

§ 8 (bis).

Declaraciones con predominante función ejecutiva.

Conocimiento sumario (1).

I. *Ejecutoriedad y definitividad en general. Diversas formas de declaraciones con predominante función ejecutiva.*— Hasta aquí, hablando de la sentencia positiva o negativa estimatoria, hemos dicho que tiene por condición la *existencia* (y respectivamente la *inexistencia*) *del derecho*: pero entiéndese que de esta existencia o inexistencia juzga el juez, y por lo mismo puede igualmente decirse que la sentencia estimatoria tiene por condición que el juez *considere* existente (o inexistente) el derecho en sus elementos, el hecho y la norma (§ 5).

Este juicio puede ser equivocado. Tal posibilidad no tendría importancia práctica en un sistema que para la decisión de un pleito no admitiese más que el juicio irrevocable de un solo juez.

(1) Algunas de las instituciones que se examinan encuadran en los llamados procesos sumarios determinados (antes § Introducción). Acerca de los procesos sumarios y de la *cognitio summaria* véase para su historia: BARZI, *Tractatus de guarentigia*; ANTONIUS A. CANARIO, *Tractatus de executione instrumentorum*; MASSA DI GALLESE, *Ad formulam cameralks obligationis* (hállanse publicados también unidos en Roma, 1588); ZACCHIA SILVESTRO e LANFRANCO, *De obligatione cameralk*, Roma 1647; REBUFFE, *Tractatus de literis obligatorüs*, 1554 (para el derecho francés); SOLA, *Commentaria ad decreta, etc.*, ed. 1607, pág. 246 y sigs. (para el derecho piomontés); MAUSONIO, *De causis executivis*, Venecia, 1626; DE TONDUTI; *De praeventioné iudiciali*, 1653, p. I, cap. XXV; MARADEI, *Praxis processus executivi*, Nápoles 1722; otros en el siglo XVIII como RICCI, DE CARO, etcétera.; BAYER, *Theorie der summarischen Prozesse*, 7.^a ed., 1859; BRIEGLEB, *Geschichte des Executiv-Processes*, 2.^a ed., 1845; *Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse*, 1859; WACH, *Arrestprocess*, 1868; WETZEL, *System*, pág. 302 y sigs.; SKEDL, *Das Mahnverfahren (El proceso monitorio)*, 1891; KOHLER, *Beitrage zum Civilprozess*, 1894, págs. 455-516,

Nuestra organización, en cambio, con el fin de obtener la decisión más perfecta posible, no hace irretractable el primer juicio, sino que ordinariamente admite juicios reiterados y de diversos jueces en el mismo pleito (§ 2, §§ 20, 82 y sigs). Aquí nace una primera forma de contraste entre ejecutoriedad y definitividad, entre acción ejecutiva y derecho a la prestación. Hay ante todo la posibilidad normal de que dos tribunales diferentes con igual amplitud examinen el pleito (principio del doble grado de jurisdicción); por eso la sentencia en un pleito puede estar constituida por el juicio del primer tribunal si transcurre inútilmente el término para acudir al segundo (apelación) o en el caso contrario por el juicio del segundo tribunal: además de que una sentencia en rebeldía, tanto del primero como del segundo tribunal puede también a veces ser reformada por consecuencia de la *oposición del rebelde*. La sentencia de condena sujeta a oposición o apelación, está normalmente privada de *ejecutoriedad* y de cualquier otro efecto jurídico positivo; por lo tanto la afirmación del derecho que aquella contiene tiene por el momento el valor de simple juicio del tribunal, no de voluntad de ley.

Hasta aquí la no *ejecutoriedad* y la no *definitividad* de la

SCHMIDT, 2.^a ed., pág. 79; SCHUPFER, *La teoria generale delle obbligazioni negli statuti dello Stato romano*, en la *Riv. ital. per le scienze giuridiche*, 1899; LATTES, *Il diritto consuetudina rio delle città lombarde*, 1899, § 22; DE PALO, *Titolo ssecutivo*, I, pág. 225 y sigs.; CHIOVENDA, *Romanesimo e germanesimo nel proc. civ.*, en *Saggi di dir. proc. civ.*, pág. 162 y siguientes; MENESTRINA, *Il processo civile nello Stato pontificio*, en la *Rivista ital. per le scienze giuridiche*, 1907, núm. 7. Abundante material en los estatutos italianos; véase por último RONDINI, *I piú antichi frammenti del costituto fiorentino* (1294), pág. 62 y sigs.

Para el derecho moderno: STEIN, *Urkunden und Wechselprozess*, 1887; SKEDL, *Mahnverfahren*, cit.; SCHMIDT, 2.^a ed., págs. 374, 566 y siguientes; HELLWIG, *Anspruch und Klagerecht*, pág. 152 y sigs.; WEISMANN, I, § 116 y sigs.; KLEINFELLER, §§ 128, 130; KISCH, *Deutsches Zivilprozessrecht*, III, §§ 25, 26; POLLAK, §§ 124, 132; KOHLER, *Prozessrechtliche Forschungen*, 1889, pág. 100 y sigs.; *Civilprozessrecht*, §§ 111, 112; FRITZSCHE, *Das Rechtsbot* (en derecho suizo), 1905, CALDA, *L'impugnativa del credito nell'esecuzione forzata della sentenza*, 1907. (El tema tratado en este § puede considerarse nuevo en la literatura italiana y su sistematización es nueva también en la extranjera).

sentencia proceden de consuno: pero este paralelismo no es constante; hay casos en que la sentencia tiene *ejecutoriedad* pero no *definitividad*: tal ocurre con la sentencia de apelación porque puede ser aún revocada mediante la *casación*, con la sentencia que esté provista de de ejecución *provisional*, sentencias las cuales *en el momento en que surgen* no se presentan como afirmación *definitiva* de la existencia del derecho y también son *ejecutables*. Representan estos una primera forma de declaraciones *con predominante función ejecutiva (o declaraciones ejecutivas)*.

Observemos aún que ni siquiera la sentencia no impugnada por los medios indicados presenta en todos los casos la *absoluta* coincidencia entre *ejecutoriedad* y *definitividad*, puede en determinados casos desaparecer con la *revocación* y ser sustituida por una sentencia de fondo nueva y diferente. Ocurre en estos casos que una sentencia destinada a servir definitivamente como afirmación de la voluntad de la ley vale como tal por un cierto tiempo y como tal es cumplida: después es anulada y sustituida por la afirmación de una voluntad contraria. Quiere decir que la primera sentencia se fundaba en la afirmación de la existencia de un derecho inexistente o viceversa, produjo efectos como la acción ejecutiva, pero la acción ejecutiva también en este caso existió independientemente del derecho a la prestación (1). Mas adelante al estudiar la relación procesal y los medios de impugnación (§ 82 y siguientes) veremos cuando ocurre esto y que efectos produce la revocación a las partes y a los terceros.

Otra manifestación de contraste entre declaración ejecutiva y derecho a la prestación, y, por lo mismo, de declaraciones con predominante función ejecutiva, tiénese cuando la sentencia de condena, aun siendo inopugnable como tal, se funda en un conocimiento incompleto, en cuanto parcial (conocimiento sumario),

(1) Todo esto aparece únicamente cuando la anulación ha ocurrido. Por esto examinando una sentencia definitiva *antes de que sea revocada* debemos considerarla necesariamente como la afirmación de una voluntad efectiva de ley y no como un mero fenómeno procesal. Esto corresponde a las exigencias del derecho y al hecho de que en la mayor parte de los casos la sentencia no sujeta a oposición, apelación o casación es realmente definitiva. Véase *Azione nel sistema dei diritti*, pág. 99, nota; y antes § 2.

porque el juez conoció a fondo algunas excepciones, pero *reservó* otras al demandado para examinarlas en un juicio posterior.

Tanto en el primero como en el segundo caso, la sentencia es ejecutiva, aunque no sea declarada la existencia del derecho en la forma exigida por la Ley, y podrá suceder que en el juicio posterior se demuestre la inexistencia del derecho, mientras la ejecución fué, en tanto, realizada. Háblase generalmente, por lo menos en alguno de estos casos, de una acción *especial* contrapuesta a la acción *ordinaria* (o sea una acción que tiende a la condena con reserva, a la condena provisional y otras análogas, frente a la acción que tiende a la condena incondicional y definitiva) (1). Pero algunos han negado que pueda hablarse aquí de una acción especial, porque o el derecho a la condena existe en realidad, y nos encontramos en el caso de la acción ordinaria de condena con ejecución anticipada o el derecho a la condena no existe, y la posibilidad de obtener una condena con reserva (o una condena provisional) es una mera posibilidad de hecho, y no un derecho, como no es un derecho la mera *posibilidad* de obrar cuando no se tiene acción (llamado «derecho abstracto de obrar» (§ 1) (2).

