

LIBRO SÉPTIMO

Procedimientos especiales.

§ 49.

Proceso documental (cambiario) y monitorio.

I. *Referencias*.—Tratando de las distintas formas de acción, hemos examinado algunas figuras en las cuales la acción tiende a procurar a quien se estima acreedor una acción ejecutiva más rápida que la acción ejecutiva ordinaria, a base de un conocimiento no pleno y definitivo, como el ordinario, sino incompleto (*conocimiento sumario, declaraciones con predominante función ejecutiva: § 8 bis*). Entonces hemos estudiado las condiciones de estas formas de acción y los límites del conocimiento que en ellas tiene lugar.

Aquí volvemos a examinar aquéllas (entre tales figuras) en las cuales la relación procesal presenta tan considerables particularidades que dan lugar a procedimientos especiales, esto es, al proceso documental (cambiario) y al proceso monitorio.

II. *El proceso documental (cambiario) (1)*.—El proceso documental, del que nuestra ley conoce solamente una subespecie, el proceso cambiario (art. 324 Cód. com.) tiene por característica,

(1) V. la bibliografía en el § 8 bis. Añádase CHIOVENDA, *La condanna con riserva*, en las publicaciones jurídicas en honor de V. SIMONCELLI y en la *Riv. di dir. comm.*, 1917, pág. 617 y sgs. BONELLI, *La cambiale* (en *Comment. al Cod. di dir. comm.* editado por Vallardi). BRUNETTI A. en la *Riv. di dir comm.*, 1908 II p. 320 y sgs. HELLWIG, *System*, II §§ 251, 252.

como ya sabemos (§ 8 bis III), el *fraccionamiento* del conocimiento, de tal manera que algunas excepciones del demandado son examinadas sólo después de su condena al pago (*condena con reserva*): las otras particularidades dependen de esta (1). Sabemos también que el origen del proceso documental debe buscarse en el *procesus executivus* del derecho intermedio; esto es, en el proceso de formas simplificadas, frecuentemente de competencia de jueces especiales, destinado al ejercicio de la acción ejecutiva: el acreedor se dirigía al juez, que producía contra el deudor un precepto de pago (*mandatum de solvendo*); lo cual requería una *cognitio*, que tenía por objeto ya la existencia del título ejecutivo, ya las defensas del demandado, que a tal fin era citado ante el juez o también tenía un término para hacer oposición al *mandatum*. Pero era una *cognitio sumaria*, y esto en un doble sentido; en cuanto que de un lado se admitían en el *procesus executivus* únicamente las defensas del demandado *quæ incontinenti probari possunt* (fuesen dirigidas a discutir simplemente el derecho aducido por el actor o también a contraponer hechos impeditivos o extintivos) y las otras *qual altiore requirunt indaginem* eran mandadas *ad separatum iudicium*, esto es, a la *cognitio plena* que se desarrollaba con las formas solemnes del proceso ordinario (2); y de otro lado el juicio dado en el proceso ejecutivo sobre las excepciones examinadas en él no obligaba al juez del proceso ordinario, así que la *cognitio sumaria* tenía el fin no de declarar la existencia del crédito, sino únicamente de decidir si debía o no procederse a la ejecución (3). En el cuadro del proceso ejecutivo

(1) También el caso de condena con reserva (excepción de compensación) presenta particularidades procesales, para las cuales bastan las cosas antes dichas, particularmente en el § 8 bis, III, b.

(2) *In executione instrumenti, sicut in executione sententiæ, requiritur causæ cognitio; sed in cognitione sumaria exceptio quæ requirit altiore indaginem non admittitur.* ANTONIO DA CANARIO, *De executione instrumentorum* (escrito en 1433), §§ 15, 22.

(3) *Probationes factæ in iudicio summario non probant in plenaria:* SCACCIA, *De commercio et cambio*, 1619, § 7, glosa 5.^a, núm. 52. En contra: BRIEGLER, *Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse*, Leipzig, 1856, *passim*, y particularmente, p. 218 y sigs., p. 375 y sigs., según la tesis del cual la *summario cognitio* era limitada sólo cuantitativamente, no cualitativamente.

encontraron lugar también los *documentos ejecutivos privilegiados*, esto es, equiparados para la ejecución a la sentencia, antiquísima institución del derecho italiano (instrumentos garantizados o confectionados: obligaciones camerales; después, según las épocas y los lugares, también escrituras simples de deuda y particularmente letras de cambio; v. *Datos históricos* y § 8 bis, § 10, III.) Naturalmente la excepciones imaginables frente a un crédito que resulta de simple documento son mucho más numerosas que las oponibles a una sentencia, pero también para los documentos ejecutivos valía la limitación de las excepciones derivadas de la calidad de las pruebas; en particular era excluída la prueba testifical (1).

Todo esto ha cambiado radicalmente en el derecho moderno. Cambiado el concepto de jurisdicción, desaparecidas las jurisdicciones privilegiadas y las formas solemnes del juicio ordinario, han desaparecido las principales razones que sostenían la contraposición entre la *cognitio summaria* del proceso ejecutivo y la *cognitio plena* del proceso ordinario. Esta contraposición ya no existe. Por una parte ya no hay necesidad de una *cognitio summaria* para que quien posea un título ejecutivo obtenga la ejecución forzosa, sino que ésta se pide directamente a los órganos ejecutivos; por otra, en caso de oposición del deudor, el conocimiento sobre la existencia y sobre la cesación de la obligación, que tiene lugar por parte del mismo juez de la ejecución, es conocimiento *ordinario*, es una declaración perfectamente igual a la que habría tenido lugar en un juicio en que se hubiese hecho valer la acción ordinaria (§ 31, III, F; § 93, III, 11; sobre todo ésto, V. § § 96, 100). Un conocimiento meramente superficial (*qualis qualis demonstratio*), no

(1) *Exceptionem admitti, sed propterea non retardari processum quod contingit ubicumque proposita exceptio probanda est per extrinseca et aliunde quam ex ipso instrumento vel ex notorio aut juris præsumptione*; ANTONIO MASSA DA GALLESSE, *Ad formulam cameralis obligationis* (segunda mitad del siglo XVI), parte IV, qu. 1, § 17. *Reus volens probare aliquam exceptionem debeat illam probare per scripturam publicam et non per testes, quia probatio per testes requirit cunctationem sed processus executivus excludit cunctationem. Probatio exceptionis per testes intelligatur ei reservata in iudicio ordinario, quia in iudicio ordinario admittitur cunctatio processus*: SCACCIA, *De commercio et cambio*. cit. § 7, glosa 5, núm. 47, 51.

tiene ya lugar en el proceso ejecutivo, sino que únicamente se admite para ciertas resoluciones, como la orden de prestación en el proceso monitorio (en este § III) y las medidas aseguradoras (§ 9, más ad. § 115 y sgs.

