juzgada), pero ciertamente puede y debe ser sustituido en las diversas situaciones que justifican la tutela diferenciada (o sumaria lato sensu).

Este es el camino evolutivo que algunos ordenamientos ya consagran y que debe conducir a otros a las reformas necesarias para asegurar la efectividad de la tutela jurisdiccional, desmitificando, cuando sea necesario, los dogmas de la universalidad del procedimiento ordinario de conocimiento, de la sentencia y de la cosa juzgada.

El Proceso Monitorio es un instituto procesal idóneo para la obtención del valor eficacia que toma como base el trámite del juicio ejecutivo y lo reelabora para darle verdadera expeditividad.

**SEPTIMA CONCLUSION:** La experiencia de la Unión Europea en la discusión y formulación de un procedimiento monitorio único nos ofrece un excelente antecedente

para la incorporación legislativa del instituto en países que lo desconocen. Su utilidad ha demostrado un éxito valioso tanto para el justiciable como para la administración de justicia.

La existencia de los elementos esenciales que lo configuran, nos permiten predicar que estamos ante un procedimiento monitorio. Al invocar el recurso que nos ofrece el derecho comparado comunitario no permite sino hablar de una pluralidad de formas que puede asumir el instituto, esto debido a que el Proceso Monitorio responde a realidades concretas de cada uno de los países miembros, por lo que en base a lo que llamaremos elementos accidentales podemos identificar una diversidad de formas y matices que asume el Proceso Monitorio y poder calificarlo de más o menos eficiente.

La propia jurisprudencia comunitaria ratifica su utilidad y adecuación a los requerimientos del debido proceso, pues garantiza una breve solución a un problema práctico de deudas impagadas, lo que obliga a la búsqueda de mecanismos que hagan expedito su cumplimiento.

**OCTAVA CONCLUSION:** El esquema procesal parte de la base de que es el actor quien genera el litigio, quien irrumpe en la libertad jurídica de otro, y por eso debe cargar con el peso todo o gran parte del proceso; este punto de partida contiene un vicio inicial de consolidación intelectual. Ello es así porque en ciertos casos el cumplimiento de todas las etapas procesales, postulación y prueba y también la alternativa de incidentes y recursos resultan ineficaces frente a taxativas situaciones que requieren solución urgente. El Proceso Monitorio invierte este esquema procesal clásico y se asienta en la finalidad de vencer la inercia del deudor obligándolo a salir de su entorno y correlativamente permite al acreedor que tiene un título ejecutivo obtener solución rápida y con el mínimo gasto a través de un procedimiento simple y expedito.

Para acceder al Proceso Monitorio, el actor deberá exhibir un documento auténtico que es taxativamente nominado en la ley. Comienza con una solicitud de apertura del procedimiento, la que el juez debe examinar cuidadosamente si el título cumple con los requisitos legales, si es así, su primera decisión será el dictado de la sentencia monitoria, mandando a llevar adelante la ejecución por el monto adeudado y en forma simultánea intimará al ejecutado para que cumpla en un plazo determinado, pues el mandamiento contiene un requerimiento de pago, caso contrario se procederá al embargo de bienes del deudor.

En el Proceso Monitorio la estructura contradictoria normal se invierte, pues planteada la petición por el actor, el tribunal dicta en forma inmediata sentencia, es decir que admitida la demanda, el juez sin más trámite, es decir sin dar traslado a la parte contraria dicta sentencia admitiendo la pretensión del actor.

**NOVENA CONCLUSION:** El proceso monitorio ha evolucionado abundantemente en su esencia y en su variación, indicándonos que no es una figura novedosa, que ha sido constantemente invocada desde la época romana como una medida eficaz para la protección del crédito, es decir como una medida garante de inmediatez.

**DECIMA CONCLUSION:** La doctrina, no se equivoca al afirmar que el desarrollo y ascenso de Instituto estudiado, ha permitido la consolidación del mismo como una figura jurídica emblemática, lo que ha permitido definirla como uno de los mas efectivos medios para reclamar deudas. El proceso Monitorio es una forma especial del proceso de cognición abreviado que se manifiesta en el examen que hace el juez competente al momento de serle presentada la petición.

**DECIMA PRIMERA CONCLUSION:** El proceso Monitorio en el caso de El Salvador tiene

como precedente el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica el que lo recoge y lo vuelve dinámico, de tal forma que ha sido retomado con algunas variantes en diversas latitudes y además ha sido retomado no solo en el ámbito de reclamo de pago de obligaciones dinerarias sino también en otros tipos de obligaciones.

**DECIMA SEGUNDA CONCLUSION:** La importancia de este tipo de proceso es tal, que no solo ha sido retomado por los países individualmente sino también a nivel comunitario por la Unión Europea, como alternativa transfronteriza para resolver los altos índices de mora, en el pago de las obligaciones.

## BIBLIOGRAFIA

### 1. LIBROS

ALEXY, R., “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica, Doxa 5.

ALEXY, R., “Zum Begriff Rechtsprinzips” publicado en *Rechtstheorie* Berlin 1971, cuaderno 1, 1979.

ALIAGA CASANOVA A. C., Desarrollo procedimental del Proceso Monitorio, especial referencia al mandato de pago y a las posibles conductas del deudor,” *Estudios Jurídicos del Cuerpo de Secretarios Judiciales VII-200 1*, CEJAJ

ALONSO CUEVILLAS S. J., coord CORREA DEL CASSO J. P., “El Proceso Monitorio, capítulo V volumen IV p 223 editorial Economis & Jurist Barcelona 2000 Instituciones del Nuevo Proceso Civil, comentarios sistemáticos a la ley 1/2000.

ANDREWS, N., “Accelerated Justice” under the English Civil Procedural Rules, *ZZPInt*, vol., 7, 2002.

ARAZI, ROLAND. “*Derecho Procesal Civil y Comercial* ”, Parte General y Especial. ed. segunda. Actualizada y Ampliada. ED. Astrea de Alfredo y Ricardo De palma. Buenos Aires, Argentina, 1995

ARIANO DEHO, E., “El nuevo proceso de declaración de filiación extramatrimonial. ¿Vanguardismo o primitivismo procesal?”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 134. *Gaceta Jurídica*. Lima, enero de 2005

ARMENTA DEU, T., “Lecciones de derecho procesal civil, procesos de declaración, procesos de ejecución y procesos especiales”, ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.