Nosotros hemos negado la naturaleza del derecho a la *mera posibilidad* de obrar sin acción, o sea sin derecho a una resolución favorable. Pero este caso es diferente: aquí el Estado no se limita a oír a las partes, sino que produce una *resolución contraria* a una de ellas, la condena, y luego dirígese a los bienes del condenado. Quien puede obtener este resultado tiene ciertamente «acción»; pero mientras la acción ordinaria de condena presupone el derecho a la prestación aquí tenemos una acción

(1) STEIN: *Urkundenprozess*, cit. pág. 57; WACH, *Feststellungsanspruch*, página 17; LANGHEINEKEN: *Urteilsanspruch*, pág. 55, que hacen de esta acción una subespecie del derecho a la tutela jurídica (antes § 1). En la doctrina anterior se ha concebido también aquí, como para la acción de declaración (antes § 7) y como para la acción aseguradora (§ siguiente) un derecho diferente de la acción (y diferente del derecho hecho valer por la acción ordinaria), y del cual la acción sumaria sólo sería la expresión. Véase BRIEGLER, *Einleitung*, cit. págs. 5, 344 y sigs.

(2) HELWIG, *Anspruch und Klagerecht*, págs. 151 y 153; *Klagerecht und Klagmöglichkeit*, pág. 41; CALDA, *Impugnativa del crédito*, cit. página 36).

de condena sin que conste el derecho a la prestación, que puede faltar: también éste es un caso de pura acción (§ 1). ¿Cómo puede explicarse esto? Ciertamente, si se considera el proceso como dirigido a la defensa *de los derechos subjetivos*, aparece inexplicable que en el caso particular pueda ordenarse una prestación sin que conste el derecho subjetivo a pretenderla. Entendiendo el proceso como un organismo de actuación *del derecho objetivo* (§ 66), se comprende más fácilmente que el proceso, en interés general, se manifieste, a veces, según lo que *generalmente ocurre*, y no según lo que efectivamente *ha ocurrido* en el caso concreto: que, por ejemplo, al portador de una letra de cambio le sea concedido el derecho de pedir una sentencia de condena con reserva y la consiguiente ejecución, aunque pueda resultar en definitiva que no tenía la acción cambiaria, puesto que la institución de la letra de cambio exige un procedimiento rápido, y, por otra parte, el portador de la letra de cambio es frecuentemente acreedor cambiario; por eso la Ley admite que el Estado pueda condenar al *aparente* deudor cambiario y hacer escusión de sus bienes sin perjuicio de examinar con más cuidado sus ulteriores defensas: éste es un derecho del Estado al cual no corresponde en el particular más que la simple acción, como en la acción posesoria (§ 1), y en la aseguradora (§ 9) (1). Pero mientras la acción posesoria es en sí misma definitiva, la acción, en éstos casos, como la acción aseguradora, es meramente *provisional*: la Ley la concede al particular, pero por su cuenta y riesgo, esto es, haciéndolo juez responsable de la existencia efectiva de su derecho a la prestación; si luego resulta que éste no existía, queda obligado a los daños (1), y por esto puede ser obli-

(1) Son frecuentes en el Derecho Penal los *derechos* contra ciudadanos, concedidos al Estado, aunque las circunstancias *efectivas* del caso concreto no lo permitirían, como la detención preventiva, la ejecución de condenas penales que después resultan injustas. Véanse las observaciones de ROCCO, ART., *La riparazione alle vittime degli errori giudiziarii*, 1906, páginas 67 y sigs.

(2) GOLDSCHMIDT, I, *Ungerechtfertiger Vollstreckungsbetrieb*, Munich, 1910, y WALSMANN, en la *Rivista pel. Proc. Ted.*, vol. XLI, págs. 234 y sigs.; Cas. Florencia, 21 Mayo 1906 (*For it.* 1906, pág. 1.115). Por esto la objeción de que no puede ser obligado a los daños el presunto acreedor

gado a prestar caución preventiva (Cód. Com., art. 324; Código Civ., art. 102, 2.º §, y 363).

De estas sentencias de condena que todas, aunque por diferentes causas, tienen carácter provisional, son objeto de estudio en este §, solamente aquellas en las cuales la provisionalidad se deriva de un establecimiento expreso del juez (condena con cláusula de ejecución provisional) o de la *sumariedad* del conocimiento (condena con reserva), puesto que éstas tienen solamente **condiciones especiales** diferentes de las que antes hemos examinado (§§ 5.º y 6.º).

Hay otra clase de declaraciones con predominante función ejecutiva enteramente distinta de las precedentes: no se trata de *sentencias* de condena excepcionales por cláusulas de provisionalidad o por conocimiento incompleto por ser *parcial*, sino de simples órdenes de prestaciones surgidas sobre la base de un conocimiento enteramente *superficial*, esto es, incompleto, no tanto en su extensión, como en su intensidad. No contienen, como la sentencia de condena la afirmación del derecho a la prestación, y por esto, en el *momento en que surgen* tienen condiciones especiales diferentes de las sentencias de condena. Esto explica por qué la acción que a ellos tiende aparece como una acción especial (2). En el momento en que se ejecutan, estas resoluciones deben ser definidas, y entonces presentan efectos análogos a la sentencia ordinaria de condena, en lugar de a las sentencias de condena excepcionales.

Resumiendo, examinamos tres formas de declaración con predominante función ejecutiva:

a) Declaraciones con conocimiento *incompleto en cuanto que no es definitivo* (condenas con ejecución provisional).

b) Declaraciones con conocimiento *incompleto porque es parcial* (condenas con reserva).

que obra ejecutivamente porque se vale del *derecho* que se deriva de la resolución del juez, no puede aceptarse: este derecho tiene en sí mismo una limitación (la eventual responsabilidad del acreedor). En contra, Corte Apelación Turín, 31 Julio 1911 (*Legge*, 1912, pág. 335).

(1) Algunas de estas acciones especiales encuéntrase también entre las llamadas *sumarias* (así en el procedimiento *monitorio*).

c) Declaraciones con conocimiento *incompleto*, porque es *superficial* (órdenes de prestación en el proceso *monitorio* y otros) (1).

II.—*Condenas con ejecución provisional* (2).—Como ya hemos observado antes, la decisión del juez, en cuanto esté sometida a oposición de rebelde o a apelación, no es por sí misma sentencia ejecutiva, pero PUEDE ser declarada por el juez sentencia *provisionalmente ejecutiva* (con caución o sin ella):

A) Cuando se trata de demanda fundada en *titulo auténtico* • *documento privado reconocido* o *sentencia firme* (Cód. procesal civ., art. 363 núm. 1) (3).

Esta norma lígase históricamente a las formas privilegiadas de actuación de los créditos que constan en documento, que llevaron al proceso documental, con la diferencia de que en vez de reservar *algunas* excepciones como en el proceso documental y cambiario aquí la sentencia juzga todas las excepciones propuestas pero reserva implícitamente un nuevo juicio tanto sobre las excepciones ya propuestas como sobre *nuevas* excepciones. En el derecho francés (Cód. proc. civ., art. 135) es más inmediata la derivación, tanto que la declaración de ejecutoriedad es en este caso *obligatoria* (según el antiguo principio «provision est due au titre»): en el Código italiano, en cambio, resérvase al poder discrecional del juez su concesión según el grado de certidumbre que tenga en el caso con-

(1) El ser el conocimiento completo no serlo se refiere a las *condiciones* de la resolución del juez o a las formas: una cosa es el conocimiento *sumario*, y otra el procedimiento *sumario*. El conocimiento es completo cuando al demandado antes de la resolución del juez se le permite hacer valer *todas* las excepciones a la demanda y cuando la demanda, aun si el demandado es rebelde, se examina en todos sus elementos constitutivos. Esto puede ocurrir con formas más complejas (procedimiento *formal*) o más simples (procedimiento *sumario*). Por eso hemos distinguido ya en los datos históricos (Introducción) el procedimiento sumario *indeterminado* (con *formas* sumarias) y procesos sumarios *determinados* (con *conocimiento* sumario).

(2) Literatura más adelante § 9.º, F, nota.

(3) Acerca de otros casos en los cuales pueda concederse la ejecución provisional como medida de *cautela* véase el § 9, III F. y acerca del procedimiento de la ejecución provisional, véase § 82.

creto por la prueba escrita, según que aparezca más o menos improbable que la sentencia pueda reformarse: pero el origen histórico de la norma tiénese presente para entender mejor los límites dentro de los cuales es aplicada, de conformidad con su expresión literal:

a) La primera condición exigida por la ley o sea la de que la demanda esté *fundada* en título auténtico, etc., sólo se verifica cuando el mismo hecho *constitutivo* de la *relación jurídica* del cual nace el derecho hecho valer esté declarado en acto auténtico o escritura reconocida o sentencia. Como se ve no en todos los casos en que el actor se valga de la prueba escrita, como para probar la existencia de un hecho *simple* o para probar la falta de hechos *impeditivos* o *extintivos* (1): así no bastaría—ni sería necesario—que el actor probase por escrito hechos de los cuales resultase la seriedad del contrato, la falta de pago y otros semejantes. Ni basta probar por escrito otros hechos constitutivos de la acción, como el hecho de donde surge la *legitimatio ad causam* (p. ej. testamento, acto de cesión) o el hecho del cual surja el *interés* en obrar (p. ej. negativa de pago): el escrito debe referirse y basta que se refiera al hecho *constitutivo* del derecho. Y si este hecho es *complejo*, el escrito debe referirse a todos sus elementos, si tienen igual importancia; pero siempre al elemento fundamental u originario; así en la *conditio in debiti* es hecho constitutivo del derecho a la repetición el pago de lo indebido, o sea el hecho del *pago* y el hecho de lo *indebido*. Por eso no es suficiente que el *pago* sea probado con acto escrito (2). Por otra parte claro está que una demanda no puede considerarse fundada en un acto escrito solo porque el deudor haya confesado la deuda y de la confesión se haya redactado acta, puesto que el escrito en este caso consagra el hecho de la confesión pero no el hecho constitutivo del derecho (3). El documento, en fin, debe ser o un acto auténtico (esto es acto público) (4) o una escritura reconocida o autenticada (§ 66) o una sentencia *con efectos de cosa juzgada*.