Otras cosas, aún, se derivan del *processus executivus*. La equiparación de los documentos privilegiados a la sentencia ha quedado en Francia, en Italia, en Alemania, en el sentido de que los actos contractuales públicos (y en Italia también la letra de cambio), son títulos a base de los cuáles puede pedirse directamente la ejecución a los órganos ejecutivos (§ 10, III C). Otra derivación es el proceso *documental*, esto es, un juicio con *conocimiento fraccionado* sobre créditos resultantes de documentos.

Pero el proceso documental (y el cambiario) se han desarrollado con profundas diferencias en los diferentes derechos, según que más o menos se hubo separado del carácter del *processus executivus*.

La primera y fundamental de estas diferencias refiérese a la reserva de las excepciones, la cual en un sistema es *reserva indeterminada*, esto es, de todas las posibles defensas del demandado, y en otro es reserva de *determinadas* excepciones, esto es, sólo de las hechas valer por el demandado antes de la condena. Los dos sistemas se encontraban en las leyes particulares anteriores a la unificación legislativa, tanto en Alemania (1) como en Italia. En Alemania prevaleció el sistema de la reserva *indeterminada* que fué adoptado por el reglamento procesal de 1877 «para evitar que el proceso documental sea turbado con deducciones que cada parte sabe no pueden examinarse en la sentencia» (2). En cambio en Italia fué descartado el sistema de la reserva indeterminada que se encontraba en la ley toscana de 28 Noviembre 1918 (art. VI) y fué adoptado el de la reserva *determinada*, que se hallaba en el Código de Comercio albertino de 1843 (art. 162), de donde vino el artículo 234 del Cód. de Com. 1865 y el art. 324 del Cód. de Comercio 1882, según el cual «las excepciones personales no pueden *retrasar la condena* si no son líquidas o de pronta resolución y en

(1) El sistema de la reserva determinada se encontraba en los reglamentos procesales de Baden, §§ 646, 652, Oldenburg, art. 332, Württemberg, art. 866, y en el prog. prusiano, § 943.

(2) *Motivi*, pág. 354 (Ed. Hahn, p. 394).

todo caso fundadas en prueba escrita: *cuando sean de más larga investigación*, la DISCUSIÓN de ellas se remite en seguimiento de juicio». Claro está que en nuestro proceso cambiario el deudor debe proponer *antes* de la condena todas las excepciones que quiere hacer valer; el juez examina si son absolutas o personales, y las personales, líquidas y probadas por escrito o también *de más larga investigación*, y de éstas últimas reserva la DISCUSIÓN (esto es, la tramitación de excepciones ya propuestas, no la proposición de excepciones nuevas) en el seguimiento del juicio. Se dirá que las excepciones personales están fundadas en *prueba escrita*, según el significado que esta expresión tiene en nuestra ley (art. 363, núm. 1 Cód. proc. civ. V. § 8 bis, II, A), cuando el mismo hecho impeditivo o extintivo del que nace la excepción sea declarada por la escritura. No basta que el escrito tenga otra relación cualquiera de prueba o de principio de prueba con la excepción (1). En cuanto a los otros dos requisitos que las excepciones deben tener para ser examinadas inmediatamente (*líquidas y de pronta resolución*), dependen ya de las discusiones que pueden surgir sobre la escritura, ya de las réplicas que el actor puede oponer a las excepciones. Si las discusiones o las réplicas requieren medios instructivos, corresponderá al juez según la naturaleza de estos medios, según la naturaleza del procedimiento y según las circunstancias del caso, estimar líquidas o ilíquidas las excepciones (2).

Con la condena con reserva (ya firme), el proceso queda definitivamente cerrado respecto a las excepciones *no propuestas*, las cuales son *precluidas* (como sucede en el juicio con conocimiento plenario); el proceso continúa exclusivamente para la tramitación de las excepciones expresamente reservadas (3).

(1) LESSONA, *Prove*, I, 479 y autores allí citados; Dirección de la Riv. di dir. com., 1919, II, pág. 335. En contra: VIVANTE, III, núm. 1.377; BONELLI, *Cambiale*, n. 325.

(2) La cuestión es muy debatida a propósito del juramento decisorio (v. Cas. Turín, 3 Febrero 1919, en la Riv. di dir. comm., págs. 260 y 344 y notas en ellas). Pero ni aún en cuanto a este medio pueden darse soluciones generales. Evidentemente, la cosa varía, según que el juramento sea o no aceptado (ordenanza o sentencia); según que el proceso sea oral o escrito.

(3) V. § 69.

