



Universidad de Valparaíso
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
ESCUELA DE DERECHO



TESINA: CARRERA DE DERECHO

“Gestiones Preparatorias de la Vía Ejecutiva”.

¿La sustitución de las gestiones preparatorias por
el procedimiento monitorio?

Tesista: Hernán Esteban Herrera Caballero

Profesor Guía: Claudio Meneses Pacheco

Fecha de entrega: Diciembre del 2011

INTRODUCCIÓN	6
I.- GESTIONES PREPARATORIAS: CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA, DISTINCIÓN Y CLASIFICACIÓN	8
1.- CONCEPTO	8
2.- NATURALEZA JURÍDICA Y DISTINCIÓN.....	9
3.- CLASIFICACIÓN.....	11
3.1.- <i>Gestiones preparatorias que crean títulos ejecutivos</i>	12
3.1.1.- Reconocimiento de Firma puesta en Instrumento Privado.....	12
3.1.1.1.- El deudor concurre y reconoce la firma	13
3.1.1.2.- El deudor concurre y da respuestas evasivas	14
3.1.1.3.- El deudor concurre y niega la firma.....	14
3.1.1.4.- El deudor no concurre	14
3.1.2.- Confesión Judicial.....	15
3.1.2.1.- El deudor comparece y confiesa la deuda de manera pura y simple.....	15
3.1.2.2.- El deudor comparece y niega la deuda.....	15
3.1.2.3.- El deudor no comparece o comparece y da respuestas evasivas.....	16
3.2.- <i>Gestiones preparatorias que completan títulos ejecutivos</i>	17
3.2.1.- Evaluación pericial	17
3.2.2.- Confrontación.....	18
3.2.3.- Notificación del título ejecutivo a los herederos del deudor.....	18
3.2.4.- Notificación judicial del protesto de un cheque, letra o pagaré, Art. 434 n° 4 del CPC.....	19
3.2.5.- Notificación judicial de la copia de la factura.....	19

3.2.6.- Notificación al tercer poseedor de la fina hipotecada	20
3.2.7.- Validación de sentencia extranjera.....	20
II.- FALENCIAS DEL SISTEMA ACTUAL	21
1.- PROBLEMAS CON LAS GESTIONES PREPARATORIAS.....	21
2.- PROBLEMAS CON LOS TÍTULOS EJECUTIVOS EXTRAJUDICIALES.....	23
3.- TRIBUNALES COLAPSADOS	25
III.- EL PROCEDIMIENTO MONITORIO	27
1.- CONCEPTO	27
2.- CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO MONITORIO	29
3.- NATURALEZA JURÍDICA DEL MONITORIO.....	30
3.1.- <i>Forma parte de los procesos contenciosos</i>	31
3.2.- <i>El procedimiento Monitorio, es una forma especial de proceso de cognición....</i>	32
4.- DESPLAZAMIENTO DE LA INICIATIVA DEL CONTRADICTORIO DEL ACTOR AL DEMANDADO	33
5.- TIPOS DE PROCEDIMIENTO MONITORIO.....	35
5.1.- <i>Procedimiento Monitorio Puro y Procedimiento Monitorio Documental</i>	35
5.1.1.- Procedimiento monitorio puro	35
5.1.2.- Procedimiento monitorio documental.	36
5.2.- <i>Procedimiento monitorio independiente o como etapa introductoria de un proceso contradictorio</i>	36
5.2.1.- Proceso monitorio independiente y el autosuficiente.....	37
5.2.2.-Procedimiento monitorio con resolución por sentencia o providencia simple	38

5.3.- <i>Proceso Monitorio de una o varias fases</i>	38
5.3.1.- Monitorio de una faz.	39
5.3.2.- Monitorio de dos o más fases	39
6.- GRADO DE COGNICIÓN DEL PROCEDIMIENTO MONITORIO	40
7.- BREVE REFERENCIAS A OTROS ASPECTOS DEL PROCEDIMIENTO MONITORIO	42
IV.- BREVE ANÁLISIS DEL MODELO ESPAÑOL Y URUGUAYO.....	43
1.- PROCEDIMIENTO MONITORIO EN URUGUAY	43
2.- PROCEDIMIENTO MONITORIO EN ESPAÑA	44
V.- SITUACIÓN EN CHILE EN RELACIÓN AL PROCEDIMIENTO MONITORIO	46
1.- PROCEDIMIENTO MONITORIO EN EL DERECHO DEL TRABAJO	46
2.- SITUACIÓN DE LA DICTACIÓN DE LA SENTENCIA EN LOS JUICIOS EJECUTIVOS, EN EL CUAL NO SE HAN OPUESTO EXCEPCIONES	48
3.- EL POR QUÉ DEL PROCEDIMIENTO MONITORIO	49
VI.- CONCLUSIONES	51
BIBLIOGRAFÍA	54

ABREVIATURAS

CPC: Código de Procedimiento Civil.

CC: Código Civil.

CT: Código del Trabajo.

Art: Artículo.

LEC: Ley de enjuiciamiento civil.

GESTIONES PREPARATORIAS DE LA VÍA EJECUTIVA: ¿LA SUSTITUCIÓN DE LAS GESTIONES PREPARATORIA POR EL PROCEDIMIENTO MONITORIO?

Hernán Herrera Caballero.

RESUMEN

El objeto del presente trabajo es determinar la sustitución de las gestiones preparatorias por el procedimiento monitorio, para hacer frente a la serie de cuestionamientos que se ha presentado con motivo de los títulos ejecutivos imperfectos. Buscando, principalmente la seguridad y garantía de los sujetos intervinientes en el proceso; para ello, analizaremos el concepto: naturaleza jurídica, tipos y características de ambas instituciones; identificar los problemas que se presentan con motivo de las gestiones preparatorias; si el procedimiento monitorio constituye un mecanismo que brinde solución a la problemática que acontece en la realidad social actual; y finalmente, plantear las razones de porque consideramos al procedimiento monitorio, como mecanismo idóneo para sustituir a las gestiones preparatorias.

PALABRAS CLAVES.

Derecho Procesal Civil, gestiones preparatorias, títulos ejecutivos, ejecución civil, procedimiento monitorio.

INTRODUCCIÓN

Para que el vínculo obligacional, entre deudor y acreedor, sea una realidad, es necesaria la existencia de medios coercitivos que concreten su cumplimiento, ya que de otro modo, nos encontramos frente a un mero arbitrio del deudor, de cumplir o no con la obligación contraída. Si dichas obligaciones, además se encuentran establecidas, ya sea en una sentencia o en otro documento auténtico, del cual no se discute su existencia, es menester la existencia de un procedimiento breve y de apremio. Por ello, es el juicio ejecutivo, aquel procedimiento contencioso especial, que busca obtener el cumplimiento forzado de una prestación que se debe, cuyo origen lo constituye un título que goza de fuerza suficiente, por sí mismo, para otorgar certeza de la existencia del vínculo obligacional.

El título ejecutivo, por su parte, es el elemento fundamental para concretar el cumplimiento forzado de la prestación que se adeuda. Es aquel documento que da cuenta de un derecho indubitable, al cual la ley le atribuye la suficiencia necesaria para exigir el cumplimiento forzado de la obligación en él contenida; dicho de otra forma, es un documento que deja constancia fidedigna de una obligación líquida y actualmente exigible, al cual la ley otorga fuerza suficiente para exigir la garantía jurisdiccional del embargo.

A su vez, la doctrina ha distinguido entre títulos ejecutivos perfectos o completos y títulos ejecutivos imperfectos o incompletos. Son perfectos, en términos generales, aquellos títulos que gozan de plena eficacia desde su otorgamiento, como son; las sentencias, las actas de avenimiento y las copias autorizadas de escrituras públicas. Los imperfectos o incompletos, son aquellos títulos que no cumplen con todas las exigencias legales para tener fuerza ejecutiva desde el momento de su creación, siendo necesaria la realización de una gestione preparatoria de la vía ejecutiva. Se comprenden los instrumentos privados, confesión judicial y los títulos al portador legítimamente emitidos.

Las gestiones preparatorias de la vía ejecutiva, son procedimientos destinados a crear o completar alguno de los requisitos que faltan al título para que tenga fuerza ejecutiva. Estas gestiones no constituyen un juicio, ni son gestiones voluntarias, por el contrario, parte de nuestra doctrina entiende que estamos en presencia de un procedimiento de carácter contencioso, cuyo objeto versa en pedir algo en contra de una persona

determinada, y además, constituye la puerta de entrada de un proceso contencioso, como el juicio ejecutivo. No constituyen, las gestiones preparatorias, un litigio propiamente tal, ya que su único propósito es otorgar mérito ejecutivo a aquel documento, donde consta la existencia de una obligación, que carece de la suficiencia necesaria para dar inicio a la ejecución.

Siendo la única finalidad de las gestiones preparatorias, la obtención del título ejecutivo, que habilite al acreedor para ejercer su acción ejecutiva, no cabe la posibilidad a las partes de desarrollar ninguna otra actividad que las estrictamente autorizadas por ley para la sustanciación de estas gestiones. Así, nos podemos encontrar con problemas que se suscitan por la rigidez que se presenta en estas actuaciones, por ejemplo: en la confesión de deuda, del Art. 435 CPC., el confesante sólo puede reconocer o no la existencia de la deuda; si el confesante no reconoce la deuda, el acreedor no podrá ejecutar su crédito, no quedando más opción que probar la existencia de la obligación por la vía ordinaria; al contrario, el deudor reconoce la deuda, pero agrega que el acreedor le debe otra suma de dinero. Dicha alegación no es óbice para que la vía ejecutiva quede preparada y se entable la correspondiente demanda ejecutiva, no quedando más salida para el deudor, que en el juicio ejecutivo, presente la excepción de compensación, a todas luces, podemos ver una de las falencias de las gestiones preparatorias.

Podemos agregar otra situación, no menos conflictiva que la anterior, que dice relación con la demora y costos, tanto para las partes como para los ya colapsados tribunales civiles, que concluidas las gestiones preparatorias, el acreedor, con el título ejecutivo que lo habilita, debe interponer la demanda ejecutiva, lo cual no tiene sentido, ya que si el demandante hace uso de las gestiones preparatorias, claramente tiene la intención de hacer valer su acción ejecutiva, no teniendo fundamento el retraso en el inicio del procedimiento.

Todo ello, nos lleva a sostener la tesis de sustituir las gestiones preparatorias de la vía ejecutiva, por el procedimiento monitorio, para otorgar a los operadores jurídicos las soluciones de los problemas que aquejan a la ejecución civil imperante en nuestro país. Si bien carecemos de una tradición monitoria, actualmente podemos encontrarlo en materia laboral, desde marzo del año 2007, virtud de una reforma que incorporó al Código del

Trabajo los Art. 496 a 502, que versan sobre la obtención de títulos ejecutivos laborales. Por su parte, debemos tomar en cuenta la experiencia latinoamericana en la aplicación del procedimiento monitorio, como ocurre en Argentina, Brasil, Uruguay y Perú, y la experiencia Europea. En términos generales, el monitorio se basa en la intimación de pago realizada por el tribunal, a solicitud del acreedor, emitida sin escuchar al deudor (en algunos ordenamientos se exige acreditar la pretensión). En el evento de que exista oposición, se abre una etapa probatoria y de conocimiento. La base fundamental de un procedimiento monitorio, lo va a constituir el silencio del requerido y como se va a interpretar éste, ya sea como reconocimiento tácito de la pretensión del acreedor, como confesión y/o como allanamiento.

En la temática del presente trabajo, analizaremos las gestiones preparatorias, sus falencias y conflictos en nuestra legislación procesal civil; el procedimiento monitorio y sus distintas formas; la experiencia del monitorio en España y Uruguay; la situación en Chile en torno al monitorio; para finalmente presentar las conclusiones de la investigación.

I.- GESTIONES PREPARATORIAS: CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA, DISTINCIÓN Y CLASIFICACIÓN

1.- CONCEPTO

Variada es la conceptualización de las gestiones preparatorias de la vía ejecutiva, sin embargo, todas ellas concluyen en que la finalidad de estas es: crear, completar o perfeccionar un título ejecutivo imperfecto. Así Veloso, las entiende como “procedimientos previos que puede seguir el acreedor para constituir o completar uno o más requisitos de la ejecución” (1928: p. 59).

Por su parte, Quezada señala que las gestiones preparatorias, “Son medidas prejudiciales específicas del juicio ejecutivo, que tienen por finalidad perfeccionar, completar u obtener un título ejecutivo” (2009: p. 59). Biel Melgarejo señala que, “en las gestiones preparatorias de la vía ejecutiva prevista en el CPC chileno, se contempla un procedimiento judicial previo para dotar, perfeccionar o completar el título con el que se pretende iniciar una ejecución” (2007: p. 506). La Jurisprudencia, por su parte, ha señalado

que, “las gestiones preparatorias de la vía ejecutiva se encaminan a procurarle un título ejecutivo a un acreedor que no lo tiene respecto de su deudor o que, contando con uno, requiere perfeccionarlo” (Sentencia C.S (2002): R.D.J, Tomo XCIX, 2º parte, Secc I, p. 18). En consecuencia, las gestiones preparatorias constituyen procedimientos establecidos por ley, destinados a completar, perfeccionar o crear títulos ejecutivos imperfectos, para otorgarles fuerza ejecutiva.