(1) Sobre estas cuestiones consúltense §§ 11 y 12.

(2) Consúltese MORTARA, *Comm*, IV, núm. 123.

(3) En contra MORTARA, loc. cit.

(4) LESSONA, *Trattato delle prove* III, 2.^a ed. pág. 151.

En otro lugar (§ 82) veremos cuando se tiene esta sentencia: ejemplos típicos de demanda fundada en sentencia precedente, son las demandas de condena, basadas en anterior sentencia de declaración (§ 8 bis); la demanda de liquidación de los daños fundada en sentencia de condena genérica.

b) Segunda condición para conceder la ejecución provisional es, de acuerdo con el núm. 1.º del art. 363, que la demanda tienda a una prestación, o sea que la sentencia sea de condena porque lo que justifica histórica y racionalmente esta declaración provisional en favor de las obligaciones que resultan del documento es siempre la necesidad de garantizar la pronta satisfacción *de las obligaciones*. La sentencia de mera declaración no puede llevar ejecución provisional porque no tiende por sí misma a la ejecución ni, por otra parte, la certidumbre jurídica puede ser provisional. Lo mismo la sentencia constitutiva, la cual tendiendo a un cambio jurídico y no a la consecución de la cosa *debida* obra por su naturaleza el cambio solo cuando el derecho a dicho cambio está *definitivamente* declarado: además de que el derecho al cambio no podría reputarse fundado en documento (1). En la hipótesis de que sea urgente obtener el efecto del cambio jurídico, la ejecución provisional puede concederse pero no por aplicación del núm. 1, sino del núm. 9 del art. 363 o del 409 (véase § sig.) Si con la demanda de anulación o resolución pidiese una prestación (p. ejemplo restitución de la cosa, del precio, etc.); tenemos aquí una sentencia constitutiva combinada con sentencia de condena, pero la ejecución provisional de la condena no podrá concederse por el número 1 del art. 363 (salvo siempre la concesión en casos de ur-

(1) Las acciones de anulación y las acciones de resolución tienen por fundamento, de una parte el hecho de la existencia de la relación a anular y resolver, pero por otra reconocen como fundamento específico un hecho que se contrapone al hecho constitutivo de la relación, como el vicio del consentimiento, el incumplimiento, etc. Por esto aunque la relación a anular o resolver resulte del documento, la acción de anulación o de resolución no puede decirse *fundada* en acto escrito: lo que se hace valer no es la relación a anular o resolver sino el derecho a la anulación o resolución. Sólo en el caso de que el derecho a la resolución fuese concedido a una parte por el mismo convenio escrito, podría tenerse una demanda de resolución *fundada* en acto escrito.

gencia o por el carácter mercantil del pleito) puesto que la condena se funda en este caso en la parte de la sentencia que tiene carácter constitutivo y ésta no ha pasado aún en calidad de cosa juzgada.

B) Cuando se trata de materia *comercial* (Cód. proc. civ., artículo 409). Las exigencias del crédito han impuesto al legislador este mayor rigor de las sentencias comerciales, en cuanto el pronto cumplimiento de las obligaciones es vital necesidad del comercio. Pero también en este caso PUEDE el juez conceder o negar la cláusula conforme a la naturaleza de la obligación, a las circunstancias del caso, a la seguridad de las pruebas (1).

La ejecución provisional no se extiende a la condena en las costas porque ésta no se funda ni en el documento, ni en su comercialidad, sino en el *hecho* de la derrota (*soccombenza*) (§ 9 III F.)

III. *Condenas con reserva.* Hay un procedimiento cuya característica es la reserva de determinadas excepciones y hay un caso aislado de excepción reservada (la excepción de compensación).

a) *Procedimiento documental y cambiario (Urkundenprozess* de los alemanes, *processus executivus, mandatum de sol-*

(1) En otros casos la ejecución *provisional* no debe ser declarada, sino que corresponde por ley. Ejecutiva es la sentencia del conciliador (pronunciada en los juicios de *contradictorio* y la en rebeldía que no admite oposición) en demanda *cuyo valor no exceda de 50 libras*, aunque contra ella esté pendiente recurso de apelación por incompetencia (Cód. proc. civ., artículo 469; ley 16 Junio 1892 sobre conciliadores, art. 16): la razón de esta norma encuéntrase en la misma limitación de esta apelación y en la necesidad de impedir que con apelaciones dilatorias se burle la normal definitividad de la sentencia del conciliador. Ejecutiva es la sentencia dictada en rebeldía, no notificada personalmente, cuando haya transcurrido el término para oponerse a ella, aunque pudiese todavía proponerse oposición a la misma hasta el primer acto de ejecución (art. 478, Cód. proc. civ.); la razón de esta norma está en la improbabilidad de una defensa tan tardía del rebelde. Pero en estos casos de ejecución provisional *ope legis*, el juez no tiene que examinar condición alguna *especial* porque no tiene que producir resolución alguna especial. Lo mismo para la hipoteca judicial.

uendo sine clausula del derecho mediolval italiano). Cuando la prueba del crédito resultaba de documentos provistos de cláusula de ejecución inmediata (cláusula de *garantía*), el juez producía, basándose en ellos directamente (y no como de costumbre basándose en la sentencia) el *mandatum de solvendo* que iniciaba la ejecución. Si el deudor contaba con determinadas excepciones que hacer valer, podía hacer oposición al mandato: otras excepciones variables con relación al lugar no eran admitidas o admitíanse sólo después de la ejecución. Con el tiempo este procedimiento fué admitido como norma general para todos los documentos, especialmente para las letras de cambio (introducción). A veces este *processus executivus* era iniciado con citación que permitía el debate de las partes, pero limitado siempre a ciertas excepciones con reserva de las demás. A estas instituciones históricas de origen germánico pero de elaboración italiana (1) únense dos instituciones diferentes del derecho moderno: de un lado los *documentos ejecutivos* (entre nosotros: actos contractuales públicos y letras de cambio), que dan derecho a la ejecución inmediata (§ 10) de otro, el

(1) Para abreviar la vía ejecutiva ordinaria vienen subrogándose expedientes diversos a la libre ejecución privada originaria. Por una parte es la convencional sumisión expresa a la ejecución inmediata (*pactum executivum*); de otra la formación de procesos aparentes con el fin real de proporcionar anticipadamente un título ejecutivo al acreedor como se encuentran en el proceso longobardo en Italia. Estas instituciones útiles a la práctica encuentran defensores en los intérpretes del derecho romano violentando las fuentes en que se apoyan: el *pactum executivum* es fundamentado en la L. 3 Código de *pignor. et. hypoth.* (WACH, *Arrestprozess*, cits. páginas 56, 68; DERNBURG, *Pfandrecht*, II, pág. 239); el proceso aparente (antes § 2) se defiende con el principio romano según el que el *confessus in iure* equipárase al *judicatus*; pero poco a poco estas formas exteriores desaparecen y consérvase sólo la estipulación de un contrato con eficacia ejecutiva, primero ante el juez, más tarde ante un notario (*instrumentum guarentigliatum o confessionatum*), Véase también en relación con estos resultados del trabajo de BRIEGLEB, MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den öst. Prov. des róm Kaiserreichs*, 1891, págs. 400, 444, Véase BRUNNER, *Forschungen zur Geschichte des deutschen und franz.R.*, pág. 604 y sigs.

proceso documental y cambiario en favor de créditos representados por documentos y particularmente por letras de cambio, para los cuales tiene lugar un proceso de conocimiento, pero incompleto, esto es, con reserva de excepciones.

De este proceso documental admitido por algunas leyes modernas (1) no conocemos más que una forma: el proceso cambiario (Cód. com., art. 324) (2).

La letra de cambio en nuestro derecho puede hacerse valer como título ejecutivo inmediato (Cód. Com., art. 323) o como fundamento de una acción de condena especial. La especialidad de esta acción consiste en la *posibilidad* de que el conocimiento esté limitado primeramente a algunas excepciones. Pero el límite de las excepciones que puedan oponerse a la letra de cambio puede ser doble: substancial y procesal. El límite *substancial* no tiene aquí importancia; refiérese a la condición de los derechos que nacen de la letra de cambio. En efecto, se deriva de la naturaleza abstracta o formal del vínculo que liga al deudor cambiario con el poseedor de buena fe de una letra de cambio: de aquí se deduce que al poseedor actual de la letra de cambio no pueden oponerse todas las excepciones que eventualmente habrían podido oponerse a anteriores poseedores, sino tan solo las excepciones concernientes a la forma del título o a la falta de las condiciones necesarias para el ejercicio de la acción cambiaria (excepciones *absolutas*) y las excepciones *personales* a aquél que la ejercita (excepciones *relativas*): conforme al art. 324, 1.^a parte (3).