Trátase pues, de un verdadero juicio de conocimiento, en el que el procedimiento presenta las formas ordinarias, el juez es el juez ordinario competente por materia o valor, y también el conocimiento es ordinario, esto es *pleno*, en los casos en que: *a*) la demanda del actor sea rechazada sin examinar las excepciones personales; *b*) no se hayan propuesto excepciones o se propongan solamente excepciones absolutas (sobre esto v. § 8 *bis*, III *a*); *c*) o también se hayan propuesto excepciones personales pero líquidas y fundadas en prueba escrita; *d*) o también se hayan propuesto excepciones personales ya excluidas de los autos o también infundadas *en derecho*, de manera que puedan ser rechazadas sin una investigación más extensa. En los demás casos, esto es, cuando se condena con reserva, el conocimiento es *sumario*, pero no en el sentido de conocimiento superficial, que no prejuzgue el conocimiento *plenario*, sino en el sentido de que es PARTE del conocimiento plenario u ordinario y debe ser completado posteriormente con la *parte* de conocimiento reservada. Por tanto el conocimiento en el proceso documental y cambiario modernos no sirve solamente a los fines de la ejecución, sino también a los de la declaración, porque sobre las excepciones juzgadas o precluidas se forma la certidumbre jurídica, y cuando, como de ordinario ocurre, las excepciones reservadas son evidentemente abandonables o infundadas, esta certidumbre jurídica no es en efecto muy diferente de la que podría dar un conocimiento pleno. Esto es mucho más evidente en el sistema de la reserva determinada, mientras que la reserva indeterminada se aproxima más al *processus executivus* (1).

(1) En esto consiste la superioridad del proceso cambiario italiano sobre el germánico: puesto que la condena con reserva no excluye el conocimiento ordinario, sino únicamente lo fracciona y, por tanto, provee también a la necesidad de la certidumbre jurídica, es más lógico y más útil que esta sentencia deje tras de sí la menor cantidad posible de puntos inciertos. Además el proceso documental germánico presenta también una mayor limitación en el conocimiento, puesto que mientras en el nuestro se mandan en seguimiento de juicio sólo las excepciones *personales* (deducciones de hechos impeditivos o extintivos) no líquidas y fundados en escrito, en Alemania se mandan todas las *defensas* (*Einwendungen*): comprendidas las excepciones absolutas y las simples negaciones), que no pue-

La segunda diferencia importante entre los diversos sistemas de proceso documental, refiérese a la relación entre el juicio anterior y posterior a la condena. En algunas leyes (ley toscana, 23 Noviembre 1818, art. VI; regl. proc. Baden § 646), la sentencia de condena con reserva enviaba al demandado a hacer valer las excepciones en *juicio separado (ad separatum)*. En otras leyes (Código com. albertino, art. 162; Hannover § 486; Oldenburg art. 322) el mismo juicio quedaba pendiente después de la condena y continuaba para la tramitación de las excepciones reservadas. Este segundo sistema fué adoptado tanto en el derecho italiano vigente (Cód. com. art. 324: «Su discusión es reenviada *en prosecución del juicio*»; así el art. 234 del Cód. 1865) como en el germánico (Reglamento proc. § 600: el pleito *queda pendiente* después de la condena, en proceso ordinario) Esto es consecuencia natural del hecho de que el moderno proceso documental es juicio de conocimiento; mientras que la reserva *ad separatum* es propia del *processus executivus*.

Conocimiento fraccionado y unidad de la relación procesal, son los dos principios fundamentales que se combinan en la conformación del proceso cambiario:

a) El conocimiento fraccionado (cuando tiene lugar) divide la relación procesal en dos partes: una destinada al conocimiento sobre el material de pleito perteneciente a la acción especial que corresponde al acreedor cambiario, y la otra al conocimiento sobre el mayor material correspondiente a la acción ordinaria; la sentencia que cierra la primera fase, abre la segunda. No es necesaria una citación para iniciar esta segunda fase, sino sólo para señalar la audiencia (1).

Siendo uno el juicio según nuestra ley, se comprende que con la demanda de condena al pago de la letra de cambio vienen a proponerse al mismo tiempo ambas acciones, especial y ordinaria, sólo que una encontrará su desarrollo en la primera fase y la otra en la segunda. Como, según la ley italiana, la condición del

den probarse por los medios admitidos en el proc. doc. (y cambiario).

Además, en el proceso doc. germ. la limitación de las pruebas refiérese también al actor, y hay particularidades de procedimiento que faltan en el nuestro.

(1) Fenómenos análogos, § 71, II: § 87, VIII, a.

actor en el juicio cambiario no tiene nada de particular y la limitación del conocimiento refiérese exclusivamente a las excepciones del demandado, no es necesario que el actor al pedir la condena al pago declare expresamente ejercitar la acción especial cambiaria: sólo cuando el demandado proponga excepciones procesales no líquidas ni fundadas en prueba escrita, el actor o pidiendo la condena con reserva demostrará querer valerse de la acción especial, o aceptando la discusión inmediata sobre tales excepciones demostrará renunciar a la acción especial y contentarse con la acción ordinaria. Por la misma razón el actor podrá pedir en vía principal que las excepciones sean reenviadas y en vía subordinada (cuando el juez estime que se trata de excepciones no personales, no ilíquidas, etc.) que sean examinadas y rechazadas. Podrá también aceptar en apelación la discusión de las excepciones, a las cuales se había opuesto en primer grado (1).

b) De la nulidad de la relación procesal se deriva que todas las actividades realizadas y las situaciones formadas en la primera fase valen sin más para la segunda. Queda firme la constitución de las partes, por eso el juicio no puede ser en rebeldía en la segunda fase si en la primera fué tramitado en contradictorio. Las pruebas, las producciones, las declaraciones, los reconocimientos, las preclusiones, los llamamientos en garantía, las intervenciones, etcétera, quedan firmes en la segunda fase.

c) Las partes quedan en su condición originaria: el demandado conserva su posición con todas las ventajas que le son inherentes; el actor y el demandado tienen derecho de impulso procesal para promover el desarrollo de la segunda fase.