ASENCIO MELLADO, J.M., “Derecho procesal civil parte primera, 2<sup>a</sup> edición, Ley 1/2000, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

BALDWIN, JOHN. 1997a. “Monitoring the Rise of the Small Claims Limit: Litigants’ Experience of Different Forms of Adjudication.” *Research Series 1/97*. Lord Chancellor’s

Department, Londres.

BACRE, A., TEORIA GENERAL DEL PROCESO, t. I, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires.

BANACLOCHE PALAO, J., «El libro blanco de la Justicia en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en La Ley, T. 2, 1998.

BARRETO, M. y SARMIENTO, L. “*De los derechos, las garantías y los deberes*”, Título segundo en Constitución Política de Colombia Comentada por la Comisión Colombiana de Juristas. Bogotá. 1997.

BENÍTEZ PARRA J. *Introducción al derecho*, ed. Temis, Bogotá Colombia, 1999

BERIZONCE, R. "Código-Tipo y Reforma del proceso en América Latina: Entre el Derecho común y el Derecho uniforme (Anteproyecto de Código-Tipo del proceso civil para América Latina)". En VVAA (Schipani, S.; Vaccarella, R., Coord.), *Un Codice Tipo diprocedura civile per L'America Latina*. CEDAM, Padova, 1990.

BERTOLDI DE FOURCADE, M., estado civil, acciones y procedimiento, ed. Advocatus, Córdoba, Argentina, 1998

BETERO, Sergio Manuel. “El descubrimiento del genoma humano. Su impacto en el Derecho”. En: La Ley. Actualidad. Año LXIX, N° 131. Buenos Aires, 7 de julio de 2005.

BIAVATI, P., “El procedimiento civil simplificado y acelerado en el marco europeo, influencia italiana”, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. Vol. año 2002

BIDART CAMPOS, G. Derecho a la jurisdicción en Argentina, ed. Ediar, Buenos Aires, 1961

BILDA, A., “Bindungswirkung von Urkundenvorbehaltsurteilen“, NJW, año 1983.

BOHÓRQUEZ, L.F. Y BOHÓRQUEZ, J. I., Diccionario jurídico Colombiano, J.I. editorial jurídica nacional, Bogotá.

BOSINA, J./SCHNEIDER, M., Die Elektronische Klage. Elektronischer Rechtsverkehr

(ERV) und Gebühreneinzugsverfahren, Manz, Viena, 1990.

BORTHWICK, A., Principios Procesales, ed. C. Mave S.F., Buenos Aires, Argentina,

BRAUN, J., Rechtskraft und Rechtskraftdurchbrechung von Titeln über sittenwidrige Ratenkreditverträge, Heymanns, Köln/Berlin/Bonn/München, 1996.

BUENO RINCÓN, F. E., “La investigación de la filiación y las pruebas biológicas”. 2ª edición. Ed. Jurídico Gustavo Ibáñez. Colombia, 1996

CADIET, L., Code de procedure civile, 18 ed., Litec, Paris, 2005, Art. 1406 y Art. 1422.

CAENEGEM, V., History of European Civil Procedure, en Cappelletti, Internacional Encyclopedia of Comparative Law, XVI, Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Stebeck) 1973-1987.

CALAMANDREI, P. El Procedimiento Monitorio, Traducción de SENTIS MELENDO, S., Buenos Aires, Argentina, 1953, ed. EJEA.

CALAMANDREI, P., proceso y democracia,. Traducción de FIX ZAMUDIO, ed. Jurídica Europa América, Buenos Aires, 1960

CAPPELLETTI, M., “El proceso civil en el derecho comparado”, trad. De SENTIS MELENDO, S., Buenos Aires, ed. EJEA, 1973.

CARNELUTTI, F. Instituciones de Derecho Procesal Civil, vol. 3, Biblioteca Clásicos del Derecho Procesal Harla, ed. Mexicana 1977, Traducción y compilación de FIGUEROA ALONZO, E., y Editorial Pedagógica Iberoamericana, SA de CV.

CARNELUTTI, F. “Cómo se hace un proceso”. Ed. Temis, Bogotá, Traducción de SENTIS MELENDO, S. Y AYERRA REDÍN, M., 4 reimpresión de la 2 edición, 2004.

CARNELUTTI, F. La prova civile. Parte generale: Il concetto giuridico della prova. Dott A. Giuffré Editore, Milano, 1992.

CARNELUTTI, F., Lezioni di diritto processuale civile, t. II, Cedam, Padua, 1931.

CARRANZA CANTERA F. J., CARRERA MARAÑA J. M., DIAZ MENDEZ N., PARDO

MUÑOZ F. J., PUENTE DE PINEDO L., RODRIGUEZ ACHUSTEGUI E., SANZ MORAN A., SUAREZ-QUIÑONES FERNANDEZ J. C., Criterios judiciales de aplicación de la nueva ley de Enjuiciamiento civil. La ley Madrid 2003

CAROCCA PEREZ, A., Garantía Constitucional de la defensa procesal, ed. J.M. BOSCH, Barcelona, 1998

CORRAL TANCIANI, H., "Derecho y Derechos de familia, ed. Grijley. Lima, 2005.

CORREA DELCASSO, J. P., "El Proceso Monitorio en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil", La Ley, 1998.

CORREA DELCASSO, J. P., El Proceso Monitorio de la Nueva Ley, ed. Bosch, Barcelona, 2000

CORREA DELCASSO, J. P., "El Proceso Monitorio", ed. JMBosch, 1998

CORTEZ DOMINGUEZ, "Derecho Procesal Civil", Parte Especial, Ed. Colex, 2000.

CORTES DOMINGUEZ V., MORENO CATENA V., coord, GONZALEZ GRANADA P., MORENO JUNA, D., VILLAGOMEZ CEBRIAN M., La Nueva ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo V. p 61, ed. Tecnos. Madrid 2000.

COUTURE, E. J., estudios, ensayos y lecciones de derecho procesal civil, en serie clásicos del derecho procesal civil, Vol. II, ed. Jurídica Universitaria, San José, Costa Rica, 2001

COUTURE, E., fundamentos de derecho procesal civil, 3<sup>a</sup> edición, ed. Desalma, Buenos Aires, 1977

CRISTOFOLINI, G., Processo d'ingiunzione, Cedam, Padova, 1939.

CUENCA, H., Derecho Procesal Civil, 2000, t. II, Octava Edición, Caracas, ediciones de la biblioteca de la Universidad Central de Venezuela.