Sin embargo, para la necesaria existencia de esta clase de procedimientos, es menester que entre deudor y acreedor, subsista un vínculo obligacional, el cual no consta documental ni indubitadamente, razón que hace necesaria la preparación de la vía ejecutiva por parte del acreedor.

2.- NATURALEZA JURÍDICA Y DISTINCIÓN

Es un tema discutido, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional, determinar la naturaleza jurídico-procesal de las gestiones preparatorias de la vía ejecutiva; si estas constituyen una gestión voluntaria o al contrario, si estamos en presencia de un procedimiento contencioso.

En doctrina, Espinosa ha señalado por una parte que, “la preparación de la vía ejecutiva es indiscutiblemente un procedimiento de carácter contencioso. Nunca podrá dársele la calidad de una gestión voluntaria, ya que ella no se desenvuelve en el interés armónico de las partes, sino que por el contrario, tiene por objeto pedir algo en contra de una persona determinada; a lo que puede añadirse que la preparación de la vía ejecutiva es el antecedente de un procedimiento contencioso como es el ejecutivo” (2004: p. 82). Quezada por su parte, “no está de acuerdo con el primer fundamento de Espinosa, ya que salvo la confesión, en las otras preparaciones se solicitan diligencias o trámites que no configuran una pretensión procesal. En cuanto al segundo fundamento sí que es cierto; es una gestión prejudicial propia del juicio ejecutivo, que tiene por finalidad constituir un título ejecutivo o complementar uno imperfecto” (2009: p.61).

Tavolari se inclina, “por el carácter voluntario de las gestiones preparatorias, fundamentado la preferencia en el criterio distintivo de una y otra jurisdicción, ya que la gestión voluntaria tiene por finalidad completar o desarrollar relaciones jurídicas

imperfectas o constituir relaciones jurídicas nuevas, en cambio, la contenciosa tiene por finalidad, declarar y actuar relaciones jurídicas ya existentes: mientras esta última implica una actividad sustitutiva, al estar el juez llamado a reemplazar, con su declaración la conducta de uno de los litigantes, la voluntaria por su parte tiene el carácter de necesario, desde que la ley estima que la sola voluntad de las partes no es capaz de producir determinados efectos jurídicos” (1990: p. 121 y 122).

La jurisprudencia nos señala que, “la gestión preparatoria de la vía ejecutiva es gestión no contenciosa y no forma parte del juicio ejecutivo” (Sentencia C.S (1985): G.J N° 55, p. 25). La Corte de Apelaciones de Concepción las ha definido “como una gestión judicial contenciosa tendiente a crear un título ejecutivo, ya sea en forma directa constituyendo el título mismo, o complementando determinados antecedentes o bien supliendo las imperfecciones de un título con existencia incompleta” (Sentencia C.A (1966): R.D.J, Tomo LXIII, 2° parte, Secc II, p. 169).

Por tanto, entendemos las gestiones preparatorias como un procedimiento contencioso, aún cuando no constituyan un juicio propiamente tal, ni tampoco una instancia. Si bien, su único objeto es el cumplimiento de las diligencias solicitadas por el acreedor, que carece de un título ejecutivo o que necesita perfeccionar el que posee, no existiendo la posibilidad de discusión de otras materias, ellas forman parte de un procedimiento contencioso. En ellas no encontramos un litigio, pero sí una contienda, ya que, no se puede oponer la excepción de cosa juzgada, ni solicitar el abandono del procedimiento, como lo han señalado nuestros tribunales de justicia (Sentencia C.S (1908): R.D.J, Tomo V, 2° parte, Secc II, p 59). No obstante, en ellas existen partes (acreedor y deudor); hay contienda, el CPC regula su procedimiento e incluso bajo ciertas situaciones nos podemos encontrar con tramitaciones incidentales, como ocurre con la tacha de falsedad de la firma regulada, tanto en el Art. 434 n° 4 del CPC y la ley 18.092.

Por otra parte, debemos dejar en claro, desde ya, que las gestiones preparatorias no constituyen medidas prejudiciales precautorias, aún cuando ambas sean anteriores al juicio, estimando que la diferencia fundamental radica en que las gestiones preparatorias persiguen otorgar un título ejecutivo al acreedor que carece de él, ya sea perfeccionándolo, creando o completándolo; mientras que las medidas prejudiciales precautorias consisten en

“preparar un juicio, obtener pruebas o garantizar el resultado” (Quezada: 2004: p. 63); además, la preparación de la vía ejecutiva no se basa en los presupuestos esenciales de las medidas precautorias, que son el *fumus bonis iuris* o *periculum in mora*, sino que, en otorgar un título ejecutivo que el acreedor necesita para cobrar de manera coactiva el crédito que no ha sido pagado por el deudor en la forma y tiempo convenido.

3.- CLASIFICACIÓN

Como ya anticipamos, en la introducción del presente trabajo, la doctrina ha clasificado a los títulos ejecutivos en: perfectos o completos e imperfectos o incompletos. Nos centraremos en el estudio de estos últimos, por ser el fundamento inmediato de la existencia de las gestiones preparatorias en nuestro sistema.

Espinosa ha señalado que los títulos imperfectos, son “aquellos que no se bastan así mismos, por sí solos para iniciar la ejecución, sino que es menester completarlos con una gestión previa” (2004: p. 77). Por su parte Quezada señala escuetamente que, son aquellos “que requieren de una preparación de vía ejecutiva, como el reconocimiento de firma en instrumento privado o la confesión” (2009: p. 37). En doctrina extranjera, dicha distinción también se hace, en Argentina Podetti ha distinguido entre uno y otro señalando que, los títulos completos son “aquellos que traen aparejada ejecución inmediata”, mientras que los incompletos “el título existe, pero no es completo, sea por constar en un instrumento privado, sea porque es necesario comprobar que la condición se ha cumplido. Tanto en esta hipótesis, como en la formación del título, la ley habla de preparar la acción ejecutiva, es decir, el título que hace procedente la vía ejecutiva”. (1952: p. 109).

En consecuencia, los títulos ejecutivos imperfectos, son aquellos que no cumplen con todas las exigencias legales para tener fuerza ejecutiva desde el momento de su creación, siendo necesaria la realización de las gestiones preparatorias de la vía ejecutiva, vale decir, son documentos que no se bastan así mismos, carecen de la autarquía suficiente para que por sí solos den inicio a la ejecución.

En base a lo anterior, Espinosa hace una clasificación de las gestiones preparatorias, “distinguiendo entre aquellas que constituyen o crean títulos ejecutivos como la confesión judicial y el reconocimiento de firma puesta en instrumento privado. Y aquellas que

complementan un título ejecutivo que ya existe, pero que carece de alguno de los requisitos exigidos por la ley para tener mérito ejecutivo, estas son la notificación judicial del protesto de un cheque, letra o pagaré cuando no constituyen un título perfecto, la evaluación del art 438 CPC, la confrontación del art 434 n° 6 CPC, notificación a los herederos del deudor y la validación de las sentencias extranjeras”. (2004: p. 78).

Utilizaremos esta clasificación para el análisis de las gestiones preparatorias de la vía ejecutiva.

3.1.- Gestiones preparatorias que crean títulos ejecutivos

3.1.1.- Reconocimiento de Firma puesta en Instrumento Privado

Para que un instrumento privado, adquiera fuerza ejecutiva, es necesario llevar a cabo el reconocimiento de la firma estampada en él, por parte del deudor, de la forma señalada en el Art. 435 CPC, tal como señala Espinosa, “el reconocimiento que da mérito ejecutivo al instrumento privado es exclusivamente el que se obtiene en esta preparación de la vía ejecutiva; un reconocimiento hecho en otro juicio o en otra forma indicada, nunca conferirá ese mérito al instrumento privado” (2004: p. 30), este planteamiento también ha sido ratificado por la jurisprudencia nacional en un fallo referido a la confesión judicial, el cual es aplicable a la figura del reconocimiento de firma de un instrumento privado, dicho fallo nos indica, “para que la confesión judicial que alude el Art. 434 CPC tenga mérito ejecutivo, debe prestarse de acuerdo con lo que dispone el Art. 435 del mismo código, citando previamente al deudor con ese objeto y una vez prestada, o teniéndolo por confeso en su rebeldía, se podrá decir que el acreedor tiene a su favor un título ejecutivo, sin que pueda decirse que aquel precepto no hace distinción y que se refiera a cualquiera confesión judicial, ya que una cosa es la confesión judicial especialmente regida para el juicio ejecutivo por el Art. 435 CPC y otra muy distinta es la confesión como medio de prueba en los juicios, que se regla en el título respectivo y que debe ser apreciada y estudiada en la sentencia definitiva, a la luz de los demás antecedentes del proceso” (Sentencia C.S (1938): R.D.J, Tomo XXXV, 2 parte, Secc 1, p. 386).

El reconocimiento de firma, puesta en un instrumento privado, constituye uno de los casos más frecuentes de utilización de las gestiones preparatorias, y como señala Quezada

“se presenta cuando se tiene un simple instrumento privado en que se reconoce un derecho” (2009: p 64). Para iniciar la ejecución se debe primero perfeccionar el instrumento, citando al deudor que firmó el documento ante el Tribunal respectivo para que reconozca la firma, bajo el apercibimiento de tenerse por reconocida la firma, si éste no concurre o concurriendo da respuestas evasivas. La citación del deudor es un acto personal de éste, y es un derecho que posee todo acreedor, “no importando el origen de la obligación o si posee otras acciones ordinarias o especiales para poder hacer valer su acreencia” (Espinosa 2004: p. 31), nuestra Corte Suprema de Justicia ha ratificado ampliamente este criterio¹.

El objeto exclusivo del reconocimiento de firma en instrumento privado, es tal como se señala, de que el deudor reconozca o niegue su firma estampada en el instrumento privado, no cabe otra posibilidad para el deudor que las señaladas precedentemente. Como la gestión no es un juicio, no se puede oponer defensas ni excepciones de fondo, sólo alegaciones de nulidad por vicios de procedimiento, o peticiones para postergar la audiencia, o no comparecer (Quezada 2009: p 65). De tal forma que la actuación del deudor está limitada al no poder realizar alegaciones de fondo, ni oponer excepciones las cuales deberá dejarlas para el procedimiento ejecutivo. Salvo el caso en que promueva un incidente dilatorio, el cual no afecte el fondo del asunto, encontrando su legitimación en el Art. 3 CPC, que permite promover un incidente en cualquier gestión judicial, así por tanto, el deudor citado puede con todo fundamento interponer la excepción de incompetencia del tribunal, ante el cual se está solicitando la gestión preparatoria; puede promover el incidente de abstenerse de concurrir a la citación, cuando se encuentre en la situación que señala el Art. 389 CPC, que se refiere a las personas que están exentas de la obligación de comparecer ante el tribunal.

Señalado esto, analizaremos las situaciones que pueden ocurrir con motivo de la citación del deudor, a saber:

3.1.1.1.- El deudor concurre y reconoce la firma

La vía ejecutiva queda preparada, tal como lo señala el Art. 436 CPC pudiéndose dar inicio al juicio ejecutivo. Para este caso, no se requiere

¹ Ver R.D.J, Tomo 39, 2º parte, Secc 1, p 141.

de resolución judicial para interponer la demanda ejecutiva, ya que, dicha resolución es necesaria para el evento del que el deudor citado no concurra o de respuestas evasivas, ello por el propio texto del Art. 436 CPC, que señala “Reconocida la firma, queda preparada la ejecución, aunque se niegue la deuda”.

3.1.1.2.- El deudor concurre y da respuestas evasivas

Nos encontramos en la situación, en que el deudor no niega de forma directa la autenticidad de la firma, respondiendo de manera ambigua. En este caso se tiene por reconocida la firma, asimilando la situación a la no comparecencia ante el tribunal por parte del deudor. Para el mérito ejecutivo, es necesario que el documento esté mandado a tener por reconocido, lo que debe constar en una resolución judicial, o si no, el deudor podrá en el juicio ejecutivo oponer la excepción del Art. 464 n° 7 CPC.

3.1.1.3.- El deudor concurre y niega la firma

Frente a esta situación, fracasa la vía ejecutiva, no pudiendo el acreedor demandar ejecutivamente, por carecer del título, que es el elemento fundamental para la ejecución, quedándole como única opción la vía ordinaria para hacer valer sus derechos.

3.1.1.4.- El deudor no concurre

Se da por reconocida la firma en rebeldía, incurriendo en el apercibimiento del Art. 435 CPC, siendo necesaria la resolución judicial que certifique el hecho, la cual le otorga mérito ejecutivo al instrumento privado mandado a tener por reconocido.

En los casos en que el deudor concurra y de respuestas evasivas o simplemente no concurra a la citación, para que el instrumento tenga mérito ejecutivo, es necesaria la resolución judicial que da por reconocida la firma, que es una sentencia interlocutoria de la segunda clase y además debe encontrarse ejecutoriada.

3.1.2.- Confesión Judicial

Consagrada en el Art. 434 n°5 CPC, empleándose por el acreedor cuando no cuenta con ningún instrumento que le permita acreditar su obligación y desea obtener un título ejecutivo. La confesión prestada en esta gestión preparatoria es diametralmente distinta de la que se presta en juicio, como artículo de prueba, que busca acreditar un hecho controvertido, porque en este caso el único objeto es reconocer la obligación y crear un título ejecutivo.