(1) En contra, sobre estos tres puntos, LA LUMIA, *La realizzazione procesuale dell'azione cambiaria* en la *Riv. di dir. comm.*, 1919, I, p. 269 y sigs., núms. 7 y 8 (que leo durante la corrección de las pruebas de este pliego); LA LUMIA se refiere a principios del derecho germánico, que son inaceptables en nuestro derecho, precisamente por las profundas diferencias entre el proceso documental (y cambiario) italiano y germánico, que el mismo LA LUMIA pone de manifiesto siguiendo mi *Condanna con riserva*. Así no puede verificarse, según nuestra ley, la hipótesis que LA LUMIA se figura (p. 276), esto es, que la demanda sea declarada *inadmisibile en la forma de proceso seguida*. Si el juez encuentra que no es el caso de aplazar la discusión de las excepciones, la única consecuencia será que las examinará inmediatamente.

d) La condena con reserva del deudor cambiario está sujeta a todas las impugnaciones permitidas por la ley contra las sentencias, y pronunciada en primer grado no es ejecutiva si no va provista de ejecución provisional. Transcurrido el término sin impugnarla, verificada la aquiescencia, caducato o renunciado el juicio de apelación o revocación, pasa a cosa juzgada *en sentido formal*. Los posibles defectos de la sentencia y de la fase anterior deben hacerse valer con una impugnación, y no pueden deducirse en la segunda fase, salvo que sean insubsanables. La condena con reserva puede ser pronunciada en segundo grado, en sustitución de una sentencia de absolución o también de condena incondicionada, pronunciada en primer grado; y viceversa, a una condena con reserva de primer grado puede sustituir en apelación una condena incondicionada o la absolución.

e) La condena con reserva, aunque pasada formalmente a cosa juzgada no puede producir la cosa juzgada *sustancial*, que sólo se tiene con la estatución sobre la existencia del derecho, la cual no se obtendrá sino con el pronunciamiento sobre las excepciones reservadas. Pero respecto a la primera fase del juicio es *sentencia definitiva*; ha resuelto definitivamente todos los puntos de cuestión admitidos en esta fase y ha agotado su objeto pronunciando sobre la acción especial del acreedor que tendía precisamente a esta forma de condena (§ 8 bis, III); produce la certidumbre jurídica sobre todos los puntos decididos y asegura al acreedor un resultado tal que puede detenerse aquí y considerar cerrado el pleito sin necesidad de perseguir posteriormente al deudor con la acción ordinaria; el interés en el seguimiento del pleito que, de ordinario, radica principalmente en el actor, aquí suele pasar al demandado (1). Así, la condena con reserva se diferencia profundamente de una sentencia interlocutoria, puesto que ésta, aun cuando contiene la decisión de algún punto, no es sinó medio para el fin de llegar a una resolución de fondo, y no puede tener valor práctico para la partes, sinó continuando el pleito, mientras

(1) Quien quiera pensar en las cosas dichas en el texto encontrará, creo, profundamente errónea, tanto desde el punto de vista dogmático como histórico, la opinión que descubre en la sentencia de condena con reserva de algunas excepciones cambiarias: la simple *«desestimación de una demanda de inhibitoria de la ejecución»* (BONELLI, *Cambiale*, pág. 627).

que la condena con reserva contiene ella misma la resolución de fondo y tiene un valor práctico inmediato.

Pero la condena con reserva puede ser, al mismo tiempo, sentencia interlocutoria, si ordena medios instructorios para la segunda fase del juicio (v. el ejemplo en § 76, II nota).

f) Después de la condena con reserva, el juicio sobre la acción especial, como queda definitivamente cerrado y agotado, no puede ya caducar, aunque el juicio continúe en la segunda fase para el conocimiento sobre la acción ordinaria (1). Sólo puede caducar la segunda fase, salvo reproponeer la demanda siempre a continuación de la primera fase (2).

g) La condena con reserva produce los efectos de toda condena: acción ejecutiva, hipoteca judicial, acción para obtener el reconocimiento (§ 8, I, § 81, III). Debe contener también la *condena en las costas*; sin ésta, el resultado que se quiere asegurar al acreedor sería incompleto; éste vendría obligado a continuar el pleito para obtener el reembolso de las costas y es precisamente esto de lo que le dispensa la acción especial. Si se tiene acción para obtener una *condena*, es lógico que se deba tener con aquel complemento que es la restitución de las costas (3). El art. 364 Cód. procesal civ. no puede aplicarse aquí analógicamente, puesto que en la sentencia con ejecución provisional *todas* las cuestiones decidi-

(1) Conformes, si bien, a veces, con diferente fundamentación: Casación Roma, 2 Septiembre 1907 (en la *Legge*, 1907, pág. 1.879); ap. Nápoles, 9 Marzo 1908 (en el *Foro ital.*, 1908, pág. 528); Cas. Nápoles, 15 Febrero 1919 (en el *Foro ital.*, 1919, pág. 160); WANDERLINGH, en el *Movimento giuridico*, 1897, pág. 81; *Di rezone della Giur. ital.*, 1897, I, p. 534; SECHI, en la *Giurisp. sarda*, 1911, p. 1 y sigs.; BONELLI, *Cambiale*, p. 628, BRUNETTI A, en la *Riv. di dir. comm.*, 1908, II, p. 320; CALDA, en *Temì*, 1905, p. 709. En contra (considerando la condena con reserva como interlocutoria o provisional): Cas. Nápoles, 23 Abril 1897 (en el *Foro ital.*, 1897; p. 1.149); apel. Bolonia, 23 Junio 1905, en el *Foro ital.*, 1905, p. 1.233; Casación Roma, 27 Octubre 1910, en la *Giurisp. sarda*, 1911, p. 7; JANNUZZI, en el *Mov. giur.*, 1897, p. 208.

(2) Así, parece, la citada Cas. Nápoles, 15 Febrero 1919.

