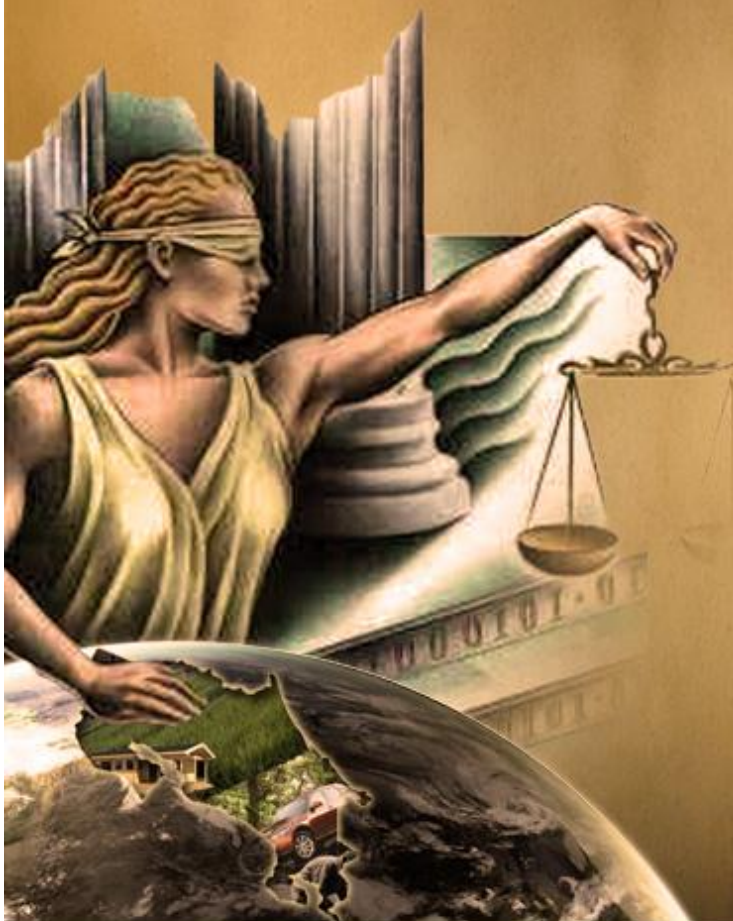


Escuela Judicial

Lic. Édgar Cervantes Villalta



Manual de Aplicación de la Ley de Cobro Judicial



Alejandro Araya Rojas

2008

Introducción

El tema de los procesos cobratorios ha estado muy en boga en los últimos tiempos, dado el impacto que estos tienen no solo en lo que a la Administración de Justicia se refiere, sino también en los ámbitos económico, financiero y comercial de nuestro entorno.

Es de todos conocido que un porcentaje muy importante del circulante que manejan los distintos tribunales que conocen las materias civil, comercial, administrativa y agraria, corresponde precisamente a los reclamos dinerarios que, en la actualidad, se ventilan a través de procesos denominados: sumario ejecutivo, monitorio, hipotecario y prendario. Esto ha generado una saturación que, a su vez, ha motivado el incumplimiento del mandato constitucional de justicia pronta y cumplida.

El sistema escrito que impera en nuestra jurisdicción civil, incluso con las reformas incorporadas en el Código Procesal Civil (**en adelante CPC**) que nos rige desde el 3 de mayo de 1990, no ha sido lo ágil que se requiere en estas circunstancias, lo que obligó a buscar otros caminos que permitieran cumplir el mencionado precepto constitucional.

En esta búsqueda ha surgido la Ley N.º 8624, publicada en el periódico oficial La Gaceta, el veinte de noviembre de dos mil siete, denominada “Ley de Cobro Judicial” (**en adelante LCJ**) y que entrará en vigencia el día veinte de mayo de dos mil ocho, con la cual se unifican los actuales procesos sumario ejecutivo y monitorio, en uno con la misma denominación que este último, pero con características diferentes y lo que es más importante, con la incorporación de la audiencia oral, lo que definitivamente hará más expedita la solución de estos conflictos.

Asimismo, en aras de una mayor celeridad procesal se unificó, en los llamados procesos de ejecución, lo relativo a la normativa aplicable a las

ejecuciones hipotecarias y prendarias, y además se incorporaron importantes reformas tendientes a la simplificación del procedimiento.

El análisis de esta temática quizá no resulte del todo novedoso, pues mucho se ha escrito al respecto. Sin embargo, considero que el enfoque propuesto será útil e importante para la aplicación práctica de la nueva normativa, dado que servirá para lograr interpretaciones de la ley uniformes y apegadas al espíritu que le han querido plasmar sus redactores.

Por tanto, pretende a través de la confección de este manual, proporcionar a los (as) juzgadores (as) una sencilla herramienta de procedimientos que permita lograr una tutela judicial efectiva, en beneficio de los usuarios del sistema y, por supuesto, del propio órgano jurisdiccional.

Se pretende incorporar un manual práctico, donde inclusive se han insertado formatos de resoluciones con indicación de los lineamientos generales que deben contener, dejando, obviamente, espacio a la creatividad de cada juzgador (a), y ha resultado necesario incorporar aspectos teórico-doctrinales con el objetivo de darle un mayor sustento jurídico.

En resumen, este instructivo contendrá, en primer lugar, un análisis de la situación actual de los procesos monitorio y sumario ejecutivo, que permita visualizar con mayor claridad, los cambios que incorpora la nueva LCJ. Luego se hará un estudio pormenorizado del novedoso proceso monitorio, con énfasis especial en el tratamiento de la audiencia oral y, por último, se analizarán los cambios propuestos en la tramitación de procesos de ejecución pura, tercerías y en la vía de apremio patrimonial.

UNIDAD 1

EL PROCESO MONITORIO

Situación actual de los procesos cobratorios monitorio y sumario ejecutivo

Aspectos generales

El proceso monitorio que conocemos en la actualidad, es una figura relativamente novedosa dentro de nuestro ordenamiento jurídico, ya que no fue sino hasta la promulgación del CPC vigente que se procedió a su incorporación.

Dicho proceso es de origen italiano, sin embargo, lo encontramos también en otras legislaciones europeas, tales como: la alemana, la austríaca, la francesa y la española, por medio de estas pasó a América, y fue Costa Rica uno de los primeros países en acogerlo en su legislación procesal, al igual que Uruguay, y por último, Brasil.

Dentro del análisis que se presentará a continuación, se incluye el del proceso sumario ejecutivo, con la finalidad de revisar su relación con el monitorio, y lo relativo al cobro de títulos valores dentro de dichos procesos.

Concepto

Antes de entrar directamente en el monitorio, resulta necesario hacer referencia a lo que se conoce como proceso de cognición o de conocimiento. Jaime Guasp lo define como

aquel que tiene por objeto una pretensión en que se reclama del órgano jurisdiccional la emisión de una declaración de voluntad: si se da a esta declaración de voluntad el nombre de sentencia; el proceso de cognición

es, característicamente, el que tiende a obtener una sentencia del Juez [...]¹.

Resumiendo podemos indicar entonces que los procesos de conocimiento son aquellos que se inician con la demanda y terminan normalmente con una sentencia.

Normalmente la cognición es el medio para alcanzar el fin, es decir, poder acceder a la vía de ejecución forzada, dado que la regla establece que la parte perdedora de un proceso, no cumple voluntariamente con las cargas impuestas en la sentencia, y para ello, se requiere de un título ejecutivo, producido por el fallo del proceso de conocimiento.

Con el proceso monitorio se pretende conseguir ese título ejecutivo con una mayor celeridad, prescindiendo para ello de la cognición. Cabanellas afirma que es el que tiene por objeto lograr un título ejecutivo por medio de una unilateral actuación jurisdiccional².

Por su parte Guasp dice que es aquel que trata de otorgar una facilidad procesal a sujetos que, en principio, no pueden disfrutar de ella, ya que esa facilidad es la del logro de un título de ejecución que permite acudir a un proceso de esa clase, sin necesidad de pasar por la vía declarativa previa³. En otras palabras, reclamando del órgano jurisdiccional, la intimación al deudor para que acceda a reconocer la pretensión del acreedor, se puede conseguir un título de ejecución, si el deudor desatiende este requerimiento y no comparece o no desconoce la reclamación que frente a él se formula. En otras palabras, se hace el requerimiento, si no hay oposición, se pasa a la ejecución sin necesidad de acudir a un proceso de cognición ordinario o abreviado.

¹ GUASP, Jaime. Derecho Procesal Civil. Tomo segundo, 3ª edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977, p. 9.

² CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., 18ª edición, 1981, p. 436.

³ GUASP, Jaime. Óp. cit., p. 643.

De lo antes expuesto extraemos la auténtica naturaleza del proceso monitorio, la cual es un proceso de facilitación, en donde se trata de crear un título de ejecución.

Carnelutti (“Lecciones”), citado por Calamandrei en su obra “El proceso monitorio”, indica:

[...] Mientras en el proceso de cognición ordinario el título ejecutivo no nace sino después que el actor haya instaurado regularmente el contradictorio, el cual resulta perfectamente superfluo en todos aquellos casos en que el demandado comparecido no tiene nada 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 de que el demandado no demuestre, haciendo oposición dentro del término establecido, la utilidad, de la cual él 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 satisfecho 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 actor⁴.

En resumen podemos definir que el monitorio tiene como finalidad, la formación de un título ejecutivo de un documento que no tiene ese carácter. Su punto de partida es el requerimiento de pago y se consolida con la no oposición del demandado o con la oposición impertinente. Calamandrei observa al respecto que:

[...] podemos decir así que hemos llegado a aislar una categoría de procedimientos especiales de cognición, los cuales se distinguen de todos los otros procedimientos por estos dos caracteres fundamentales: 1º, por la finalidad, que es la de dar vida, con mayor celeridad de la que pueda conseguirse en el procedimiento ordinario, a un título ejecutivo; 2º, por el medio, que es el de invertir, haciéndola pasar del actor al demandado, la iniciativa del contradictorio (por lo que podemos, en general, denominarlos procedimientos con inversión de la iniciativa del contradictorio)⁵.

El principio del contradictorio exige que en el proceso civil, cada una de las pretensiones de las partes y sus fundamentos de hecho y de derecho, sean

⁴ CARNELUTTI (“Lecciones”), citado por CALAMANDREI en su obra “El procedimiento monitorio”. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1946, p. 25.

⁵ CALAMANDREI, Piero. Óp. cit., pp. 25-26.

puestas en conocimiento de las otras, para que ellas se encuentren en posibilidad de oposición o de dar su consentimiento. Resulta ser una garantía tanto para las partes como para el juez o jueza, quienes en ausencia del contradictorio, podrían verse sorprendidos por una exposición unilateral de un aspecto de la instancia.

Antecedente histórico

Tomás Valiente ubica su génesis en la Baja Edad Media en Italia y esto obedeció fundamentalmente a que en esa época, el proceso ordinario era igual de lento, costoso y formalista que hoy en día⁶.

Agrega en su tesis Ronny José Durán Umaña que:

el proceso monitorio no encuadraba dentro del proceso ejecutivo y debía engendrar un proceso ordinario, con toda y su problemática que aludimos anteriormente. De ahí que nació en la doctrina italiana medieval el proceso monitorio, con la característica más sobresaliente que lo distinguiese porque las pretensiones sólo daban lugar a la ejecución en caso de falta de oposición del deudor. En este caso, el mandato de pago quedaba condicionado a la no “resistencia” del deudor y recibía el nombre de “preceptum cum cláusula” o “mandatum de solvendo cum cláusula iustificativa”⁷.

En nuestro país, conforme se mencionó antes, la institución aparece por primera vez con el CPC que entró en vigencia el tres de mayo de mil novecientos noventa.

⁶ VALIENTE, Tomás. Estudios histórico-jurídicos del proceso monitorio. Revista de Derecho Procesal, 1969, p. 51 y ss., citado por DURAN UMAÑA, Ronny José, El proceso monitorio. Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de San José, 1993, p. 40.

⁷ DURÁN UMAÑA, Ronny José. Óp. cit., p. 42.

Naturaleza jurídica

Los austríacos incluyen el proceso monitorio dentro de la actividad judicial no contenciosa, porque la orden de pago se emite con base en la declaración unilateral del actor.

Los alemanes, por su parte, lo consideran un proceso de ejecución. Calamandrei crítica esta posición doctrinaria y hace la siguiente observación:

todo lo que está más allá del título ejecutivo es un proceso de ejecución, si el título hay que crearlo estamos en el campo de la declaración; decir que el proceso monitorio es de ejecución es tanto como decir que ya ha entrado en la casa aquél que todavía va en busca de la llave para abrir la puerta.

Los italianos lo enmarcan dentro de los procesos de cognición, y esto es correcto, porque se trata de un verdadero proceso especial de cognición abreviada. El juez o jueza puede calificar una oposición como impertinente.

Proceso monitorio puro

El procedimiento monitorio puro se encuentra aplicado en su forma más simple y, a la vez, más enérgica, en la ley austríaca del 27 de abril de 1873, modificada el 1º de junio de 1914. Este procedimiento monitorio está limitado al ejercicio de los créditos de valor mínimo.

Los caracteres más sobresalientes de la estructura procesal de este procedimiento, son los siguientes. En virtud de la simple petición, escrita u oral del acreedor, el juez o jueza competente libra, sin oír al (a la) deudor (a), una orden condicionada de pago, dirigida al (a la) deudor (a), con la advertencia de que puede hacer oposición dentro del término de 14 días contados a partir de la notificación. Si el (la) deudor (a) no hace oposición dentro de ese término, la orden de pago adquiere fuerza de título ejecutivo, contra el cual no está admitido otro remedio que la restitución *in íntegram*, cuando el (la) deudor (a) pruebe que no ha podido hacer oposición dentro del plazo, a causa de un suceso imprevisto o inevitable. Si el (la) deudor (a) hace oposición dentro del plazo (y basta para tal fin

que declare al juez (a), oralmente o por escrito, que hace oposición a la orden de pago, sin necesidad de aducir los motivos de ello), dicha orden pierde, por el solo efecto de tal declaración, toda su fuerza⁸.

En Alemania, el procedimiento monitorio puro se extiende a los créditos de cualquier valor, siempre que tengan por objeto una suma de dinero o una cantidad determinada de cosas fungibles.

Interés de los procesos sumario ejecutivo y monitorio

El interés por el juicio ejecutivo y el proceso monitorio, no viene motivado exclusivamente por una curiosidad estrictamente jurídica, sino también, y principalmente, por razones eminentemente prácticas. Con la regulación de ambos procesos, se intenta la protección más justa y eficaz de una institución tan importante en nuestros días, como es el crédito.