Al presentar semejanzas con el reconocimiento de firma, puesta en instrumento privado, el análisis se basará principalmente en ciertas cuestiones particulares de la confesión judicial, y que presentan ciertos problemas que constituyen la base que nos permite sostener la sustitución de las gestiones preparatorias por el procedimiento monitorio. Sabemos que a partir de lo preceptuado por el Art. 401 CPC, “el mérito de la confesión no puede dividirse en perjuicio del confesante”, pero en ciertos casos es permitido dividir la confesión.

La confesión pura y simple, no se puede dividir. La confesión calificada, tampoco puede dividirse por tratarse de un mismo hecho calificado de manera distinta por las partes. Finalmente la confesión compleja, sí puede dividirse, en la cual encontramos la confesión compleja conexa e inconexa. Así nos encontramos con las siguientes situaciones, a saber:

3.1.2.1.- El deudor comparece y confiesa la deuda de manera pura y simple.

Queda preparada de manera inmediata la vía ejecutiva, quedando el acreedor en pie de poder iniciar la ejecución.

3.1.2.2.- El deudor comparece y niega la deuda.

Fracasa la vía ejecutiva debiendo el acreedor por la vía ordinaria probar la existencia de la obligación.

3.1.2.3.- El deudor no comparece o comparece y da respuestas evasivas.

Se debe solicitar al tribunal que tenga por confesa la obligación y aplique el apercibimiento legal, queda preparada por tanto la vía ejecutiva.

Al existir distintos tipos de confesión, se presentan las siguientes particularidades: si la confesión es pura y simple, acontece lo señalado en el punto 3.1.2.1. Si la confesión es calificada, al ser indivisible fracasa la vía ejecutiva, aún cuando el deudor reconozca la obligación pero califica de forma distinta el hecho, como por ejemplo: el deudor señala que recibió una suma de dinero, pero a título de donación y no de mutuo. La única vía para acreditar la existencia de la obligación y hacer valer su acreencia por parte del acreedor, será un procedimiento declarativo ordinario.

Si la confesión es compleja, el confesante reconoce un hecho, pero le agrega un hecho nuevo, como bien dijimos anteriormente, esta puede ser confesión compleja conexas o inconexas.

En la confesión compleja conexas, son aceptados los hechos invocados por el acreedor, por parte del deudor, pero agrega hechos nuevos que los modifican directamente, por ejemplo: acepta que recibió una suma de dinero por parte del acreedor, pero que pagó. En este caso la vía ejecutiva fracasa, ya que el acreedor no podrá probar la falsedad del hecho agregado por el confesante en esta gestión, “ya que ésta es breve y sumaria y tiene por objeto exclusivo obtener la confesión del deudor” (Espinoza 2004: p. 57), y su único objeto es otorgar un título ejecutivo, debiendo iniciar un juicio ordinario para rendir pruebas que permitan dividir la confesión del deudor, esto como señala Quezada “porque el confesante, de acuerdo con el Art. 1698 CC, debe acreditar el pago, o sea la extinción de la obligación, lo que debe hacer en el juicio ordinario” (2009: p. 69).

En el caso de la confesión compleja inconexas, el deudor citado reconoce la existencia de la obligación pero agrega hechos totalmente desligados del primero, acá la confesión se puede dividir al entenderse confesado el hecho principal, por lo cual la vía ejecutiva queda preparada. El ejemplo clásico que podemos encontrar en doctrina, es que el deudor señale “sí, debo \$ 50.000, pero el acreedor me debe a su vez la suma de \$ 25.000”

esta alegación del deudor no obstaculiza la preparación de la vía ejecutiva, debiendo posteriormente en el juicio ejecutivo interponer la excepción de compensación si fuere procedente.

Como podemos apreciar, se presentan situaciones que entran las actuaciones de ambas partes y que nos permiten poner en duda la existencia de las gestiones preparatorias, lo que se puede apreciar en las situaciones expuestas. Al ser el único objeto de las gestiones preparatorias de la vía ejecutiva, el crear o completar un título ejecutivo, sabemos de antemano que no caben más actuaciones que las necesarias para lograr el fin de estas, lo que nos lleva a preguntarnos, desde la óptica del deudor, ¿qué pasa cuando el deudor citado a reconocer firma, señala que sí es suya la firma pero que pagó la deuda? o ¿el deudor citado a confesar deuda señala que, sí existe la obligación pero que el acreedor también le debe una suma de dinero, por lo que operaría la compensación?. Mismo ejercicio que podemos hacer desde el punto de vista del acreedor, donde también encontramos situaciones conflictivas y que en definitiva lo pueden perjudicar, como acontece al fracasar la vía ejecutiva, debiendo probar la existencia de la obligación por la vía ordinaria, con los costos tanto en tiempo como en dinero que esto significa.

3.2.- Gestiones preparatorias que completan títulos ejecutivos

Como sabemos, en estos casos contamos con un título ejecutivo, pero carece de los requisitos exigidos por la ley para tener fuerza ejecutiva, siendo necesario llevar a cabo ciertas gestiones preparatorias para poder iniciar la ejecución, encontrándonos con la notificación judicial del protesto de un cheque, letra o pagaré cuando no constituyen un título perfecto; la evaluación pericial; la confrontación; notificación a los herederos del deudor; y la validación de las sentencias extranjeras. Al respecto haremos un análisis somero de cada una de ellas.

3.2.1.- Evaluación pericial

Consagrada en los Art. 438 n°2 y 3 del CPC, su finalidad es obtener que la obligación sea líquida y actualmente exigible, uno de los requisitos que debe tener todo título ejecutivo, es decir, determinar el valor de la cosa que se debe, en los casos señalados en el Art. 438 CPC. Esta se

presenta cuando el objeto de la ejecución es una especie o cuerpo cierto, la cual no se encuentra en poder del deudor o cuando lo que se debe es una especie de género determinado que no es dinero, siendo necesaria la preparación de la vía ejecutiva por medio del nombramiento de un perito por parte del tribunal. Tanto ejecutante como ejecutado pueden reclamar la evaluación pericial, cuando no se encuentren de acuerdo con ella. La oportunidad para uno y otro difieren, así el ejecutante lo puede hacer en la misma gestión preparatoria, apelando al auto que aprueba la evaluación o recurriendo de hecho; y el ejecutado podrá oponer la excepción de exceso de avalúo del Art. 464 n° 8 CPC, en el juicio ejecutivo.

3.2.2.- Confrontación

Se encuentra regulada en el Art. 434 n° 6 CPC, necesaria cuando nos encontramos en presencia de los títulos de créditos señalados en la norma. Se utiliza principalmente cuando se requiere cobrar ejecutivamente el crédito que consta en estos documentos, siendo necesaria la confrontación de estos con los libros respectivos. Esta diligencia se lleva a cabo por el tribunal y es realizada por el juez o bien por un ministro de fe. Confrontados, por tanto, dichos títulos con los libros, queda sin más trámite preparada la vía ejecutiva, sin importar si tacharen de falsos los documentos, debiendo alegarse posteriormente en el juicio ejecutivo dicha situación como excepción.

3.2.3.- Notificación del título ejecutivo a los herederos del deudor

Esta gestión preparatoria tiene su consagración en el Art. 1377 del CC que señala: “los títulos ejecutivos contra el difunto lo serán igualmente contra los herederos; pero los acreedores no podrán entablar o llevar adelante la ejecución, sino pasados ocho días después de la notificación judicial de sus títulos”. El objetivo principal es la notificación de los herederos del deudor, de él o los títulos ejecutivos que se pretenden

hacer valer en su contra, principalmente para determinar él o los deudores, perfeccionando uno de los elementos del título ejecutivo, que es la determinación precisa del deudor. Una vez transcurrido ocho días desde la notificación de la gestión preparatoria, se entiende preparada la vía ejecutiva, además de la finalidad anterior, esto permite al acreedor perseguir el crédito que tenía en contra del deudor fallecido, ahora en la sucesión de éste; y por otra parte él o los ejecutados preparen una defensa adecuada.

3.2.4.- Notificación judicial del protesto de un cheque, letra o pagaré, Art. 434 n° 4 del CPC

Consiste en notificar judicialmente al aceptante de la letra de cambio, subscriptor del pagaré o cheque, lo que procede en contra de cualquiera de los obligados al pago de dichos documentos, perfeccionándose la gestión cuando estos son notificados personalmente y no oponen, en el mismo acto de notificación o dentro de tercero día, tacha de falsedad.

3.2.5.- Notificación judicial de la copia de la factura

Gestión preparatoria agregada por la ley 19.983 del año 2004, entrando en vigencia en abril del año siguiente, que vino a otorgar la calidad de título ejecutivo a una copia, que no tiene valor tributario, de la factura original para los efectos de transferencia a terceros o cobro ejecutivo. Para tener fuerza ejecutiva, se deben cumplir una serie de requisitos dentro de los cuales encontramos, la gestión preparatoria de la notificación judicial de la copia de la factura al obligado al pago, quedando preparada la vía ejecutiva, si no se tacha de falsa la factura o bien tachada de falsa, se desecha la impugnación, la cual se tramita como incidente. El rechazo debe ser por medio de una resolución firme para que dicho documento adquiera fuerza ejecutiva.

3.2.6.- Notificación al tercer poseedor de la fina hipotecada

Cuando el acreedor quiere hacer valer su crédito, debe dirigirse en contra del tercer poseedor, el cual nada debe, solo detenta materialmente un bien caucionado con hipoteca. En este caso, es menester realizar esta gestión preparatoria, reglamentada en los Art. 758 y siguientes del CPC, los cuales señalan que se debe notificar previamente al tercer poseedor, otorgándole un plazo de 10 días para que pague la deuda o haga abandono de la propiedad ante el tribunal. Si dentro de este plazo nada hace, se autoriza al acreedor para entablar una acción de desposeimiento en contra del tercer poseedor de la finca hipotecada, conforme lo señala el Art. 759 CPC.

3.2.7.- Validación de sentencia extranjera

Parte de la doctrina sostiene el carácter de gestión preparatoria al procedimiento de exequátur regulado en los Art. 242 a 251 CPC². Como bien sabemos, el Art. 434 n°1 del CPC otorga mérito ejecutivo a las sentencias, pero solo a las dictadas por tribunales nacionales. De forma tal, que aquellas sentencias dictadas por tribunales extranjeros para que tengan fuerza ejecutiva en Chile, es necesario que se sometan a una gestión previa que es el exequátur, conocido por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, que hará un análisis de la sentencia extranjera, en cuanto ésta se ajuste a los parámetros exigidos por nuestro ordenamiento jurídico, quedando preparada la vía ejecutiva, una vez que la Corte Suprema emita una resolución favorable y autorice la ejecución.

Tenemos un esquema general de las principales gestiones preparatorias de la vía ejecutiva que operan en nuestra legislación, además, hemos enunciado parte de los problemas que conviven con éstas y que nos dan cuenta, que tanto desde el punto de vista del deudor como del acreedor, se encuentran limitados a la hora de actuar en ellas, ya que

² Ver Espinoza 2004, p 20 y Quezada 2009, p 70.

como hemos dicho más de una vez, sólo pueden llevar a cabo las actuaciones estrictamente autorizadas por la ley, en el campo de la preparación de la vía ejecutiva.

II.- FALENCIAS DEL SISTEMA ACTUAL

1.- PROBLEMAS CON LAS GESTIONES PREPARATORIAS

Como pudimos apreciar en el capítulo anterior, si el acreedor carece del título que lo habilita para iniciar la ejecución, debe llevar a cabo una gestión preparatoria, por el hecho de encontrarnos en presencia de un título imperfecto. Así lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia, “aquellos que no se bastan así mismo por sí solos para iniciar la ejecución, sino que es menester complementarlos con una gestión previa” (Espinosa (2004): p. 77), Podetti refiriéndose a lo mismo indica que, “el título existe, pero no es completo, sea por constar en un instrumento privado, sea porque es necesario comprobar que la condición se ha cumplido. Tanto en esta hipótesis, como en la formación del título, la ley habla de preparar la acción ejecutiva, es decir, el título que hace procedente la vía ejecutiva” (1952: p. 109). Por su parte la jurisprudencia señala que, “no se bastan por sí solos para iniciar la ejecución, sino que necesitan para ello de una gestión previa llamada preparatoria de la vía ejecutiva, cuyo objeto es precisamente constituir o completar alguno de los requisitos que faltan al título para que tenga mérito ejecutivo, como ocurre con los instrumentos privados, con la confesión judicial etc.” (Sentencia C.A Valparaíso (1963): R.D.J, Tomo LX, 2º Parte, Secc II, p. 130).

En el análisis de las gestiones preparatorias, dimos cuenta de una serie de trabas que se suscitan con motivo de la tramitación de las mismas, claro ejemplo de ello son las situaciones que podemos encontrar en el caso del reconocimiento de firma y confesión de deuda, en las cuales deudor y acreedor ven limitado su campo de acción. Así, puede ocurrir que el deudor no reconozca la firma o niegue la existencia de la deuda, fracasando la vía ejecutiva, no quedando más alternativa para el acreedor que recurrir a la vía ordinaria y más precisamente, a un procedimiento declarativo ordinario, con los costos en tiempo y dinero que conlleva esta situación, lo que atenta contra la seguridad del crédito y la economía del país, esta posición también es planteada por los profesores Silva y Domínguez que señalan, “la sola idea de acceder a un procedimiento declarativo ordinario para la resolución de una

controversia jurídica resulta intolerable para la gran mayoría de los justiciables, por cuanto su extraordinaria dilación impacta en las posibilidades de solvencia de su costo económico” (2006: p. 416).