(3) En contra: GIANNINI, *Azioni ed eccezioni cambiarie*, segunda edición, 1902, 156 b; BONELLI, *Cambiale*, pág. 625; pero partiendo de un concepto del proceso cambiario opuesto al sostenido en el texto. Mas amplia demostración en CHIOVENDA, *Condanna con riserva*, cita X b.

das son sometidas a nuevo examen; lo que no ocurre en la condena con reserva que ha llegado a ser definitiva.

h) La condena con reserva *es título ejecutivo autónomo*. En Italia el acreedor cambiario tiene tres acciones distintas: la acción ordinaria, la acción para la condena con reserva, la acción ejecutiva inmediata. Con la condena con reserva se agota la segunda acción y nace de ella una nueva acción ejecutiva, distinta de la que nace directamente de la letra de cambio y sometida por ésto no a la prescripción cambiaria, sino solamente a la prescripción ordinaria de treinta años (1). El que obra ejecutivamente en virtud de condena con reserva, no tiene necesidad de transcribir ni de mencionar la letra de cambio en el precepto, ni de exhibirla a los órganos ejecutivos (2).

i) La sentencia que cierra la segunda fase del juicio cambiario, si desestima las excepciones reservadas, viene a completar el conocimiento parcial contenido en la primera sentencia y da lugar a cosa juzgada sobre la existencia del crédito; si las estima hace caer en la nada, aun sin expreso pronunciamiento, la precedente

(1) Conforme: BUTERA, en el *Foro ital.*, 1919, págs. 304 y sigs. En contra: Cas. de Nápoles, 15 Febrero 1919, en *Foro ital.*, 1919, pág. 160.

Esta sentencia de la Corte Suprema napolitana se reproduce en la *Riv. di dir comm.*, 1919, II. a, pág. 245 y a, p. 392, con dos notas de la Dirección, dudosa la primera y adhesiva la segunda. Ellas reconducen esta decisión a la doctrina, antes censurada, de BONELLI, para quien después de la condena con reserva sólo quedaría como título ejecutivo la letra de cambio. Pero no me parece que la sentencia haya incurrido en este error. Se limita a observar que en la condena con reserva falta la sentencia substancial, verdadera, propia. A esto se responde que de la condena con reserva nace una *nueva* acción que no es ya la acción *derivada de la letra de cambio* a que se refiere el art. 919, Cód. com.

(2) Más amplia demostración en CHIOVENDA, *Condanna con riserva*, X, c.

Entre los contrarios, añadir LA LUMIA, loc. cit., pág. 278, nota. Decir que, no siendo la condena con reserva incondicionalmente definitiva, fuera título ejecutivo la letra de cambio hasta que el juicio cambiario no venga terminado, equivale a negar la naturaleza misma y la razón del juicio cambiario, como está en nuestra ley y como era también antes de que a lá letra de cambio se diesen por el Cód. de com. vigente los efectos de título ejecutivo.

sentencia, como acto bajo condición resolutoria: el actor deberá restituir lo que ha recibido y resarcir los daños (§ 8 bis, III).

Habiendo atribuído el vigente Código de com. (art. 323) a la letra de cambio los efectos de título ejecutivo, la misma limitación del conocimiento que el art. 324, conformándose con el Cód. precedente, mantiene a la primera fase del juicio cambiario, fué extendida al juicio de oposición a la ejecución (§§ 96, 100).

III. Proceso monitorio (o *ingiunzionale*) (1).—Del proceso monitorio ya hemos tratado extensamente (§ 8 bis, IV). Conocemos su origen histórico (*mandatum cum cláusula*) y sus diferencias del *mandatum de solvendo* del *processus executivus (sine cláusula)* y las aplicaciones principales que encuentra en las modernas legislaciones, bien como institución general (Alemania, Austria, Suiza) o solamente en casos particulares (Italia Francia) (2). También he-

(1) V. los citados antes (§ 8 bis, IV. Añadir: HELLWIG, *System*, II, § 258; DIANA, *Le funzioni del presidente*, 1910, pág. 46, 68 y sigs.

El proceso monitorio ha sido introducido en la *organización judicial* del 20 Marzo 1913 para la Libia que ya hemos aludido a propósito de la oralidad (§ 87, V, h) y que también en esta parte (art. 49-58), es notabilísimo. En la *propuesta de reforma del procedimiento civil*, por mi presentada a la Comisión de la post-guerra, Sec. VIII, y por esta discutida y aprobada con alguna modificación, los arts. 197 a 204, refiérense al procedimiento monitorio. Finalmente un proyecto de procedimiento por mandato (*ingiunzione*) fué presentado en 16 Julio 1919 a la Cámara de los diputados por el ministro MORTARA.

Conviene que el estudioso tenga presente también el nuevo Cód. de proc. penal donde (art. 298 y sigs.) se introdujo como figura general de procedimiento, para las faltas de competencia de los pretores en que éstos estimen que deben imponer la multa inferior a 100 liras, *la condena por decreto* (que la ponencia MORTARA al Senado define precisamente procedimiento monitorio). Copiosas noticias sobre la institución de la ponencia del ministro FINOCCHIARO-APRILE sobre el proyecto del nuevo Cód. de proc. pen. presentado al Senado en 28 Noviembre 1905, p. 384 y sigs.

(2) Entre las formas extranjeras de procedimientos sumarios en favor de determinados créditos, queda recordado el procedimiento especial admitido por el derecho inglés o para créditos en cantidad determinada (*liquidated demand*), resultantes de documentos, (contratos escritos, letras de cambio, *cheques*), por prestaciones de naturaleza urgente (desahucio por término de arrendamiento o por falta de pago del cánon). La demanda

mos examinado ya estas aplicaciones particulares que tiene en nuestra ley, sobre todo el art. 379 Cód. proc. civ. por lo que se refiere a las personas y créditos a favor de los cuales se admite este proceso (1), las condiciones y los efectos de la orden de pago, la limitación del conocimiento y (por la conexión del tema) la disciplina de la oposición a la orden de pago. Nos falta decir algo sobre otras particularidades de la relación procesal en estos casos, deteniéndonos más especialmente en el del art. 379 Código proc. civ.

A) *Procedimiento monitorio o por mandato* (ingiunzionale) regulado por el art. 479 Cód. proc. civ. modificado por el D. lug. 7 Marzo 1918, núm. 352.—La relación procesal se divide en dos fases (que es una de las características del proceso monitorio): la primera se desarrolla *inoida parte*, la segunda (no necesaria) en contradictorio.