CHIOVENDA G, Curso de Derecho Procesal Civil, Biblioteca Clásicos del Derecho Procesal, Vol. IV, Ed. Harla, México, Traducción del Libro Istituzioni di diritto processuale civile

hecha por FIGUEROA ALONSO, E.

CHIOVENDA G., "Principios de Derecho procesal Civil", Tomo I, Ed. Reus 1992, Madrid, España, Traducción hecha por JOSÉ CÁSAIS Y SANTALÓ.

CHIOVENDA, G, "Las formas en la defensa judicial del Derecho", en Ensayos de Derecho Procesal Civil, traducción de SENTIS MELENDO, S., Ed. EJEA, Vol. I, Buenos Aires 1949.

DEL VECCHIO, GIORGIO. *Los principios generales del derecho*. Tercera edición, Barcelona, 1978.

DE LA PLAZA, M., derecho procesal civil español, ed. Revista de derecho privado, Vol. I, Madrid 1951

DE TRAZEGNIES GRANDA, F. "El caso contra el Derecho Civil: críticas, estrategias, perspectivas". En: Homenaje a Max Arias Schreiber. Academia Peruana de Derecho. Gaceta Jurídica. Lima, 2005.

DI LELLA, P. "Paternidad y pruebas biológicas". Ed. Depalma. Buenos Aires, 1977

DÍAZ CLEMENTE, A., Instituciones del derecho procesal, t. I, Buenos Aires, ed. Abeledo Perrot, 1972.

Diccionario Enciclopédico, Ed Sopena, Barcelona, 1980.

DWORKIN, R., "Theorie der Grundrechte, Baden – Baden: Nomos, 1985; 2 y 3 ed. Inalteradas en la editorial Suhrkham en 1986 y 1994, traducida por GARZON VALDES, E., y ZIMMERLING, R., como Teoría de los derechos fundamentales, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

DORADO PICÓN, A., «El Proceso Monitorio: el espacio judicial europeo y el Secretario Judicial», en Estudios Jurídicos. Secretarios Judiciales, III. Madrid, 2003

ECHANDIA, H. D., nociones generales del derecho procesal civil, ed. Aguilar, Madrid, 1966

ECHANDIA, H. D., teoría general del proceso, t. I, ed. Universal, Buenos Aires, Argentina, 1984

ECHANDIA, H.D., compendio de derecho procesal, ed. ABC, 1ª edición, Buenos Aires, 1983

EISNER, I., “Planteos Procesales: ensayos y notas sobre el proceso civil”, ed. La Ley, Argentina, 1985.

ESCOBAR GIL, R. Teoría general de los contratos de la administración pública: los principios de reciprocidad de prestaciones y de buena fe, Legis Editores S.A., Colombia, 1999.

ESCRIBANO MORA, F. coord. El proceso Civil Vol. VIII, Libro IV, ed. Tirant. Lo Blanch, Valencia, 2001.

F. /COLESANTI, A. /TARUFFO, M., Commentario breve al Codice di Procedura Civile, Cedam, Padova, 2005, Art. 642.

ESCUADERO MORATALLA, J. F y FRIGOLA VALLINA, J., «El Secretario Judicial. Concepto y complemento», en Justicia, núm. 2. 1997

FERNANDEZ ENTRALGO, J. Defensa del ciudadano contra los actos del poder judicial, estructura y procedimiento de los órganos jurisdiccionales, en VV.AA., Primeras jornadas de Derecho Judicial, Madrid, 1983

FERNÁNDEZ SEGADO, F., El Sistema Constitucional español: 2da Reimpresión, ed. Dykinson, S. L., Madrid, 1997

FAIREN GUILLEN, V., “Doctrina general del derecho procesal, hacia una teoría y ley procesal generales”, ed. Bosch, Barcelona, 1990.

FAIRÉN GUILLEN, V., “Temas del Ordenamiento Procesal”, Tomo II, Ed. Tecnos, Madrid, 1969.

FAIREN, GUILLEN, V. El Juicio ordinario y los Juicios rápidos, Ed. Bosch, Barcelona,

1953

FASCHING, H., “Die Zivilverfahrensnovelle 1981”, JBl vol. 1982.

FASCHING, H., Libro de texto de la Ley de Enjuiciamiento Civil Austriaca, Manz, Viena, 1990.

FREIRE DIEGUEZ, M. L., Procedimientos afines a la jurisdicción voluntaria. El Proceso Monitorio. El incidente de cuenta jurada, Estudios jurídicos, Secretarios judiciales, VII-200 1, CEJAJ, Madrid

FERREIRA RUBIO, D. M. *La buena fe*, Madrid, Ed. Montecorvo, 1984,

FREUNDENTHAL, M., “Cobro de deudas dinerarias: una comparación de los elementos básicos para los países bajos en el procedimiento de cobro de deudas” “, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Maastricht, v. año 1997

FREUNDENTHAL, M., «Los Procedimientos de cobro de deudas con el procedimiento monitorio tomando como modelo el derecho comparado », Kluwer, Deventer, 1996

GARBAGNATI, E., Il procedimento d’ingiunzione, Giuffrè, Milano, 1991.

GARBERÍ LLOBREGAT, “Los procesos Civiles”, ed. Bosch, 2001.

GARBERÍ LLOBREGAT, J. El Proceso Monitorio en la Ley de Enjuiciamiento Civil, ed. Bosch, Barcelona

GARCÍA MAYNEZ. E., *Filosofía del Derecho*, México, ed. Porrúa, 2a edición, 1977

GARCIA BALLARIN, SONIA “La ley de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales “en la revista *economist & jurist*, mes de abril 2005 Barcelona.

GARCIA LOPEZ, J., Reclamación de impagos a través del Proceso Monitorio, guía jurídica práctica para asistir a los profesionales y empresarios, ed. Atelier, Barcelona, 2006

GAUL, H., Möglichkeit und Grenzen der Rechtskraftdurchbrechung unter Berücksichtigung neuerer Tendenzen im deutschen Zivilprozess, Thrazische juristische

Abhandlungen, T. 12, Athen, 1986.

GEISSLER, M., "Die Rechtskraft des Vollstreckungsbescheids auf dem Prüfstand des sittenwidrigen Ratenkreditgeschäfts", *NJW* vol. Del año 1987.

GIMENO SENDRA, V. Y MORENILLA ALLARD, P. en "Derecho Procesal Civil, Tomo II, Los Procesos Especiales, pp. ed. Colex, 1ª edición, 2005.