Sin embargo, creemos que las falencias del sistema no solo perjudican al acreedor, sino que, también alcanzan al deudor, ya que muchas veces este sistema se ha prestado para abusos por parte de acreedores inescrupulosos o poco diligentes, que hacen un mal uso del sistema, principalmente en aquellos casos donde estamos en presencia de poderes fácticos fuertes, que contratan con deudores que poseen escasos conocimientos, tentados por las circunstancias actuales del mercado. Es así, que muchas veces bancos, instituciones financieras, casas comerciales utilizan este mecanismo para hacerse de títulos ejecutivos, con el objeto de poder ejecutar sus créditos, pero que ocurre si dichos créditos han sido pagados, ante tal situación, frente a un reconocimiento de firma o confesión de deuda, el deudor citado ante el tribunal, no puede señalar que ha pagado, aún cuando lo puede decir, ello no tendrá ninguna relevancia para las gestiones preparatorias, por dos razones: primero la propia regulación de las gestiones preparatorias y segundo porque esta situación se encuentra contemplada como una excepción, que sólo se puede hacer valer en el proceso ejecutivo.

Lo anterior nos lleva a preguntarnos, si acaso no se presenta una situación de indefensión para el deudor, en el sentido de que, siguiendo el camino normal quedará preparada la vía ejecutiva, se presentará la correspondiente demanda ejecutiva, se trabará el embargo y sólo en este momento es que el deudor podrá oponer su excepción, creemos que ya esto ha sido un camino bastante largo para que finalmente pueda ser acogida dicha excepción y todo termine en el mejor de los casos con una sentencia desestimatoria de la acción ejercida por el acreedor. Aclaremos sí, que esta indefensión la asociamos al tiempo de demora que lleva la tramitación del proceso, junto a las molestias que significa verse enfrentado al embargo de bienes, siendo que en el caso planteado la obligación se encuentra extinguida por el pago de la misma.

Creemos firmemente que esta situación se da por la propia regulación del sistema, la rigidez con que han sido consagradas las gestiones preparatorias, al ser un mecanismo que sólo busca otorgar al título ejecutivo que no posee el acreedor. Éstas al igual que el

procedimiento ejecutivo, han sido miradas desde la óptica de dar certeza al crédito y principalmente al cobro del mismo por parte del acreedor, en aras de la tutela judicial efectiva del crédito, si bien esto es necesario por la seguridad del tráfico económico y jurídico, lo que acompañado de mecanismos eficaces que permitan asegurar el cobro de créditos que no han sido resuelto de forma voluntaria por el deudor en la forma y tiempo convenidos, discrepamos en la tardanza en que puede hacer valer su defensa aquel deudor que ha cumplido la obligación contraída y sin embargo, se ve expuesto a enfrentar la agresión directa en su patrimonio por motivo del mal uso que hace de este mecanismo aquel acreedor inescrupuloso.

2.- PROBLEMAS CON LOS TÍTULOS EJECUTIVOS EXTRAJUDICIALES

El título ejecutivo judicial por excelencia en nuestro ordenamiento jurídico, es la sentencia, dictada por tribunales chilenos³, consagrada en el Art. 434 n°1 del CPC, la que desde su origen posee mérito ejecutivo, permitiendo iniciar sin más trámite, que la sola presentación de la demanda ejecutiva, la ejecución civil.

En relación con los títulos ejecutivos extrajudiciales, para que éstos tengan mérito ejecutivo, es menester que cumplan con ciertos requisitos para autorizar la ejecución, ello principalmente por el hecho de que “los títulos ejecutivos son una herramientas más de seguridad, dentro de lo que se ha denominado tutela efectiva del crédito”. (Meneses (2010): p. 1187). En términos generales, todo título ejecutivo extrajudicial debe cumplir a lo menos con dos presupuestos: primero, ser siempre un documento público y además, en su confección, autorización o certificación tiene que concurrir un ministro de fe pública⁴, para encontrarnos en presencia de lo que denomina Calamandrei “un acto público ya de por sí acompañado de particulares garantías de certeza” (1953: p. 23).

Si no se cumple con estos requisitos, estamos en presencia de títulos ejecutivos imperfectos, cuyo origen está principalmente en la rapidez que hoy en día se presenta en el

³ Señalamos esto, por el hecho de que las sentencias dictadas por tribunales extranjeros para tener efectos en Chile, deben ser sometidas previamente al procedimiento de exequátur, Art. 242 a 251 del CPC.

⁴ Por la extensión de esta materia y escaparnos al fin de nuestro trabajo recomendamos ver MENESES PACHECO, Claudio. Título ejecutivo extrajudicial y documento público, en *Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de derecho Procesal, Derecho Procesal Contemporáneo*, Puntotex S.A, pp 1184-1201.

ámbito del comercio, lo que ha traído como consecuencia, por una parte, la flexibilidad en la confección de los documentos que contienen las obligaciones contraídas, y por otra, la ausencia, en dichos documentos, de los requisitos necesarios para que al momento de su incumplimiento, habiliten la coacción del estado para su cobro. Como muy bien señala Meneses, “en el derecho chileno se ha producido una cierta relajación en torno a los requisitos esenciales de estos títulos” (2010: p 1188), debido a la no participación de los institutos que permitan otorgar certeza, como un ministro de fe, en relación con la validez de dichos documentos.

Al carecer de autenticidad dichos documentos, y tal como señala Calamandrei, “el título ejecutivo nace fuera del proceso, sin cognición judicial alguna” (1953: p. 22), es necesario dotarlos de la validez necesaria para autorizar la intervención coactiva del estado en el patrimonio del deudor, a través, del embargo. Pero debemos enfrentarnos al problema de que “en rigor, más que títulos imperfectos, lisa y llanamente no hay títulos ejecutivos. Nos encontramos con documentaciones que pueden servir de prueba de obligaciones patrimoniales. Pero la prueba no se condice con la ejecución, lo adecuado es reservar esta hipótesis para otra modalidad de tutela jurisdiccional” (Meneses (2010): p. 1196). Y sin embargo, de igual manera son tratados como títulos ejecutivos, si bien, con el calificativo de imperfectos, ello no es correcto, porque precisamente carecen de uno de los elementos fundamentales para la ejecución, que es la certeza del crédito, es decir, el título ejecutivo para ser tal, debe ser indubitado, no se debe discutir su existencia o validez. Lo que actualmente es pasado por alto en la regulación actual del CPC, ya que basta con cumplir con los requisitos exigidos por la ley para las gestiones preparatorias, para dotar de mérito ejecutivo al documento e iniciar la ejecución.

Lo anterior conduce, a que sea en el propio juicio ejecutivo donde se discuta la validez o autenticidad del título que habilitó la ejecución, ya que, bastará que el ejecutado oponga una excepción, para que sea necesaria la declaración de certeza del título, lo que en palabras de Calamandrei llevaría a “provocar así un verdadero proceso de cognición insertado en la ejecución; pero, en tal hipótesis, la cognición en lugar de dar vida al título ejecutivo, tiende solamente a establecer la certeza de que el pretendido título ejecutivo es meramente aparente y, por consiguiente ineficaz” (1953: p 22), lo cual nos aparta de la

finalidad propia del juicio ejecutivo, que muy bien señala Pérez, “en la ejecución ya no se discute, simplemente se ejecuta” (2006 b: p. 496).

De esta forma, las gestiones preparatorias no constituye el mecanismo idóneo para dotar de autenticidad y fuerza ejecutiva, a los mal llamados títulos ejecutivos imperfectos, porque: no permite la discusión en torno a la autenticidad de éstos; al no poder discutir su autenticidad en las gestiones preparatorias, ello necesariamente se deberá hacer en el juicio ejecutivo, apartándolo de la finalidad de éste, que no consiste precisamente en discutir, sino que todo lo contrario, simplemente ejecutar; no estamos en presencia de un título ejecutivo, sino que, frente a documentos que pueden servir de base para acreditar la existencia de una obligación.

En consecuencia, se hace necesaria la modificación del sistema actual de las gestiones preparatorias por el procedimiento monitorio, ya que éste, permite dar solución a la problemática que se origina con los títulos ejecutivos imperfectos, otorgando mayores garantías tanto al acreedor como al deudor, en la hipótesis que se discuta la autenticidad del documento que establece la obligación, dicha garantía se traduce en el hecho de poder discutir en una fase anterior al juicio ejecutivo, la existencia del crédito, su autenticidad o validez, lo que claramente favorece al requerido en el caso de que dichos documentos sean falsos, ya que comprobado aquello, no se seguirá con la ejecución. Pero a su vez, este procedimiento favorece al requirente o acreedor, al permitirle dotar al documento donde consta su crédito, de los requisitos necesarios para proceder a la ejecución, a través, de la sentencia monitoria, que por lo demás será un título ejecutivo judicial.

3.- TRIBUNALES COLAPSADOS

Otro problema que pone en jaque el sistema procesal civil chileno, es la sobrecarga de causas de ejecución y gestiones preparatorias que conocen actualmente los tribunales de justicia de nuestro país, transformándolos por así decirlo, en agencias de cobro. Harasic nos señala que, “un 36 % de los demandantes civiles son bancos e instituciones financieras y un 10% son grandes tiendas comerciales, y sólo un 36% lo constituyen otras sociedades y un 17% las personas, podemos perfectamente concluir que las instituciones vinculadas al crédito, que concentran la más alta proporción de este tipo de ingresos, deben contar con un

sistema de cobranza que dé garantía a los deudores pero que, en toda su parte no controversial, no necesariamente tenga que ser jurisdiccional o, definitivamente, no prive de tiempo o espacio a la jurisdicción” (2006: p 404). Esto es sólo entre los años 1977 a 1995, donde la masividad del crédito no ha tomado los ribetes que podemos encontrar actualmente, lo que ya nos pone de manifiesto que en esos años el sistema presentaba falencias. Otro estudio más reciente, que data del año 2005 nos señala, que se “iniciaron en Chile 966.930 juicios civiles. De estos, 712.278 correspondieron solamente a gestiones preparatorias de la vía ejecutiva y juicios ejecutivos, es decir, un 73,7 % del total de los juicios civiles”⁵ (Ried, Miguel (2006): p 489).

Queda de manifiesto que la gran carga de nuestros tribunales civiles radica en conocer causas de ejecución o gestiones preparatorias de la vía ejecutiva, esto ha llevado que en las demás materias de competencia de los tribunales civiles lleguemos a una tardanza, que al momento de resolver el conflicto, a través de una sentencia, muchas veces dicho resultado no diga relación con la realidad que existía al momento de iniciar el litigio, al tardar en promedio unos 7 años en concluir su tramitación completa, con el agotamiento de todas las instancias que existen en nuestro sistema procesal, tal como lo ha manifestado Ried, “nuestros jueces, llamados a resolver contiendas de fondo, se están dedicando mayoritariamente a sustanciar procedimientos de simple cobro de obligaciones indubitadas, sobre las que no cabe contienda, quitándoles tiempo y la atención que requiere el análisis profundo del fondo de los juicios declarativos” (2006: p 489).

En una simple mirada, encontramos que existe un cúmulo de factores que en definitiva afectan los ideales de una justicia rápida y eficaz. Si bien, Harasic, propone un sistema alternativo, radicando parte del problema fuera del ámbito jurisdiccional, no creemos que este sea el camino que conduzca a la solución del problema, aún cuando en Europa, específicamente en Francia, donde encontramos los oficiales de ejecución este sistema ha tenido éxito, resguardamos con celo la idea de que sean los propios tribunales quienes finalmente tome bajo su conocimiento tales asunto, principalmente por estar en presencia de situaciones que afectan aspectos fundamentales de los sujetos imperados, como su patrimonio.

⁵ Base de datos de la Corporación Administrativa del Poder Judicial (Junio de 2006).

Con premura creemos que es necesaria la reforma al sistema procesal civil, es así que ya el año 1851 en la Gaceta de los Tribunales, encontramos una reproducción de la editorial del Diario el Mercurio recogida en un trabajo del Profesor Alejandro Romero que señala, “la necesidad sentida generalmente es de brevedad: hoy el juicio ejecutivo es tan lento como el ordinario. Simplifiquemos el procedimiento cuanto sea posible, respetando la garantía de la defensa, y no mirando al deudor como un bribón, sino como un hombre desgraciado. Quitemos todo lo superfluo, todo lo que conduce a la dilación y no a la defensa” (2000: p 29).

III.- EL PROCEDIMIENTO MONITORIO

1.- CONCEPTO

Tal como señala Pérez, “dar una definición de procedimiento monitorio no es fácil por la variedad de formas existentes. Históricamente y en el derecho comparado europeo actual existen y coexisten variedades de formas monitorias” (2006a: p. 208). Sin embargo, y a pesar de ello, señala que las “Formas Monitorias, pertenecen a los procesos simplificados que tienen por 1) objetivo el otorgamiento de un título ejecutivo judicial (sentencia monitoria) en forma rápida, económica y con escasa participación del órgano jurisdiccional; 2) mediante una previa intimación de pago judicial (aviso de pago y/o requerimiento de pago); 3) contra la cual el requerido no ofrece oposición oportuna y suficiente (técnica del *secundum eventum contradictionis*); 4) solo en el caso de oposición pesa sobre el requirente instar el proceso contradictorio de conocimiento (estructura de la inversión del contencioso)” (2006a: p. 209).