Efectivamente, tanto el proceso monitorio como el ejecutivo, tienden a la satisfacción rápida y segura de un crédito exigible, consistente en una obligación vencida de entrega de una cantidad líquida en dinero o de cantidad en especie que pueda ser computada a metálico. En ambos procesos, la fase de cognición que a estas reclamaciones suele preceder antes de su efectiva satisfacción, desaparece, o mejor dicho, queda relegada en su plenitud, para un momento posterior al despacho de la ejecución en el caso del proceso ejecutivo, o al mandato condicional de pago, en el supuesto del proceso monitorio. Como es sabido, el juicio ejecutivo se basa en unos títulos que llevan aparejada ejecución, por lo cual esta se ordena, y con ella, el primero de sus actos -el embargo-, se traba “inaudita parte debitoris”.

De semejante manera, el proceso monitorio se fundamenta en una petición del (de la) acreedor (a) insatisfecho (a) ante el juez o jueza competente para que

⁸ CALAMANDREI, Piero. Óp. cit., pp. 30-31.

este (a) convierta en ejecutiva su pretensión, salvo oposición fundada del (de la) deudor (a). Es obvio que este tipo de procesos donde primero se da la ejecución y solo después la cognición abreviada o plena, se deben a fundamentadas razones de justicia de fondo y de economía procesal. El orden procesal es precisamente el inverso al descrito y exige al comienzo la declaración y, por último, la ejecución de lo declarado. Si este orden procesal se modifica, el motivo es en el juicio ejecutivo, la presunción muy vehemente de que la pretensión del actor merece tutela inmediata por constar en un título seguro respecto a la veracidad de lo pedido (título ejecutivo). En el caso del monitorio, ya por venir incorporada a un documento, o a una declaración, los cuales se suponen incontestables o que, en el caso de que no lo sean, siempre queda abierta la posibilidad de oposición.

Aspectos procesales de los ejecutivos y los monitorios

Proceso ejecutivo

Para Jaime Guasp “por juicio ejecutivo se entiende en el derecho español aquel proceso de cognición común, pero sumario por razones cualitativas, que está destinado a satisfacer pretensiones dotadas de una fehaciencia legalmente privilegiada”⁹, y su naturaleza es la de un proceso de cognición común, pero no ordinario, sino sumario por razones de calidad, fundadas en la especial autenticidad o fehaciencia de ciertos objetos procesales¹⁰.

Como se acaba de mencionar el ejecutivo es un proceso sumario y encontramos este tipo de procesos regulado en el CPC, en los artículos 432 al 482. Las pretensiones que se tramitan en la vía sumaria son las del artículo 432, sin importar la cuantía, por lo que serán de mayor y menor cuantía. También hay otras pretensiones que deben ventilarse en este proceso, según disponen las

⁹ GUASP, Jaime. Óp. cit., p.130.

¹⁰ Ibíd., p.133.

leyes especiales como en el caso de la Ley General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos.

Dentro de los sumarios no aparece el instituto de la rebeldía, por lo que si el demandado no contesta dentro del emplazamiento que, en este caso es de cinco días, se procede al dictado de la sentencia sin oposición. No se declara tampoco la inevaluabilidad de las pruebas, sino que las que no se recaben en la oportunidad señalada, se tendrán por prescindidas sin necesidad de resolución que así lo disponga. Tampoco tenemos el trámite de los documentos extemporáneos, y si estos se presentan, simplemente se agregan al expediente y será facultad del juez o jueza, si considera relevante admitirlos para mejor proveer.

El artículo 307 del CPC que nos habla de las excepciones privilegiadas, no es aplicable en los sumarios.

Se debe señalar que dentro del emplazamiento, que como dije antes es de cinco días, debe el (la) demandado (a) contestar la demanda, ofrecer la prueba y oponer todas las excepciones que tenga, sean previas o de fondo.

Proceso monitorio

Está regulado de los artículos 502 a 506 del CPC. Es un proceso donde se invierte el contradictorio y tiene como finalidad la creación de un título ejecutorio.

El requisito indispensable para presentar un proceso de esta naturaleza es acompañar a la demanda con un documento que no sea título ejecutivo, en donde conste la existencia de la obligación de pagar una determinada suma líquida y exigible. Cuando esto ocurre, el juez o jueza emite una prevención de pago dirigida al (a la) demandado (a) para que lo haga en el plazo de diez días, dentro del cual también podrá provocar el contradictorio mediante oposición. Sin embargo, solamente se considera oposición pertinente, la que esté fundada en prueba documental idónea. En este caso, el juez o jueza omite resolver sobre el fondo y ordena a las partes debatir sus pretensiones en proceso ordinario o

abreviado, según corresponda (arts. 502 y 505).

Si no se formula oposición o si resulta improcedente, se procede al dictado de la sentencia estimatoria, donde se condena al (a la) demandado (a) a pagarle al actor las sumas adeudadas y, además, se decreta embargo en sus bienes, el cual se ejecuta de inmediato, aunque la sentencia fuera apelada.

Diferencias entre el ejecutivo y el monitorio

1ª. El proceso monitorio debe surgir teóricamente con base en un título escrito (proceso monitorio documental), o con base en la simple afirmación del acreedor-actor (proceso monitorio puro). Por el contrario, es de esencia del juicio ejecutivo la existencia de un título, normalmente documental y excepcionalmente consistente en la propia confesión del deudor.

2ª. En el proceso monitorio, la orden de pago que emite el juez o jueza, examinado el documento o la simple declaración del actor, es condicional o sea ejecutiva, salvo oposición fundada del (de la) deudor (a), la cual convierte el proceso monitorio en un ordinario, y priva a la orden de pago de cualquier eficacia realizativa. Por el contrario, en el juicio ejecutivo, es incondicional; viene generado por la fuerza ejecutiva del título y provoca la ejecución y la primera de sus fases – el embargo- “inaudita parte debitoris”.

3ª. En el proceso monitorio tiene lugar prácticamente una inversión del contradictorio. Los hechos constitutivos de la pretensión del (de la) actor (a) pueden quedar fijados por la no oposición y la simple ausencia del (de la) demandado (a). Este (a) tiene la carga de oponerse, si no quiere que dichos hechos constitutivos queden admitidos. Ahora bien, si se opone, el proceso monitorio deviene ordinario y se sujeta a las normas generales del declarativo que por la cuantía corresponda. En el juicio ejecutivo, por el contrario, no hay tal inversión de la carga del contradictorio, sino la desaparición del contradictorio con carácter ordinario, debido a la naturaleza ejecutiva del título, de la orden de pago y

del embargo, emanados los dos últimos de la autoridad judicial. La eventual contradicción puede surgir comenzada ya la ejecución y asegurada la misma.

1. El proceso monitorio en la Ley de Cobro Judicial

Con lo anteriormente expuesto, he pretendido presentar un breve repaso sobre la situación imperante en relación con dos de los procesos cobratorios más relevantes en la actualidad. No obstante, la experiencia nos ha enseñado que, en la práctica, el trámite de los sumarios ejecutivos, que son la inmensa mayoría, no es lo ágil y expedito que se requiere, puesto que el procedimiento escrito resulta sumamente engorroso y además les permite a los deudores inescrupulosos, realizar una gran cantidad de gestiones que vienen a convertir estos procesos sumarios en verdaderos ordinarios.

Visto desde esta perspectiva nuestro proceso actual no brinda una protección eficaz del crédito, convirtiéndose en un auténtico paraíso del deudor, lo que evidentemente conlleva un gravísimo escarnio de la justicia civil. Para recalcar la necesidad de un cambio en nuestro ordenamiento, resulta ilustrativo citar lo mencionado por el doctor Álvaro Hernández Aguilar, quien al respecto indicó:

[...] Ante las novedades que ofrece el modelo económico actual, resulta 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 acredita que en multitud de ocasiones, las obligaciones devenían en incumplidas por una diversidad de razones, incluidos los actos fraudulentos del deudor-obligado, que repercuten 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. El escenario crediticio de hoy contrasta abiertamente con el de hace algunas décadas. La sociedad actual recurre de manera cotidiana a los distintos oferentes de operaciones crediticias no solamente para la adquisición de bienes y

servicios de consumo de índole suntuario. Actualmente se adquieren créditos para acceder a servicios de salud, educación, vivienda y no solamente para la compra de vehículos o planes vacacionales. Aunado al consumismo desorbitado que se refleja con la aparición y consolidación de las tarjetas de crédito. El fenómeno descrito ha desencadenado paralelamente un desborde de la cantidad de asuntos cobratorios que se conocen en los tribunales con la consecuente sobrecarga de trabajo que padecen los tribunales y que deriva en algunos países en verdaderas situaciones de colapso del sistema [...]»¹¹.

Por otro lado, el proceso monitorio, tal y como está regulado en el CPC, no ha tenido la utilización prevista, cuando se incluyó en nuestro ordenamiento positivo. En todo caso, en este tipo de procedimiento, si el (la) juzgador (a) considera que la oposición es pertinente, se dicta un auto remisorio para que las partes dilucidan el conflicto en vía ordinaria o abreviada, según corresponda, lo que implica que no se obtiene una solución rápida del diferendo. Con el novedoso proceso monitorio regulado en la LCJ, se pretende poner coto a los inconvenientes antes mencionados y, con ello, brindarle una efectiva tutela judicial a los (as) ciudadanos (as) que acudan al órgano jurisdiccional, en reclamo de créditos que no les satisficieron oportunamente.

1.1 Definición

Tal y como aparece regulado en la LCJ, el proceso monitorio se viene a constituir en un verdadero proceso de conocimiento, donde la decisión definitiva del conflicto, va a surgir a través del dictado de una sentencia. No obstante, se prevé una situación muy interesante y es que ante el allanamiento del (de la) demandado (a), ante la falta de oposición o cuando esta es infundada, sin más trámite se procede a la ejecución de la resolución intimatoria.

¹¹ AGUILAR HERNÁNDEZ, Álvaro. Proceso Civil y Oralidad en Costa Rica. Revista Sistemas Judiciales, CEJA, n.º 7 Oralidad y formalización de la justicia, Junio 2004. <http://www.cejamericas.org/sistemas-judiciales> (citado el 19 de abril de 2007).

Por este motivo, algunos autores califican esa resolución inicial, como una verdadera sentencia condicionada y al respecto se ha manifestado

*[...] El proceso monitorio, supone una estructura, caracterizada por una decisión inicial sobre el fondo, -solicitada por el actor- y sin audiencia de la contraparte. El demandado puede oponerse en un plazo determinado, generándose el clásico procedimiento dialéctico, manteniéndose o no la primera resolución. La falta de oposición hace que aquélla adquiera la calidad de cosa juzgada. En consecuencia la decisión inicial constituye una verdadera sentencia definitiva condicionada a su no impugnación en un término perentorio [...]*¹².

Además, el doctor Hernández Aguilar afirma que

*[...] 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 executorio o judicial que posibilite el ingreso ágil y sin dilación a la etapa de ejecución verdaderamente coactiva. El título executorio o judicial –sentencia de condena- corresponde al 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 [...]*¹³.

1.2 Casos en que procede

Según lo preceptuado por el artículo 1.1 de la LCJ, mediante el proceso monitorio se tramitará el cobro de obligaciones dinerarias líquidas y exigibles, fundadas en documentos públicos o privados, con fuerza ejecutiva o sin ella. De lo anterior se colige que el tipo de monitorio que seguimos utilizando, es el documental, pero con una característica novedosa y es que ese documento puede gozar o no de fuerza ejecutiva.

¹² TEITELBAUM, Jaime. “Curso sobre el Código General del Proceso, Tomo II: Proceso monitorio y ejecutivo”. Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, Fundación de Cultura Universitaria, 1989, Montevideo, p. 129.

¹³ AGUILAR HERNÁNDEZ, Álvaro. Óp. cit.

Hasta el día de hoy a quienes la ley les concede esa ejecutividad, deben cobrarse en un sumario ejecutivo, el que obviamente desaparece, para dar paso a los monitorios con título ejecutivo o sin él. El segundo requisito de admisibilidad consiste en la necesidad de que lo reclamado sea una obligación dineraria líquida y exigible, lo que se traduce en el interés actual del (de la) acreedor (a) en recuperar la suma debida ante el incumplimiento del (de la) deudor (a). Recordemos que la obligación es líquida, cuando está determinada la medida de la prestación, es decir cuando se determine de manera exacta el monto reclamado; y es exigible cuando su pago no está diferido por término, ni está suspendido por condiciones, ni sujeto a otras limitaciones.

La exigibilidad se refiere entonces al tiempo en que el (la) acreedor (a) puede pedir el pago, sea que el (la) deudor (a) se encuentre en mora, y también desde el punto de vista de la relación causal, cuando la que originó el documento al cobro de alguna manera le pudiera restar eficacia cobratoria.

1.3 Competencia

La aplicación de la LCJ corresponderá a los juzgados civiles especializados en cobro de obligaciones dinerarias, sin importar la cuantía, salvo las obligaciones agrarias que, por su especialidad, serán de conocimiento exclusivo de los juzgados agrarios, pero conforme a los trámites previstos en esta Ley. En aquellos lugares donde no existan juzgados especializados, será competente el juzgado civil respectivo conforme a la estimación.

Inicialmente se pretende establecer juzgados especializados en los dos circuitos judiciales de San José, por lo que en los demás lugares del país, la tramitación les corresponderá a los juzgados civiles de mayor y menor cuantía, igual que como ocurre en la actualidad, en relación con los procesos en que figuran como actores, los bancos del Estado y sus instituciones, así como las municipalidades.

Ahora bien, el conocimiento en segunda instancia recae principalmente en los tribunales colegiados civiles, a quienes les corresponderá ver los recursos de apelación que procedan contra las resoluciones de los juzgados civiles de mayor cuantía y de los especializados.

En relación con las resoluciones emanadas de los juzgados especializados, se presenta la novedad que si se trata de un proceso de menor cuantía, la apelación será conocida por un integrante del Tribunal como juez (a) unipersonal, sea que se autoriza un desmembramiento del órgano colegiado.

Por otro lado, en los lugares donde no se haya establecido un juzgado especializado, las apelaciones contra las resoluciones dictadas por juzgados civiles de menor cuantía, serán conocidas por los juzgados civiles de mayor cuantía. Tratándose de los procesos cobratorios agrarios, como su conocimiento lo tienen en exclusiva los juzgados de esa materia, las apelaciones, por consiguiente, le corresponderán al Tribunal Agrario.

A su vez, el artículo 32 establece la autorización a la Corte Suprema de Justicia para especializar juzgados de cobro judicial en cada circuito, donde se requiera según la cantidad de asuntos que se presenten.

1.4 Documentos

Según lo anterior, a través del proceso monitorio, se pueden reclamar obligaciones dinerarias líquidas y exigibles, fundadas en documentos de diversa índole, ya que pueden ser públicos o privados, con fuerza ejecutiva o sin ella.

Además el artículo 2.1 dispone que ese documento deberá ser original, una copia firmada certificada cuando la ley lo autorice, como sucede con los bancos del sistema bancario nacional, o debe estar contenido en un soporte físico, donde

aparezca como indubitable quien es el (la) deudor (a) mediante su firma, la firma a ruego con dos testigos instrumentales o cualquier otra señal equivalente, entre las que se puede considerar la huella digital del (de la) deudor (a).