GIMENO SENDRA, V., Fundamentos del derecho procesal, ed. Civitas, Madrid, 1981,

GIMENO SENDRA, V., introducción al derecho procesal, ed. Salamanca, 2ª edición, Valencia, España, 1997.

GIMENO SENDRA, V., Práctica Procesal Civil. Vol. IX, ed. La Ley. Año 2002.

GÓMEZ AMIGO L., "La introducción del Proceso Monitorio en el sistema procesal español, Actualidad civil año 1999 tomo IV p 1189,

GÓMEZ COLOMER, J.L., "El Proceso Monitorio en el Nuevo Proceso Civil" (Ley 1/2000), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, España 2000.

GÓMEZ ORBANEJA Y HERCE QUEMADA, "Derecho Procesal Civil", Vol. I y II, Ed. Artes Graficas y Ediciones, Madrid, 1976.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, 4ª edición actualizada, ed. Thomson-Cívitas, 2004.

GORDILLO, M. "Derecho Procesal Civil Guatemalteco ". ed. primera. Guatemala

GRÜN, B., Die Zwangsvollstreckung aus Vollstreckungsbescheiden über sittenwidrige Ratenkreditforderungen. Klage aus § 826 oder beschränkte Rechtskraft des Vollstreckungsbescheids?, Otto Schmidt, Colonia, 1990.

GRUNSKY, W., "Voraussetzungen und Umfang des Vollstreckungsbescheids", *JZ* vol. del año 1986.

GUASP, J., ARAGONESES, P., Derecho procesal civil, t. II, Parte especial: Procesos

declarativos y de ejecución, sexta edición, ed. Thompson Civitas.

GUERRA CERRÓN, M. E., “Hacia una justicia de paz. Un asunto de interés nacional”, Cap. I ed., Grijley. Lima, 2005

GUILLERMO CABANELLA. Diccionario de Derecho Usual, Tomo VI, Ed. Heliasta s.r.l. 1989, Buenos aires, Argentina.

GUTIERREZ ALVIZ Y CONRADO, “El Procedimiento Monitorio, Estudio de Derecho Comparado”, Sevilla, España, 1972.

HEB, B., Strukturfragen der europäischen Prozessrechtsvergleichung, dargestellt am Beispiel des Europäischen Mahn- und Inkassoverfahrens”( *Cuestiones estructurales del procedimiento europeo en el proceso de requerimiento de pago*”), en Festschrift Geimer, Beck, München, 2002.

HELMREICH, H., Erscheinungsformen des Mahnverfahrens im deutschsprachigen Rechtskreis, (*manifestaciones del procedimiento monitorio en el ámbito alemán*, traducción propia), Heymanns, Köln/Berlin/Bonn/München, 1995.

HERRERA NAVARRO, S. “Proceso de ejecución”. Normas Legales. Trujillo, 2002.

HEUMAN, L., Specialprocess- Utsökning och konkurs, Norstedts, Stockholm, 1991.

HINOSTROZA MINGUEZ, A., “Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo”. Tomo II. Gaceta Jurídica. Lima, 2003.

HINOSTROZA MINGUEZ, A., “La prueba en el proceso civil. Doctrina y jurisprudencia”. 3ª edición. Gaceta Jurídica. Lima, 2002

HORSMANS, G., «El Procedimiento de requerimiento judicial o simplificado para la recuperacion de algunos creditos en los paises del Mercado Comun », Ed. Établissement Émile Bruylant, Bruxelles, 1964.

PICO I JUNOY, J. y DOMÉNECH, F.A., La Tutela Judicial del Crédito,, Estudio Practico de Los Procesos Monitorio y Cambiario, Ed. JM Bosch, Barcelona, 2005.

KANT, E. *Crítica de la razón práctica*, Espasa-Calpe, Madrid 1975.

KARL LARENZ, Y LUDWING ENNECCERUS, derecho de las obligaciones, trad. por PÉREZ GONZÁLEZ, B. Y ALGUER, J., Barcelona.

KODEK, G., “Zum Prüfungsumfang im Mahnverfahren”, ÖRZ, 1998.

KODEK, G., Österreichisches Mahnverfahren, ausländische Beklagte und das EuGVÜ ZZPInt vol. 4, 1999.

KOHLER, J., Zur Geschichte der executorischen Urkunde in Frankreich, in *Gesammelte Beiträge zum Zivilprozess, (Sobre la historia del requerimiento de pago en francia contribución al cobro de obligaciones civiles)*, reeditado de la versión original Berlín, 1864 por ed. Scientia, Aalen, 1969.

KÖNIG, B., “Bemerkungen zur Regierungsvorschlag einer Zivilverfahrens-Novelle”, JBl vol. 1982.

LARENZ, K. y ENNECCERUS, L., “Derecho de las obligaciones”, trad. por BLAS PÉREZ GONZÁLEZ Y JOSÉ ALGUER, Barcelona,

LASTARRIA RAMOS, E., “Titulares de la acción”. En: Código Civil comentado. Tomo III. Gaceta Jurídica. Lima, 2003

LECHNER, H., Das gerichtliche Mahnverfahren in der Bundesrepublik Deutschland und in der Republik Österreich: unter besonderer Berücksichtigung der Verfahrensautomation durch Computereinsatz, HBZ, Augsburg, 1991.

LEGARRE, S. y RIVERA, J. C., (h). “Naturaleza y dimensiones del ‘stare decisis’”. En: La Ley, Año LXIX, N° 211. Buenos Aires, 31 de octubre de 2005.

LEDESMA NARVÁEZ, M., “Ejecutorias”. Tomo I. Cultural Cusco. Lima, 1995

LOPEZ GONZALEZ, J.A., Teoría sobre el principio de la oralidad en el proceso civil, ed. s/n. 1ª ed., agosto 2001.

LÓPEZ SÁNCHEZ, J., El Proceso Monitorio, La Ley, Madrid, 2000.

LORCA NAVARRETE, “El Procedimiento Monitorio Civil”, San Sebastián, 1996.

MAGALLÓN IBARRA, J.M., “Instituciones de Derecho Civil”. Tomo III. Derecho de Familia, ed. Porrúa. México, 1988.

MAGRO SERVET VICENTE Coordinador. Guía práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Editorial La Ley, Madrid, 2002,

MAGRO SERVET, V. El Proceso Monitorio, editorial SEPIN, Madrid 2006

MANTILLA DE LOS RIOS VERGARA, C., El Proceso Monitorio, ejecución y reclamación de cuotas en regímenes de propiedad horizontal, ed. Bosch, Barcelona, 2001,

MÉNDEZ TOMAS, R.M., “El Proceso Monitorio”, en Biblioteca básica de práctica procesal, ed. Bosch, Barcelona, 2006.