Calamandrei, en su obra “El Procedimiento Monitorio”, de igual forma no señala explícitamente un concepto de lo que podemos entender por procedimiento monitorio, sino más bien, se refiere a las características que informan dicho proceso, señalando que frente a créditos que no resultan de un pronunciamiento jurisdiccional, a los que la ley considera títulos ejecutivos, y frente a la necesidad de certeza del mismo, el acreedor no tiene otra vía que la de recurrir al juez, pero teniendo en cuenta que la finalidad última del acreedor es la ejecución, el ordenamiento jurídico considera el interés de alcanzar dicha finalidad con la menor dilación posible, y trata de facilitar la obtención del fin haciendo menos complicado

y menos lento el instrumento. “Surgen así, en las legislaciones formas especiales de proceso de cognición, cuya particular estructura responde mejor que la del proceso ordinario a la finalidad de dar vida con celeridad a un título ejecutivo; son también estos verdaderos procesos de cognición: pero la cognición está considerada aquí, no tanto en su función inmediata de declaración de certeza cuanto en su función mediata de preparación del título ejecutivo. (1953: p. 23). Es decir, este procedimiento especial de cognición, no constituye el inicio de la ejecución, ya que si así fuera vulneraríamos el principio de *nulla executio sine titulo*, sino que estamos en presencia de un procedimiento especial de cognición, idóneo para construir con celeridad el título ejecutivo, sin el cual el acreedor no puede iniciar la ejecución. De forma tal, que lo característico de este procedimiento es su “predominante función ejecutiva, entendida que en estos procesos, predomina sobre la función de declaración de certeza la función de preparación del título ejecutivo” (1953: p. 24).

Por su parte, Pereira señala: “El proceso monitorio es un proceso de conocimiento (no de ejecución) que se caracteriza por su estructura abreviada y por el hecho de que las sentencias sobre el fondo se dictan sin escuchar al demandado pero la misma queda condicionada a que, una vez notificada, este no la impugne mediante la interposición de excepciones (defensas)”. (2006: p. 781).

Navarro señala: “El proceso monitorio, como lo ha sido el juicio ejecutivo, no es más que un instrumento mediante el cual resulta posible, con cierta facilidad o abreviación procedimental, obtener un auto de despacho de ejecución del derecho de crédito que con ciertas características se contiene expresado en determinados documentos tipificados por el legislador” (2005: p. 967).

Como podemos apreciar, los conceptos se repiten en todos los intentos por definir el procedimiento monitorio, a la luz de lo expuesto entendemos por proceso monitorio, a aquel procedimiento abreviado de cognición, de predominante función ejecutiva, cuyo objeto es la obtención de una manera rápida y eficaz de un título ejecutivo, cuando el acreedor carece de él o bien no cuenta con la autarquía necesaria, que considera la ley, para iniciar la ejecución.

Desde esta óptica, el procedimiento monitorio viene a dar respuesta a la necesidad de una tutela ejecutiva óptima, rápida y eficaz, cuestión que como señalamos en el capítulo anterior, es una de las grandes críticas al procedimiento ejecutivo de nuestra legislación, incluyendo las gestiones preparatorias, que se caracterizan por la exacerbada demora, siendo que su naturaleza es de carácter sumario. Creemos, que son las propias características del procedimiento monitorio, las que lo elevan a la posición de ser una solución viable para enfrentar las críticas que afectan al sistema imperante en nuestro país en materia de ejecución y preparación de la vía ejecutiva, por ello que en el apartado siguiente analizaremos las características de éste.

2.- CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO MONITORIO

Para un eficaz análisis, nos basaremos en el trabajo del profesor Álvaro Pérez, el cual creemos de forma muy acertada y didáctica resume las características de este sistema, a saber:

2.1.- Al igual que las gestiones preparatorias, el procedimiento monitorio “no se asienta –no conviene hacerlo- sobre el requisito de la urgencia *periculum in mora* o de la verosimilitud del derecho, *fumus bonis iurus*,” (2006a: p. 210). Al igual como señalamos las razones del porque las gestiones preparatorias de la vía ejecutiva no constituían medidas prejudiciales precautorias, la finalidad del procedimiento monitorio es precisamente la obtención de un título ejecutivo al acreedor que carece de él, claramente con las diferencias que implica uno y otro sistema, pero la finalidad es la misma. Por los mismo, no está dentro de la naturaleza del monitorio la preparación de un juicio, la pre constitución de pruebas o la de garantizar el resultado de un juicio, sino, todo lo contrario y alejado de ello, que es la obtención de un título ejecutivo. Encasillarlo dentro de los denominados procesos de urgencia, “entorpece el funcionamiento mismo del instituto confundiéndolo inútilmente con mecanismos procesales tales como las medidas cautelares” (Pérez (2006a): p. 211).

2.2.- Pertenece a una forma especial de procedimiento de cognición. “No es un proceso de ejecución ni se confunde o debe confundirse con este, su objetivo es acceder a un título ejecutivo judicial que permita la apertura de la ejecución. Es un

procedimiento de cognición, porque se hace valer una pretensión de contenido condenatorio para obtener un título ejecutivo judicial”. (Pérez (2006a): p. 211). Es decir, constituye un proceso especial, alternativo al procedimiento declarativo ordinario, que permite al acreedor un título ejecutivo cuando no lo posee o éste se encuentra incompleto para iniciar la ejecución. Pero no debiendo recurrir al procedimiento declarativo ordinario, como señala Cedeño “el monitorio no persigue, por tanto, un objetivo distinto del que podría lograrse con un proceso declarativo ordinario. Sin embargo, este fin común se pretende lograr con una menor inversión de tiempo y con menores costes que los que suelen ir unidos a un proceso declarativo ordinario” (2007: p.431)

2.3.- No existe solo una forma de procedimiento monitorio, de forma tal que podemos encontrarnos con una multiplicidad de formas monitorias, a modo de ejemplo, podemos señalar el procedimiento monitorio puro y el procedimiento monitorio documental, los cuales asumen diferentes matices dependiendo del país en el cual sea aplicado⁶. En esta misma perspectiva se pronuncia Pérez al señalar: “que pueden existir otros elementos (accidentales) que permitan predeterminar la existencia de variedades de formas monitorias. No hacen a su esencia, sino más bien influyen en su funcionalidad. Por ejemplo: si se requiere o no de prueba documental, si es necesaria la cognición judicial sumaria o no, etc” (2006a: p. 212).

2.4.- Carece de contradictorio, por lo tanto a la luz de lo señalado por Pérez “no se confunde la técnica monitoria con la condena con reserva” (2006a: p. 212). La única posibilidad es la oposición del requerido, para discutir la pretensión del requirente.

3.- NATURALEZA JURÍDICA DEL MONITORIO

Para el análisis de este punto, deberemos observar dos aristas: primero, el procedimiento monitorio es un procedimiento contencioso o forma parte de la jurisdicción no voluntaria o no contenciosa; Y, segundo, si forma parte de los procedimientos ejecutivos, bajo el supuesto de aceptar que se enmarca dentro de los procesos contenciosos.

⁶ Aconsejamos la obra de Piero Calamandrei, donde desarrolla un análisis exhaustivo de los distintos procedimientos monitorios, pp 26 y siguientes de su obra El procedimiento Monitorio.

3.1.- Forma parte de los procesos contenciosos

Mismo análisis efectuamos al analizar las gestiones preparatorias, concluyendo que estas son un procedimiento contencioso, con la advertencia de que no forman un litigio en sí.

Ahora, respecto del procedimiento monitorio, variadas son las posturas en cuanto a la naturaleza jurídica de éste.

Una postura, sostenida principalmente por tratadistas austriacos, se basa en que el procedimiento monitorio pertenece a los procesos voluntarios, por faltar en él, “toda huella de cognición” (Calamandrei (1953): p. 48). Ello, por el hecho de que el juez emite la intimación judicial de pago en contra del deudor, sólo con las afirmaciones efectuadas por el acreedor, sin corroborar la fundabilidad de la pretensión ejercida. Es más, señalan: “la falta a éste procedimiento todo carácter de contencioso, ya que la orden de pago se emite en la suposición de que el deudor se oponga, pero, si la oposición oportuna del deudor demuestra que en torno a la pretensión del acreedor hay controversia, la orden de pago queda sin efecto y el procedimiento monitorio ha agotado su función” (Calamandrei (1953): p 48). Esto, nos da a entender que la única finalidad que tendría el monitorio es la obtención de un título ejecutivo, bajo pacto entre acreedor y deudor, siendo por tanto la orden de pago una contestación a la idea de que nos encontramos ante la ausencia de una controversia.

No obstante, los argumentos de aquellos que sostienen que el procedimiento monitorio forma parte de los procesos voluntarios, discrepamos de esta posición. Porque la propia estructura del monitorio, nos permite sostener que estamos frente a un procedimiento de carácter contencioso, ya que encontramos dos partes, acreedor y deudor, dicho en otras palabras, requirente y requerido, tenemos un derecho que no ha sido satisfecho de manera voluntaria por el deudor, el crédito impago. Existe sustitución de la voluntad del obligado al pago, intimación judicial de pago, por el órgano jurisdiccional que lo conmina a cumplir con la obligación, que produce el mismo efecto de que si éste lo hubiese cumplido voluntariamente, así observamos que nada encontramos de un proceso voluntario, sino todo lo contrario. “Es evidente que el proceso monitorio pertenece a la jurisdicción contenciosa (o sea, más simplemente, a la verdadera jurisdicción), porque el

mismo no trata de construir una nueva relación jurídica, sino que trata solamente, los mismo que en el proceso ordinario de condena, de actuar una relación de obligación ya existente”. (Calamandrei (1953): p. 51).

En este estado, no queda más que señalar que el procedimiento monitorio es un procedimiento contencioso, ya que junto a lo dicho anteriormente, en éste nos encontramos frente a un conflicto de intereses que tiene su origen en el incumplimiento de la obligación por parte del deudor, como señala muy bien Calamandrei “si tal conflicto no existiese, el acreedor no tendría interés en pedir la orden de pago” (1953: p 51). Queda claro por tanto, que al hablar de procedimiento monitorio, estamos en presencia de un procedimiento de carácter contencioso y no voluntario.

3.2.- El procedimiento Monitorio, es una forma especial de proceso de cognición

A partir de la finalidad inmediata del procedimiento monitorio, la obtención de un título ejecutivo de manera rápida y eficaz, nos pone de manifiesto que es un proceso de cognición y no de ejecución, aún cuando el límite entre uno y otro es bastante difuso; “El mismo no sirve para hacer valer contra el deudor un título ejecutivo ya existente, pero sirve para crear de un modo rápido y económico, contra el deudor, un título ejecutivo que no existe todavía; por consiguiente es un procedimiento de cognición, no de ejecución” (Calamandrei (1953): p. 56). Aún más, podemos observar que la finalidad del procedimiento monitorio y los procedimientos declarativos ordinarios, no difieren mucho entre sí, sino que, por medio del primero se obtiene en un menor tiempo y con menor gasto de dinero, el mismo resultado. “El acreedor, mediante el proceso monitorio, consigue obtener con celeridad aquel título ejecutivo que la cognición ordinaria le proporcionaría solamente después de mucha dilación; pero, una vez que haya conseguido obtener rápidamente en el proceso monitorio el título para pasar a la ejecución, se encuentra, frente a la ejecución en la misma condición, que se encontraría si su crédito hubiera sido declarado por una sentencia de condena” (Calamandrei (1953): p. 56).

Por tanto, observamos que nos encontramos en una fase anterior a la ejecución, es la llave o puerta de entrada a la ejecución; No siendo ejecución misma lo que podemos encontrar en el procedimiento monitorio, sino al contrario, es la fase que nos permite obtener o completar el título ejecutivo que habilita al acreedor para ejecutar su crédito, a

través de la sentencia monitoria. Solo ahí, comenzará la fase propiamente ejecutiva, con la sentencia monitoria, que se hace valer como documento suficiente para iniciar la ejecución. Pero insistimos y concordamos con Calamandrei que, no es el procedimiento monitorio una fase de ejecución, sino de cognición.

4.- DESPLAZAMIENTO DE LA INICIATIVA DEL CONTRADICTORIO DEL ACTOR AL DEMANDADO

Pérez señala que: “el núcleo del proceso monitorio y su éxito dependen de la técnica del *secundum eventum contradictionis*. Ello es, el silencio del requerido es tomado ya como confesión, ya como allanamiento y/o reconocimiento tácito de la pretensión del solicitante/actor” (2006a: p. 208). Con ello, lo que se pretende es sancionar la inactividad del deudor, obligarlo a salir de esta situación, permitiendo que el acreedor obtenga el título ejecutivo de forma rápida y menos onerosa.