La ley habla aquí de excepciones en sentido lato, comprendiendo la simple negación de la acción y la deducción de simples hechos extintivos, y las excepciones en sentido propio (§ 11). El lí-

(1) Reg. germ. § 592 y sigs. En la ley austriaca el proceso documental está fundido con el proceso por *mandato* de que trataremos en este §, número IV, y no tiene la característica propia del proceso ejecutivo, o sea la limitación de las excepciones.

(2) BRUNETTI, *La struttura processuale del giudizio cambiario*. (Riv. di diritto comm. 1908 II, pág. 320 y sigs.); GIANNINI, *Azioni ed eccezioni cambiarie*, 2.^a ed., 1902; y los tratados y comentarios acerca de los artículos 323 y 324 Cód. Com. (que olvidan casi completamente el aspecto característico procesal).

(3) Consúltese VIVANTE, *Trattato*, núm. 1818 y sigs.

mite procesal, en cambio, es el que da al proceso cambiario su característica, el que crea la antinomia entre la acción cambiaria y el derecho *efectivo* del acreedor cambiario; y consiste en que de las excepciones personales a quien ejercita la acción, aunque todas por sí mismas son oponibles, no pueden hacerse valer para impedir la condena sino aquellas que están *fundadas en prueba escrita* y que, además, son *liquidas* o de *inmediata solución*; las otras excepciones personales que exigen *más larga investigación* quedan reservadas para ser discutidas más avanzado el juicio y mientras tanto tiene lugar la *condena al pago*, con caución o sin ella, según la apreciación del juez (art. 24). En el momento en que tiene lugar la condena con reserva no consta al juez la existencia del derecho; debe constarle la existencia de los hechos constitutivos y la falta de algunos hechos impeditivos y extintivos, pero de otros hechos impeditivos o extintivos (también hechos valer por el demandado) aplaza el examen; ahora bien, estas excepciones personales que reserva (como por ejemplo: la excepción de dolo, violencia, error; las excepciones deducidas de la relación jurídica a la cual se conexiona la letra de cambio; la excepción de compensación, etc.), pueden estar fundadas y si en el juicio posterior son estimadas aparecerá que el actor no tenía derecho al pago: entonces la sentencia precedente pierde su valor y el actor vendrá obligado eventualmente a la restitución de cuanto ha recibido por virtud de aquella y a la indemnización de los daños.

Este especial proceso cambiario tiene por objeto general el pronto cobro de los títulos *cambiaríos* (1): atiende sobre todo, como vimos, a la ejecución. Una acción de mera declaración en este caso no podría concebirse. Por otra parte, una acción cambiaria que tienda a una prestación diferente del pago no puede ni aun encontrar lugar en este proceso (esto es, no tendría el privilegio de las excepciones): tal sería la acción del poseedor de la letra de cambio por tener un duplicado de ella; pero no, en cambio, la acción del poseedor para obtener caución del endosante o del li-

(1) Por esto participa solo en parte del proceso documental cuyo objeto general es la tutela de los créditos de dinero resultantes *por escrito*: y la mayor parte de las cuestiones propias del proceso documental no tiene lugar aquí.

brador conforme al art. 315, Cód. Com., puesto que la caución está inmediatamente dirigida al pago (1).

Es, por lo mismo, condición primordial de esta condena con reserva la de que la acción que se hace valer sea considerada por el juez como acción cambiaria: la acción de *enriquecimiento* del artículo 326 del Cód. com., no puede dar lugar más que a una condena ordinaria, esto es, con conocimiento completo (2). Otra condición es naturalmente la de que el demandado haga, en realidad, valer las excepciones respecto de las cuales tiene la carga de la prueba y que deben probarse por escrito y prontamente; si el demandado no opone excepciones genéricas u opone excepciones absolutas o, en fin, excepciones relativas pero fundadas en documento y de tal naturaleza que una pronta investigación permite desestimar, tendrá lugar la condena ordinaria o sea incondicionada (3).

b) *Condena con reserva de las excepciones de compensación* (4). La compensación produce extinción de los créditos recíprocos (Cód. civ., art. 1285) y por esto quien excepciona la compensación tiende a realizar la extinción total o parcial del crédito del actor, con efecto desde el día de la existencia simultánea de los dos créditos; de aquí la necesidad del examen simultáneo de la excepción de compensación y del crédito principal, puesto que si el juez estima fundado el crédito excepcionado, deberá declarar la ocurrida extinción del crédito del actor hasta la concurrencia de los dos créditos. Pero una Constitución de Justiniano (últ. Cód. *de compens.*, 4, 31); concedió al juez la facultad de separar la excepción de compensación de la demanda principal, pronunciando sobre el crédito del actor y *reservando* la excepción de compensación cuando esta implicase una larga investigación (5).

(1) En este sentido se expresa la ley germánica (*Wechselordnung*, § 26).

(2) VIVANTE, loc. cit., núm. 1834.

(3) Acerca del *procedimiento* cambiario, véase adelante § 94.

(4) CUTURI, *Trattato delle compensazioni*, 1909, principalmente, página 326 y sigs.

(5) *Satis enim miserabili est post multa forte variaque certamina, cum res iam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae iam paene convicta est, opponi compensationem iam certo et indubitato debito et moratoris ambagibus spem condemnationis excludi, hoc itaque iudices obser-*

Alguna ley moderna admite con la misma amplitud este principio (1). La nuestra (art. 102, Cód. proc. civ.), solo lo admite con las siguientes limitaciones: *a*) que el crédito opuesto en compensación sea impugnado y el juez no sea competente para conocer del pleito incidental de ahí derivado; en este caso debe remitir los *dos pleitos unidos* al juez competente, como norma general, pero excepcionalmente *puede* retener y pronunciar condena en el que se refiere al crédito principal y remitir al juicio de la autoridad competente tan solo el crédito opuesto en compensación, siempre que: *b*) la acción principal esté fundada en acto público judicial, escritura reconocida o confesión judicial (§ § 31, III, 79, I).

También aquí en el interés *general* de los acreedores a quienes la ley quiere evitar dilaciones procesales derivadas de excepciones negatorias, admítase que el juez condene basándose en una afirmación de la existencia del derecho que *en el caso particular* puede resultar meramente provisional puesto que si la nueva sentencia declarase fundada la excepción de compensación perdería sus efectos la primera y el actor debería eventualmente restituir lo que recibió e indemnizar los daños (por esto puede ser ordenada la caución).

Todo lo cual supone que el crédito opuesto por el demandado sea apto para realizar la compensación *legal* con arreglo a las normas del Cód. civ. (art. 1285 y sigs). No hay aquí una compensación *judicial* como institución diferente de la compensación *legal* (2): el crédito del demandado debe ser líquido: no puede oponerse al

vent et non procliviores in admittendas compensationes existant nec molli animo eas suscipiant, sed iure stricto utentes, si invenerint eas maiorem et amplioem exposcere indaginem, eas quidem alii iudicio reservent, litem autem pristinam iam paene expeditam sententia terminali component.
Véase acerca de esta constitución DERNBURG, *Die Compensation* 1854, páginas 471, 475; WINDSCHEID, § 350, núm. 5.

(1) Reg. germ., § 302; reg. austr., § 391.

(2) POUCHAIN, *La teoria e la pratica della compensazione*, Lanciano, 1888, págs. 132, 138; SIMONCELLI, *Lezioni di diritto giudiziario*, MATTIROLLO, *Trattato*, I, núms. 45, 884; MORTARA, *Comm.* II, núms. 73, 92; CASTELLARI, *Competenza per connessione*, pág. 426; CUTURI, *Le compensazioni*, cit., pág. 329 y sigs.

mismo tiempo en compensación un crédito y pedir su liquidación (1). Antes diremos que también la excepción de compensación (como hemos visto para las excepciones cambiarias) tiene límites *substanciales* que determinan su fundamento (objeto apto para la compensación, que sean líquidos, exigibilidad del crédito) y límites *procesales* por los cuales aquella algunas veces, aún siendo fundada, se juzga separadamente del pleito principal, salvo los efectos retroactivos que pueda tener sobre la sentencia pronunciada antes en este pleito.

IV. *Proceso monitorio* o ingiunzionale (*Mahnverfahren*, alemán y austriaco; *Mandatsverfahren* austriaco; *Rechtsbot* de algunos cantones de la Suiza oriental; *mandatum de solvendo cum cláusula justificativa* del proceso común). Para determinados créditos aunque no resulten de documentos, introdujose en nuestro derecho medioeval la costumbre de no citar en juicio al deudor sino de obtener directamente del juez la orden de la prestación y notificar esta al deudor: la orden era acompañada y *justificada* por la cláusula de que si el deudor quisiese hacer valer excepciones pudiese formular oposición dentro de un cierto término (cláusula justificativa) (2). La oposición privaba de todo efecto a este *mandatum* o *praeceptum de solvendo* (*praeceptum executivum sine causae cognitione*) e iniciaba un juicio ordinario.