MIGUEL Y ROMERO, M., Principios del Moderno Derecho Procesal Civil, Valladolid, 1931.

MONTERO AROCA, J. y CALDERÓN, M.P., Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 Anotada y Concordada Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

MONTERO AROCA, J. y otros en “El Nuevo Proceso Civil” Ley 1/2000, 2ª edición, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

MONTERO AROCA, J., Análisis Crítico de La Ley de Enjuiciamiento Civil, Ed. Civitas.

MONTERO AROCA, J., en el libro de Homenaje a JAIME GUASP, Autores Varios,(Madrid, 1984) en el trabajo sobre: “La reforma del proceso ejecutivo para Ibero América: la adopción del proceso de estructura monitoria”.

MORENO CATENA/GIMENO SENDRA/ALMAGRO NOSETE/CORTEZ DOMINGUEZ, Derecho procesal t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989

MORENO/CORTES/GIMENO “Introducción al Derecho Procesal”, Valencia, 1993.

MUSIELAK, J., en *Münchener Kommentar-ZPO*, Beck, München, 2002, comentario al § 302.  
O'BRIEN, D., "The New Summary Judgment: Raising the Threshold of Admission", *Civil Justice Quarterly*, Vol. 18, Londres, 1999.

ORTELLS RAMOS, M. Y otros, "Derecho procesal civil", ed. Thompson Aranzadi, 2004.

ORTELLSRAMOS/MONTEROAROCA/GOMEZCOLOMER, *Derecho jurisdiccional*, t. I, vol. I, ed. Bosch, Barcelona, 1989

OVALLE FAVELA, J. "*Teoría General del Proceso*," ed. Oxford. México.

PAZ ESPINOZA, Félix. "Derecho de Familia y sus instituciones". 2ª edición. G.G. Gráfica. La Paz, 2002.

PALACIO LINO, E., "Derecho procesal civil", (1979), t. I y II, ed. Abeledo Perrot, 1983.

PALMERO, J. C. "Vélez Sarsfield y el Derecho en Latinoamérica". En: Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield. Tomo I. Academia Nacional de Córdoba. Córdoba, 2000.

PAOLI, P., "Due statutti della guarentigia", *Arch. Storital.*, vol. año 1882.

PASSI LANZA, M.A., "Los principios del proceso moderno", ed. Jus.

PEREIRA FILHO, B., "Procedimento Monitório e sua executoriedade", *Em Tempo* (Marília), Marília/SP, v. 5, 2003.

PÉREZ RAGONE, A./ORTIZ PRADILLO, J., "*Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*", Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo, que incluye artículos introductorias de PRÜTTING, H., Y DE FALCO, S., Konrad Adenauer Stiftung, (Fundación Konrad Adenauer), Programa Estado de Derecho para Sudamérica, 1996.

PEREZ RAGONE, A., *Europäisches Mahnverfahren*, Heymanns, Köln, 2005.

PEYRANO, J.W., en "El proceso civil", ed. Astrea (1978).

PICO I JUNOY, J. /DOMENECH, F. A., *La tutela judicial del crédito*, estudio practico de

los procesos monitorio y cambiario, ed. JMBosch, Barcelona, 2005

PLÁCIDO VILCACHAGUA, A., “Creditur virgini pregnantí..., volviendo al ancien droit: a propósito de la Ley N° 28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial”. En: Actualidad Jurídica. Tomo 134. Gaceta Jurídica. Lima, enero de 2005, p., 42.

PLÁCIDO VILCACHAGUA, A., “La pretensión de alimentos del hijo extramatrimonial cuya paternidad no está determinada”. En: Actualidad Jurídica. Tomo 139. Gaceta Jurídica. Lima, junio de 2005.

POPPER, K., Teoría de los tres mundos dimensionales. En Lógicay ética, ed. Eunsa, 2001

PRÜTING, H., “Introducción”, en Wieczorek, Schütze, ZPO-Kommentar, vol. I, Berlin-Nueva York, 1994, 3ª ed., vol. I.

PRÜTTING, H., “Auf dem Weg zu einer europäischen Zivilprozessordnung, dargestellt am Beispiel des Mahnverfahrens”,( *Hacia un código de procedimiento civil Europeo*) Festschrift für Baumgärtel, Carl Heymanns, Köln, 1990.

PRÜTTING, H./WETH, S., *Rechtskraftdurchbrechung bei unrichtigen Titeln*, Carl Heymanns, Köln/Berlin/Bonn/München, 1988.

QUINTEROS, B. / Prieto E., Teoría General del Proceso, ed. Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, 1995

RAFUL PEREZ, E. Y CHAMORRO BERNAL, F., en el desarrollo del proceso, en Constitución y garantías procesales, AA.VV., editado por el Consejo de la Judicatura, Santo Domingo, República Dominicana, 2003

RAMOS MENDEZ, F., Derecho procesal civil, ed. Bosch, Barcelona, 1980

RAMOS NÚÑEZ, Carlos. “Historia del Derecho Civil peruano”. Tomo II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2001.

RECHBERGER, W., “Ein Plädoyer für ein Europaisches Mahnverfahren”(un monitorio para

los países europeos, traducción propia), en von Doralt P. (Coord en von Doralt P. (Coord.), Festschrift Otto Oberhammer zum 65. Geburtstag, MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien, 1999.

RECHBERGER, W./KODEK, G., "General Report", in Rechberger/Kodek, G. (coord.), order for payment in the European Union, Kluwer, The Hague/London/New Cork, 2001.

ROBLES GARZÓN, J. A. Y ORTELLS RAMOS, M.P., (coord.) "Problemas actuales del proceso iberoamericano"; colaboración de ULATE CHACÓN, E., "Derecho a la tutela cautelar: en el derecho procesal constitucional y comunitario". Vol. 2, 2006, ed. CEDAM (Centro Para la Diputación de Málaga).

RODRIGO, E. G., Teoría general de los contratos de la administración pública: los principios de reciprocidad de prestaciones y de buena fe.

RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, E., "Manual de Derecho Procesal Civil". 6ª edición. Ed. Grijley. Lima, 2004.

RONCO, A., Struttura e disciplina del rito monitorio, (*Estructura y rito del procedimiento monitorio*), Giappichelli Editori, Torino, 2000.