El art. 379 no contiene ninguna norma de competencia; habla sólo de las magistraturas colegiadas, pero se entiende aplicable también a los jueces inferiores en virtud de los arts. 447, 464 Código proc. civ. La autoridad competente es la misma para las dos fases de la relación, pero en las magistraturas colegiadas la primera fase se desarrolla sólo ante el presidente. La competencia se determina según la naturaleza del crédito. Por tanto, si se trata de costas y honorarios debidos por un *pleito* se aplicará la norma de competencia contenida en el art. 103 Cód. pro. civ. y también el proceso monitorio pertenecerá a la autoridad judicial ante quien fué promovido el pleito que dió ocasión a la acción, autoridad que proveerá sin tener en cuenta el valor del crédito, en primer o segundo (y por tanto único) grado, según el grado en que fué tratado el pleito precedente (§ 20, VI, D, b; § 30, IV h; § 31, V): si el

debe contener todas las indicaciones necesarias para el conocimiento inmediato (*specially indorsed demand*) y va acompañada del juramento del actor de que el demandado no tiene ninguna posible defensa. El demandado no es admitido a defenderse, sinó con autorización, previo juramento (Reglas de la Alta Corte de Londres, ord. III, regla 6.^a, ord. XIV, regl. 1. Véase también SARFATTI, *Proc. civ. inglese*, en la *Giurisp. ital.*, 1914, nota 58; PETERS, *Das englische bürgerliche Streitverfahren*, 1908, pág. 7.

(1) Para los notarios ahora: art. 78, ley 16 Febrero 1913.

pleito fué tratado en dos grados, deberá proveerse con dos procedimientos distintos, sin tener en cuenta la circunstancia de que la persona del acreedor sea la misma en los dos grados. Cuando la magistratura esté dividida en secciones (que no tengan circunscripción autónoma) es competente la magistratura y su presidente, pero asignando el pleito en su segunda fase a la sección que trató del pleito principal (§ 20, V al final). Si se trata de costas y honorarios *extrajudiciales* (§ 8 bis, IV, A, b), síguense las reglas ordinarias de competencia por valor y territorio.

Además deben concurrir todos los presupuestos que hemos visto son necesarios en el proceso ordinario; observando que, dada la naturaleza privilegiada del procedimiento, introducido en favor de determinadas personas, es preciso que el acreedor pruebe también encontrarse entre las personas enumeradas por la ley o equiparadas a ellas (arts. 103 y 379, últ. párr.), o heredero de una de esas personas (§ 8 bis, IV, A, a), y de otro lado, en cuanto al *jus postulandi*, la ley dispensa oponente de la intervención obligatoria de procurador (§ 37, II).

La *primera fase* de la relación procesal se inicia con la presentación de la nota al secretario. La *nota* (esta palabra excluye la forma oral), tiene naturaleza de *recurso*, y como tal tiene el contenido de toda demanda judicial, sin la citación de la otra parte (§ 41, I y IV). Presentada la nota (como el presunto deudor no es aún parte en la relación), no puede hablarse de pleito pendiente respecto del deudor ni de terceros; por esto el acreedor puede siempre renunciar a la vía elegida y pasar, hasta la notificación de la resolución, al proceso ordinario, sin consentimiento del deudor; ni podría intervenir ningún tercero.

La resolución puede *rechazar* la *demanda*, por defecto de los presupuestos procesales (no por efecto de una excepción procesal), o de las condiciones de la acción especial. Esta resolución no está sujeta a impugnación: no podría pensarse en una reclamación a la autoridad superior (art. 781 Cód. proc. civ.), porque no se trata aquí de atribución *exclusiva* del presidente, sino de una relación en la que el presidente participa con la magistratura de que es cabeza (§ 20, V); la reclamación al colegio requiriendo el contradictorio de las partes, haría faltar la razón del proceso monitorio (1).

(1) DIANA, *Funzioni del presidente*, pág. 69.

Por otra parte esta resolución, precisamente porque se produce sin contradictorio, no causa estado ni aún para el acreedor; este puede reiterar la demanda o pasar a la vía ordinaria.

La resolución que *estima* la demanda tiene forma y contenido muy simples; es una *orden* escrita al final de la nota, para pagar en término no menor de diez días y no mayor de treinta, desde la notificación (según el D. lug. 7 Marzo 1918: no menor de cinco días ni mayor de diez). Pero esta orden no es absoluta; viene *condicionada* al defecto de oposición (1), y por tanto pondrá al deudor en la alternativa de oponerse, reclamando el contradictorio, o de dejar que la orden devenga definitiva. La resolución se notifica en la forma establecida para las citaciones (art. 39 Cód. proc. civ.)

Mediante la notificación el deudor es parte en el proceso monitorio, y se verifican todos los efectos de la litispendencia (§ 41, I; § 42). La relación procesal entra en una fase de incertidumbre, que puede durar cuanto dure el término concedido en la orden de pago y que puede resolverse de dos maneras opuestas: con la resolución del proceso, si no hay oposición o con su conversión en proceso ordinario, en caso de oposición. La notificación de la orden de pago vale pues, al mismo tiempo, como notificación de una resolución ordinaria del juez, y (ya que como hemos visto, la condiciona el defecto de oposición), como potencial citación en juicio; por consecuencia, el término tiene a la vez valor de término de mora para el pago, de término para la impugnación de la resolución y de término para comparecer (§ 8 bis, IV, A) (2). De aquí se deriva que verificándose durante el término establecido para proponer la oposición, un hecho interruptivo de la relación procesal (art. 332 y sgs. Cód. proc. civ.; § 72), producirá el mismo efecto que si se hubiere verificado durante el término para comparecer (3).

(1) De otra manera para la sentencia sujeta a impugnación (§ 82, III)

(2) El carácter perentorio del término para el pago o para la impugnación ha sido expresamente declarado por el D. lugart., 7 Marzo 1918, art. 3.