Esta norma es semejante a la contenida en el artículo 112.1 del proyecto del Código Procesal Civil y parece tener su antecedente en el 812.1.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, la cual establece que el proceso monitorio procede:

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.

Como podemos observar, estamos en presencia de una regulación mucho más abierta que a la que hemos estado acostumbrados; pero esto se justifica en la necesidad de apegarnos a los avances tecnológicos que surgen cada día y a la idea que se viene desarrollando, desde hace tiempo de implementar en nuestros tribunales, el expediente electrónico (artículos 33 y 34 de la LCJ).

Además ya se encuentra debidamente incorporada en nuestro ordenamiento, la figura de la firma digital. Este aspecto viene a reiterar la necesidad de permitir cuáles documentos contenidos en soportes físicos y rubricados a través de ese medio, puedan ser cobrados en esta vía judicial.

1.4.1 Títulos ejecutivos

En relación con este tipo de documentos, debemos recordar que esa condición deviene única y exclusivamente de la ley y, es por ello, que el artículo 2.2 contiene una lista de algunos de estos títulos. Se puede afirmar que se trata de una versión mejorada del numeral 438 del CPC, en el cual aparece como novedad, la incorporación de la hipoteca no inscrita como título ejecutivo. De esta forma, se le da el mismo tratamiento que siempre se le ha brindado a la prenda en tales condiciones. Igualmente servirán para plantear procesos monitorios, todos aquellos

documentos que por leyes especiales tengan fuerza ejecutiva, como por ejemplo: los títulos valores cambiarios (letra de cambio, pagaré y cheque); la factura de compraventa mercantil y la certificación de contador público autorizado para el cobro de deudas originadas, en el uso de una tarjeta de crédito o de saldos de una cuenta corriente bancaria.

1.4.2 Documentos no ejecutivos

Determinamos estos documentos por exclusión, ya que serán todos aquellos a los que la ley no les otorgue rango ejecutivo. Pero recordemos que para servir de fundamento en un proceso monitorio, deberán contener una obligación dineraria líquida y exigible, en los términos anteriormente señalados.

1. 5 Requisitos de la demanda

El escrito de demanda debe reunir una serie de requisitos, cuya presencia debemos revisar con detenimiento, puesto que si se cumple con ellos y el documento reúne las condiciones analizadas anteriormente, podemos dictar la resolución donde se declare la admisibilidad de la demanda y se le ordenará al (a) demandado (a) el pago de los extremos reclamados en un plazo de quince días.

Los requisitos en cuestión son:

- a) Los nombres y calidades de ambas partes.
- b) Exposición sucinta de los hechos.
- c) Fundamentos de derecho.
- d) La petición.
- e) Las sumas reclamadas por concepto de capital e intereses.
- f) Estimación.
- g) Medio para atender futuras notificaciones.
- h) Lugar para notificar a la parte demandada.

Hay un aspecto que en principio podríamos pensar que se omitió, haciendo una relación con los requisitos que normalmente tienen otros procesos, como los ordinarios, abreviados y sumarios, y que es el referente a la prueba. No obstante, ese punto se satisface con la exigencia de aportación de un documento (1.1 y 2.1), ejecutivo o no, el cual viene a constituirse en el principio de prueba del demandante.

Por otra parte, parece que hay una reiteración en cuanto a la pretensión, porque se establecen como requisitos **“la petición”** y también **“las sumas reclamadas por concepto de capital e intereses”**, y es obvio que por tratarse de un proceso para el cobro de obligaciones dinerarias, no se puede reclamar otra pretensión material que no sea el pago del principal y los réditos adeudados. Además, no es necesario que se pida en forma expresa, la condena en costas al (a la) demandado (a), porque debemos recordar que ese es un pronunciamiento que el juez o jueza debe hacer de oficio, y en estos procesos en la resolución inicial, siempre se ordenará el pago de ellas (artículo 221 párrafo cuarto del CPC y 5.1 de la LCJ).

1.5.1 Demanda defectuosa

La LCJ, en su artículo 3.2, establece que

si la demanda no cumple los requisitos señalados en el numeral anterior, se prevendrá que se subsanen los defectos omitidos, dentro de un plazo improrrogable de cinco días. De no cumplirse en dicho plazo, la demanda se declarará inadmisibile.

Podemos apreciar que se trata de una disposición semejante a la contenida en el artículo 291 del CPC, el cual resulta aplicable a la mayoría de los procesos y no ha dado mayores dificultades en esa aplicación.

No obstante, cabe resaltar que al hacer referencia a *“los requisitos señalados en el numeral anterior”*, se está haciendo mención a los descritos en el apartado precedente y aquí surge un cuestionamiento: ¿qué hacer si no se adjunta a la demanda el documento que la fundamenta? Algunos consideran que al

constituirse el documento en un requisito de admisibilidad de la demanda, su ausencia justificaría el rechazo de plano de esta.

Sin embargo, personalmente considero que por razones de economía y celeridad procesales, al igual que ocurre con la ausencia de alguno o algunos de los requisitos previstos en el citado 3.1, la no presentación del documento base debe tratar de subsanarse con el otorgamiento de un plazo de cinco días a la parte actora para que proceda con su aportación, con la sanción de inadmisibilidad, si no cumple dentro del plazo dicho.

Otros problema que se puede presentar, es la ausencia de firmas en el escrito inicial, y en este sentido, debemos tener presente que si se trata de la rúbrica del (de la) abogado (a) autenticante, se le debe conceder un plazo de tres días al (a la) demandante, que correrá a partir del día hábil siguiente a aquel en que se notificó la resolución que hace la prevención, para que su director profesional comparezca ante el tribunal a estampar su firma. Si no se hace, se rechaza la demanda. Igualmente se rechazará, si lo que falta es la firma de la parte, porque en este caso, no existe el acto de voluntad.

También deberá ser rechazada de plano la demanda, si del análisis del documento sustento de esta se desprende que el (la) accionante no es el titular del derecho que se viene reclamando. Aunque se trata de uno de los presupuestos materiales de la pretensión y, por lo tanto, un aspecto de fondo que debería ser analizado en sentencia, la oposición restringida que contempla este tipo de procesos justifica que esa revisión se haga obligatoriamente de previo a la admisión de la demanda.

Por último, considero que si la demanda contempla el reclamo de sumas evidentemente improcedentes, como por ejemplo, el cobro de intereses corrientes y moratorios de un mismo período o un monto de capital superior al señalado en el documento base, se debe hacer un rechazo de plano parcial de la demanda, en cuanto al cobro excesivo.

Algunos consideran que en estos casos el rechazo debe ser total, y otros coinciden en que en aplicación del principio dispositivo, el juez o jueza no debe hacer ese análisis, sino que debe esperar la oposición del deudor.

Reitero que me parece adecuado el rechazo parcial de la demanda, porque con eso se evita la formulación de una oposición justificada y el consiguiente señalamiento para la celebración de la audiencia oral, y también porque la ley no ampara el ejercicio abusivo del derecho.

Recordemos que en este sentido el artículo 22 del Código Civil dispone que:

La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de éste. Todo acto u omisión en un contrato, que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero o para la contraparte, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

1.6 Procedimiento monitorio

1.6.1 Resolución inicial o intimatoria

Si el documento aportado es idóneo, el escrito de demanda reúne los requisitos previstos en la ley, y no estamos en presencia de alguna de las circunstancias que justifiquen el rechazo de plano de la demanda, procederemos a dictar la resolución intimatoria prevista en el numeral 5.1, en la cual se admitirá la demanda y se le ordenará a la parte demandada, el pago de los extremos reclamados de capital, intereses liquidados, los futuros y ambas costas. En ese pronunciamiento se le concederá un plazo de quince días para que cumpla o se oponga, en los términos que más adelante señalaré.

A continuación, procedo a redactar un posible formato de la resolución en cuestión, sin perjuicio de las variantes que cada uno de los (as) juzgadores (as) considere necesario hacerle según su propio criterio.

FORMATO RESOLUCIÓN INTIMATORIA SIN EMBARGO

"JUZGADO ESPECIALIZADO DE COBRO JUDICIAL. Primer Circuito Judicial de San José, a las nueve horas quince minutos del veinte de mayo de dos mil ocho.

Con base en el documento presentado, se tiene por admitida la demanda en este proceso monitorio de J.R.P. contra M.A.Z. y R.A.R.J., a quienes se les ordena que dentro del plazo de quince días, deben pagar al actor la suma de un millón de colones de capital, doscientos veinte mil colones de intereses liquidados en la demanda, los posteriores a la fecha de su presentación al tres por ciento mensual, hasta el efectivo pago del principal y las costas procesales y personales de este asunto. Dentro del mismo plazo, podrán oponerse a la demanda en los términos previstos en los artículos 5.1 y 5.4 de la Ley de Cobro Judicial. Asimismo, se les previene a los demandados que deben señalar medio o lugar, dentro del perímetro judicial de este tribunal, para atender futuras notificaciones, bajo el apercibimiento de que si no lo hicieran o si el medio escogido imposibilitara la notificación por causas ajenas al despacho, o bien, si el lugar señalado permaneciera cerrado, fuera impreciso, incierto o inexistente, se les tendrá por notificados automáticamente. Para notificar al demandado M.A.Z., se comisiona a la Oficina Centralizada de Notificaciones del Segundo Circuito Judicial de San José, y para notificar a R.A.R.J., se comisiona al Juzgado Civil de Menor Cuantía de La Unión. (f) Lic. M.E.R.C.

Se aclara que al demandado se le concede la opción de señalar medio o lugar para atender notificaciones, porque en torno a él se debe aplicar la Ley de Notificaciones, dado que se omitió ordenarle, como si se hizo con la parte actora, el señalamiento exclusivo de medio para tales efectos.

1.6.2 Embargo

Tenemos claro que las obligaciones dinerarias, líquidas y exigibles, debidamente documentadas, se podrán cobrar ahora a través del proceso monitorio, sin importar si ese documento tiene rango ejecutivo o no. No obstante, la ejecutividad del título tiene importancia, porque si la demanda se funda en un documento que reúne tal característica, **a petición de parte** se decretará embargo por el capital reclamado y los intereses liquidados, más un cincuenta por ciento adicional para cubrir intereses futuros y costas, lo que se comunicará en forma inmediata. Ahora bien, si el documento carece de ejecutividad, para decretar la medida cautelar, se debe realizar el depósito de garantía del embargo preventivo (artículos 5.2 LCJ y 273 CPC).

En esas condiciones, reiterando que cuando la parte actora lo ha pedido expresamente, la resolución inicial se deberá adicionar con lo siguiente:

FORMATO RESOLUCIÓN INTIMATORIA CON EMBARGO

"JUZGADO ESPECIALIZADO DE COBRO JUDICIAL. Primer Circuito Judicial de San José, a las nueve horas quince minutos del veinte de mayo de dos mil ocho.

Con base en el documento presentado, se tiene por admitida la demanda en este proceso monitorio de J.R.P. contra M.A.Z. y R.A.R.J., a quienes se les ordena que dentro del plazo de quince días, deben pagar al actor la suma de un millón de colones de capital, doscientos veinte mil colones de intereses liquidados en la demanda, los posteriores a la fecha de su presentación al tres por ciento mensual, hasta el efectivo pago del principal y las costas procesales y personales de este asunto. Dentro del mismo plazo, podrán oponerse a la demanda en los términos previstos en los artículos 5.1 y 5.4 de la Ley de Cobro Judicial. **Hasta por la suma de un millón doscientos veinte mil colones más el cincuenta por ciento de ley, se decreta embargo en bienes del demandado, el cual se hace recaer sobre la finca que se indica. Expídase el mandamiento de rigor al Registro Nacional.** Asimismo, se les previene a los demandados que deben señalar medio o lugar, dentro del perímetro judicial de este tribunal, para atender futuras notificaciones, bajo el apercibimiento de que si no lo hicieran o si el medio escogido imposibilitara la notificación por causas ajenas al despacho, o bien, si el lugar señalado permaneciera cerrado, fuera impreciso, incierto o inexistente, se les tendrá por notificados automáticamente. Para notificar al demandado M.A.Z., se comisiona a la Oficina Centralizada de Notificaciones del Segundo Circuito Judicial de San José, y para notificar a R.A.R.J., se comisiona al Juzgado Civil de Menor Cuantía de La Unión. (f) Lic. M.E.R.C.

1.6.3 Oposición

1.6.3.1 Tipos y contenido de la oposición

A fin de determinar los diferentes tipos de oposición admisibles en los procesos monitorios, debo citar un par de normas contenidas en la LCJ.

En primer lugar el 5.4 establece que **“sólo se admitirá la oposición por el fondo que se funde en falsedad del documento, falta de exigibilidad de la obligación, pago o prescripción, sin perjuicio de las excepciones procesales que establezca la ley”**. En segundo término el 5.1 en lo que interesa observa:

[...] En dicho pronunciamiento se le conferirá un plazo de quince días para que cumpla **o se oponga, interponiendo en ese acto las excepciones que considere procedentes. Para fundamentar la oposición, solo será procedente el ofrecimiento de prueba admisible, pertinente y útil, de conformidad con las excepciones interpuestas**, en cuyo caso se suspenderán los efectos de la resolución intimatoria, salvo lo relativo a embargos.

Por tanto, se infiere que tenemos cinco formas de oposición, sea que se alegue:

- a) Excepciones procesales.
- b) Falsedad del documento sustento de la demanda.
- c) Falta de exigibilidad de la obligación.
- d) Pago.
- e) Prescripción.

Por otro lado, las primeras versiones del proyecto establecían que las pruebas admisibles para respaldar esa oposición, eran únicamente la documental y la pericial. Esta última se admitiría exclusivamente, cuando se acuse la falsedad del documento. No obstante, los señores diputados de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, mocionaron para modificarla en los términos antes señalados, considerando que la posibilidad de ofrecer prueba no debía ser tan cerrada, debiendo ampliarse para que sea el (la) juzgador (a) quien decida cuál resulta procedente, según la situación concreta que se esté

debatiendo. El señor diputado Jorge Méndez Zamora cuando defendió la moción por él presentada, manifestó:

[...] Cuando dejamos de analizar este expediente en esta Comisión, estábamos debatiendo alrededor de cuál prueba podría ofrecerse en estos procesos, y en algún momento tuvimos la duda de que si era tan abierta la posibilidad de ofrecer un amplio elenco probatorio de estos procesos, se podría convertir en un ordinario o en un abreviado

Por otra parte, había compañeros que decían que la prueba no podría ser tan cerrada. Entonces, en esta moción que se propone, se procura ser más abierto en cuanto a la cantidad de prueba que se pueda proponer, porque si bien recordamos, en el texto actual sólo se puede ofrecer: prueba documental, es decir, los recibos de pago de la obligación; o prueba pericial, pericial en el caso de que se trate de una falsedad, peritos que declaren si el documento es falso o no.