ROSENBERG, L. /SCHWAB, K.-H./GOTTWALD, P., Zivilprozessrecht, (Proceso Civil), Beck, München, 2004.

SÁNCHEZ, J., *El Proceso Monitorio*, La Ley, Madrid, 2000

SENDRA, V.G., "Derecho Procesal Civil, II, Los procesos especiales, ed. Colex.

SENTIS MELENDO, S., "Celeridad en los juicios", en: "Estudios de Derecho Procesal", t. III, Buenos Aires, ed. EJEA

SEOANE CACHARRÓN, J., «Los procesos especiales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Especial consideración del Proceso Monitorio».

SEOANE SPIEGELBERG, J. L., colaboración en la obra Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000 vol. III, Sepin 2000.

SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*. Ed. J. M. Bosch Editor, 2000.

SESTA, M., “Derecho de Familia italiano. ¿Hacia nuevas transformaciones?”. En: Homenaje a Fernando Hinestrosa. 40 años de rectoría 1963-2003. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2003.

SUÁREZ VARGAS, L., “El ‘especialísimo’ proceso de filiación”. En: *Jurídica. Suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano*, Año 2, N° 33, Lima, 15 de febrero de 2005.

STORME, M. (Coord.), *Procedural Laws in Europe Towards Harmonisation*, Maklu, Antwerpen/Apeldoorn, 2003.

TERÁN LOMAS, R. A. M. “Los hijos extramatrimoniales”. Tipografía Editora. Buenos Aires, 1954. Págs. XI y XII.

TOMAS Y VALIENTE, F., *Estudio Histórico Jurídico del Proceso Monitorio*, en *Obras completas*, t. IV, ed. Centro de Estudios Político Constitucionales, 1997.

TOMEI, G., “Procedimento d’ingiunzione”, in *Digesto civ.*, XXIV, Torino, 1996.

TORIBIOS FUENTES F. Y VELLOSO MATA M, *Manual Práctico del Nuevo Proceso Civil*, ed. Lex Nova, 2000.

TORRES VÁSQUEZ, Aníbal: “Introducción al Derecho” (Teoría General del Derecho). Editorial Temis S.A. Segunda Edición, 2001. Bogotá – Colombia.

TREFFER, CH., “Die Wahl derrichtigen Verfahren”, *MDR vol.* del año 1999.

ULATE CHACÓN, E., “Derecho a la tutela cautelar: en el derecho procesal constitucional y comunitario” *Problemas actuales del proceso iberoamericano*, coord. Por ROBLES GARZÓN, J. A., ORTELLS RAMOS, M. P., Vol.2,2006, ed. CEDAM

VALENCIA RESTREPO H. *Derecho privado romano*, ed. Temis, Bogotá, 1986.

VALENCIA RESTREPO H. *Derecho privado romano*, señal editora 4<sup>a</sup> edición revisada,

2002.

VALENCIA RESTREPO H. Nomoarquica, principialistica o de los principios generales del derecho, Bogotá, editorial Temis 1993.

VESCOVI, E., “Teoría general del proceso”, ed. Temis, Santa Fe de Bogotá 1999.

VESCOVI E., TORELLO, L., y VIERA, L. A. “La reforma del proceso ejecutivo para Ibero América: la adopción del procedimiento de estructura monitoria” en RUDP, 1978,

VELEDO DE LUIGI, Isabel Grisanti. “Lecciones de Derecho de Familia”. 1 1ª edición ampliada y puesta al día. Vadell Hermanos. Caracas, 2002.

VILLALTA, L., principios, derechos y garantías estructurales en el proceso penal, ed. NG Impresiones, Guatemala, 2007

VIGO, R. L., “Una teoría distintiva ‘fuerte’ entre normas y principios jurídicos”, en Sobre los principios jurídicos, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

VOLLKOMMER, M., “Schlüssigkeitsprüfung”, en *Festschrift Schwab*, Beck, München, 1990.

WALDNER, W., Der Anspruch aufrechtliches Gehör, 2 Ed., Otto Schmidt, Köln, 2000, num. 189.

WALTER, G., “Zahlungsbefehl gleich Mahnbescheid”, IPRax vol. Año 2001.

ZELEDÓN, R., Derecho Procesal agrario, t. II. Vol. I, ed. ILANUD, Escuela Judicial, 1990

## **2. SENTENCIAS**

Auto SP/AUTRJ/53326, dictado por la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1ª, del 22-11-2001

Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia 374/2002 Auto de Audiencia Provincial de Toledo 22 de noviembre de 2001, y de igual forma Auto de Audiencia Provincial de Tarragona 3

de julio de 2003, Actualidad Civil 2003/ 1746.

Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia Auto del juzgado de primera Instancia numero 3 de Santa Cruz de Tenerife, 17 de marzo de 2003, Actualidad Civil 2003/345

Repertorio de Jurisprudencia Menor de Aranzadi, 2005/753 50, Auto de Audiencia Provincial de Baleares, 1 de febrero de 2005.

Repertorio de Jurisprudencia Menor de Aranzadi, Auto de Audiencia Provincial de Sevilla, 21 de Septiembre de 2004.

### **3. LEGISLACION**

Código civil de Francia, Código civil de Italia

Código de Procedimiento Civil de Venezuela, en vigencia desde el 2 de agosto de 1990.  
Código de Procedimientos Civiles de Italia

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (México)

Constitución política de La República de Costa Rica

Ley de Enjuiciamiento Civil, numero 1, (LEC 1/2000) aprobada el 7 de enero del 2000 y entrada en vigor el 8 de enero del mismo año, publicación del BOE del 8 de enero del 2000

Código de Procedimientos Civiles de El Salvador, Decreto ejecutivo emanado del General de División y Senador, encargado de La presidencia de La República, Gerardo Barrios; de fecha 10 de abril de 1860, publicado en La gaceta Oficial N° 85 Tomo 8 del 14 de abril de 1860

Código del Trabajo de Chile

Código Procesal Civil del Perú

Código procesal civil Modelo Tipo para Ibero América

### **4. DOCUMENTOS**

Anteproyecto de Código de Procedimientos Civiles y Mercantiles para la República de El Salvador.

ARLAS, J., “El Proceso Monitorio en el Derecho uruguayo” en Rev. DJA, t. 5.