(1) A menos que el crédito opuesto por el demandado dependa del mismo título de que depende el crédito del actor, puesto que en este caso se trata de demanda de reconvencción consentida por el art. 100, núm. 3. Véase adelante § 31, III.

(2) La *cláusula justificativa* justificaba el *praeceptum sine causae cognitione* en cuanto admitía el posterior conocimiento. Decía esta cláusula. «*Si senserit se gravatum*» (véase SKEDL, *Mahnverfahren*, cit., pág. 15 y siguientes). o «*Nisi se opponat*» o en italiano «*Salvo l'ingiunto abbia cause en contrario*». Véase la *Prática legale* piamontesa (cit., § Introducción), volumen I, pág. 125; AB ECCLESIA, p. I, *observ.* 115, núm. 3.

El *mandatum* del proceso documental tenía por el contrario detenida la ejecución; quiere decir que debía realizarse no obstante la oposición; por lo mismo distinguíase del precedente como «*mandatum sine cláusula*» o con cláusula opuesta a la *cláusula justificativa*. Las dos formas de mandato (si bien frecuentemente también el *mandato sine cláusula* se fundaba en

El conocimiento faltaba o más bien era incompleto en cuanto que en el instante en que se daba la orden, el juez no sabía si el deudor tenía excepciones que oponer y solo conocía muy superficialmente de los hechos *constitutivos* de la acción (1).

De aquí derivan las diversas formas del proceso monitorio de los derechos modernos, las cuales tienen estos dos puntos fundamentales comunes: que la orden de la prestación se produce *sin oír a la parte* (inaudita parte), y sin conocimiento; tiende, sobre todo, a preparar la ejecución. La organización jurídica teniendo en cuenta los inútiles retrasos padecidos por la ejecución en el proceso ordinario con conocimiento completo, en los casos en que el demandado se adhiere a la demanda o permanece rebelde, o en una palabra, nada excepciones; permite esta forma de proceso, formada según la hipótesis de que el demandado nada tiene que excepcionar: la posibilidad de las excepciones y por consecuencia del co-

prueba documental o en documento garantizado) fueron consideradas diferentes en la práctica: véanse las fuentes en SKEDL, loc. cit., pág. 34 a las cuales añadimos este decreto de Carlos III de Saboya (en los estatutos de 1513 en SOLA, pág. 246) del cual resulta tanto la falta de certidumbre en esta distinción como la oposición que aún encontraban los dos mandatos en algunos intérpretes del derecho común: «Quoniam de sensu clausularum »nisi» «et si quis» quas in literis mandatorum nostrorum plerumque inserere consuevimus, dubium nonnunquam exortum extitit inter partes, altera negante eas cláusulas. stante jure communi, paratam habere executionem, altera vero affirmante clausulam «et si quis» stante antiquo stylo »curiae Sabaudiae paratam habere executionem et ipsum stylum jure foveri...», ecce quod nos... declaramus per praesentem eas cláusulas praedictas »nisi» «et si quis» virtute dicti styli et consuetudinis, certis etiam aliis bonis respectibus, *ita inter se differre ut literae cum cláusula «et si quis» paratam habeant executionem, et executione facta remittatur pars se opponens ad judicem justa formam tamem literarum; cum cláusula vero »nisi se opponat» oppositione facta reducatur mandatum in vim simplicis »cittationis, absque ulteriori executione».*

(1) También el proceso monitorio se liga a formas procesales germánicas, como el *indiculus commonitorius* del proceso franco desenvuelto en la doctrina basándose en la ley 5 § 10 Dig. *de operis novi nunc*, 39, 1.º, véase SKEDL, *Mahnverfahren*, pág. 15 y sigs. Pero a su vez el *indiculus commonitorius* se liga al derecho romano último: véase BRUNNER, *Deutsche Rechtsgeschichte*, pág. 137.

nocimiento completo no se excluye sino que se desvía; es posterior, más bien que anterior, a la resolución del juez.

La ley también dispone esto por el interés *general* del pronto cumplimiento de las obligaciones; en el caso *particular*, la eficacia de la orden de prestar es distinta según que haya o no oposición del demandado dentro del término legal; en el primer caso, la orden no tiene valor, solo su notificación produce respecto del presunto deudor el efecto de una demanda judicial (§ 41): en el segundo caso, la orden deviene definitiva y no solo hace posible la ejecución, sino que produce la declaración del derecho como una sentencia. No obstante tener este proceso función predominantemente ejecutiva, no puede emplearse para la mera declaración de los derechos, ni para derechos pendientes de término o de condición. Los procesos monitorios del derecho moderno varían en cuanto a las condiciones y al objeto, puesto que algunos (como el *Mandatsverfahren* austriaco) (1), exigen que el derecho del actor se funde en documentos y otros (como el *Mahnverfahren* germánico y austriaco y el *Rechtsbot* suizo) (2), no; algunos pueden aplicarse también a prestaciones diferentes de dinero (*Rechtsbot*: también el Reg. austriaco admite una forma de proceso monitorio para la entrega de bienes inmuebles arrendados terminado el arriendo, *Bestandsverfahren* § 560 y siguientes), otros solo a créditos de cantida-

(1) En Austria existe el *Mandatsverfahren* (Reglamento procesal, §§ 5, 48 y siguientes); y el *Mahnverfahren* (Ley 27 Abril 1873). Con mayores detalles pueden consultarse sus diferencias en POLLAK, pág. 666,

(2) El *Rechtsbot*, institución antiquísima en la Suiza oriental ha dado el concepto fundamental a la *ley federal suiza sobre la ejecución y sobre la quiebra (Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs)*, 11 Abril 1889 (en vigor 1.º Enero 1892). La oficina de ejecución, a petición del acreedor provisto o no de título o documento expide la «orden ejecutiva» (*Zahlungsbefehl*) art. 69 y sigs.; si el deudor piensa hacer oposición debe declararlo verbalmente o por escrito a la oficina de ejecución en los diez días siguientes a la notificación de la orden, art. 74; la oposición suspende la ejecución, art. 78; en tal caso el acreedor debe seguir *la vía ordinaria* a menos que se trate de crédito fundado en sentencia ejecutiva, transacciones o reconocimientos judiciales, decretos o decisiones administrativas, en cuyo caso, el juez de la ejecución resuelve dentro de los cinco días siguientes en caso de la oposición, arts. 80, 81, 83 y 84.

des o cosas fungibles (*Mahnverfahren, Mandatsverfahren*); algunos admitense para créditos de cualquier valor (*Mahnverfahren* germánico), otros únicamente para pequeños créditos (*Mahnverfahren* austriaco); otros son regulados como instituciones generales (*Mandatsverfahren; Mahnverfahren, Rechtsbot*), mientras que la ley italiana admite el proceso monitorio solo como forma privilegiada y singularísima en favor de determinados derechos (1).

(1) Esto es debido a derivarse nuestra ley procesal fundamental del Cód. proc. francés que desconoce el proceso monitorio y el documental sin duda porque toda forma de proceso ejecutivo parece inútil ante la fuerza ejecutiva concedida a los actos contractuales públicos. En cambio el proceso monitorio o *ingiunzionale* era admitido por las leyes italianas inmediatamente precedentes a los códigos sardos, véanse las constituciones piamontesas, libro III, título XXX (*cause ingiunzionali*); el proceso «por vía ejecutiva» del código estense, 1852, art. 441 y sigs. derivado de las constituciones estenses, libro I, título VIII (en el cual todavía se exige la prueba documental). En nuestra doctrina comiézase a invocar un proceso monitorio *general* y el proyecto ORLANDO de reformas procesales presentado al Congreso de los diputados el 24 Mayo 1904 contiene la propuesta de un «procedimiento por *ingiunzione*» (arts. 23 a 29): la *ingiunzione* admítase solo para créditos en dinero líquidos y exigibles para los cuales haya prueba escrita (menos para los créditos inferiores a 100 liras, en los cuales «la existencia y la exigibilidad del crédito pueden ser verificadas de otra manera»); se da un término al deudor para pagar o hacer oposición; la falta de oposición en dicho término hace ejecutiva la *ingiunzione*; pero se admite una oposición, no bien precisada, *durante* la ejecución. Análogas manifestaciones encuéntrase en la doctrina francesa (GLASSON, *Précis de proced. civile* 1901, vol. II, pág. 141). Las provisiones sobre la utilidad práctica y el funcionamiento regular de tal reforma y vuelta al pasado serían necesariamente inciertas: el legislador debe fijarse en la normal escasez de pretensiones infundadas y de oposiciones dilatorias de suerte que espere que el número de las oposiciones sea exiguo respecto del de las órdenes de pago producidas: de otra manera, dada la libertad de provocar órdenes de pago de una parte y de otra la libertad de privarlas de valor con la simple oposición, el proceso monitorio puede ser fácil instrumento de vejaciones o causa de inútiles complicaciones procesales. Según las estadísticas austriacas (*Ergebnisse der Zivilrechtspflege* en el año 1904, Viena 1906 páginas II y III; en el año 1908, Viena 1910, págs. III y IV) la relación entre las oposiciones y las órdenes de pago es del 13 por 100 próximamente como medio; pero en los diversos territorios la percentual cambia del 21 por 100 al 9 por

El único caso genuino de aplicación del proceso monitorio contenido en nuestra ley procesal común, está en el art. 279 del Cod. proc. civ., al que corresponde el art. 73 de la ley notarial 25 Mayo 1879. Los abogados, procuradores, notarios, peritos, secretarios, oficiales judiciales y *otros análogos*, para conseguir el pago de los gastos realizados por ellos, de los derechos y honorarios que les son debidos por sus clientes o mandantes, presentan la nota al presidente del tribunal, el cual expide al final de la nota *orden de pago* en término no inferior a 10 días, ni mayor de 30 desde la notificación (1). Esta norma desconocida por el Cod. francés (2) y por el primer Cód. sardo, aparece en el segundo Cód. sardo probablemente como un recuerdo del proceso *ingiunzionale* de las constituciones piamontesas.