Pero cierra las posibilidades, entre otras cosas, el texto actual, de la prueba confesional, por ejemplo; que es una prueba válida, mediante la cual se puede demostrar, entre otras cosas, el pago, como también eventualmente, la prescripción que no se nota de la demanda o de la contestación o de un interrogatorio de partes se podría derivar.

Entonces, lo que se hace es abrir más posibilidades del abanico probatorio, pero siempre que la prueba ofrecida por el demandado empate con las excepciones, es decir, con las defensas que haya opuesto el demandado. Por eso se dice: “Sólo será procedente el ofrecimiento de prueba admisible [...], bueno, por supuesto, no va a ser admisible prueba testimonial cuando no se encuentra dentro de los límites que establece la norma procesal civil de la cuantía.

No será admisible prueba que ha sido declarada falsa en los tribunales de justicia. Entonces, la prueba admisible que resulte pertinente no va a ofrecer testigos, cuando lo que quiere decir es que el documento es falso, cuando eso sólo se puede demostrar a través de peritos. Y útil de conformidad con las excepciones interpuestas, es decir, no va a ofrecer testigos, cuando está invocando la falsedad, o no va a ofrecer peritos, cuando lo que está es invocando que hay otra relación subyacente.

Es decir, la prueba debe ser coincidente totalmente, con las excepciones que interpone, si no es así, podría rechazar la prueba que no resulte procedente [...]¹⁴.

Presento transcripción con la intención de que tengan una idea de las razones que imperaron a la hora de modificar la norma de comentario. Pero considero necesario hacer un breve análisis de lo que debemos entender por “prueba admisible, pertinente y útil”. Se considera prueba **admisible** la que tenga

¹⁴ Acta de la sesión ordinaria n.º 18 de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, celebrada el 15 de agosto de 2007, pp. 17 y 18.

relación directa con los hechos y con la pretensión, siempre que sean controvertidos. La prueba **pertinente** es aquella que tiende a probar los hechos controvertidos y la **útil** o idónea, que produce certeza sobre la existencia o inexistencia del hecho controvertido. Para entender mejor el punto, me parece conveniente citar el artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, la cual indica:

Artículo 283. Impertinencia o inutilidad de la actividad probatoria.

1. No deberá admitirse ninguna prueba que, por no guardar relación con lo que sea objeto del proceso, haya de considerarse impertinente.
2. Tampoco deben admitirse, por inútiles, aquellas pruebas que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos [...].

Interpretar esa norma a contrario sensu, nos va a resultar muy útil para determinar en cada caso concreto, cuál prueba debemos admitir y cuál no. Para terminar, considero importante citar al maestro Montero Aroca, quien en relación con este tema, ha expresado:

[...] B) Impertinencia

La impertinencia atiende a la pretensión de probar hechos que no guardan relación con el objeto del proceso (art. 283.1 LEC). La pertinencia viene referida, no tanto al medio de prueba en sí mismo considerado y entendido como actividad, cuanto al hecho que pretende probarse con el medio de prueba concreto, y exige que ese hecho tenga relación con el objeto del proceso. La pertinencia, pues, atiende al hecho que se fija como objeto de la prueba en relación con las afirmaciones que se hicieron por las partes en su momento, y puede llevar a la no admisión de los medios de prueba que se propongan. Serán inadmisibles por impertinentes:

1.º) Los medios de prueba que se dirijan a probar hechos que no fueron afirmados por las partes en los actos de alegación.

2.º) Los medios de prueba que se propongan con el fin de probar hechos que no afectan al posible contenido del fallo de la sentencia, lo que en la jurisprudencia suele expresarse diciendo que los hechos objeto de la prueba han de ser fundamentales, esenciales, relevantes, influyentes (STS de 5 de marzo de 1982: "pruebas que no tienen influencia alguna para resolver la cuestión controvertida").

Si hubiera que ser preciso técnicamente, y siempre es necesaria la precisión terminológica y conceptual, habría que decir que la impertinencia de los medios de prueba atienden en este supuesto a que el hecho que se pretende

probar no entra en el supuesto fáctico de la norma cuya aplicación se pide por la parte. Si la existencia o no del hecho, y las circunstancias del mismo, no son determinantes de la estimación o desestimación de la pretensión, el medio de prueba que se refiera a ese hecho es impertinente.

3.º) Porque se refiera a hechos no controvertidos: La necesidad de la prueba se refiere sólo a los hechos controvertidos, de modo que si un medio atiende a hecho sobre el que existe conformidad debe inadmitirse.

4.º) También son impertinentes los medios por los que pretendan probarse hechos notorios.

C) Inutilidad

La inutilidad se refiere a la inadecuación del medio respecto al fin que se persigue, es decir, respecto del hecho que se pretende probar (art. 283.2 LEC) (el reconocimiento judicial no servirá para probar los kilos por centímetro cuadrado que soportan las vigas de un edificio).

La jurisprudencia emplea en muchas ocasiones las palabras pertinencia y utilidad como sinónimas, pero entre una y otra existen claras diferencias. La confusión jurisprudencial es manifiesta cuando se dice, por ejemplo, que un medio de prueba es inútil por referirse a hechos reconocidos por la parte contraria (STS de 16 de mayo de 1986), o que el medio de prueba no es de influencia respecto de la solución a la que se tenga que llegar en el fallo de la sentencia (STS de 30 de enero de 1979). En estos casos, y en otros similares, parece claro que el cuestionamiento de la admisibilidad del medio de prueba no se produce por el medio de prueba en sí, sino con referencia al hecho que con él se pretende probar.

La inutilidad de un medio de prueba en sentido estricto puede atender a dos tipos de razones:

1.ª) Cuando el medio probatorio no es adecuado para verificar con él las afirmaciones de hecho que pretenden ser probadas por la parte, esto es, cuando el medio es inadecuado respecto del fin que se persigue.

Esto sucede si se propone el medio de reconocimiento judicial con el fin de probar la calidad de los materiales usados en la construcción de un edificio y su correspondencia con el proyecto de la obra, pues entonces se precisa de conocimientos científicos especializados para llegar a una conclusión, o si se propone la prueba testifical para que una persona sin cualificación técnica emita un juicio y no una mera declaración de conocimiento, o cuando se propone la prueba pericial para que un jurista informe al juez sobre la correcta interpretación de una norma jurídica.

2.ª) Cuando el medio de prueba propuesto es superfluo, bien porque se han propuesto dos pruebas periciales con el mismo fin (STS de 9 de abril de 1985, en que se propuso una pericia de arquitecto y otra de ingeniero siendo el objeto a reconocer el mismo y con el mismo fin), bien porque el medio de prueba ya se había practicado antes.

Por el contrario, nos parece peligrosa la jurisprudencia que entiende que el juez puede no admitir un medio de prueba "cuando dispone ya de los elementos

de prueba suficientes para forjar su convicción" (STS de 2 de enero de 1984), pues aparte de que es difícil imaginar cómo un juez puede tener formada su convicción en el trámite de admisión de los medios de prueba, esa posibilidad equivale a decir que el juez a priori puede decidir con qué medios de prueba se forma su convicción [...] ¹⁵.

Obviamente, estamos en presencia de una oposición bastante restringida, lo que se justifica en el hecho de que el actor ha aportado un documento, presuntamente firmado por el (la) demandado (a), en el cual consta la existencia de una obligación dineraria líquida y exigible. Además lo que se resuelva en esta vía, tendrá autoridad y eficacia de cosa juzgada formal, lo que permitirá a quien no esté conforme con lo decidido, acudir al proceso ordinario en defensa de sus derechos, así que de ninguna forma se le está vulnerando el derecho de defensa al accionado.

Considero que la oposición sustentada en falsedad del documento, pago y prescripción, no requiere de mayores explicaciones, pero sí merece comentario aparte la de falta de exigibilidad de la obligación, porque dentro de esta defensa tan amplia, se debe acomodar una serie de excepciones, tales como, las cambiarias, contempladas en el apartado de los títulos valores del Código de Comercio y que podrán alegarse en aquellos procesos fundados en un título de esa categoría.

También la falta del debido proceso en la constitución del título, para algunos documentos que surgen básicamente en sede administrativa y en donde se debe seguir un procedimiento previo para que el (la) deudor (a) pueda ejercer su derecho de defensa y una vez agotada esa fase, se emite el título ejecutivo para el cobro judicial.

Se debe citar lo dicho por el doctor Gerardo Parajeles Vindas en la sesión n.º 56 de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, celebrada el 19 de diciembre de 2006:

¹⁵ MONTERO AROCA, Juan. "Procedimiento probatorio (la grandeza de la sumisión a la ley procesal)". Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, 7/2000, pp. 281-313, disco compacto emanado del Consejo General del Poder Judicial, España, edición especial para Iberius, 2004.

[...] Así es que yo no veo, digamos en este tema, que el proyecto esté cargado en contra del deudor, además, como lo explicaba en la ocasión anterior, el mismo artículo 4.4 precisamente en las últimas reuniones que tuvimos antes de que este proyecto fuera aprobado por Corte, o antes de ser enviado a Corte, fue un tema que se discutió muchísimo, se discutió a nivel de los deudores en sede agraria, porque este proyecto se le va a aplicar a las obligaciones agrarias, se discutió para los deudores bancarios o de los deudores de las instituciones estatales y por supuesto, aplicable a los deudores civiles y el consenso a que se llegó fue precisamente incluir en el 4.4 una excepción denominada, como lo he venido conversando, la llamada excepción de falta de exigibilidad de la obligación y en esta excepción que es un poco más abierta que las tradicionales que están aquí mismo, como es el pago, la prescripción y la falsedad, aquí podríamos incluir toda una serie de circunstancias donde el deudor podría defenderse sin ningún problema, en cualquiera de las opciones que se puedan oponer, ya sea que se alegue un problema de un excesivo cobro de intereses, alegar problemas de una eventual relación causal, más que relación causal, que se pueda alegar una falta de causa en las obligaciones. Entonces, esta excepción nos dio un consenso a todas las materias en donde se les va a aplicar este proyecto de ley, nos dio un consenso para que por esta vía a los deudores se les respetara el debido proceso [...].

Ha quedado contemplado que dentro del plazo otorgado para la oposición, se pueden plantear las excepciones que se consideren procedentes y, dentro de ellas, debemos considerar también las procesales. No obstante, la LCJ no establece un elenco de ellas por lo que debemos acudir al CPC como fuente supletoria para determinar cuáles se deben considerar de esa naturaleza.

El artículo 298 del cuerpo normativo citado en último término, incorpora las siguientes defensas: falta de competencia, falta de capacidad o defectuosa representación, la indebida acumulación de pretensiones, el litis consorcio necesario incompleto, el acuerdo arbitral, la litis pendencia, la cosa juzgada, la transacción, la prescripción y la caducidad. Las últimas cuatro mencionadas son excepciones que atañen al fondo de la discusión, por lo que se deben descartar como procesales. Además la de prescripción en este tipo de procesos, se resuelve en la sentencia. Así, debemos tener como defensas procesales, las de los primeros seis incisos de la norma citada en último término.

El planteamiento de una oposición fundada nos llevará a la celebración de una audiencia oral, donde se discutirán los aspectos objeto de debate, se

practicarán las pruebas pertinentes y se dictará la sentencia donde emitirá pronunciamiento sobre esa oposición, todo en los términos y condiciones que analizaremos más adelante.

1.6.3.2 Allanamiento, falta de oposición y oposición infundada

Aquí es donde aparece una de las situaciones más novedosas que contempla este nuevo concepto del proceso monitorio, y es que si hay un allanamiento expreso por parte del (de la) demandado (a) a las pretensiones de la parte actora, y si no se opone dentro del plazo o la oposición es infundada, se procede, **sin más trámite**, a la ejecución de la resolución intimatoria. Lo anterior significa que surge el título ejecutorio sin necesidad de dictar sentencia, como se requiere actualmente en el sumario ejecutivo y en el monitorio regulados en el CPC, en los que ante la conformidad expresa o tácita del (de la) demandado (a), se procede a dictar una resolución razonada donde se declara con lugar la demanda, la cual no requiere las formalidades de una sentencia, pero sí tiene el carácter de esta.

En relación con esta tramitación, resulta ilustrativo citar nuevamente al doctor Hernández Aguilar, quien al respecto manifiesta:

[...] 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. 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 sucede en el actual 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. La modalidad de oposición a la que aluda 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 [...]»¹⁶.

Comentario aparte merece el tema de la oposición infundada, porque aunque el artículo 5.3 de la LCJ señala que, en presencia de esta, se ejecutará la resolución intimatoria, sin más trámite, eso no es del todo cierto, dado que el (la) juzgador (a) estará en la obligación de dictar una resolución razonada, donde califique la oposición como infundada y explique las razones que tuvo para llegar a esa conclusión. Recordemos que será de tal naturaleza, cuando no se funde en una de las defensas de fondo o procesales admitidas por la LCJ, o bien cuando esas defensas no se apoyen en prueba admisible, pertinente y útil.

Comparto lo expresado por el doctor Gerardo Parajeles, en cuanto considera que, en algunas situaciones se debe tener por infundada la oposición también por razones de fondo, como sería el caso de alegación de una prescripción evidentemente improcedente. El auto que declare como infundada una oposición únicamente tiene recurso de revocatoria.

1.6.4 La audiencia oral

1.6.4.1 Los principios generales de la oralidad

Con la incorporación en el proceso monitorio de la audiencia oral en los casos de oposición fundada, se da un viraje de ciento ochenta grados, en relación

¹⁶

HERNÁNDEZ AGUILAR, Álvaro. Óp. cit.

con el sistema procedimental que ha regido el trámite de los procesos cobratorios, para pasar de uno casi totalmente escrito a otro influenciado por la oralidad.

Por tanto, el artículo 35 de la LCJ, establece la oralidad como principio de procedimiento, disponiendo que las audiencias deban ajustarse a dicho principio y que la expresión oral sea el medio fundamental de comunicación. Solo serán escritos los actos expresamente autorizados y los que por su naturaleza deban constar en esa forma. Agrega dicha norma que en caso de duda entre la aplicación de la oralidad y la escritura, el tribunal escogerá siempre la oralidad.

Por otra parte, es criterio generalizado que para que el sistema de la oralidad cumpla sus fines, debe estar cobijado por tres principios fundamentales que lo informan y lo caracterizan, los cuales son: inmediación, concentración y publicidad.

El doctor Jorge Alberto López González observa que

*[...] la inmediación, es un principio del procedimiento, por cuanto, una vez implantada en un tipo de proceso determinado, rige la forma en que deben actuar las partes y el órgano jurisdiccional, establece la forma y naturaleza de la relación entre los intervinientes y le da una nueva concepción a la sucesión temporal de los actos procesales [...]*¹⁷.