Este tema tiene mucha relación, con el significado que se dé al silencio del requerido, a lo cual habrá que atenerse al sistema que se adopte, ya sea, *ficta confessio*/ confesión tácita o *ficta litis contestatio*/ reconocimiento tácito. El primero, “se funda en la posibilidad y necesidad de decidir de acuerdo a lo alegado por la parte diligente. Así es consecuente con el premiar la conducta cooperativa de las partes con el proceso, haciendo valer sus medios de agresión o defensa. De esta forma, los hechos alegados por una de las partes se consideran como aceptados y reconocidos por la otra, que habiendo tenido oportunidad para controvertirlos y en su caso probar en forma contraria, no lo hizo”. (Orellana y Pérez Ragone (2007): p. 20); el segundo, *ficta litis contestatio*/ reconocimiento tácito, su punto de partida es “la ficción de la oposición total del rebelde a lo alegado por la contraparte. Ello implica que no puede eludirse la necesidad de la faz probatoria. Si todo lo alegado por la parte no rebelde es considerado fictamente como objetado por qué no colabora con el proceso, todos los hechos invocados devienen en contradictorios y consecuentemente susceptibles de ser analizados por el juez a la luz de las exigencias probatorias” (Orellana y Pérez Ragone (2007): p. 23). Como podemos apreciar, las consecuencias entre uno y otro difieren entre sí, es por ello que por la propia finalidad del procedimiento monitorio, el sistema que más se encuadra con la idea de obtener un título

ejecutivo de manera rápida y económica, es el de la *ficta confessio*, ya que sería la única forma de sacar de su inactividad al deudor.

Sustenta lo anterior, lo señalado por Calamandrei “que la finalidad de llegar con celeridad a la creación del título ejecutivo se alcanza desplazando la iniciativa del contradictorio del actor al demandado. Mientras en el proceso de cognición ordinario el título ejecutivo no nace sino después que el actor haya instaurado regularmente el contradictorio, el cual resulta perfectamente superfluo en todos aquellos casos en que el demandado comparecido no tiene nada que oponer a la demanda del actor, o en absoluto se abstiene de comparecer, en estos procesos especiales el título ejecutivo nace por el solo hecho de que el demandado no demuestre, haciendo oposición dentro del término establecido, la utilidad, de la cual él es el mejor juez, de abrir el contradictorio; de manera que el interés del actor en la rápida creación del título ejecutivo viene a ser prácticamente satisfecho en todos aquellos casos en los que el propio demandado comprende que el contradictorio sería inútil, porque no tiene nada serio que oponer a las razones del actor. El concepto, desde luego lógico y económico en que se inspiran estos procedimientos es, pues, el siguiente: que el juicio sobre la oportunidad de abrir el contradictorio, y, por consiguiente, la iniciativa de provocarlo, debe dejarse a la parte en cuyo interés el principio del contradictorio tiene inicialmente vigor, esto es, al demandado”. (Calamandrei (1953): p. 25).

En consecuencia, la finalidad de acceder a un título ejecutivo de manera rápida y eficaz, implica necesariamente la inversión del contradictorio al requerido, conminándolo a salir de su inactividad, si cree tener discrepancias con la pretensión ejercida por el requirente, situación estrechamente vinculada con el significado que se otorgue al silencio del deudor en caso de persistir en su inactividad, una vez notificada la intimación judicial de pago.

5.- TIPOS DE PROCEDIMIENTO MONITORIO

5.1.- Procedimiento Monitorio Puro y Procedimiento Monitorio Documental

Como señala Pérez Ragone, “la doctrina italiana desarrolló desde el medioevo la distinción entre proceso documental (que incluía al monitorio documental y la ejecución de títulos no judiciales (*proceso executivus*)) y no documentales. (2006a: p. 216).

5.1.1.- Procedimiento monitorio puro

El procedimiento monitorio puro, es aquel que con el simple requerimiento del acreedor, el juez despacha, *inaudita altera part*, la intimación judicial de pago en contra del deudor, para que dentro de un término de emplazamiento, efectúe algún tipo de oposición; y bajo el evento, de que el deudor no dedujera oposición, la orden de pago o intimación judicial de pago se transforma en título ejecutivo. Por el contrario, si deduce oposición dentro de plazo determinado, la intimación judicial de pago pierde el mérito ejecutivo. Pérez, define al monitorio documental señalando que, “la suficiencia necesaria de la petición monitoria y lo requerido en ella, sin necesidad alguna de documental anexa y sujeta no a una cognición de admisibilidad o fundabilidad (proceso monitorio puro)” (2006a: p. 216).

En términos generales, esta es la estructura básica que se presenta en el procedimiento monitorio puro. Sin embargo, dependiendo de los distintos ordenamientos jurídicos, podemos encontrar limitaciones en el acceso al procedimiento monitorio, como por ejemplo, la cuantía del crédito que se quiere ejecutar.

En definitiva lo característico de este tipo de monitorio, es que la intimación judicial de pago es efectuada por el juez competente, con la sola afirmación, unilateral y no probada del acreedor, y segundo, que la sola oposición del deudor, hace caer la intimación judicial del pago perdiendo el mérito ejecutivo, por tanto deberá iniciarse un procedimiento declarativo ordinario que determine la certeza y existencia de la obligación que se pretende hacer valer.

5.1.2.- Procedimiento monitorio documental.

En términos generales, es aquel que “exige prueba por escrito (sin calificación especial de la misma) y que puede ser visto ya como requisito de admisibilidad de la petición monitoria, ya como prueba para una cognición superficial o sumaria”. (Pérez (2006a): p. 216), tiene su origen en el derecho austriaco que ha derivado de la combinación de dos procedimientos profundamente diversos. Se puede considerar como una fusión del procedimiento monitorio puro, y del proceso documental, del derecho común alemán” (Calamandrei (1956): p. 34).

En definitiva, el procedimiento monitorio documental, no se basta con el sólo requerimiento del acreedor para que se dicte la intimación judicial de pago, sino que necesita además, que se fundamente dicho requerimiento, con los documentos necesarios que acrediten la existencia de crédito. Dicha intimación, se dicta sin oír al demandado o requerido, el cual dentro de un plazo determinado debe dar respuesta a dicha solicitud del acreedor, en el evento de que no haya oposición por parte de requerido, la intimación judicial de pago, se transforma en un título ejecutivo. Ahora, si el deudor se opone dentro de plazo, esto da lugar a un contradictorio, debiendo el tribunal por medio de una sentencia, determinar si la intimación judicial de pago debe ser confirmada, por lo cual pasa a ser título ejecutivo, o al contrario, deba ser declarada ineficaz.

A diferencia del procedimiento monitorio puro, observamos que la simple oposición del demandado, no hace caer la eficacia de la intimación judicial de pago. Sino que, ello lleva a que se abra un proceso de cognición en contradictorio, siendo el tribunal quien evaluará los elementos de hecho y de derecho de la oposición del demandado, para determinar la vigencia de la intimación judicial o su ineficacia.

5.2.- Procedimiento monitorio independiente o como etapa introductoria de un proceso contradictorio⁷

El monitorio, como proceso de conocimiento permite obtener una sentencia de condena con atributo de cosa juzgada. Encontramos dos formas monitorias: primero,

⁷ Clasificación que da Álvaro Pérez, en su trabajo “En torno al procedimiento monitorio...”, que servirá de base para el análisis de este apartado.

proceso monitorio –en tanto proceso de conocimiento especial- independiente o como faz introductoria de un proceso contradictorio. (Pérez (2006a): p. 217).

Cuando se estructura, como introducción al proceso de cognición, ya no basta la simple petición del requirente, sino que, se debe interponer una demanda que de inicio al procedimiento monitorio cumpliendo con todos los requisitos que ello implica. El tribunal, junto con la dictación de la intimación judicial de pago u orden de pago, debe citar a audiencia al requerido, el cual puede oponerse, lo que pone término al monitorio y da inicio de forma inmediata al proceso de cognición. Esta situación la podemos encontrar en los ordenamientos jurídicos de Portugal, Austria e Italia. En el caso español, dependiendo del monto del crédito, puede que sea necesaria la petición del requirente para iniciar el procedimiento de cognición. Opuesto a la forma introductoria encontramos el monitorio independiente. (Pérez (2006a): p. 218).

5.2.1.- Proceso monitorio independiente y el autosuficiente

La sola oposición del demandado, hace de pleno derecho que pasemos al procedimiento contradictorio, no siendo necesaria la solicitud del requirente, siendo así, entendemos al monitorio como un proceso independiente y de acceso inmediato al contradictorio.

Por su parte, cuando es necesaria la solicitud del requirente, para ingresar al proceso de cognición, “se lo debe considerar como independiente, simple y sujeto a la petición del actor para que –presentando formalmente una demanda- se dé inicio al proceso contradictorio”. (Pérez (2006a): p. 217).

Un punto que ya tocamos anteriormente y que vuelve a tomar relevancia ahora, es el significado que se le dará al silencio del requerido o demandado, tal como señalamos anteriormente (Cap. III, nº 4), por la finalidad propia del procedimiento monitorio, el sistema que se debiera adoptar, es el de la *ficta confessio*, ya que, sería la única forma de sacar de aquella inercia al deudor y cumplir con el objetivo del procedimiento monitorio, que es la obtención de un título ejecutivo de manera rápida, eficaz y económica. Junto a lo anterior, este sistema permite además, que al momento de ser notificado el requerimiento de pago al deudor, éste presente defensas si discrepa de la pretensión que hace valer el

requirente, lo obliga a ello, ya que en caso contrario, se tendrá por reconocido lo pretendido por el requirente. Cuestión que no encontramos en las gestiones preparatorias, ya que, sólo permiten ciertas actuaciones pero jamás encontraremos un acto de defensa, la que está reservada sólo para el juicio ejecutivo, conforme a la regulación actual de las gestiones preparatorias.

5.2.2.-Procedimiento monitorio con resolución por sentencia o providencia simple

Este tema, presenta estrechos lazos con lo señalado al final del apartado anterior, que dice relación con el significado de la resolución dictada en el procedimiento monitorio, cuando existe inactividad del requerido. Así, el término del monitorio puede ser por medio de una sentencia definitiva o bien por una providencia, en el caso último, opera cuando el silencio es tomado ya como un allanamiento o reconocimiento tácito. Si el monitorio termina por medio de una sentencia definitiva, el sistema utilizado es la *ficta confessio*, que nosotros planteamos, como el sistema que se debe utilizar.

5.3.- Proceso Monitorio de una o varias fases

Conforme a los efectos que tenga el silencio del requerido, surge esta clasificación del procedimiento monitorio. En una mirada exploratoria, el no acatamiento de la intimación judicial de pago por parte del requerido, es el punto de partida; si el sólo “silencio es suficiente para que se proceda a emitir la sentencia monitoria o de ejecución, pudiendo el requerido sólo defenderse mediante vías de impugnación no ordinarias, calificase a ese proceso como monitorio de una faz o etapa” (Pérez (2006a): p. 219)

Al contrario, cuando la sola inactividad a la intimación de pago no fuere suficiente, siendo necesario llevar a cabo uno o más actos de oposición por el requerido, para solo de esta forma fundamentar la dictación de la sentencia monitoria, es que se concede al requerido, medios de impugnación contra una segunda o sucesiva orden de pago; “como puede apreciarse, la estructura en una o más fases (normalmente dos, salvo Bélgica que tiene tres) es decisiva en dos aspectos: la duración del proceso y la garantía u oportunidad de defensa del requerido (Pérez (2006a): p. 220).

5.3.1.- Monitorio de una faz.

Este modelo asegura la obtención de un título ejecutivo de manera rápida, en el cual la sentencia monitoria se dicta con la sola inactividad del requerido; dicho silencio justifica y aprueba la pretensión del acreedor o requirente, “de lo cual es válido concluir en una sentencia monitoria en calidad de cosa juzgada o al menos con ejecutabilidad” (Pérez (2006a): p. 220).

Si bien, este sistema enfrenta la crítica sobre la “falta de resguardo y garantía suficiente a favor del requerido” (Pérez (2006a): p. 221), creemos que el significado de la inactividad del deudor, marca la pauta en cuanto a que éste, notificada la intimación judicial de pago, debe apersonarse para oponerse en el evento de que la fundabilidad de la acción ejercida por el requirente, no sea acorde a lo que el deudor cree, ya sea, porque no existe tal obligación o bien porque dicha obligación se encuentra extinta. No creemos por tanto, que exista una falta de resguardo y garantía, porque el requerido posee y se le asegura un tiempo determinado para hacer valer una oposición, más aún si su silencio es tomado bajo el sistema de la *ficta confessio*, que sostenemos como necesario para la finalidad del monitorio, lo conmina a salir de su status quo si la pretensión hecha valer por el requirente, la percibe como injusta o sin ningún fundamento. Solo de esta forma, se puede refutar el planteamiento de falta de garantías y resguardos, lo que permite que el sistema funcione de manera eficaz y económica, ya que al ser el modelo de una sola faz impide por su propia naturaleza una dilación innecesaria del procedimiento.

5.3.2.- Monitorio de dos o más fases

Por su arquetipo, este modelo otorga mayores resguardos y seguridad para el requerido, ya que existe una doble evaluación de la petición del requirente y de la conducta que asume el deudor. Así por tanto, la falta de oposición por parte de este último, en su *prima facie* fundamenta la dictación de la intimación judicial de pago, que se contiene en la sentencia monitoria, la cual sin embargo, puede ser objeto de impugnación. Sólo en este momento es que la inactividad del deudor, por segunda vez, da sustento y fundabilidad a la resolución que permite la ejecución del crédito impago, considerándose por tanto rebelde al requerido que nuevamente permanece en status quo frente al requerimiento del acreedor.