La falta de nexos inmediatos y evidentes con el proceso monitorio del derecho precedente, ha influido en la interpretación del art. 379, ocultando la autonomía y los caracteres históricos del proceso que en él se regula y haciéndolo aparecer como una dependencia del juicio en el que han sido hechos los gastos y no como un proceso subsistente por sí mismo.

En el acto de dictar esta orden de pago el Magistrado debe examinar sumariamente las condiciones siguientes:

a) Si se trata de crédito nacido a favor de alguna de las personas citadas por la ley o asimiladas a ellas (tales deben considerarse las que hayan prestado su obra como personas auxiliares en el proceso).

b) Si el crédito se presenta dependiente de la obra prestada. En cuanto a los peritos, secretarios, oficiales judiciales y personas auxiliares, la obra prestada debe ligarse a un proceso. No así en cuanto a los procuradores y abogados: estímase generalmente que estos sólo pueden servirse del procedimiento del art. 379 para los

100 próximamente; también disminuye lentamente (del 14,9 en 1901 al 13 en 1908).

(1) MATTIROLO, *Trattato*, IV n.º 230; MORTARA, *Comm*, IV, n.º 91 y sigs.; los comentaristas del art. 379; DE PALO, *Titolo esecutivo*, I, página 204; CASTELLANO *L'art. 379*, 1895.

(2) La ley francesa de 24 diciembre 1897, art. 4, ha introducido un procedimiento análogo en favor de los notarios, procuradores y ujieres.

gastos y honorarios *judiciales* (todo lo más comprendiendo entre estos los créditos relativos a asuntos de jurisdicción voluntaria). Por el contrario, debe entenderse que el proceso monitorio del artículo 379, como proceso autónomo y no necesariamente dependiente de otros puede aplicarse en favor de todos los créditos derivados de prestaciones de abogados y procuradores, *que tengan carácter profesional*, regulados por lo mismo por las leyes profesionales (esto comprende además de el *agere*, el *respondere*, y el *eavere*). Prueba de ello la extensión del art. 379 a los notarios cuya obra raramente dice relación con un pleito; mientras que el artículo 73 de la ley notarial claramente excluye esta limitación (1).

c) El magistrado no debe declarar *a fondo* que la obra haya sido efectivamente prestada. Es de la naturaleza del proceso monitorio aplazar el conocimiento sobre este punto al caso de oposición. Lo cual no excluye que también sobre este particular pueda el magistrado ejercitar un conocimiento sumario cuando las circunstancias del caso lo requieran (p. ej. si las prestaciones apareciesen evidentemente imaginarias, imposibles, simuladas).

d) También acerca de la cuantía de los gastos hechos y de los honorarios o derechos el magistrado que expide la orden no debe conocer sino en cuanto se trate de partidas reguladas por un arancel al cual como norma de ley también aquí se aplica el principio *jura novit curia*. Por lo que respecta a los notarios la nota debe ser antes *liquidada y aprobada* por el presidente del Consejo Notarial o por una comisión delegada del Consejo (art. 73 cit.). En cuanto a los abogados, el dictamen del Consejo de la orden exigida por los arts. 294 y 296 del arancel civil, comúnmente no se cree obligatoria.

Durante el término para hacer oposición la orden de pago no tiene otro valor actual sino el de servir su notificación como demanda judicial. Propuesta en tiempo la oposición, la orden de

(1) Conforme con esta interpretación del art. 73, véase la C. Ap. Casal 20 Marzo 1901 (*Foro ital.*, 1901, 549); la C. Ap. Roma 21 Abril 1906 (*Giornale dei Notari*, 1906, 525).—En contra: Cas. Turín 7 Mayo 1898 (*Foro ital.*, 1898, I pág. 638), que por la referencia del art. 379 en el artículo 73, deduce que tampoco el notario puede servirse del proceso especial sino para honorarios, y gastos dependientes de un pleito pendiente o terminado.

pago pierde también la posibilidad de devenir ejecutiva y se resuelve definitivamente en una demanda judicial (1) puesto que desaparecida en el caso concreto la hipótesis según la cual está formado el proceso especial, esto es, que el supuesto deudor nada tiene que excepcionar, desaparece el proceso especial y se entra en el proceso ordinario; en este el que se opone es demandado, no actor.

Transcurrido el término sin oposición, la orden de pago *tiene fuerza de sentencia expedida en forma ejecutiva* (art. 379). Esta equiparación de la orden de pago a la sentencia suele entenderse muy restrictivamente, quíerese limitar a la eficacia ejecutiva. Pero esta limitación es arbitraria, más bien nos parece conforme tanto a la letra de la ley como a la índole del proceso monitorio una verdadera y propia equiparación (2): el transcurso del término sin oposición se considera por la ley como equivalente al conocimiento en esta equiparación, por eso la orden de pago que *en el momento en que se produce* no contiene la afirmación del derecho a la prestación, devenida definitiva adquiere también el carácter de una afirmación de derecho, si bien este carácter sea consecuenciarario. Basándose en la orden de pago podrase, pues, inscribir hipoteca judicial (3)

(1) Esto está en la naturaleza del proceso monitorio. Véase *Constit. piam.* lib. III, tit. XXX art. 4.º «Contestándose por el reo a la *ingiunzione* se resolverá el precepto en forma de simple citación» (lo mismo el Reg. ger. § 695). Aplicación: la caducidad del juicio no afecta únicamente a la oposición sino a la misma orden de pago (Ap. Catania 20 Mayo 1898, *For. it.* 1898, I. 855).

(2) Según el Reg. ger. la orden de pago, transcurrido el término lleva consigo orden de ejecución: esta orden de ejecución está equiparada a una *sentencia en rebeldía provisionalmente ejecutiva* (§ 700). Así en la doctrina antigua decíase del *precepto* definitivo que *transit in rem judicatam*: véase en SOLA *Comment.* cit. pág. 249.

(3) Así expresamente la citada ley francesa (art. 4.º): «L'ordonnance »de taxe vaut titre exécutoire; elle emporte hypothèque judiciaire, mais elle »ne pourra être exécutée et l'inscription ne pourra être prise valablement »qu'après l'expiration du délai d'opposition». En la ley italiana la cuestión se ha resuelto de diferente manera según la importancia que se concede a la equiparación de la orden de pago a la sentencia. En el sentido expresado en el texto manifestóse la Cas. Nápoles 1.º julio 1904 (*Foro ital.* 1904,

y la prescripción del crédito será la de treinta años (1).

No ha afirmado expresamente nuestra ley que sea uno mismo el término para pagar y el término para hacer oposición a la orden de pago, pero también aquí viene en nuestra ayuda la historia del proceso monitorio en el cual el término señalase con la alternativa de pagar o de oponer, bajo pena de ejecución (2); y este rigor se ha mantenido por nuestra ley habida consideración de las personas que pueden servirse del art. 379 y de la relativa insignificancia que normalmente tienen los créditos que se hacen valer por

I pág. 100). Corte de Ap. de Nápoles 16 julio 1908 (*Foro ital.* 1909, página 207). La doctrina dominante es la contraria. Véase para todo MONTANI, en la *Giur. it.* 1904, I, pág. 1319 y en el *Foro ital.* 1909 pág. 207; MORTARA, *Comm.* IV. núm. 92. El proyecto Orlando, cit., admite la hipoteca judicial.

El Reg. ger. tiene una norma *expresa* (§ 866), según la cual la inscripción de la hipoteca aseguradora basada en la orden de ejecución del proceso monitorio está prohibida. Pero la doctrina o censura esta norma como injusta e inconsecuente frente al § 700 que equipara la orden de ejecución a una sentencia en rebeldía: véase SCHMIDT, 2.^a ed. pág. 980 número 4; o la explica con especiales razones de conveniencia práctica, véase WEISSMANN II § 162, al final pág. 167; STRECKMANN Y KOCH sobre el § 866.