La perentoriedad se admite en la organización para la Libia (art. 54) y en la propuesta de la Comisión para la post-guerra (art. 202, 204). El proyecto MORTARA, en cambio, como el proyecto Orlando, regula una oposición posterior al vencimiento del término (art. II).

(3) V. HELLWIG, *System*, II, § 255.

A falta de oposición dentro del término, la resolución deviene ejecutiva. Podrán formularse oposiciones a la ejecución, pero sólo dentro de los límites en que se admite la oposición contra la ejecución de sentencias. La ley dice que la resolución tiene fuerza de sentencia *expedida en forma ejecutiva*. El título ejecutivo estará constituido por una copia del título, expedida de conformidad con el art. 379, sin la expedición ejecutiva ordinaria, con arreglo al art. 308 reg. gen. jud. y no obstante éste no mencione el artículo 379 (1). Sobre los demás efectos de la resolución v. § 8 bis, IV, H (2).

Si el deudor hace oposición dentro del término, se abre la *segunda fase de la relación procesal*. La oposición se propone mediante recurso que se notificará al acreedor con citación para comparecer ante el presidente, el cual si no puede conciliar a las partes recoge sus instancias y oposiciones y las remite ante el Colegio. Es inútil observar que el oponente podrá hacer valer en el juicio toda clase de excepciones que puedan corresponderle.

La oposición, aunque propuesta con acto de citación, no tiene carácter judicial; es simplemente la declaración del presunto deudor de querer el contradictorio y el conocimiento ordinario, lo que hace faltar la condición bajo la cual se había producido la resolución notificada; y ésta, como exactamente decía nuestra antigua doctrina, *resolvitur in vim citationis* (§ 8 bis, IV, A).

Desde este momento la relación procesal se desarrolla como de ordinario, llevando sus efectos al momento de la notificación de la orden de pago, la cual vale como demanda constitutiva de la relación: la orden de pago, como acto bajo condición suspensiva negativa en que la condición falta, pierde valor; se tiene como no ocurrida. El acreedor tiene el carácter de actor; el deudor oponente el de demandado (§ 34, II). Aunque oponente, el demandado no podría renunciar a los actos; y la caducidad al verificarse alcanza a la demanda judicial, esto es, a la misma orden de pago notificada (3).

(1) Conforme MORTARA, *Comm.*, V, núm. 53, nota; Cas. Roma, 5 Marzo 1912 (*Giurisp. ital.*, 1912, I, p. 385.)

(2) El D. lugart, 7 marzo 1918, art. 3. ha declarado expresamente que la orden de pago produce hipoteca judicial.

(3) V. pág. 216 nota 1.^a (de la tercera edición italiana), pág. 175, nota 1.^a (de la segunda edición).

La posición (meramente formal) de demandado en el acreedor se manifiesta sólo en cuanto el acreedor puede *excepcionar* la falta de tentativa de conciliación ante el presidente (§ 14 bis, III, § 39, II).

Es característica del procedimiento la *oralidad*: las partes exponen de viva voz en la Audiencia los respectivos fundamentos que se refieren en un proceso verbal (art. 260 Regl. gen. jud. modificado por el Regl. 10 Diciembre 1882, art. 27); pero esta concesión de la ley no es utilizada en la práctica (§ 44, IV, b) (1).

Si una de las partes es rebelde se aplican las normas comunes de los juicios en rebeldía (§ 50). No es necesario apenas observar que el art. 480, Cód. proc. civ. (desestimación sin examen de la oposición en rebeldía, § 83, II) nada tiene que ver con la oposición a la orden de pago: en rebeldía del oponente, el juez proveerá sobre la demanda del actor.

La sentencia pronunciada sobre la oposición será impugnabile por los medios comunes, pero si se trata de costas y honorarios *judiciales*, podrá impugnarse sólo con los medios que habrían sido proponibles contra la sentencia producida en el pleito precedente.

B) *Despido para dejación de los bienes inmuebles por término del arrendamiento* (ley 24 diciembre 1896).—Poco hemos de añadir aquí a lo expuesto en el § 8 bis, V, B (2). Sabemos que el

(1) El art. 260, Regl. gen. jud. permitía también que los derechos de las partes fuesen referidos en el pliego de audiencia, y que la resolución del presidente, como la del cotegio sobre la oposición, fuesen escritas en el mismo recurso en oposición. El Regl. 13 Mayo 1880, núm. 5.431 para la ejecución de la ley, 11 Enero 1880. sobre las tasas de registro y timbre se apresuró a suprimir estas facilitaciones (art. 14) y fué confirmado y agravado por el Regl. 10 Diciembre 1882, núm. 1.103 sobre las secretarías judiciales (art. 27). Esto concurrió a hacer menos evidente la ventaja concedida por el art. 260, Reg. gen. jud., nueva prueba de la perniciosa influencia que nuestras leyes fiscales ejercen en el procedimiento.

(2) Contormes la doctrina y la jurisprudencia.

En contra: DIANA, *Funzioni del presidente*, pág. 73, que estima inapelable la sentencia del Tribunal pronunciada sobre las costas relativas a un juicio de apelación: la autonomía del procedimiento del art. 379 es innegable (§ 8 bis, IV, A), pero en cuanto a la competencia debe aplicarse el art. 103, y éste atribuye al juez de la tasación de las costas (en proceso mo-

proceso monitorio aplicable (voluntariamente) a la relación de arrendamiento, según la ley 24 Diciembre 1896 ha perdido la característica de desarrollarse en una primera fase *inoida parte* y que no se admite sino para la entrega del inmueble, terminado el arriendo (1).

La competencia se reparte entre pretor y conciliador, en medida distinta de la ordinaria: el conciliador es competente cuando la *renta* o *canon* no exceda de 300 liras para toda la duración del arrendamiento; el pretor es competente *en los demás casos* (esto es, en caso de arrendamiento, cuando la renta exceda de 300 liras para toda la duración, y en caso de aparcería por cualquier valor). V. § 28, III y IV. Los otros presupuestos procesales no presentan particularidad alguna.