Por su parte, la oposición en tiempo y forma realizada por el deudor, produce efectos diversos, ya sea sobre la intimación judicial de pago o requerimiento y la sentencia monitoria. Dichos efectos varían dependiendo del ordenamiento jurídico, así por ejemplo “en el modelo austriaco y alemán, la orden de pago pierde su fuerza intimatoria. En el primero, debe aparte de iniciarse de *ministerio legis* de oficio el proceso de conocimiento contradictorio, del cual la petición monitoria se toma como demanda; mientras que en el segundo el requirente debe interponer la demanda ahora en calidad de actor. Una tercera posibilidad es la que brinda el modelo francés y el belga: la opción de una nueva petición monitoria o la interposición de la demanda en un proceso contradictorio. El rechazo de una petición monitoria no es por regla impugnabile” (Pérez (2006a): p. 223).

6.- GRADO DE COGNICIÓN DEL PROCEDIMIENTO MONITORIO

Si bien, el monitorio constituye un procedimiento que se basa en ser breve y simple, es necesario establecer el grado de cognición que debe tener el tribunal para dictar la sentencia monitoria, de manera tal que “si la cognición es más intensa con relación a la admisibilidad y verosimilitud de la fundabilidad o peor aún una cognición sumaria, se requiere un órgano jurisdiccional calificado, necesariamente judicial y se limita la posibilidad de automatizar el proceso sólo a determinadas etapas” (Pérez (2006a): p. 223). Esto a su vez, viene a sostener nuestra posición de que la competencia para conocer el procedimiento monitorio debe recaer en los tribunales de justicia, lo que implica claramente una reforma estructural de la orgánica judicial actual, tal como se ha hecho en materia de familia y en materia laboral.

Conforme a lo señalado anteriormente, dicho examen se debe basar en que el objeto de la pretensión ejercida por el acreedor, tiene reconocimiento en la legislación, lo cual implica que el tribunal lleve a cabo un examen de fundabilidad de la pretensión crediticia monitoria, contrastando la realidad con el derecho, sin que por tanto, le corresponde al tribunal llevar a cabo un pronunciamiento en cuanto a la autenticidad de la pretensión. Dicha cognición, que por sus características, es superficial, no impide que se soliciten pruebas, como la documental, que permitan acreditar la pretensión hecha valer en sede monitoria por el requirente o acreedor. Así, la exigencia de prueba documental, hace prescindir de esta cognición superficial, permitiendo al tribunal sólo abocarse a la tarea de

“controlar la correspondencia del contenido del documento, en sujetos y objetos, con la pretensión que se hace valer. No se realiza en ningún caso un conocimiento de fundabilidad” (Pérez (2006a): p. 224).

Frente a un procedimiento monitorio puro, el cual permite la dictación de la intimación judicial de pago, con la sola petición del requirente, exige sólo una verificación de la admisibilidad de la pretensión, no siendo necesario que junto con la solicitud se acompañen pruebas. Lo anterior, puede llegar potencialmente al uso inapropiado del sistema, produciendo los mismos abusos que encontramos actualmente en las gestiones preparatorias por el mal uso que le han dado grandes cadenas comerciales que ofrecen créditos, sin asegurarse de que las personas tengan patrimonio suficiente que brinde las garantías necesarias para dar pago al crédito otorgado, lo que sumado al vicio de plasmar dichos créditos en documentos carentes de los requisitos esenciales, han terminado por colapsar el sistema actual de ejecución civil. Es por ello, que en el caso alemán “el órgano jurisdiccional controla la aplicabilidad material del proceso, rechazando por inadmisibles la pretensión monitoria cuando la causa es una relación de este tipo (contratos de consumo)”. En países donde existe control de la legalidad de la pretensión monitoria o una limitada cognición de plausibilidad de la misma, como en Italia y Austria, el órgano jurisdiccional, en realidad, no ejerce en los hechos más que una cognición de derecho. “El conocimiento es fácticamente superficial, sin control de la veracidad ni de alguna verosimilitud de la pretensión incoada”. (Pérez (2006a): p. 224).

En consecuencia, creemos que frente a una eventual reforma y teniendo al procedimiento monitorio como parte integrante de éste, es un tema de suma importancia el grado de cognición que deba llevar a cabo el tribunal, sobre todo, si intentamos extirpar los abusos y malas prácticas que se han presentado en las gestiones preparatorias, por el mal uso que hacen acreedores, que antes de contratar u otorgar créditos, son negligentes a la hora de garantizarse que el crédito pueda ser satisfecho de manera oportuna, o bien, no cumplen con los requisitos básicos para que dichos créditos estén materializados en documentos idóneos que permitan su ejecución en caso de incumplimiento. Es por ello, que el modelo adecuado, es aquel que presente una efectiva combinación entre fundabilidad y admisibilidad. Además es necesario el establecimiento de medios que sean capaces de

disuadir el mal uso del sistema, para no mutarlo en una agencia de cobro de las entidades financieras y casas comerciales.

7.- BREVE REFERENCIAS A OTROS ASPECTOS DEL PROCEDIMIENTO MONITORIO

Como ya lo hemos mencionados varias veces, las partes del procedimiento monitorio se califican como requerido y requirente o peticionante o peticionario⁸. La denominación de las partes procesales, nos pueden orientar sobre la naturaleza y estructura del procedimiento monitorio.

Otro tema de relevancia, son las costas, como señala Pérez “no puede tener la misma regulación que en el proceso contradictorio” (2006a: p. 226), de forma tal, que debe buscarse el mecanismo adecuado que por un lado produzca incentivos en el requerido para dar cumplimiento a la intimación de pago y por otra parte; tome en consideración las consecuencias que puede traer su inactividad. A su vez, deben crearse incentivos para el acreedor, de recurrir al procedimiento monitorio, claro está que uno de ellos es la obtención de un título ejecutivo de forma rápida y económica.

En relación a la pretensión que se hace valer, ciertos ordenamientos permiten que la totalidad de las situaciones puedan ser llevadas a sede monitoria. Así, podemos encontrar por ejemplo: “en Inglaterra, Finlandia, Suecia pueden ser objeto de pretensión monitoria no sólo las obligaciones de dar sumas de dinero ciertas, sino algunas obligaciones de dar cosas muebles y la pretensión de desalojo” (Pérez (2006a): p. 220). No obstante ello, no encontramos obstáculo en cuanto a la aplicación del procedimiento monitorio a las obligaciones de dar, hacer y no hacer. Sin embargo, creemos que es importante que el crédito se base sobre ciertos requisitos: que la obligación sea cierta, líquida, actualmente exigible y que no se encuentre sujeta a algún tipo de modalidad. En la actual regulación del CPC, encontramos los mismos requisitos para llevar a cabo la ejecución.

⁸ Denominación considerada como más aceptable, conforme lo señala Álvaro Pérez.

IV.- BREVE ANÁLISIS DEL MODELO ESPAÑOL Y URUGUAYO.

1.- PROCEDIMIENTO MONITORIO EN URUGUAY

La tradición monitoria en Uruguay es de larga data, “regulándose ya en el viejo código, y con la reforma, tan sólo se adapta esa estructura al proceso por audiencia” (Pereira (2006): p. 781). Su estructura procesal radica principalmente en la agilización del procedimiento de cobro de documentos comerciales como cheques y letras de cambio.

El monitorio imperante en Uruguay, es de carácter documental, lo cual implica que la vía monitoria se encuentra restringida solo a las pretensiones dotadas *ab initio* de una presunción de fundabilidad, veracidad o certeza. Siendo la propia ley la que de forma taxativa, señala los casos en que se puede hacer uso del procedimiento monitorio, como señala Pereira en los “procesos ejecutivos –cobro de cantidad de dinero líquida y exigible que surge de un documento-, de desalojo, de entrega de cosa, de entrega efectiva de la herencia, resolución en cumplimiento del pacto comisorio, etc” (2006: p. 781).

La sustanciación del monitorio, no varía de acuerdo a como lo hemos señalado anteriormente, tiene su punto de partida en la petición o demanda del requirente, la que presentada al tribunal, es el juez quien realiza un control estricto de los requisitos de admisibilidad y fundabilidad de la pretensión, que se sustenta en la prueba documental, acompañada en la misma demanda por el requirente. Alcanzados los estándares de fundabilidad y admisibilidad, se dicta una sentencia que se pronuncia sobre el fondo del asunto, citando al deudor para que se oponga; si éste no lo hace, dicha sentencia adquiere autoridad de cosa juzgada, por tanto, adquiere mérito ejecutivo; ejecución que se debe hacer valer en el propio procedimiento ejecutivo. Al contrario, si el deudor opone excepciones, se abre el contradictorio, convocándose a una audiencia; que en el caso uruguayo posee el mismo contenido que la audiencia preliminar del juicio ordinario.

El proceso monitorio, presupone generalmente que la demanda tiene un grado alto de fehaciencia inicial, y que por ende, la probabilidad de oposición del demandado sea baja. La estructura monitoria ha funcionado con gran eficacia y celeridad, sin afectar las garantías del debido proceso legal y del ejercicio adecuado de defensa en juicio (Pereira (2006): p. 781).

2.- PROCEDIMIENTO MONITORIO EN ESPAÑA

Tiene su origen, en LEC 1 del año 2000, el sistema adoptado por el legislador español, al igual que en Uruguay, es el procedimiento monitorio documental, de forma tal, que se encuentra restringido a los acreedores que poseen un principio de prueba de su crédito. La idea que subyace bajo esta modalidad de monitorio, viene a dar respuesta a la inmensidad de relaciones jurídicas, que tienen su origen en créditos apreciables en dinero, de un valor no muy elevado, que se expresan en documentos que no cumplen con los requisitos necesarios para tener el carácter de título ejecutivo, pero que sin embargo, tienen la fuerza suficiente para acreditar la existencia de una obligación, de forma tal, “que no resulta muy adecuado para una eficaz protección de este tipo de créditos, empujar al acreedor como único camino, a un largo y costoso proceso declarativo. El proceso monitorio se presenta, pues como la alternativa necesaria para la tutela jurisdiccional efectiva de este tipo de créditos que abarcan el grueso de los que contraen en su vida cotidiana los ciudadanos de cualquier país” (Cedeño (2007): p. 431).

El monitorio en España, tiene su objeto en “obtener del órgano jurisdiccional una intervención de defensa del derecho de crédito mucho más simple que la que se regula con el juicio ejecutivo y el cambiario. Para iniciarlo, se exige acreditar la deuda con una intensidad mucho más reducida que la del proceso ejecutivo” (Ariza (2006): p. 639), esto se traduce en que el documento que acredita la deuda, no es necesario que provenga del acreedor, sino que incluso puede encontrarse en poder del propio deudor o de un tercero.

Si bien, ya encontramos una restricción en cuanto al acceso del procedimiento monitorio español, al ser documental, la propia LEC 1/ 2000 en su Art. 812 restringe su ámbito de aplicación, “al pago de una deuda dineraria, vencida y exigible, de cantidad determinada que no exceda de cinco millones de pesetas” lo que equivale aproximadamente a 30.000 euros, que en moneda nacional son unos 20.000.000.- de pesos chilenos aproximadamente. El legislador español, se basó principalmente en la excepcionalidad de concluir negocios jurídicos por cantidades superiores a 30.000 euros, así, debe tratarse de una deuda dineraria: “que consiste en la entrega de una cantidad de dinero indeterminada en cuanto a la especie de moneda en que deba realizarse el pago o con una determinación que

no tenga el carácter esencial” (Cedeño (2007): p. 433), dicha deuda debe encontrarse vencida y ser actualmente exigible.

En cuanto a la acreditación documental de la deuda, “ello no significa que se deba presentar prueba plena de su crédito, sino tan sólo un principio de prueba del que se derive que, al menos en apariencia, el crédito existe y es exigible” (Cedeño (2007): p. 437). A partir de lo señalado por el Art. 812 LEC 1/ 2000, colegimos que el único medio de prueba aceptado, es el documental. Este precepto legal señala los documentos que permiten acreditar la veracidad y existencia de la obligación exigida, a saber:

- a) Documentos, cualquiera sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentre, que aparezcan firmados por el deudor con su sello, impronta o marca o con cualquier otra señal física o electrónica, proveniente del deudor.
- b) Mediante facturas, albaranes de entrega, certificaciones, telegramas, telefax o cualesquiera otros documentos que, aun unilateralmente creados por el acreedor, sean de los que habitualmente documentan los créditos y deudas en relaciones existentes entre acreedor y deudor.
- c) Documentos comerciales que acrediten una relación anterior duradera, junto con el documento en que conste la deuda.
- d) Cuando la deuda se acredite mediante certificaciones de impago de cantidades debidas en concepto de gastos comunes de comunidades de propietarios de inmuebles urbanos.

Como bien señala Cedeño, los casos a y b, son un “cajón de sastre en el que tienen cabida muchos documentos utilizados habitualmente en el tráfico jurídico” (2007: p. 438). Por su parte Ariza, señala que estos son de “escasa exigencia formal, con los que tendría cabida aquellos documentos privados aun creados unilateralmente” (2006: p. 638).

En relación con la sustanciación del procedimiento monitorio español, nos encontramos con la novedad, de que no es necesaria la intervención de un letrado para la actuación de las partes, hacemos la advertencia que esta situación no ha traído buenos resultados en nuestro país, claro es el ejemplo acontecido en materia de tribunales de familia donde se autorizaba a las partes, a acudir, sin necesidad de ser asesorados por un abogado,

lo que se tradujo finalmente en desastrosos resultados, debiendo conminar a las partes a presentarse con su respectivo apoderado procesal. Si bien, esto en España fue ampliamente criticado por los abogados, “se ha demostrado que la mayoría de los ciudadanos acuden a ellos al menos para solicitar su asesoramiento profesional” (Ariza (2006): p. 639).