(1) Conforme, la Cas. Palermo 4 Dic. 1909 (*Foro ital.* 1910 pág. 176 y nota allí incluida).

(2) Véase, por citar el derecho más próximo a nuestra ley las Const. piam. libro III, tít. XXX, art. 3.^o, «No podrá concederse un término menor de 10 días para cumplir los preceptos del juicio ejecutivo, dentro de los cuales pueda el deudor satisfacer cuanto le sea mandado, y pasados los mismos *si aun no ha pagado o deducido oposición alguna* podrá efectuarse contra aquel el mandato ejecutivo». Y la *práctica legal* antes citada: «La *ingiunzione* que se hace *recta via* sin ningún juicio precedente ni citación consiste en un precepto por medio del que el Juez, previa instancia verbal o escrita del acreedor ordena (*inglunge*) al deudor el pago de cierta cantidad o la remisión de una cierta cosa dentro de determinado plazo, bajo pena de la ejecución. Esta clase de *ingiunzione* se practica contra los deudores de impuestos *di decime certe solite pagarsi*, de censos u otras anualidades, máxime *quando tengano luogo d'alimenti*, *di fitti dovuti da Massari e simile* y de crédito que conste en instrumento garantizado. *No compareciendo el deudor en el término prefijado para hacer alguna oposición, puede procederse in di lui odio a la ejecución.*

este procedimiento (1). Y no hay motivo para creer que aquí se trata de simple ejecución provisional: las eventuales oposiciones al mandato y a los actos ejecutivos sólo podrán proponerse en cuanto podrían oponerse a una sentencia definitiva (2).

B) *La licencia para dejación de inmueble por haberse terminado el arriendo* (Ley 24 Dic. 1896 (3)). En el término establecido por la ley, por la costumbre local o por el contrato, el arrendador puede hacer notificar al arrendatario, casero, masadero o colono de bienes inmuebles, el licenciamiento por haber terminado el arriendo *conteniendo la citación para la convalidación de dicho licenciamiento* (art. 1.º). Cuando dentro del término no comparezca el citado o compareciendo no se oponga, se hará constar esta circunstancia en el acta de la audiencia y en tales casos el licenciamiento tendrá fuerza de título ejecutivo. A este fin el conciliador o el pretor ordenará al secretario al pie de la citación, que sobre la misma extienda la fórmula ejecutiva (art. 4). De esta manera el arrendador el día del vencimiento tendrá despachado el título ejecutivo para obtener la entrega de la cosa.

Este procedimiento derivase históricamente del proceso monitorio. En muchos sitios el mismo proceso monitorio general podría aplicarse a la entrega de los inmuebles arrendados. En otros una forma particular del proceso *inglunzionale* satisfaría este fin

(1) Así nuestra ley (24 Dic. 1908) acerca del procedimiento coactivo para los ingresos patrimoniales de los entes públicos, (texto único 14 Abril 1910) arts. 2 y 3. Así también la ley austriaca 27 Ab. 1873, pár. 15, exceptuada la *restitutio in integrum*. Por el contrario, en Alemania donde el proceso monitorio se extiende a los créditos de todas clases, la ley ha creído garantizar mejor al deudor concediendo la oposición aún contra la orden de ejecución (§ 700 cit.).

(2) Para la opinión expresada en el texto MATTIROLO, *Trattato*, IV, número 250 y sigs. CUZZERI, *Sull. art. 379*; en contra MORTARA, *Comm. IV*, núm. 92, Cas. Roma, 22 Jun. 1896 (*Foro ital.* 1896, I, pág. 1262) que admiten la oposición aún durante la ejecución. Por el contrario, otros restringen el término para la oposición, reduciéndolo al término de la oposición en rebeldía. (Véase § 83): así la Cas. Roma, 16 Jun. 1908 (en la *Legg.* 1908, pág. 1885).

(3) DE PALO, *Titolo esecutivo*, pág. 207; MATTIROLO, *Trattato*, VI, número 1005 y sigs.; MORTARA, *Comment.*, II, núm. 129 y sigs.; PUCA, *Lo sfratto per finita locazione*, 1901; POLLAK, pág. 627 y sigs.

particular. En Austria, un proceso especial de esta naturaleza encuéntrase ya desde el 1725 a la ley de 16 Noviembre 1858 comprendida después en los §§ 560 a 576 del Reg. de 1898 (1). Pero también en algún estado italiano, además del Lombardo Veneto la práctica había usado un proceso análogo aceptado más tarde por alguno de los códigos italianos precedentes al sardo (2).

Nuestra ley que en el primer proyecto estaba basada en la austriaca, resultó muy diferente de esta: ha perdido una de las características del proceso monitorio, o sea la falta de citación y la producción de la orden de prestación *inoida la parte*; nuestro licenciamiento participa del desahucio extrajudicial austriaco en cuanto no procede en su origen del juez y del judicial en cuanto es *convalidada* por lo menos posteriormente por el juez; el licenciamiento contiene citación y solo en la audiencia después de comprobada la falta de comparecencia o de oposición interviene la resolución del juez (además nuestra ley no se refiere sino al licenciamiento del arrendador al arrendatario).

(1) En la ley austriaca el licenciamiento es *judicial* (orden de entrega basada en desahucio o próximo vencimiento) o *extrajudicial* (simple desahucio privado); ambas tienen de común que notificadas a las partes, y transcurrido un cierto término sin oposición, devienen ejecutivas, en las dos el título ejecutivo se forma basándose en las simples afirmaciones del requirente, sin conocimiento del fondo, siempre que—ya se comprende—estas afirmaciones se presenten conformes a la ley. Tanto más falta el conocimiento en el desahucio extrajudicial austriaco, el cual no debe justificarse con documentos aptos para probar el derecho del actor, como ha creído algún tratadista italiano interpretando el § 565 de la ley austriaca; este requiere los documentos para probar que tuvo lugar el desahucio, no su fundamento. Por último el procedimiento austriaco puede utilizarse tanto por el arrendador como por el arrendatario.

(2) En el ducado de Módena la práctica conocía un proceso de *escomlazione* o *disdetta* no regulado en las constituciones de 1771; véase VIANI, *Norma di proc. civ. del Cód. estense*, 1816, pág. 340. El Código procesal estense 1852 aceptó la institución; la esencia de este procedimiento está en que transcurrido un término (ocho días) desde la intimación del *précetto* judicial de entrega sin que se haga oposición, el desahucio o *comiato dado o tomado* surten los efectos de cosa juzgada (artículos 312 y 314). Consúltese RAISINI, *Manuale di proc. civ. estense*, 1853, página 248).

Consérvase sin embargo en nuestro «licenciamiento» el otro principio fundamental del proceso monitorio o sea que esta resolución del juez se produce sin conocimiento del fondo (1): el juez no convalida el licenciamiento porque el arrendatario se haya adherido a él (lo cual no se solicita) o porque la falta de oposición haya formado su convencimiento de que el desahucio es fundado, sino que la convalida por el solo hecho de la falta de oposición. Es cierto que el juez debe examinar sumariamente si el desahucio *en sí mismo* se presenta conforme a derecho, por ejemplo, si se refiere a un contrato de *arrendamiento* relativo a *inmuebles*, si el término dado corresponde al término *legal*, si tratándose de rescisión anticipada el arrendador tiene facultad de realizarla *sin sentencia del juez*, etc., pero no si el contrato realmente existe, si vence en el día indicado, etc. También aquí la falta de oposición tiene eficacia de conocimiento siempre que la citación haya sido hecha en persona *propia* o haya sido renovada (art. 3). Una vez producida la orden del juez, siendo, como se dirá, definitiva, vale en este caso *inmediatamente* como afirmación del derecho del actor, y produce en el día del vencimiento la acción ejecutiva (2).

En el caso de oposición del demandado el juicio de «licenciamiento» se resuelve en un juicio ordinario de conocimiento que tiene por objeto la condena en futuro del arrendatario a la entrega del inmueble (§ 6): art. 4.º, último párrafo.

La orden de convalidación del «licenciamiento», como se funda en la falta de oposición es por su naturaleza *definitiva*: la ley

(1) Por esto el proceso se confía también al conciliador dentro de los límites de valor que exceden su competencia de juez de conocimiento (párrafo 28).

(2) En contra DE PALO y MORTARA locs. cit., los cuales teniendo presente el desahucio extrajudicial austriaco estiman que también en nuestra ley el título ejecutivo es el licenciamiento. Pero la ley quiere la intervención del juez para *convalidar* el licenciamiento (art. 1); esta convalidación tiene lugar en forma de orden de imposición de la fórmula ejecutiva; pero sustancialmente tal orden (ordenanza) solo es un mandato de *prestar* su conformidad con el licenciamiento. Aplicación: la orden como título ejecutivo queda notificada al arrendatario no presente (art. 562); §§ 10-68; CHIOVENDA, *Saggi di dir. proc.* pág. 304).

no permite que sea impugnada, sino en caso de nulidad no subsanada por la comparecencia del citado, en cuyo caso corresponde al arrendatario la oposición y la apelación: pero estas impugnaciones, no obstante su nombre, no están reguladas por todas las normas de los medios ordinarios de impugnación, sino únicamente por aquellas compatibles por su naturaleza; así por ejemplo *no tienen efecto suspensivo* (1); un derecho de impugnación limitado al caso de nulidad de la citación (o en general al caso de defecto de presupuestos procesales), cualquier nombre que la ley le otorgue no es más que una figura procesal de acción de anulamiento y como tal supone normalmente que el acto impugnado sea definitivo y ejecutable, salvo que la ley disponga lo contrario (2).