La relación procesal se constituye con la notificación de la *licencia que contiene citación para la convalidación*. Este acto tiene, pues, un doble valor. Como *despido* pertenece al derecho sustancial, está regulado por él y debe ser notificado dentro del término establecido por la ley, la costumbre o el contrato. Se entiende que el procedimiento es aplicable también cuando, según las normas

monitorio o en proceso ordinario) la *misma competencia funcional* que tenía en el pleito en que las costas fueron causadas.

(1) La legislación lugartenencial, determinada por las necesidades de la guerra para poner a los propietarios en situación de hacer frente a los nuevos impuestos, ha extendido la aplicación de la institución y ha modificado sus normas:

- a) Lo ha extendido a la acción para pago de los plazos de renta;
- b) A la acción de resolución del contrato, por falta de pago de plazos vencidos, cuando la resolución sea convenida como inmediata consecuencia de la falta de pago; cuando la resolución no haya sido convenida, se concede al arrendatario una mora de dos meses antes de que el arrendador pueda practicar el procedimiento especial de la ley de 1896;
- c) Ha suprimido la obligación de la citación; la demanda se hace al pretor también verbalmente; la ordenanza del pretor y la fórmula ejecutiva son escritas al pie, del contrato original de arrendamiento (D. L., 9 Noviembre 1916, n. 1.525, al G. art. 5; D. L., 15 Abril 1817, n. 634).

El proyecto Mortara sobre el procedimiento por mandato (*ingiunzione*) regula también el procedimiento de despido por término del arrendamiento (art. 17 y sigs., llevándolo precisamente a la figura de aquel procedimiento (*inoida parte*)).

del Código civil (art. 1.591), no sería necesario el despido por terminar el arrendamiento, siendo éste por tiempo determinado, puesto que el fin principal de este procedimiento es, como ya sabemos, el de asegurar anticipadamente al arrendador un título ejecutivo que hacer valer al vencimiento del contrato: en este caso, el despido será también necesario, no sólo para impedir la tácita reconducción (art. 1.593), sino a los fines del procedimiento, como requerimiento formal de la devolución de la cosa arrendada, que servirá de base a la resolución del juez, pero no estará sujeta a término y podrá también notificarse al vencimiento o después del vencimiento del contrato. El acto pertenece al derecho procesal como *citación*, se notificará en las formas ordinarias. Y como el acto es único e inescindible, el despido también deberá someterse a la forma procesal de la notificación, que, con arreglo al Código civil, no sería necesaria, pudiendo darse el despido también por carta o verbalmente. No obstante, en el caso de que el acto fuese nulo como citación, podría valer como manifestación de la voluntad de despedir, a los efectos sustanciales. Sobre la competencia del oficial judicial, v. § 29, III, texto y nota (1).

El plazo mínimo para comparecer ante el conciliador es de *cinco* días, ante el pretor de *diez*. Es un término especial y *no reducible*, porque el arrendador, como tiene facultad de notificar el despido con la anticipación que quiera antes del vencimiento, no podría tener motivos justificados de urgencia; la ley, en efecto, admite la prórroga del plazo (que se hará con arreglo al art. 148 Cód. proc. civ.) pero no menciona la reducción.

Una particularidad de la estación es que, cuando no sea notificada personalmente, su renovación es *obligatoria*, no voluntaria (art. 3): y ya se comprende que tratándose de producir una resolución fundada exclusivamente en la falta de comparecencia, la ley

(1) Desde el punto de vista fiscal (§ 44, V) debe observarse que la citación, según la ley de 24 Diciembre 1896 tenía lugar por cédula *en papel común* ante los conciliadores, y en papel de 0,50 liras ante los pretores para la aparcerías de terrenos no superiores a tres hectáreas (art. 5 de la ley). Posteriormente, la cédula ha sido sometida a una tasa de timbre de 0,05 liras (D. lugart. 21 Abril 1918, art. 13); la citación ante los pretores para las aparcerías de terrenos, no superiores a tres hectáreas, a la tasa de una lira (Tarifa, 6 Enero 1918, art. 92).

ha intensificado las providencias para asegurar que el acto llegue a noticia del interesado derogando la norma común (§ 50, II).

Sobre el conocimiento del juez, sobre el contenido de la ordenanza de convalidación, sobre su naturaleza de título ejecutivo, sobre la posible contienda del demandado compareciente, v. el § 8 bis, IV. En caso de contienda, la competencia es regulada por las normas comunes, y podrá haber lugar a un reenvío al juez superior por incompetencia sobreadicionada, en cuyo caso son de aplicación los principios explicados en su lugar (§ 71, II, A).

Contra la ordenanza de consolidación, el demandado rebelde puede proponer la oposición (en el caso de inobservancia del art. 3) o la apelación, pero sólo en el caso de que la citación sea nula (§ 8 bis, IV al final) (1).

(1) Convendrá tener presentes algunos datos estadísticos relativos a funcionamiento práctico de esta forma de proceso monitorio en Italia (estadística judicial del 1910, Roma, 1914, págs. XVIII y sigs, XXXI y sigs.

En el 1910 hubo ante *los conciliares* 173.125 juicios en aplicación de la ley 24 de Diciembre 1896; de éstos fueron abandonados por el actor (probablemente, de ordinario, por haber obtenido la entrega) 30.060, se cerraron con ordenanza de convalidación, sin contradictorio, 122.494; hubo contradictorio en 17.357 (despidos convalidados, 13.724, no convalidados, 1.683, reenvíos al juez superior, 950). Oposiciones, 38: estimadas, 9; rechazadas, 29; apelaciones, 23: (estimadas, 10; rechazadas, 13). Ante los *pretors*. juicios, 21.198; abandonados, 2.452; convalidados sin contradictorio, 15.845; licencias convalidadas en contradictorio, 2.320; no convalidadas, 97; reenvíos, 167; oposiciones, 3 (rechazadas).