El autor Isidoro Eisner, citado por el doctor López, define a la inmediación como el principio que procura asegurar que el juez o tribunal se halle en permanente e íntima vinculación personal con los sujetos y elementos que intervienen en el proceso, recibiendo directamente las alegaciones de las partes y las aportaciones probatorias, a fin de que pueda conocer en toda su significación el material de la causa, desde el principio de ella, quien a su término ha de pronunciar la sentencia que la resuelva¹⁸.

¹⁷ LÓPEZ GONZÁLEZ, Jorge Alberto. "Teoría General sobre el principio de oralidad en el proceso civil". 1ª. Edición, San José, agosto 2001, p. 43.

¹⁸ *Ibíd.*, p. 39.

Por otra parte, en el proyecto del Código Procesal Civil se incorporó un capítulo sobre principios (título I, capítulo I, art. 2) y sobre la inmediación se indica que:

Todas las audiencias serán realizadas por el tribunal que conoce del proceso, salvo disposición legal en contrario. Las sentencias deberán dictarse por el tribunal ante el cual se practicaron todas las pruebas. La utilización de medios tecnológicos que garanticen la relación directa con los elementos del proceso, no implica ruptura del principio de inmediación.

En segundo lugar, se mencionó el principio de concentración que supone el examen de toda la causa en una o pocas audiencias próximas. Sin embargo, la realidad es que este principio se manifiesta siempre que el sistema tienda al acercamiento temporal entre la instrucción del proceso y su decisión¹⁹. También se busca que las actuaciones procesales se desarrollen de la manera más expedita posible.

El citado proyecto del Código Procesal Civil, en relación con la concentración, indica:

Toda la actividad procesal deberá desarrollarse en la menor cantidad de actos y tiempo posible. Las audiencias se celebrarán en una o pocas sesiones. Su posposición, interrupción o suspensión solo es procedente por causa justificada a criterio del tribunal y siempre que no se contraríen las disposiciones de este Código.

Como veremos luego, el conocimiento de la oposición y el dictado de la sentencia en una sola audiencia, hacen prever que en los procesos cobratorios, se respetarán los mencionados principios.

Resta comentar sobre el principio de publicidad que

[...] nació como una garantía para los ciudadanos frente al poder de los gobernantes y aunque modernamente tiene otros objetivos, que la doctrina y la jurisprudencia se ha ocupado de precisar, su fin esencial sigue siendo, que el pueblo tenga la oportunidad de controlar el ejercicio de la potestad jurisdiccional. [...] En síntesis, tanto desde el punto de vista de las partes como del juez y de la función jurisdiccional en conjunto, el principio de

¹⁹ Ibíd., p. 48.

*publicidad, bien entendido, constituye un instrumento de democratización de la justicia que contribuye a su mejoramiento [...]*²⁰.

En cuanto a este el proyecto del Código Procesal Civil indica:

El proceso será de conocimiento público, salvo que expresamente la ley disponga lo contrario o el tribunal lo decida por razones de seguridad, de moral o de protección de los derechos fundamentales de los sujetos procesales.

1.6.4.2 Disposiciones generales

Como lo mencioné anteriormente, ante la oposición fundada de la parte demandada, aparece ahora regulada la celebración de una audiencia oral en donde se va a realizar una serie de actos procesales, tales como: propuesta de conciliación, ratificación de las proposiciones de las partes, contestación de excepciones, saneamiento del proceso y resolución de excepciones procesales, fijación del objeto del debate, fase demostrativa, conclusiones y sentencia. Esta figura implica una gran novedad a través de la cual los alegatos, las pruebas y el dictado del fallo, deben practicarse en un solo acto concentrado, con inmediación y publicidad.

A pesar de las grandes ventajas que implica el acogimiento de un sistema procesal impregnado de oralidad, debemos tener presente que esta ley se amolda perfectamente a los principios y disposiciones contenidos en el proyecto del Código Procesal Civil, con la idea precisamente de que al entrar en vigencia este, se proceda a su derogación y que el sistema continúe funcionando normalmente.

En este orden de ideas se incorporó en la LCJ, propiamente en el artículo 4, lo relativo a las disposiciones generales de estos actos procesales, en donde se regulan la concentración de la actividad, el deber de asistencia y los efectos de la incomparecencia, la posposición y suspensión de las audiencias, su dirección,

²⁰ Ibídem, págs. 56-57.

documentación y deliberación, transcribiéndose casi en su totalidad el artículo 50 del citado proyecto.

1.6.4.2.1 Concentración de actividad

Las audiencias se pueden celebrar en una o varias sesiones separadas por recesos, ya sea en un solo día o en días continuos, como una misma unidad procesal. Esta disposición es un reflejo del principio de concentración analizado supra.

1.6.4.2.2 Asistencia y efectos de la incomparecencia

1.6.4.2.2.1 Deber de asistencia

Las partes están obligadas a comparecer a las audiencias ya sea personalmente o representadas por abogados (as) con facultades para conciliar. Obviamente esta representación se ejercerá a través del contrato de mandato correspondiente. Igualmente deben comparecer los (as) abogados (as) en aras de respetar el patrocinio letrado. Por tal motivo estos (as) deben tomar las previsiones necesarias para que en caso de que no puedan asistir, aun por caso fortuito o fuerza mayor, lo haga en su lugar un (a) colega sustituto (a).

En relación con este deber de asistencia, el doctor López González nos comenta que

[...] La presencia de las partes es fundamental para la realización y eficacia de la primera audiencia. Desde el punto de vista de la delimitación de términos del debate, son ellas las que mejor conocen el cuadro fáctico que sustenta la litis y desde la perspectiva de la función conciliadora, en ellas recae el poder de disposición que les permite llegar a un acuerdo mediante el cual terminen con el litigio [...] Nosotros consideramos, que el otorgamiento de poder, tanto para asistir a la audiencia, como para conciliar, a pesar de ser una medida aceptable, desde el punto de vista de los principios que sustenta a la oralidad, no debe ser la regla sino la excepción. El fin de la oralidad es que se cumpla la inmediación, la publicidad y la concentración, que las partes que tienen el conflicto –no sus

*apoderados- comparezcan ante el juez, expongan sus razones y satisfagan su derecho a ser oídos [...]*²¹.

Por otra parte, también resulta necesaria la presencia de los (as) abogados (as), porque tomando en cuenta las funciones conciliadora, delimitadora de los términos del debate, delimitadora de la prueba y saneadora que tiene la audiencia, la parte requiere de asesoría legal, para tomar las decisiones que mejor convengan a sus intereses.

1.6.4.2.2 Inasistencia de las partes

Ahora bien, en aras de que se cumpla el deber mencionado en el aparte anterior, la ley les impone cargas procesales a las partes y, por ello, se establece lo siguiente:

a) Si el inasistente es el demandante, se tendrá por desistida la demanda y se le condenará al pago de las costas y los daños y perjuicios causados.

b) Si el ausente es el demandado, el juez dictará sentencia de inmediato.

c) Si a la audiencia no comparece ninguna de las partes, se tendrá por desistido el proceso, sin condenatoria alguna.

Las reglas señaladas en los apartes a) y b), tienen su excepción. En el primero de ellos, aun en ausencia del actor, podrá continuarse el proceso, si alguna de las partes presentes alega interés legítimo o cuando la naturaleza de lo debatido exija la continuación, siempre que no exista impedimento cuya superación dependa exclusivamente de la parte demandante. En cuanto al b) no se podrá dictar la sentencia de inmediato, cuando sea necesario recabar la prueba ofrecida por el actor por tratarse de hechos no susceptibles de ser probados por confesión o que las pretensiones se refieran a cuestiones de orden público o derechos indisponibles.

²¹ Ibíd., pp. 166 y 167.

1.6.4.2.3 Inasistencia del juez o jueza

Cuando debido a la ausencia del juez o jueza no puede celebrarse la audiencia, se deberá hacer un nuevo señalamiento en forma inmediata y siempre dentro de los diez días siguientes. Cuando en el despacho judicial laboren varios jueces o juezas, se deberán tomar las previsiones necesarias para que, en caso de que un juez o jueza no pueda realizar la audiencia, sea otro (a) el que la lleve a cabo. Lo importante es que no se pierda el señalamiento.

1.6.4.2.3 Posposición y suspensión de las audiencias

En cuanto a la posposición de las audiencias, únicamente se puede acceder a ello por caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobado. Ahora bien, la suspensión de la que ya inició, se puede decretar solamente en situaciones excepcionales que deberá valorar el juez o jueza, cuando sea necesario para la buena marcha del proceso, normalmente porque existe tramitación defectuosa que no puede ser subsanada en el mismo acto y que torna inevitable la suspensión.

También se puede suspender para deliberar sobre aspectos complejos, como podría ser algún caso de resolución de excepciones procesales, e igualmente a solicitud de parte para instar una posible conciliación. En todo caso, la audiencia debe reanudarse con la mayor brevedad posible para no violentar el principio de concentración.

No cabe duda de que la suspensión que se ordene, debe ser lo más breve posible, en algunos casos de minutos, y al hacerlo se deben indicar expresamente la hora y fecha de la reanudación. El plazo máximo de la suspensión es de cinco días y, si no se pudiera reanudar dentro del mismo, se deberá convocar una nueva

audiencia, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda que, en el caso del juez o jueza, será de índole disciplinaria.

Lo anterior procura defender la continuidad de las audiencias, con señalamientos en días consecutivos, cuando resulte necesario y con suspensiones muy breves. En este sentido, la doctrina ha señalado que:

*[...] El fundamento es múltiple. En primer término, evitar los procesos excesivamente prolongados que en definitiva suponen la ineficacia de los derechos sustanciales. En segundo término, facilitar la inmediatez, en el entendido que cuanto más próximas sean las audiencias entre sí, el proceso se manifiesta con mayor unidad –no como conjunto de actos aislados- permitiendo mantener vivas en la conciencia del magistrado las impresiones recogidas en las audiencias, donde tuvo contacto directo con las partes, testigos y peritos, que evidentemente revisten importancia fundamental, al momento de dictar la sentencia [...]*²².

La ausencia de los (as) abogados (as) no es motivo para posponer o suspender una audiencia, ni tampoco lo justifica que ellos o las partes tengan otro señalamiento a la misma hora y fecha. No obstante, si esta última circunstancia se pone en conocimiento del tribunal con la debida antelación, a criterio del juez o jueza, se puede posponer la que se señaló de último, pero siempre dentro de los cinco días siguientes.

1.6.4.2.4 Dirección de la audiencia

En esta norma, se establece que el juez es el director de la audiencia y esa dirección deberá ejercerla, conforme a los poderes y deberes que le confiere la ley, entre los que podemos citar los siguientes: asegurar la igualdad a las partes respetando el debido proceso; dirigir el proceso y velar por su rápida solución, desechar cualquier solicitud o incidencia notoriamente improcedente o que implique una dilación manifiesta; sancionar cualquier acto contrario a la dignidad de la justicia, la buena fe, la lealtad, la probidad; sancionar cualquier forma de abuso y fraude procesal; procurar la búsqueda de la verdad dentro de los límites

²² LANDONI SOSA, Ángel. “Código General del Proceso. Comentado, con doctrina y jurisprudencia”. Vol. 1, Editorial B de F, Buenos Aires, 2002, p. 238.

establecidos por el ordenamiento jurídico; aplicar el régimen disciplinario y, por supuesto, todos los demás que establece la ley.

El juez o jueza le explicará a las partes los fines y actividades de la audiencia; controlará los interrogatorios y evitará la lectura innecesaria de textos y documentos, así como las divagaciones por parte de los (as) litigantes, sin coartar el derecho de defensa. Además, deberá mantener el orden en el recinto y ordenará el abandono del sitio a quien no acate sus directrices.

Resulta importante destacar que cuando al acto acuda una de las partes patrocinada por más de un abogado (a), solo podrá intervenir uno por declarante. En las demás actividades ajenas a declaraciones, entre ellos decidirán quién actúa.

Como señala GELSI BIDART, el Tribunal al igual que un árbitro deportivo, debe actuar en el campo de la audiencia, a fin de vigilar que se cumplan las reglas de juego preestablecidas. Pero a diferencia del “referee”, que solo se limita a velar por la observancia del reglamento, ya que el resultado del encuentro lo decidirá la actuación de los equipos, la tarea del magistrado en audiencia, es mucho más amplia, porque, aparte de controlar el normal y buen desarrollo de la misma, debe encarar su actividad con ayuda de las partes a efectos de averiguar la verdad subyacente que determine la solución del caso²³.

En cuanto a la conducta general que debe desplegar el juez, se ha dicho que

[...] en la audiencia el Juez es un Líder o conductor y ello hace presuponer en él preparación de mando, jurídica y en las gentes, honestidad e independencia, tanto en su apariencia como en su proceder [...] Debe el Juez observar una actitud imparcial, temperada, afable y cortés, con mentalidad abierta, ponderada, justa, apolítica y por supuesto libre de

²³ GELSI BIDART, Adolfo. “Situación, perspectiva y razón de la oralidad”. Editorial Jurídica Amalio Fernández, Montevideo, p. 33. “Intervención del Juzgador en el proceso” En Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, T. 60, p.18, citado por ETTLIN, Edgardo. “Cómo dirigir y desempeñarse en audiencia judiciales”. Editorial Amalio M. Fernández, 1ª edición, Montevideo, 1999, pp. 11-12.

prejuicios o compromisos. La audiencia, que en virtud de la intermediación aproxima al Decisor con los justiciables (aunque toda distancia física importa cierto menoscabo a la intermediación), exige al Magistrado un especial esfuerzo de tensión y concentración, que le implicará no mirar ni tratar parcialmente a cualquiera de las partes o Abogados, evitar quedar envuelto dentro de las discusiones del juicio o sentirse más inclinado o comprometido por la posición de alguno de los litigantes, evitando o absteniéndose de meterse en agravios, ataques o discusiones personales. También tendrá presente que no debe ejercer una actitud de coacción, intimidación o de amenaza con su presencia y trabajo en el comparendo. Cuidando el otro extremo, asimismo se evitará tratos familiares con los presentes, evitando los tuteos, [...] CALAMANDREI recomendaba especialmente a los Jueces evitar la irascibilidad, ser pacientes, amables, ponderados y cuerdos. Los procesos por audiencias ponen en exposición principalmente la personalidad del Juez, sus virtudes, defectos, carácter y formación técnica en lo jurisdiccional y en lo administrativo; quedará a prueba su experiencia, sentido común y su autocontrol sin lo cual no puede imponer control a los demás [...] ²⁴.

1.6.4.2.5 Documentación de las audiencias

La LCJ exige, en primer término, que cada juez lleve un registro de control de audiencias y, de esta manera, al inicio de cada una que celebre, debe consignar en él la hora, fecha y naturaleza de la audiencia. También se identificarán las partes, los testigos, peritos y demás auxiliares que participen en ella y todos los asistentes firmarán antes de comenzar el acto, en caso de negativa únicamente se hará constar esa circunstancia.