Otras declaraciones ejecutivas.—También en otros casos la declaración del magistrado tiende sobre todo, y a veces únicamente, a preparar la ejecución, o sea a constituir una acción ejecutiva que unas veces coincide y otras puede no coincidir con el derecho a la prestación.

A) *En el juicio de rendición de cuentas* cuando la cuenta presentada ofrezca un exceso de lo cobrado sobre lo gastado, el presidente a instancia del interesado *ordena el pago del sobrante* (art. 321); discutida la cuenta ante el juez delegado, éste si las partes están de acuerdo *ordena el pago de las cantidades y la entrega de los objetos debidos* (art. 823). Estas resoluciones se producen sin el conocimiento ordinario; tienen por condición el *acuerdo* de las partes: aquí el acuerdo no es un elemento de la convicción del magistrado, sino condición *directa* de la resolución (3). Pero precisamente por estar fundadas en el acuerdo de las partes estas resoluciones son definitivas y no impugnables: *tienen*

(1) En contra DE PALO, loc. cit., pág. 209.

(2) En cambio tenemos en casos análogos al nuestro, normas expresas de ley que aplican o presuponen el principio enunciado en el texto: la apelación por solo incompetencia contra las sentencias de los conciliadores inferiores a 50 liras, no tiene efecto suspensivo (art. 459), como sucede con la apelación por solo incompetencia o exceso de poder contra las sentencias de los *probiviri* (art. 41, ley 15 Junio 1893).

(3) Cualquiera que sea la cantidad a pagar la orden surge de un órgano que no tiene el conocimiento ordinario.

efecto de sentencia expedida en forma ejecutiva (arts. 321 y 323): quiere decir que implican afirmación del derecho a la prestación, producen no sólo la acción ejecutiva, sino la hipoteca judicial (1).

B) **Declaraciones en favor de testigos o de personas auxiliares en el proceso.**—Tasación y orden de pago de las indemnizaciones a los testigos (art. 245), de honorarios y gastos al perito (art. 267), de gastos al depositario de escrituras (art. 288), de gastos de una pueba delegada (Reg. gen. jud. art. 302). Aquí el juez delegado tiene un conocimiento sumario sobre el mismo derecho al pago; puesto que la prestación que origina el derecho de pago, ocurre en el mismo proceso, el conocimiento relativo es normalmente tan sencillo que la ley se contenta con un conocimiento sumario; en lugar de sentencia tenemos ordenes de pago que, sin embargo, transcurridos los términos para la impugnación tienen *validez de sentencia expedida en forma ejecutiva*.

C) **Declaraciones en favor de la Administración pública.**—La mayor parte de las veces, las pretensiones de la administración pública son ejecutivas por sí mismas (§ 16). En algunos casos, la administración debe hacerse actora reclamando una sentencia ordinaria (§ 16). En otros, la administración debe dirigirse al magistrado, solo para que este haga ejecutoria su pretensión, pidiendo una declaración con función ya predominante, ya meramente ejecutiva.

a) Procedimiento *ingiunzionale* para el cobro de las tasas de registro (texto único 20 de Mayo 1897, art. 134 y siguientes). El encargado del registro expide la orden de pagar dentro de los quince días siguientes a la intimación, la tasa y penas pecuniarias (*ingiunzione*); esta orden de pago hácese ejecutoria por el pretor (cualquiera que sea la cantidad). Tampoco el pretor tiene aquí conocimiento ordinario; no debe investigar si se debe la tasa sino si el acto de la *ingiunzione* se presenta conforme a la ley, o sea si la tasa a que se refiere está comprendida en la ley citada, si se ha fijado un plazo inferior al legal, etc. etc. La *ingiunzione* es ejecutable después del término fijado pero no deviene por esto definitiva como afirmación del derecho a la tasa. Al intimado se le permite hacer oposición aun después del término, previo el pago de la tasa.

También en este caso en favor del interés general del pronto co-

(1) MATTIROLLO, *Trattato*, III, núm. 843; CUZZERI, *Sull'art. 321*, 10; en contra: MONTANI en la *Giurisprud. italiana*, 1904, I, pág. 1319.

bro de estas contribuciones, la acción ejecutiva corresponde independientemente del derecho a la prestación y aun está ayudada por el principio *solve et repete* (§ 50) (1). El plazo puede tener una doble importancia: ordinariamente es una simple dilación y la oposición del deudor aunque se haya propuesto dentro del término legal no tiene eficacia suspensiva, pero si se trata de *suplemento de tasa* la oposición notificada dentro del término, suspende la ejecución. Pero aun en tal caso, este procedimiento *ingiunzionale* se diferencia del monitorio; la *ingiunzione* tiene una fuerza intrínseca, la oposición no la resuelve en una simple demanda judicial, sino que únicamente suspende su ejecución (2). Un procedimiento *ingiunzionale* parecido aplicase también para el cobro de otras contribuciones (3).

b) *Procedimiento privilegiado*.—En favor del Estado, de los municipios, de las instituciones públicas de beneficencia, de las provincias y otros entes públicos para el cobro de los ingresos simples o patrimoniales que no tengan carácter de contribuciones y que no cobran por matrícula (*ruolo*). Varios procedimientos privilegiados estaban regulados en las leyes de los antiguos estados italianos, no derogadas aun en esta materia (véase ley provincial y municipal; texto único, 21 Mayo 1908, art. 195), y variaban de lugar a lugar; algunos desarrollábanse con la intervención de órganos jurisdiccionales, llamados a constituir el título ejecutivo (visado de *ingiunzione*, ordenanzas de «mano real» o de «brazo real», mandatos de pago): a veces se parecían al proceso monitorio (4).

Recientemente estos diferentes sistemas de procedimiento coactivo fueron derogados y sustituidos por un solo procedimiento coactivo *ingiunzionale* aplicable también a las utilidades del dominio público y de los servicios públicos ejercidos por las entidades antes mencionadas, mediante la ley 24 Dic. 1908 (tex-

(1) De cuanto expondremos acerca de la jurisdicción (§ 13) se comprenderá mejor que esta declaración ejecutiva no obstante los límites del conocimiento es a nuestro entender acto de jurisdicción contenciosa. En contra CAMMEO, *Commentario alle legge, di gust. amm.*, I. pág. 691.

(2) Aplicación; la caducidad del juicio de oposición, no estorba la *ingiunzione*.

(3) Para detalladas indicaciones CAMMEO *Comment.* cit. I. pág. 691.

(4) Id. íd. íd. en la misma obra, pág. 697 y sigs.

to único 14 Abril, 1910). El procedimiento de coacción comienza con la *ingiunzione*, que consiste en la orden producida por la oficina competente de la entidad acreedora, de pagar dentro de treinta días, bajo pena de los actos ejecutivos, la suma debida. La *ingiunzione* es visada y hecha ejecutoria por el pretor en cuya jurisdicción reside la oficina que la emite, cualquiera que sea la cantidad debida (art. 2). Dentro de los treinta días siguientes a la notificación puede el deudor hacer oposición; el magistrado puede suspender el procedimiento coactivo (art. 3). A falta de oposición el procedimiento no puede suspenderse por ningún motivo (art. 4).

Apéndice al § 8 bis.

Referencias al derecho español.

Puede tomarse como ejemplo típico de ejecución provisional de sentencia el caso a que se refiere el art. 787 de la Ley de Enjuiciamiento civil (juicios en rebeldía). Es preciso no confundir el carácter de estas sentencias con las notas de condicionalidad, calidad de *sin perjuicio*, etc. etc., que a veces acompañan a las resoluciones judiciales, y de las cuales tenemos tantos ejemplos en nuestra ley procesal civil. Son cuestiones enteramente distintas.

No se encuentra en aquella ley un precepto análogo al del art. 363 del Código procesal civil italiano, en que de un modo expreso y directo se agrupan los casos en los cuales «a instancia de las partes puede decretarse la ejecución provisional de la sentencia, con fianza o sin ella» lo cual no excluye que en los procedimientos especiales para cada juicio en particular, se lleve, en algunos casos, a obtener medidas de resultados semejantes.

Por lo que respecta al procedimiento cambiario, en relación con las condenas con reserva, pueden consultarse los arts. 516 y siguientes del Código de Comercio y los contenidos en el Título III, Parte 2.^a, Libro III de la Ley de Enjuiciamiento civil en cuanto sean aplicables referidos a aquellas (1).

En cuanto a la *compensación*, véase los arts. 1195 y siguientes del Código civil y el 55 de la Ley procesal civil.

(1) Se omite la referencia de procedimientos de carácter privilegiado.