AA.VV. La constitución de la nueva Colombia, de los derechos, las garantías y los deberes. Autores varios en Revista de Derecho Constitucional nº 25

ALIAGA CASANOVA ALFONSO “El Proceso Monitorio ante las recientes e inminentes reformas legales y el desafío de los avances tecnológicos”, Revista del Poder Judicial número 71, tercer trimestre 2003 Madrid

ARLAS J., “El Proceso Monitorio en el Derecho uruguayo” en Rev. DJA, t. 5

BERNAL, K.; ponencia en el XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza 2005.

BALBUENA TEBAR, R., Cuadernos de Estudios Empresariales, N° 9, 1999.

BOE 5 de diciembre de 2003.

BOE de 26 de marzo de 2003, Instrucción del Ministerio de Justicia de 8 de noviembre de 2003

BOE número 313 de 31 de diciembre de 2002.

Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII legislatura, Serie A de 27 de enero de 2006, Núm. A-69-1.

Boletín oficial del Estado de 29 de junio de 2001.

Boletín Oficial del Estado de 30 de diciembre de 2004.

BONET NAVARRO J., “La relativa autonomía del juicio que corresponda tras la oposición en los procedimientos monitorios “Problemas actuales del proceso iberoamericano Vol 1, XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Málaga 2006

BONET NAVARRO, JOSE, “La pluralidad subjetiva en los procesos civiles caracterizados

por la llamada técnica monitoria pp. 93-139 Revista jurídica de Castilla y león numero 9 mayo 2006.

CARNELUTTI, F., “Nota intorno alla natura del processo monitorio”, Riv. Dir. Proc. Civ., vol. I, Milán, 1924.

CARNELUTTI, F., “In difesa del titolo ingiuntivo“, Riv. Dir. Proc. Vol. I, 1956.

Código de Procedimientos Civiles y Mercantiles Tipo para Iberoamérica

CASADO ROMAN, JAVIER, “La notificación edictal en el juicio monitorio”. Boletín de información del Ministerio de Justicia año LIX número 2003 de 15 de diciembre de 2005, pp. 5049 a 5066

CASTRO, V. A., y DIANA, M. J., “La negativa a someterse a las pruebas biológicas en las acciones de filiación”. En: XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Rosario, 2003. Libro de ponencias. Tomo II, ed. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires.

CÉSPEDES SUZUKI, E., “Deficiencias de la Ley N° 28457”. En: Jurídica. Suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano. Año 2, N° 57. Lima, 2 de agosto de 2005

(COM 2002), fue consultado abiertamente dentro de la unión europea, surgiendo luego el proyecto de reglamento del 2004.

COM (2004)

CORREA DELCASSO, J.P., “Comentarios a la Propuesta de Reglamento por el que se establece un Proceso Monitorio europeo”, La Ley, n° 6133, de 23 de noviembre de 2004.

CORREA DELCASSO, J.P., en Proceso Monitorio de La Nueva ley de Propiedad Horizontal: indicaciones Practicas de Aplicación en aras a salvaguardar su constitucionalidad parcial, Diario La Ley, año XX, N° 4784, 28 de abril de 1999.

CORREA DELCASSO J. P., “Sugerencias para una futura reforma de los artículos 812 a 818 LEC, reguladores del Proceso Monitorio” Diario.la Ley, n°5581 del día 5 de julio de 2002,

Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, Art. 2.2 de 13 de diciembre

de 1999. DO L 13 de 19.1.2000.

Directiva 2001/4707CE del Consejo Europeo, de 28 de mayo de 2001 (DO L174 de 27.6.2001)

Directiva 2003/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios. En virtud de dicha Directiva, se aprueba la Ley 16/2005, de 18 de julio, por la que se modifica la Ley 1/1996, de 10 de enero de asistencia jurídica gratuita, para regular las especialidades de los litigios transfronterizos civiles y mercantiles en la UE.

DO C221, de 8.9.2005.

DORADO PICÓN, A., "El Proceso Monitorio: el espacio judicial europeo y el Secretario Judicial", en Estudios Jurídicos. Secretarios Judiciales, III. Madrid, 2003.

ESCUADERO MORATALLA, J. F y FRIGOLA VALLINA, J., <<El Secretario Judicial. Concepto y complemento>>, en Justicia, núm. 2. 1997.

FAIRÉN GUILLEN, V. "El Proyecto de la Ordenanza Procesal Civil austríaca visto por Franz Klein". En Estudios de Derecho Procesal, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

GUTIÉRREZ, D., en la exposición realizada en las III Jornadas Patagónicas de Derecho Procesal, realizadas el 2 de diciembre de 2004 en Puerto Madryn, Argentina.

HERNANDEZ AGUILAR, A., "Proceso civil y oralidad en Costa Rica", en Revista "oralidad y formalización de la justicia", año 3, n° 7, del Centro de Estudios Judiciales para las Américas (CEJA), 2004.

HERRERO DE EGAÑA Y OCTAVIO DE TOLEDO F., "El Proceso Monitorio". Los procesos especiales. Estudios de Derecho Judicial, número 30, Escuela Judicial CGPJ, Madrid

HINOJOSA SEGOVIA, R., "El Proceso Monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento

Civil”. En: Revista de Derecho Procesal. Dirigida a Iberoamérica, N° 1-3. Madrid, 2001.

HINOJOSA SEGOVIA R.,” Algunas cuestiones polémicas en la aplicación de los procesos monitorio y cambiario “Revista de Derecho Procesal n° 1- 3 año 2002

Libro Verde sobre el Proceso Monitorio Europeo y las medidas para simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía, aprobado por La Comisión el 20 de Diciembre del 2002

El Libro Blanco de La Justicia, elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, donde fueron propuestas un conjunto de medidas para intentar resolver los problemas de la administración de justicia propuesto en 1997.

LORCA NAVARRETE, A.M., “La ubicación del Proceso Monitorio español en la Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo por el que se establece un Proceso Monitorio europeo”, La Ley, n° 6106, de 14 de octubre de 2004.

LOSCERTALES FUERTES, D., "El juicio monitorio y el abogado", Revista Jurídica SEPIN, Propiedad Horizontal, n° 239, Septiembre 2003.

LUCINI NICAS J. A.,” La ley 53/2002 y la Orden HAC 661/2003 de 24 de marzo sobre la regulación de las tasas judiciales. Problemas prácticos de su exacción y su integración en el concepto de costas procesales” Actualidad civil, número 44 /2003, artículo doctrinal LXII.