En sus charlas, el doctor Parajeles Vindas ha indicado que este registro resulta innecesario en los procesos cobratorios, y que en el proyecto del Código Procesal Civil, de donde se extrajo la norma de comentario, se pensó en su utilización para otro tipo de procesos como los ordinarios.

En realidad, en aplicación de lo establecido por el artículo 4.5.2 de la LCJ, las formas de documentación son tres: a) imagen y sonido; b) sonido; c) acta. Véase que se regula un registro en soporte apto para la grabación y reproducción

²⁴ ETTLIN, Edgardo. Óp. cit., pp. 40-41.

del sonido y de la imagen y si no fuere posible, solo del sonido. En último caso, se prevé la documentación mediante acta, cuando los medios de registro antes mencionados no pudieren utilizarse por cualquier causa. La idea de permitir el acta en situaciones excepcionales, es para no suspender ni posponer la celebración de la audiencia por causas, por ejemplo: la falta de fluido eléctrico. La regla general debe ser que, en las audiencias orales, se debe eliminar por completo la escritura.

1.6.4.3 Trámite de la audiencia (art. 5.5)

A continuación, analizaré cada uno de los pasos o aspectos que se deben conocer en la audiencia única que se celebra en los procesos monitorios, recordando que a esta se llega únicamente en los casos de oposición fundada. Es importante señalar que el orden establecido en la norma, se debe respetar.

a) Informe a las partes sobre el objeto del proceso y el orden en que se conocerán las cuestiones por resolver.

Este primer paso corresponde precisamente a la apertura de la audiencia y aquí el juez informa a las partes sobre el proceso respectivo y el orden de los siguientes aspectos que se van a conocer. Por supuesto que no existe una fórmula específica para cumplir con lo anterior, sino que queda a criterio de cada juzgador la forma de realizarlo.

b) Conciliación.

Es lo que se conoce como la función conciliadora de la audiencia. En este momento, el juez o jueza les propone a las partes que busquen una solución, para que le pongan fin a su conflicto a través de este medio autocompositivo. Es una de las formas anormales de terminación del proceso que prevé el ordenamiento positivo. Es importante tener presente que tanto el artículo 314 del Código Procesal Civil como la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, prevén que el juez no será recusable por las opiniones o propuestas

que emita en la búsqueda del arreglo, ni podrá atribuírsele responsabilidad civil o penal por ese solo hecho.

El juez o jueza debe revisar anticipadamente que las partes tengan capacidad para disponer del objeto litigioso y que este no sea de carácter indisponible.

c) Ratificación, aclaración, ajuste y subsanación de las proposiciones de las partes, cuando a criterio del tribunal sean oscuras, imprecisas u omisas, cuando con anterioridad se haya omitido hacerlo.

Al hacer mención aquí de las proposiciones de las partes, se está refiriendo a la demanda y a la contestación (actos de alegación), las cuales deben ser ratificadas en esta diligencia. Lo anterior le sirve al juez o jueza para tener claridad en relación con los términos del debate, pero como esa claridad no es la regla, sino que en ocasiones el (la) juzgador (a) debe hacer un mayor esfuerzo intelectual para comprender las posiciones de las partes, por la forma en que han sido planteadas, ya sea por falta de lealtad u honestidad o, en la mayoría de los casos, por problemas de redacción, si resulta necesario se pedirán la aclaración, ajuste y subsanación de esos actos procesales, a fin de evitar anomalías en el desenvolvimiento del proceso.

La doctrina considera que la aclaración y complementación de los escritos iniciales, deben hacerse en forma oral y cuando sea verdaderamente necesario. Si no es así, se caería en el contrasentido de que bajo el pretexto de aclarar y complementar, se introduzca mayor confusión en el proceso²⁵.

d) Contestación por el actor de las excepciones opuestas, ofrecimiento y presentación de contraprueba.

Como el paso procesal inmediato siguiente a la oposición fundada, es el señalamiento para la audiencia oral, la parte actora no ha tenido posibilidad de referirse a dicha oposición ni a ofrecer contraprueba. Por tal motivo, en aras del

²⁵ Ibíd., p. 161

respeto al debido proceso, se le brinda esta oportunidad al (a la) demandante para que proceda a contestar las excepciones que le hubieran opuesto a su pretensión. No debemos olvidar que las únicas defensas oponibles en este proceso monitorio, son las de falsedad del documento, pago, prescripción y falta de exigibilidad de la obligación, además de las procesales.

e) Recepción, admisión y práctica de prueba pertinente sobre alegaciones de actividad procesal defectuosa, no resueltas anteriormente, vicios de procedimiento invocados en la audiencia y excepciones procesales.

f) Resolución sobre alegaciones de actividad procesal defectuosa, excepciones procesales y saneamiento.

Estos dos incisos conforman lo que en doctrina se denomina la función saneadora de la audiencia, la cual tiene como finalidad la tramitación y resolución de los reclamos por actividad procesal defectuosa anterior a la audiencia, los cuales se encuentren pendientes de resolver y los vicios invocados en esta, así como las excepciones procesales interpuestas en la contestación. Primero hay una especie de fase demostrativa con recepción, admisión y práctica de prueba y, posteriormente, la decisión del tribunal en cuanto a esos aspectos.

g) Fijación del objeto del debate.

También se denomina función delimitadora de la prueba. Corresponde a la determinación de los hechos controvertidos. Por haberse realizado la ratificación de las proposiciones de las partes, el juez o jueza va a tener claro cuáles son los aspectos fácticos que requieren ser probados y cuáles no, lo que indudablemente facilitará el paso siguiente.

h) Admisión y práctica de pruebas.

Al entender por prueba la actividad de las partes, encaminada a convencer al juez o jueza de la veracidad de unos hechos que se afirman existentes en la realidad, y siendo la aportación de esa prueba una carga para las partes, le

corresponde al juez o jueza determinar cuál de la ofrecida por ellas, debe o no admitirse, lo que en algunos casos se vuelve complicado.

Sin embargo, en el proceso monitorio la situación es sencilla, porque el contradictorio es muy limitado, debiendo admitirse únicamente la prueba útil y pertinente, según la oposición formulada. En cuanto a la pericial, para el caso que se alegue la falsedad del documento, nos lleva a reflexionar sobre la forma de su producción, y personalmente considero que la práctica de esta se deberá sujetar a lo establecido en el CPC vigente y en el artículo 38 de la LCJ.

Consecuentemente, el dictamen debe presentarse con antelación a la celebración de la audiencia, para que ahí pueda ser examinado por las partes y el tribunal. Pero en virtud del principio de oralidad que impregna esta normativa (artículo 35 *ibídem*), igualmente debe el experto comparecer a la audiencia para que las partes lo puedan interrogar, en relación con la pericia vertida.

i) Conclusiones de las partes.

En esta etapa, las partes procederán con su alegato de conclusiones en forma oral y, para no violentar el principio de inmediación, no se les permitirá la lectura de escritos. A lo sumo, podrán hacer consulta de notas para auxiliar la memoria.

j) Dictado de la sentencia.

En sentencia, se determinará si se confirma o revoca la resolución intimatoria.

Como lo afirma la máster Maribel Seing Murillo

la sentencia es el acto jurisdiccional por excelencia, ya que supone la culminación de un proceso dialéctico, a través del cual los y las particulares buscan obtener la solución de sus diferencias, por medio de un acto que en sí genere seguridad, bien común y paz social. Suponer un proceso jurisdiccional que no termine con una sentencia cuestiona en sí mismo el

concepto de jurisdicción y el de su instrumento, que es el proceso que conlleva al dictado de ésta²⁶.

Ahora bien, de acuerdo con lo establecido por el artículo 35 citado, no cabe duda de que esa sentencia debe dictarse oralmente, al disponer dicha norma que

[...] Solo serán escritos los actos autorizados expresamente por esta Ley y los que por su naturaleza deban constar de esa forma. En caso de duda entre la aplicación de la oralidad y la escritura, el tribunal escogerá siempre la oralidad.

Aquí vale la pena reiterar que la sentencia quedará debidamente documentada, mediante la grabación de la imagen y el sonido, o en los sitios donde no se cuente con todo el auxilio de la tecnología, bastará con la grabación del sonido. Además con el dictado de la sentencia de esta forma, las partes quedan automáticamente notificadas de ella y pueden proceder a recurrirla inmediatamente en forma también oral o pueden hacerlo por escrito dentro de tercero día.

En cuanto a los requisitos de la sentencia, se deberán cumplir los establecidos por el artículo 155 del CPC, es decir se deberán resolver todos y cada uno de los puntos que hayan sido objeto del debate. No podrán comprender otras cuestiones que las demandadas, ni se podrá conceder más de lo que se hubiera pedido. En relación con la forma, se deberá ajustar al principio de la oralidad, requiriéndose una relación sucinta de los hechos litigiosos y de la posición asumida por las partes; una relación de los hechos tenidos por probados y no probados; análisis de los motivos jurídicos y de hecho de la decisión, y una parte dispositiva.

1.6.5 Prejudicialidad

²⁶ SEING MURILLO, Maribel. “Las formalidades de la sentencia en el proyecto del Código Procesal Civil”. Contenido en el texto “Desarrollo de Destrezas Orales en Materia Civil”. Escuela Judicial, San José, junio 2007, p. 67.

Queda expresamente desechada la posibilidad que ante la interposición de un proceso penal se suspenda el monitorio (art. 5.6). La justificación de esta disposición se encuentra en la posibilidad que contempla la propia Ley en el sentido que dentro del propio monitorio, se puede analizar la falsedad del documento presentado como sustento del mismo.

1.6.6 Sentencia desestimatoria y conversión a ordinario

Cuando la sentencia sea desestimatoria, como ya se indicó, se revoca la resolución intimatoria y, además se revocará cualquier acto de ejecución o medida cautelar que se hubiera acordado. Pero al actor le queda la posibilidad de gestionar dentro del plazo de cinco días, a partir de la firmeza de la sentencia desestimatoria, lo que conocemos como “*ordinariar la vía*”, que es pedir la conversión del monitorio en un ordinario. En este caso, se conservarán las medidas cautelares obtenidas mediante caución y tendrá eficacia toda la prueba practicada con anterioridad.

1.6.7 Recurso de apelación

1.6.7.1 Forma de interposición

Cuando el recurso se formule directamente en la audiencia, debe hacerse en forma oral e inmediata. En los demás casos, se hará por escrito dentro del tercero día. Obligatoriamente debe fundamentarse el recurso y se rechazará de plano el que lo omita.

1.6.7.2 Casos en que procede

Únicamente tres resoluciones admiten el recurso de apelación, a saber:

- a) La que rechaza la demanda.
- b) La que declare con lugar las excepciones procesales.
- c) La sentencia que se pronuncia sobre la oposición.

Ahora bien, dentro del artículo 6 de la LCJ, se incorpora una disposición completamente novedosa en nuestro ordenamiento, la cual es la apelación en efecto diferido, que será en el que se admita en aquellos casos cuando lo recurrido no tenga efectos suspensivos. Lo anterior implica que cuando un recurso de apelación se admita diferidamente, queda condicionado a que la parte impugne la sentencia, reitere la apelación y que esta tenga trascendencia en la resolución final.

1.6.8 Cosa juzgada formal, garantía en ordinario para suspender y plazo

De esta forma, todas las sentencias dictadas en proceso monitorio, tendrán autoridad y eficacia de cosa juzgada formal, inclusive los pronunciamientos sobre prescripción, porque esta ley deroga parcialmente el artículo 165 del CPC, que era la norma que les concedía efecto de cosa juzgada material a esos pronunciamientos. En consecuencia, lo resuelto se podrá revisar en proceso ordinario, pero la presentación de este no suspenderá la ejecución, salvo que se rinda garantía suficiente, a satisfacción del tribunal, que cubra todo lo adeudado. Para la presentación de este nuevo proceso, se establece un plazo de caducidad y debe presentarse antes de que se entreguen los bienes adjudicados en remate en el proceso monitorio.

UNIDAD 2

PROCESOS DE EJECUCIÓN

2.1 Ejecución hipotecaria y prendaria

A continuación, se procederá al análisis de la Sección I del Capítulo Segundo de la LCJ, el cual comprende lo relativo a las disposiciones generales de los procesos de ejecución hipotecaria y prendaria, también llamados procesos de ejecución pura, condición que les otorga el artículo 630 inciso 3) del CPC.

En términos generales estos procesos, al igual que ocurre con la generalidad de los cobratorios, enfrentan en el plano práctico, una serie de inconvenientes que no permiten que cumplan con su finalidad (la recuperación de lo adeudado) con la rapidez que su propia naturaleza supone. El ejercicio abusivo por parte de los (as) deudores (as) de los medios de impugnación de resoluciones, así como de los incidentes de nulidad, hace que los procesos que normalmente deberían tener una duración en su trámite no mayor de seis meses, lleguen a tenerla de hasta varios años, incluso una década, como sucede en un caso en sede agraria que recientemente me comentaron.

Estos problemas prácticos que la mayoría de nosotros hemos enfrentado, tratan de superarse con la puesta en vigencia de esta legislación novedosa, haciendo cambios precisamente en esos temas (recursos y nulidades) que se consideran álgidos.

Otro aspecto que resulta necesario mencionar, es que se unificó la normativa de ambos tipos de proceso, hipotecario y prendario, la cual anteriormente estaba regulada en capítulos separados del CPC, y se generó en algunos casos la reiteración de normas o la constante remisión de las reglas de un proceso al otro. En realidad esta dicotomía no tenía razón de ser, dada la semejanza entre ambos tipos de procedimiento, donde, como todos sabemos, la diferencia estriba en que en uno la garantía la constituye un bien inmueble y, en el otro, uno mueble.

2.1.1 Títulos eficaces para su interposición

Una de las novedades interesantes que encontramos en la LCJ, es que se deroga el artículo 422 del Código Civil que facultaba a los interesados para renunciar, en la escritura de constitución de las hipotecas, a los trámites del juicio ejecutivo. Esto permitía que una vez hecha esa renuncia, se ingresara

directamente al proceso de ejecución, lo cual se podía hacer en la prendas con solo su inscripción.

Sin embargo, en la práctica vimos cómo muchas veces por problemas de redacción o por simple olvido, no se hacía la renuncia en cuestión y, obligatoriamente había que presentar con la hipoteca un sumario ejecutivo, y hasta que se obtuviera sentencia estimatoria, no se podía ejecutar la garantía. Ahora el artículo 8 de la LCJ equipara la situación y ambas garantías se pueden ejecutar con la sola inscripción de los documentos de constitución.

Así, los títulos ejecutorios que nos permiten acceder a este tipo de procesos, serán las hipotecas comunes y de cédula, así como las prendas, todas debidamente inscritas. Recordemos que el artículo 2.2 inciso f), dispone que las hipotecas y prendas no inscritas constituyen título ejecutivo. En estos casos, todas las garantías personales tienen limitada su responsabilidad a la existencia de un posible saldo en descubierto, con excepción del propietario que consiente la imposición de un gravamen para responder por deuda ajena, porque en este caso, como lo contempla el artículo 1329 del Código Civil, únicamente responde con el bien gravado.