MALAGON BARCELÓ, en su trabajo en torno a la reforma de la ley de enjuiciamiento civil, en “R.G.L.J.” T. 167.

MAGRO SEVET, VICENTE, El Proceso Monitorio, editorial SEPIN, Madrid 2006

MARTINEZ, O.J., “Procesos de Estructura Monitoria” en XIV JORNADAS IBEROAMERICANAS de DERECHO PROCESAL, celebradas en La Plata, Argentina del 24 al 27 de abril de 1994, editado por el Instituto de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

MARTORELLO, B., en IABA Law Review, Vol. 2, Civil Law and Procedure.

Ministerio de Justicia español en Revista de Derecho Alex, abril 2001.

MONTERO AROCA, J., en el libro de Homenaje a JAIME GUASP, Autores Varios,(Madrid, 1984) en el trabajo sobre: “La reforma del proceso ejecutivo para Ibero América: la adopción del proceso de estructura monitoria”.

MOXICA ROMÁN, J., En El Proceso Monitorio de la Ley 1/2000, Publicación hecha en Repertorio de Jurisprudencia núm. 25/2000, Ed. Aranzadi, SA, 2000.

OLMOS HUALLPA, R., “Derecho a la identidad de los hijos extramatrimoniales. ¿Realidad o ilusión?”. En: Jurídica. Suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano. Año 2, N° 64. Lima, 20 de septiembre de 2005.

ORELLANA LOPEZ M. J., “Cuestiones candentes del Proceso Monitorio “Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana, año 2004 número

PALOMO VÉLEZ, D., “Modelo procesal chileno. Conveniencia de articular una nueva regulación sostenida en la oralidad como eje facilitador. Gaceta Jurídica. Revista N° 291, septiembre 2004.

PEREIRA CAMPOS, S., y otros en “Los procesos ordinarios civiles por audiencias”, La Reforma de La Justicia Civil en Uruguay, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2007.

PÉREZ RAGONE, A./ORTIZ PRADILLO, J., “Código Procesal Civil Alemán (ZPO)”, Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo, pp. 146-149, que incluye artículos introductorias de Prütting, H. y DE FALCO, S., 1996, Konrad Adenauer Stiftung, (Fundación Konrad Adenauer), Programa Estado de Derecho para Sudamérica.

PÉREZ UREÑA, A., “El Proceso Monitorio para la reclamación dineraria por las comunidades de propietarios”, Aranzadi civil n°9/2002.

PERROT, R., “Il procedimento per ingiunzione (Studio di diritto comparato)”, in Riv. Dir. Proc., Milán, 1986, y del mismo “La procédure d’injonction de payer”, Rev. d. Huiss. de Just., París, vol. del año 1981.

PERROT, R., "Le silence en droit judiciaire privé", Mél. Pierre Raynaud, París, 1986, y del mismo autor, "L'efficacité des procédures judiciaires au sein de l'Union Européene et les garanties de droits de la défense", in L'efficacité de la Justice Civile en Europe.

PICO I JUNOY, J., "La interpretación judicial de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", diario la Ley nº 5568, p 10.

REGADERA SAENZ J. M., "Aportación De documentos en el Juicio Verbal derivado de la oposición en un Proceso Monitorio" Una interpretación Judicial de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Seminario de Jueces y Secretarios Judiciales de Primera Instancia de Barcelona, p 194, Editorial Aranzadi. Navarra 2002

RENEDO ARENAL MARIA AMPARO," El Proceso Monitorio de la nueva ley de enjuiciamiento civil", Revista General del Derecho nº 680,año 2001, p.3348

Reglamento 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos judiciales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil (DO L174 de 27.6.200 1)

Reglamento 805/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (DO L 143 de 30.4.2004)

Reglamento nº 1348/2000, del Consejo de 29 de mayo de 2000 (DO L 160 de 30.6.2000)

ROLLAN GARCIA J. "El órgano jurisdiccional competente y las partes en el Proceso Monitorio," Estudios Jurídicos, Cuerpo de Secretarios Judiciales. VII 2000 Madrid

SANJUAN Y MUÑOZ, ENRIQUE, "El Título ejecutivo europeo", Diario la ley. Números 6082 y 6083 de 9 y 10 de septiembre de 2004.

SEGNI, A. "El Procedimiento Intimatorio en Italia", Revista de Derecho Privado.

SICILIANI, T., "Procedimento per ingiunzione", en Nuovo Digesto Italiano, XVI, 1938.

STADLER, A., "German National Report", Item II. C. i.: L'accélération de la procédure et

les mesures provisoires/Summary adjudication, in World Congress of Comparative Law-Bristol July 1998.

TEITELBAUM, J. Adopción de procesos monitorios para obtener otros títulos ejecutivos. Ponencia al XIII Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal y IV Encuentro Panamericano (Mar del Plata, Octubre de 1985).

TEITELBAUM, J., “El Proceso Monitorio uruguayo”, en RUDP, 1977.

TOMAS y VALIENTE F., “Estudio histórico jurídico del Proceso Monitorio”, en: RIDP, 1966, p. 50.

TOMAS Y VALIENTE, F., “Estudio histórico-jurídico del Proceso Monitorio”, Rev. Der. Proc. Vol. año 1960.

TORELLO Y VIERA En el trabajo sobre “Conveniencia de reformar el sistema argentino en materia del juicio ejecutivo presentado al XII Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal” (Rosario de Santa Fe, mayo de 1983) fue propuesto como solución para el proceso ejecutivo en la República Argentina.

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Arts. 61 c) y 65 En virtud de dicha cooperación se pretenden el buen funcionamiento del mercado interior.

VESCOVI E., TORELLO, L., y VIERA, L. A. “La reforma del proceso ejecutivo para Ibero América: la adopción del procedimiento de estructura monitoria” en RUDP, 1978.

VESCOVI, E., “El Proceso Monitorio”, en RDP (mexicana), Año 4, números 4 a 6.

VESCOVI, E., El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, Texto de Anteproyecto. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Segunda Edición.

## **5. INTERNET**

Conclusión n<sup>o</sup> 33 elaborada por el Consejo Europeo en Tampere el 15 y 16 de octubre de 1999 (CONSEJO EUROPEO, Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999, en línea, disponible en [www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/es/ec/00200-r1.es9.htm](http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/00200-r1.es9.htm)).

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, “Aceleración de la Justicia Civil en la Unión Europea”, Revista General de Derecho Procesal, Iustel.com, Portal Derecho ([www.iustel.com/revista](http://www.iustel.com/revista))