Otro aspecto digno de tomar en cuenta, es que en los casos de hipotecas y prendas que por disposición legal no requieren inscripción, la eficacia es exactamente la misma que para las inscritas. En estas circunstancias, podemos involucrar a las hipotecas y prendas legales que podrán ahora ser ejecutadas sin necesidad de pasar por el proceso de conocimiento.

También se debe tener presente que, tratándose de hipotecas sobre bienes no inscritos, resulta obvio que no se le puede exigir al (a la) acreedor (a) que su crédito se encuentre inscrito, y basta en estos casos ordenar la práctica del embargo del bien garante de la obligación, pero siempre dentro del proceso de ejecución.

2.1.2 Demanda y resolución inicial

Aunque la norma no lo indique expresamente, el escrito de demanda deberá reunir una serie de requisitos, tales como: los nombres y calidades de ambas partes, los fundamentos de derecho, los montos reclamados por concepto de capital e intereses, la estimación, medio para atender notificaciones y lugar para notificar a la parte demandada y a otros acreedores, en caso de que los hubiera. Además deberán presentarse los documentos donde se funde la ejecución.

Considero que a estos procesos se les debe dar un tratamiento similar al del monitorio, pues si se omite alguno de esos requisitos o no se aporta el documento, se le debe conceder al demandante un plazo para que cumpla con lo omitido, bajo el apercibimiento de declarar inadmisibile la demanda, si no se cumple dentro del plazo concedido.

2.1.3 Garantes y fiadores

En los casos de hipoteca o prenda consentida, se deben demandar obligatoriamente al (a la) deudor (a) y al (a la) propietario (a) que consintió, y si no se hace, se le conceden ocho días al (a la) ejecutante para que lo haga, también bajo la advertencia de que si no cumple, se declarará la inadmisibilidad de la demanda. Diferente es la situación de los fiadores, porque será potestativo para el actor demandarlos o no. Si así procede, como se dijo antes, ellos responderán únicamente por el saldo en descubierto.

2.1.4 Anotación de demanda oficiosa

En la resolución inicial, como se hace ahora, se señalarán hora y fecha para la subasta, y se ordenarán las notificaciones que correspondan, **debiendo**

ordenarse de oficio la anotación de la demanda en el Registro correspondiente. Con esto se logrará darle publicidad registral a la existencia del proceso, para todas aquellas personas que con posterioridad inscriban documentos de cualquier índole, al margen del asiento de inscripción del bien pignorado o hipotecado.

2.1.5 Oposición

En estos procesos la oposición es aún más restringida que en los monitorios, y se admite únicamente la que se funde en falta de exigibilidad, pago o prescripción, sustentada en prueba documental o declaración de parte sobre hechos personales (confesión).

Recordemos que en el monitorio se habla de prueba útil y pertinente. Esta oposición se tramita en la vía incidental que se resolverá en audiencia oral, conforme lo dispuesto para el monitorio. La interposición de la oposición no suspende el remate, el cual se realizará pero advirtiendo a los (as) posibles postores (as) de la existencia del incidente. El remate no se podrá aprobar hasta tanto la oposición no haya sido rechazada. El plazo para presentar incidentes será desde que se notifica al demandado hasta antes de celebrarse el remate.

Ahora bien, como también se pueden alegar excepciones procesales, porque así lo autoriza la teoría general del proceso, estas se podrán plantear dentro del plazo antes indicado, salvo la defensa de falta de competencia, porque esta se debe alegar dentro de los tres días siguientes a la notificación de la demanda, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 34 del CPC.

2.1.6 Prejudicialidad

A diferencia del monitorio donde se excluyó la posibilidad de suspender el proceso por causa penal, al permitirse la alegación de la falsedad del título en la propia sede civil, en estos procesos prendarios e hipotecarios sí cabe esa posibilidad.

Los diputados de la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, no consideraron conveniente abrir un contradictorio sobre eventuales falsedades, dada la naturaleza de los títulos ejecutorios.

Ahora bien, la situación quedó regulada en forma parecida a la actual (artículo 654 CPC), en tanto lo que se suspende, cuando penalmente se ha denunciado la falsedad del documento base de la ejecución, es el dictado de la resolución donde se aprueba el remate. Esta suspensión se decreta, cuando el Ministerio Público ha formulado la acusación o cuando se presente querrela en el sentido indicado.

El o la oferente tiene la opción de mantener o retirar la propuesta, únicamente en caso de que al efectuarse el remate, no se tuviera conocimiento de la existencia del proceso penal, de lo contrario el remate se hace sujeto a lo que se resuelva en la sede penal y no se tiene esa opción.

2.1.7 Posibilidad de perseguir otros bienes y conversión a proceso concursal

La hipoteca y la prenda inscritas solo dan derecho para perseguir los bienes dados en garantía de la obligación. Para perseguir otros, debe existir resolución firme donde se establezca un saldo en descubierto. Igualmente se podrá perseguir otros cuando se pruebe que la garantía se ha desmejorado o extinguido, lo que se hará en el mismo proceso a través de un incidente que se deberá resolver en audiencia oral.

Es importante tener presente que una vez hecha esa demostración, se embargan y rematan otros bienes del (de la) deudor (a) sin necesidad de pasar

por el trámite del proceso monitorio. En estos casos, al igual que ocurre con las prendas e hipotecas que no se inscriben, si hubiera garantía fiduciaria, esta se extinguiría.

En los casos de concurrencia de acreedores (as), los de grado inferior no satisfechos (as), podrán cobrar lo que se les adeude en el mismo expediente, para lo cual se formarán legajos independientes para cada uno (a).

Lo que sí resulta novedoso es la posibilidad de que se les concede a los acreedores no satisfechos, de solicitar en el mismo expediente la declaratoria de apertura de un proceso concursal, cuando se den los presupuestos requeridos por la ley, para lo cual se remite el expediente al tribunal competente que conoce de esos procesos universales.

2.2 Tercerías

2.2.1 Clases de tercerías

En relación con este tema, se puede afirmar que la LCJ no hace cambios sustanciales, manteniéndose en lo básico la estructura que en la actualidad recoge el CPC. La clasificación de las tercerías sigue siendo la misma: de dominio, de mejor derecho y de distribución. Lo que sí se logra ahora es una mejor identificación de esta última, ya que en el CPC eso no se consiguió. Es de dominio cuando el tercero alegue tenerlo sobre los bienes embargados; de mejor derecho cuando se pretenda tener preferencia para el pago con el producto de ellos; y, de distribución, cuando el tercero pretenda participar del producto del embargo, en forma proporcional o a prorrata, alegando tener un crédito en un título de fecha cierta anterior a la práctica del embargo.

2.2.2 Requisitos de admisibilidad

El escrito inicial debe reunir los requisitos de los incidentes, a saber: hechos, pretensión y prueba. Además debe ser estimada. Todas las tercerías son documentales, lo que significa que para su admisión, deben acompañarse de prueba de esa naturaleza y, si eso no se cumple, serán rechazadas de plano.

En las de dominio o mejor derecho sobre bienes registrables, se requiere el documento acreditativo de la inscripción o que está pendiente de ese trámite. Si los bienes embargados son no registrables, se necesita el documento auténtico que justifique el derecho del tercero, de fecha anterior al embargo. En las de distribución, se debe presentar documento de fecha cierta al menos dos meses antes del embargo, en el que conste una deuda dineraria. Una nueva exigencia para el tercero es la demostración, con documentos, de la insuficiencia patrimonial del (de la) deudor (a), o sea que no tiene otros bienes embargables que puedan ser perseguidos por él.

2.2.3 Oportunidad

En relación con la oportunidad para su presentación, las de dominio no serán admisibles cuando se hayan adjudicado en firme los bienes al comprador, y las otras dos cuando exista resolución firme que ordene el pago a un (a) acreedor (a) o acreedores (as) determinados (as).

2.2.4 Efectos procesales

Como ocurría anteriormente, la interposición de una tercería de dominio no impide la celebración del remate; pero su aprobación sí queda sujeta a la resolución final de la tercería. En los otros casos, se reserva el pago que le podría corresponder al tercerista para entregárselo en el evento de que su gestión prospere.

2.2.5 Procedimiento incidental

El trámite por seguir es el incidental y se le concede audiencia al (a la) ejecutante, al (a la) ejecutado (a) y a cualquier acreedor (a) que se hubiera apersonado. La tercería se resolverá en audiencia oral, siguiendo los lineamientos del proceso monitorio. En las de distribución, si el tercerista no tiene sentencia a su favor, al dictarse el fallo de la tercería, deberá emitirse pronunciamiento sobre la existencia y extensión del crédito y su derecho de participación en el producto de la ejecución.

Si el proceso principal termina por cualquier razón, el tercerista pasará a ser el ejecutante y si hubiera dos o más terceristas de distribución, lo será el más antiguo.

UNIDAD 3

APREMIO PATRIMONIAL

3.1 El embargo

La vía de apremio patrimonial es la forma práctica de hacer efectivo el principio de la responsabilidad civil patrimonial recogido en el artículo 981 del Código Civil, el cual dispone que “todos los bienes que constituyen el patrimonio de una persona responden al pago de sus deudas [...]”, o como decimos en la jerga forense “el patrimonio de una persona es prenda común de sus acreedores”.

La citada vía se compone de tres pasos en su ejecución: el embargo de los bienes del deudor; su valoración y el remate o venta forzosa. El primero de estos pasos aparece regulado en la LCJ en los artículos 18, 19 y 20 y se mantiene un esquema muy parecido al que prevé el CPC, con algunas variantes que de seguido paso a comentar.

En primer lugar, recordemos que el embargo consiste en una afectación dispuesta por el juez (a) sobre unos bienes determinados pertenecientes al (a la) deudor (a), que en caso de resultar necesario, se venderán a través de subasta pública para que con el producto de ellos, se le pague al (a la) acreedor (a). La escogencia de los bienes por embargar, le corresponde al acreedor, y la práctica material del embargo a un auxiliar de la administración de justicia, denominado ejecutor.

3.1.1 Monto por el que se decreta

El embargo se decreta por una suma específica que debe corresponder al monto del capital reclamado, más los intereses liquidados y un cincuenta por ciento extra para cubrir intereses futuros y costas. Precisamente esa es la suma que debe depositar el (la) deudor (a) o cualquier interesado para evitar el embargo. Pero si ya este se practicó, para obtener su levantamiento, será necesario depositar la totalidad de lo debido en el momento en que se haga la solicitud.

3.1.2 Práctica del embargo

Como dije antes, la práctica material del embargo le corresponde al funcionario ejecutor que será designado por el juez o jueza, quien devengará los honorarios que se le fijen de acuerdo con la tarifa establecida por el Consejo Superior del Poder Judicial. Esos honorarios le tienen que ser pagados

directamente por el interesado, a diferencia de lo que ocurre en la actualidad, en que los emolumentos son depositados en la cuenta corriente del respectivo juzgado y, posteriormente, le son girados. Esto ha provocado múltiples reclamos por los retrasos en que incurren los tribunales en esa labor. Además implica un ahorro no solo de tiempo sino también de recursos, porque se evitará el dictado de resolución que ordena el giro, su notificación, luego la remisión de la orden de giro y, por último, la confección del cheque.

Otra disposición interesante y que pretende solventar problemas que se han suscitado en la práctica de los embargos, es el tema de la designación del depositario que se hará cargo de la custodia de los bienes afectados por tal medida. En la actualidad, el artículo 634 del CPC dispone que esa designación se hará por convenio de las partes y si no se da acuerdo en ese sentido, en la persona que escoja el ejecutor.

La LCJ mantiene el posible convenio de las partes, pero en ausencia de este, se nombrará a quien se encuentre en posesión de los bienes, salvo que por cuestiones excepcionales, tales como: abandono, peligro de deterioro, pérdida u ocultación, resulte conveniente depositarlos en el acreedor o en un tercero.

Otro aspecto que debe recalcar, es que el ejecutor deberá prevenirle en el acto al depositario que debe señalar medio para atender notificaciones.

Con respecto a la comunicación de los embargos, se ha tratado de autorizar el uso de la tecnología y por ello, el artículo 33 faculta a la Corte Suprema de Justicia para implementar el uso de los sistemas tecnológicos en los procesos cobratorios. De esta manera, el artículo 18.2 expresamente regula la posibilidad de que esa comunicación se haga por esta vía, e incluso, en los casos de bienes o derechos registrados, la anotación debe ser realizada directamente por el tribunal en el registro respectivo, como funciona en la actualidad en los tribunales de tránsito de San José para la imposición de gravámenes.

En relación con los bienes registrables, al igual que ahora, basta con la anotación y se dispone expresamente que la misma afectará a los embargantes y anotantes posteriores, a quienes no será necesario notificarles.

3.1.3 Valoración de los bienes embargados

El avalúo tiene como finalidad la determinación de la suma que servirá como base para la subasta pública y, en este orden de ideas, tenemos que en primer lugar, está la suma pactada por las partes, lo que casi nunca ocurre. A falta de convenio y a elección del ejecutante, servirá de base el monto que se determine mediante avalúo pericial o el valor registrado, cuando los bienes tengan asignado un valor tributario o fiscal actualizado en los últimos dos años.

Se establece también que si los bienes por subastar soportan gravámenes, la base será siempre la fijada para la garantía de grado preferente vencida; pero esta disposición se debe aplicar en consonancia con lo preceptuado por el artículo 19 de la LCJ, porque los derechos de los acreedores reales o personales que nacieron con posterioridad a la anotación de embargo en el registro, no pueden afectar a este acreedor embargante, cuyo derecho debe prevalecer.

Por tal motivo, si los gravámenes que soporta el bien por subastar nacieron con posterioridad a la anotación de embargo, la base de la subasta será la que se obtenga en la ejecución, donde se ordenó ese embargo.

3.2 Remate

En relación con este último paso del apremio patrimonial, la LCJ hace una serie de cambios radicales que buscan, como he indicado desde el principio, lograr una efectiva y rápida recuperación de los créditos por parte de los

acreedores, pero respetándose el debido proceso, así como el derecho de defensa de los presuntos deudores.

A continuación, comentaré cada norma contenida en el Capítulo Cuarto de la LCJ (del artículo 21 al 31), para tratar de señalar los referidos cambios.

3.2.1 Actos preparatorios

3.2.1.1 Concurrencia de acreedores

El artículo 21 nos habla de los actos preparatorios del remate y se divide en cinco apartados. El primero de ellos (21.1) regula la concurrencia de acreedores sobre el mismo bien y establece que todos esos acreedores, embargantes o con garantía real, deben gestionar el pago de sus créditos en el mismo proceso, pero aclarando que será en aquel **donde se haya efectuado primero la publicación del edicto de remate** del bien que les sirve de garantía.

En la actualidad, el CPC dispone que todos deben cobrar en el mismo proceso, pero se indica que en el ya establecido, lo que sin duda se presta para confusiones que el propio deudor utiliza para entorpecer el curso normal de los procedimientos. Igualmente se hace una variante, en cuanto a la posibilidad de impulsar el trámite, considerándose que eso lo pueden hacer todos los acreedores apersonados. Pero a los embargantes se les otorga esa posibilidad, cuando hayan obtenido resolución, ordenando el remate y no como ahora que solo se les pedía que hubieran obtenido sentencia en el proceso ejecutivo.

3.2.1.2 Solicitud de remate

El artículo 21.2 habla de la solicitud de remate y dispone que en la primera solicitud, el ejecutante deberá presentar certificación del registro respectivo, donde consten los gravámenes, embargos y anotaciones que pesen sobre los bienes que se pretende vender.

Lo novedoso es que se indica expresamente que esa documentación no se requerirá para posteriores solicitudes, y el ejecutado u otro interesado mantiene la posibilidad de demostrar al tribunal cualquier modificación.

Esta disposición está acorde con la anotación de demanda oficiosa y con los efectos de la anotación de embargo, y termina de una vez por todas con el problema sobre la vigencia de las certificaciones, que normalmente los juzgadores (as) indicaban que era de tres meses. Además la carga de la prueba en relación con la demostración de modificaciones, se le transmite ahora al ejecutado.

3.2.1.3 Base del remate

El siguiente inciso regula la base del remate, aspecto que analicé en la valoración de los bienes embargados (3.1.3).

3.2.1.4 Orden de remate y notificaciones

A continuación, se incorporan la orden de remate y las notificaciones respectivas, y aquí se empieza a hablar de la posibilidad de hacer tres señalamientos para subasta de una sola vez, para el caso de que los dos primeros remates resulten fracasados. Asimismo, se traslada a la ley lo dispuesto en el artículo 417 del Código Civil, relativo a la prelación legal, estableciéndose que si el bien se vende en concurso, quiebra o por ejecución de primer grado, se ordenará el remate libre de gravámenes.

Si la venta fuera por ejecución de un acreedor de grado inferior, se ordenará soportando los gravámenes anteriores de condición no cumplida o de plazo no vencido. Pero si los créditos anteriores fueran ya exigibles, también se ordenará libre de gravámenes, y el producto de la subasta se aplicará al pago de los acreedores, según el orden de sus respectivos créditos.

Con base en los datos que arroje la documentación aportada, se ordenará notificar a los terceros adquirentes (lo que actualmente conocemos como terceros poseedores), acreedores o anotantes **anteriores** al embargo o a la anotación de la demanda, para que se apersonen a hacer valer sus derechos. A esos acreedores se les debe notificar esté o no vencida su obligación. Tomen nota que si se trata de acreedores o anotantes **posteriores** al embargo o a la anotación de la demanda, no debe ordenarse su notificación.

Sin embargo, debemos tener presente lo preceptuado por el artículo 455 del Código Civil, el cual indica que no tendrá la calidad de tercero, el anotante por crédito personal, respecto de derechos reales nacidos en escritura pública con anterioridad a la anotación del decreto de embargo, y que se concede un plazo de tres meses a partir de su otorgamiento para la presentación, es decir que si se hace dentro de ese plazo y ya se había anotado un embargo, este dejará de surtir efectos.

3.2.1.5 Publicación del aviso

Por último se ordena la publicación de un edicto para el respectivo anuncio de la subasta, este se publicará dos veces en días consecutivos en La Gaceta y en él se indicarán la base, hora, lugar y días de las subastas (recordemos que se hacen de una vez tres señalamientos) con diez días de intervalo como mínimo. Además se incorpora una descripción lacónica del bien por subastar y se consignarán los gravámenes y anotaciones que afecten al bien, cuando el adjudicatario deba soportarlos y, en caso de existir prejudicialidad debidamente acreditada en el expediente, el edicto deberá advertir la existencia del proceso penal, sin que su omisión implique nulidad del remate.

3.2.2 Suspensión del remate

El remate se podrá suspender a solicitud del acreedor único o de todos los acreedores ejecutantes apersonados. También cuando cualquier interesado deposite la totalidad de los extremos reclamados, incluidas las costas. Si la suma consignada es evidentemente insuficiente, no se suspenderá el remate. Si hubiera duda, se realiza pero sujeto a que una vez determinada la suma faltante, se le conceden cinco días al interesado para que cubra la diferencia y, si lo hace, el remate se dejará sin efecto.

3.2.3 Celebración del remate

El remate se puede llevar a cabo, cuando haya transcurrido un mínimo de ocho días hábiles contados desde el día siguiente de la primera publicación del edicto y la notificación a todos los interesados. Si se presentara cualquier gestión tendiente a suspenderlo, por ejemplo: oposición o incidentes, la subasta se lleva a cabo sujeta a lo que se resuelva en definitiva.

En su celebración, se da un cambio relevante y es que, en principio, no se requiere la participación del juez o jueza, sino que lo preside un (a) rematador (a) o el (la) auxiliar judicial que se designe, sin perjuicio de la intervención de aquel. Lo que se busca con esta disposición, es conceder más tiempo al (a la) juzgador (a) para que se dedique a su labor jurisdiccional y, a la vez, poder celebrar un mayor número de remates que los que se podrían hacer, si un juez tuviera que estar presente. Se piensa que con la infraestructura adecuada, se pueden estar haciendo, por ejemplo, veinte subastas y que haya un par de jueces (zas) encargados (as) de resolver los posibles diferendos que se pudieran presentar.

En cuanto al depósito para participar que, en la actualidad es de un treinta por ciento de la base y que se incrementa a un cincuenta y luego al cien por ciento, en caso de insubsistencias, se eleva para el primer remate a un cincuenta por ciento de la base, que se debe cubrir en efectivo, mediante entero bancario a la orden del tribunal o cheque certificado de un banco costarricense.

Si el oferente no cancela en el acto la totalidad de lo ofrecido, se le concederán tres días para pagar la diferencia y, si no lo hace, el remate será declarado insubsistente. En esta circunstancia, para los remates siguientes el depósito será la totalidad de la base.

El actual párrafo cuarto del artículo 665 del CPC, por problemas de redacción ha tenido que ser interpretado por la jurisprudencia, en el sentido de que el único oferente que estaba exonerado de hacer el depósito de ley, era el acreedor de grado preferente.

El párrafo final del artículo 23 de la LCJ, es claro en ese aspecto y regula que el acreedor que tenga derecho preferente de pago, no está obligado a hacer ese depósito, siempre y cuando su oferta no supere el capital que le adeudan más un cincuenta por ciento. Si se excede de ese monto, siempre tendrá que depositar, aunque sea el único acreedor. Ahora, cuando la oferta de ese acreedor de grado preferente, supere el monto que le adeudan, se le prevendrá primero presentar la liquidación final, y una vez establecido el adeudo, se le concederán tres días para que pague la diferencia y, si no lo hace, el remate se declarará insubsistente.

3.2.4 Remate fracasado

El artículo 25 regula el remate fracasado y modifica sustancialmente lo previsto en el actual 655 del CPC. La LCJ simplifica esta situación, al punto que desaparecen aspectos, tales como: la figura del mejorante y el remate privado. Si en el primer remate, no hay postores, diez días hábiles después se realizará el segundo con una rebaja del veinticinco por ciento de la base original. Si en esta tampoco hay postores, diez días hábiles después se celebrará la tercera subasta con la base del veinticinco por ciento de la original. En esta tercera subasta, el oferente que comparece debe depositar la totalidad de la oferta y, si no hubiera postores, se tendrán por adjudicados los bienes al ejecutante o, en su caso, al acreedor de grado preferente, por la suma que sirvió de base en la última subasta.

Debemos tener presente que los tres señalamientos quedan hechos en una sola resolución, lo que hace que la adjudicación se pueda obtener, en este caso extremo de los fracasos, en un plazo aproximado de cinco o seis meses contado desde la interposición de la demanda. En la actualidad, ese trámite dura más de dos años.

3.2.5 Remate insubsistente

Como ya vimos, el remate insubsistente provoca el aumento de la suma que se debe depositar para participar en la subasta (del 50 al 100%), pero también se modificó el monto que corresponde a daños y perjuicios y abono al crédito. Actualmente por el primero de esos rubros, se gira un diez por ciento y el resto se abona a la obligación. Pero la LCJ eleva el primero de los rubros a un treinta por ciento, con la finalidad de desestimular la participación de personas que no están interesadas realmente en adjudicarse los bienes. El monto que se abona al crédito se le entrega en su totalidad al acreedor de grado preferente, y el de daños y perjuicios se reparte entre todos los acreedores por partes iguales.

3.2.6 Impugnación del remate y puesta en posesión

Los artículos 29 y 30 de la LCJ son muy importantes puesto que lo que ellos establecen limita enormemente las posibilidades que actualmente tienen los deudores inescrupulosos para entorpecer y dilatar injustificadamente el trámite de estos procesos. El primero viene a eliminar casi en su totalidad los incidentes de nulidad que actualmente se presentan a granel, al dejar establecido que el remate y la actividad procesal defectuosa que se haya producido antes o durante su celebración, solo serán impugnables mediante los recursos que quepan contra la resolución que lo aprueba. Excepcionalmente, procede reclamar la nulidad con posterioridad a la resolución que lo aprueba, por vía incidental, cuando se sustente en una de las causales por las cuales es admisible el recurso de revisión.

En el segundo, se habla de la puesta en posesión y se pregona que una vez aprobado el remate por resolución firme, sin más trámite, se pondrá en posesión al adjudicatario por medio de la autoridad administrativa. A solicitud del interesado, la puesta en posesión puede ser realizada directamente por el juez, jueza u otra autoridad judicial comisionada al efecto. Si se plantea algún incidente para impedir esa actuación, lo que ocurre a menudo, se rechazará de plano cuando fuera evidentemente improcedente, sin recurso alguno.

3.2.7 Resoluciones apelables en procesos de ejecución

En los procesos de ejecución se limitan las resoluciones apelables, admitiéndose el recurso únicamente cuando

- a) Aprueben o imprueben las liquidaciones de intereses o costas.
- b) Ordenen el levantamiento de embargos.
- c) Denieguen el embargo.
- d) Ordenen el remate.
- e) Aprueben el remate.
- f) Declaren insubsistente el remate.
- g) Resuelvan sobre la liquidación del producto del remate.
- h) Se pronuncien sobre el fondo de las tercerías.

Es importante tener presente que cuando el artículo 31 expresa que el listado en él contenido es “sin perjuicio de lo dispuesto en otras disposiciones”, nos está remitiendo a otras reguladas en la misma LCJ, no a las del CPC.

3.3 Disposiciones finales

La mayoría de ellas se han ido comentando en el desarrollo de este manual; pero a efectos de recapitular, se hace una nueva mención. Tenemos en primer lugar la autorización expresa que se le concede a la Corte Suprema de Justicia para especializar tribunales, en primera y segunda instancia, para el cobro de obligaciones dinerarias. Igualmente se le faculta para implementar el uso de los sistemas tecnológicos en los procesos a que se refiere la LCJ. También se deja prevista la posibilidad de utilización del expediente electrónico y se impone el principio de oralidad.

Por otra parte, se deroga la normativa del CPC que regía los procesos sumarios ejecutivos, monitorios y de ejecución pura; el 422 del Código Civil que permitía la renuncia de los trámites del ejecutivo en los contratos hipotecarios. Como ya vimos, esa renuncia va implícita en la inscripción de la hipoteca. Se derogan y reforman artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial para ajustarlos a los lineamientos sobre competencia que deben regir con la vigencia de la LCJ; y algo muy importante, se deroga parcialmente el artículo 165 del CPC para quitarles la autoridad y eficacia de la cosa juzgada material a los pronunciamientos sobre prescripción hechos en procesos cobratorios.

Se regula que en todo lo no previsto en la LCJ, regirán supletoriamente, en lo que sean aplicables, las disposiciones del CPC.

Por último, transitoriamente se dispone que los procesos cobratorios que se encuentren pendientes ante los Tribunales de Justicia, al momento de entrar en vigencia la LCJ, deberán continuar con la normativa procesal vigente a su presentación. Los procesos donde no se le haya dado curso a la demanda, se aplicará lo dispuesto en la LCJ con readecuación del escrito inicial.

El Juzgado Civil de Hacienda de Asuntos Sumarios mantendrá su sede en el Segundo Circuito Judicial de San José, pero funcionará como Juzgado Especializado de Procesos Cobratorios. Sin embargo, todos los procesos pendientes deberán continuar con la legislación procesal derogada.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR HERNÁNDEZ, Álvaro. "Proceso civil y oralidad en Costa Rica". Revista Sistemas Judiciales, CEJA, n.º 7. Oralidad y formalización de la justicia, junio 2004, <http://www.cejamericas.org/sistemas-judiciales> (citado 19 de abril de 2007).

CABANELLAS, Guillermo. "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual". Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., 18ª edición, 1981.

CALAMANDREI, Piero. "El procedimiento monitorio". Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1946.

DURAN UMAÑA, Ronny José. "El proceso monitorio". Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de San José, 1993.

ETTLIN, Edgardo. "Cómo dirigir y desempeñarse en audiencias judiciales". Editorial Amalio M. Fernández, 1ª edición, Montevideo, 1999.

GUASP, Jaime. "Derecho Procesal Civil". Tomo segundo, 3ª edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977.

LANDONI SOSA, Ángel. "Código General del Proceso: Comentado, con doctrina y jurisprudencia". Vol. 1, Editorial B de F, Buenos Aires, 2002.

LÓPEZ GONZÁLEZ, Jorge Alberto. "Teoría General sobre el principio de oralidad en el proceso civil". 1ª edición, San José, 2001.

MONTERO AROCA, Juan. "Procedimiento probatorio (la grandeza de la sumisión a la ley procesal)". Cuadernos y Estudios de Derecho judicial, 7/2000, disco compacto emanado del Consejo General del Poder Judicial, España, edición especial para Iberius, 2004.

SEING MURILLO, Maribel. "Las formalidades de la sentencia en el proyecto del Código Procesal Civil", contenido en el texto "Desarrollo de Destrezas Orales en Materia Civil". Escuela Judicial, San José, junio 2007.

TEITELBAUM, Jaime. "Curso sobre el Código General del Proceso, Tomo II: Proceso monitorio y ejecutivo". Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1989.

LEYES

Código Procesal Civil de Costa Rica. 9ª edición, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 2000.

Código General del Proceso de Uruguay. 8ª edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002.

Ley de Enjuiciamiento Civil española n.º 1/2000 del 7 de enero de 2000, tomada del curso “El Proceso Laboral: Oralidad”, impartido en la IX Escuela Judicial de Centroamérica y El Caribe “Juan Carlos I”, Antigua, 2005.

Ley de Cobro Judicial n.º 8624. Publicada en el Alcance n.º 34 a La Gaceta n.º 223 del 20 de noviembre de 2007.

Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil. Edición de setiembre 2006.