Como podemos apreciar, el modelo español, sigue en gran medida los lineamientos basales del procedimiento monitorio o “formas monitorias” como ha señalado Pérez (2006a: p. 208), sin embargo, presenta ciertas particularidades de las cuales haremos mención: La oposición del requerido, cierra necesariamente el monitorio, abriendo paso al proceso declarativo o como señala Ariza “para reconvertirse en un declarativo ordinario” (2006: p. 639), lo que “provocará que la cuestión litigiosa deba resolverse en el proceso declarativo ordinario que corresponda, por razón de la cuantía” (Cedeño (2007): p. 451). Así, si el asunto controvertido no excede los 3.000 euros, se cita a las partes a una audiencia verbal, sin necesidad de que el demandante deba presentar demanda, por el contrario, si el litigio excede el límite señalado anteriormente, el requirente debe interponer en el plazo de un mes, la demanda que de inicio al juicio declarativo ordinario, bajo la sanción, de que si no lo hace, se sobresea el proceso y se le condene en costas.

V.- SITUACIÓN EN CHILE EN RELACIÓN AL PROCEDIMIENTO MONITORIO

Como bien, lo ha señalado Pérez, nuestro país “carece de tradición monitoria” (2006a: p. 207). No obstante, sí encontramos manifestaciones del monitorio, pertinentes de analizar.

1.- PROCEDIMIENTO MONITORIO EN EL DERECHO DEL TRABAJO

La aproximación más cercana, la encontramos en materia laboral, que introduce el procedimiento monitorio por medio de la reforma efectuada el 3 de enero del año 2006, entrando en vigencia prácticamente un año después de su promulgación, con la cual se incorporaron al CT los Art. 496 a 502. Desde ya, señalamos que esto presenta una particularidad, por el hecho de que la regla general ha sido primero, la implementación del

monitorio en el procedimiento civil, para luego propagarse en los demás ámbitos del derecho procesal.

El procedimiento monitorio laboral, limita su campo de aplicación a aquellas contiendas cuya cuantía sea igual o inferior a diez ingresos mínimos mensuales, como lo señala el Art. 496 CT, en cuanto a las materias que se pueden tratar en él, no se ha establecido por el legislador limitación alguna, de manera que se puede conocer en sede monitoria todo tipo de contiendas, incluidas las referidas a los despidos ilegales y las que ponen término a la relación laboral, exceptuándose los aumentos señalados en los incisos 5° y 7° del Art. 162 del CT. Su inicio, se lleva a cabo ante el propio tribunal del trabajo, no obstante es necesario primeramente, cuando se opta por el procedimiento monitorio, deducir un reclamo ante la Inspección del Trabajo que corresponda, exceptuándose a la trabajadora que goza de fuero maternal que reclama su despido ilegal, la cual directamente puede interponer la demanda monitoria ante el tribunal.

En el evento de que fracasara la conciliación en sede administrativa, el trabajador deberá interponer la demanda monitoria ante el tribunal respectivo, acompañando el acta de conciliación, por cierto fracasada, y los documentos acompañados en la solicitud hecha ante la Inspección del Trabajo. Interpuesta la demanda monitoria, el juez conforme al Art. 500 CT puede: acogerla, rechazarla y en el caso de no existir antecedentes suficientes para este pronunciamiento, el tribunal deberá citar a la audiencia establecida en el inciso quinto del presente artículo. Esto último, viene a desvirtuar la naturaleza propia del procedimiento monitorio, ya que, este consiste en un procedimiento breve y simplificado, donde la actuación del tribunal se limita a acoger o rechazar la petición monitoria, dependiendo de los antecedentes documentales aportados por el requirente y que dicen relación principalmente con el hecho de que el crédito que se pretende hacer valer tiene fundabilidad y admisibilidad, es decir, que hay certeza suficiente para dictar la intimación judicial de pago. De acuerdo al propósito de esta investigación, esbozamos solo esta crítica, ya que pretendemos mostrar el procedimiento monitorio que se encuentra vigente en nuestro país.

La resolución que acoge a tramitación la demanda monitoria, debe ser notificada personalmente al demandado, en dicha notificación se debe poner de manifiesto los efectos que produce la inactividad ante el reclamo o su oposición fuera de plazo, que es la

conversión de la petición monitoria, en un título ejecutivo laboral, ante lo cual no cabe ningún tipo de recurso. Esto derivará el litigio al Tribunal de Cobranza o al funcionario competente para que se proceda a la liquidación y cobro del crédito del trabajador. Acá podemos encontrar, lo propio del procedimiento monitorio, que es la intimación judicial de pago que frente a la inactividad, en este caso del empleador, se transforma en un título ejecutivo con la suficiencia necesaria para iniciar la ejecución.

El empleador posee un plazo de 10 días hábiles, para oponerse. Bajo el supuesto de que exista oposición, el juez debe citar a una audiencia de conciliación y prueba, la que debe llevarse a cabo dentro de los 15 días hábiles siguientes a la presentación del reclamo, esta se realizará con las partes que asistan, las que deben presentar todos los medios de prueba autorizados por la ley, concluyendo finalmente con la dictación de la sentencia monitoria.

Como podemos apreciar, de esta forma se estructura el procedimiento monitorio en materia laboral. No nos corresponde, por escapar a la finalidad de este trabajo, hacernos cargo de las críticas de las cuales ha sido objeto la implementación de este sistema, que tienen su origen principalmente, en la serie de modificaciones que se efectuaron en sede legislativa.

2.- SITUACIÓN DE LA DICTACIÓN DE LA SENTENCIA EN LOS JUICIOS EJECUTIVOS, EN EL CUAL NO SE HAN OPUESTO EXCEPCIONES

Esto ha sido denominado por el profesor Tavolari como “el procedimiento monitorio inadvertido” (2000:p. 79), situación que se presenta, en virtud, de lo que señala el Art. 472 del CPC: “Si no se oponen excepciones, se omitirá la sentencia y bastará el mandamiento de ejecución para que el acreedor pueda conseguir la realización de los bienes embargados y el pago, de conformidad a las disposiciones del procedimiento de apremio”.

La situación que se expone, ha recibido diversas formas de reglamentación, en su parte medular llega a la misma finalidad “ante la falta de oposición válida, se dictaba sentencia que disponía seguir adelante con la ejecución” (Tavolari (2000):p. 79). Como se puede apreciar, en el Decreto Ley 1837 que en su Art. 30 regulaba una situación similar a la

establecida en el actual Art. 472 del CPC. Por ello, con mucha razón señala Tavolari que: “una idea ha estado siempre presente: la falta de oposición conduce, inevitablemente, a la autorización para seguir adelante la ejecución” (2000:p. 80), tal como se presenta en el procedimiento monitorio, que frente al silencio del requerido se procede con la ejecución, como acontece en el caso del Art. 472 del CPC.

En consecuencia, Tavolari señala que “desde la vigencia de la Ley n° 7.760, nos habíamos afiliado, sin mención ni comentario, inadvertida y parcialmente, al mismo procedimiento que con tanta maestría había analizado, en su obra conocida, Calamandrei, vale decir, el procedimiento monitorio” (2000:p. 82).

3.- EL POR QUÉ DEL PROCEDIMIENTO MONITORIO

Como bien hemos analizado, se nos presentan una serie de falencias con las gestiones preparatorias y principalmente con los títulos extrajudiciales, que no gozan de la autenticidad necesaria para tener fuerza ejecutiva, principalmente por carecer de los requisitos suficiente que autoricen la sustitución de voluntad del deudor, por la del estado, que lo conmina a cumplir con la palabra empeñada por medio de la ejecución, esto porque en la creación del documento que pretende acreditar la obligación, no concurren ciertos elementos que consideramos básicos para autorizar la ejecución, como por ejemplo la intervención de un ministro de fe. Frente a tal situación, las gestiones preparatorias creemos que no otorgan las garantías de seguridad suficientes, para que se proceda a la creación de un título ejecutivo que permita la ejecución.

Por ello, es que planteamos al procedimiento monitorio como el mecanismo adecuado para la obtención de un título ejecutivo judicial de forma económica y breve, que otorga seguridad tanto al acreedor como al deudor. Sin embargo, la forma adecuada que creemos se debe adoptar, es la del procedimiento monitorio documental, donde el acreedor acredite de una manera más sencilla que en el procedimiento ordinario, la existencia de su crédito. Por su parte, el deudor es conminado a salir de su coma jurídico al momento que se le notifique la intimación judicial de pago, ya que, debe tener en cuenta las consecuencias que implica su inactividad en el proceso; ello va de la mano con el sistema de la *ficta confessio*, el que lleva en sí una carga importante para el deudor a la hora de no presentar

oposición, que es la creación inmediata de un título ejecutivo, en la sentencia monitoria. Sin embargo, en el evento de que presente oposición, se abre la posibilidad de que plantee defensas que permitan desacreditar o desvirtuar la pretensión del acreedor, no significando ello, que la ejecución siga adelante como ocurre actualmente, ya que es muy factible, y como lo planteamos al inicio de este trabajo, que nos encontremos frente a la situación de que el deudor efectivamente ha pagado su crédito, en tiempo y forma convenido. No obstante ello, es citado a reconocer firma y no puede alegar que el crédito ya se encuentra pagado, por lo que se tiene que ver enfrentado a la desagradable situación del embargo.

Por ello, es que creemos firmemente que el cambio más adecuado, para brindar una tutela efectiva del crédito, es el procedimiento monitorio, que permite un equilibrio de derechos, tanto para el acreedor como para el deudor, sacando finalmente las gestiones preparatorias de nuestro sistema procesal civil.

Todos los estados se enfrentan a la lucha contra la morosidad del crédito y buscan mejorar sus sistemas procesales, en aras de una tutela judicial efectiva, creando mecanismos eficaces para combatirla, es esta realidad la que nos convoca, para dotar a los sujetos imperados de mecanismos, que estén acorde a la situación actual. La gran crítica que ha enfrentado nuestro procedimiento civil, ha sido la tardanza en la resolución de los litigios, pero ello no significa que debemos desnaturalizar los principales institutos del proceso civil, con esto quiero señalar, que el monitorio no es el mecanismo que dará solución a los problemas que aquejan al actual sistema de ejecución civil, sino que es uno de los mecanismos que puede contribuir al mejoramiento que tanto se anhela. En consecuencia, debemos establecer claramente sus límites, ante lo cual sostenemos que la denominación, proceso de ejecución, debe quedar reservada a obtener el cumplimiento de prestaciones preestablecidas por medio de una sentencia judicial. Mientras que el procedimiento monitorio debe ser establecido como el mecanismo apto para la creación y cumplimiento ejecutivo de los títulos extrajudiciales. Por tanto, tal como señala el profesor Tavolari “cuando la pretensión es desconocida, se requerirá de un procedimiento declarativo, si ella es resistida, de uno ejecutivo, y si es simplemente insatisfecha, de uno monitorio”. (1990: p. 106).

VI.- CONCLUSIONES

A modo de concluir el presente trabajo, sabemos que la finalidad tanto de las gestiones preparatorias como del procedimiento monitorio, consiste en crear, completar o perfeccionar un título ejecutivo imperfecto, vale decir, proporcionar los requisitos necesarios exigidos por la ley para otorgar mérito ejecutivo, a aquel documento que posee el acreedor y cuya existencia o autenticidad carece del mérito suficiente para iniciar la ejecución. No obstante su finalidad, que es la misma, sólo el procedimiento monitorio nos otorga un título ejecutivo de forma rápida y de manera económica, ya que, cuando fracasa la vía ejecutiva, al acreedor no le queda más que recurrir a la vía ordinaria para probar la existencia de su crédito, con los costos en tiempo y dinero que ello significa. Sabemos que la finalidad última del acreedor es la ejecución, es por ello que creemos que el ordenamiento jurídico, y más concretamente el legislador, debe tomar en cuenta el interés de alcanzar dicha finalidad con la menor tardanza posible, y tratar de facilitar la obtención del fin haciendo menos complicado y menos lento, la creación del título ejecutivo.

Observado desde la óptica del deudor, sabemos que sus actuaciones en las gestiones preparatorias se encuentran limitadas, ya que no cabe oposición, lo que creemos atenta a la defensa de éste como al sistema mismo, porque cabe la posibilidad que finalmente se tramite un juicio de manera innecesaria, al acreditarse que la obligación se encuentra extinta por pago, cuestión que no sucede con el procedimiento monitorio, ya que, este abre la posibilidad de que cuando el requerido, es intimado de pago, pueda oponer las defensas que estime conveniente, acreditando dicha situación, como el hecho de que la obligación se encuentra extinguida por pago, para que no proceda la ejecución.

Son estas las razones que nos permiten sostener, que es idónea la sustitución de las gestiones preparatorias por el procedimiento monitorio, ya que da soluciones eficaces a los problemas que se presentan con el sistema imperante. Creemos que no es lógico que el deudor aún cuando reconozca la existencia de la obligación y señale un hecho adicional, como que a él también se le debe una suma de dinero, operando la excepción de compensación. De igual forma queda preparada la vía ejecutiva, no quedando más alternativa para el deudor, que oponer posteriormente en el juicio ejecutivo, dicha excepción. Esto es, consecuencia de la finalidad propia de estas gestiones, ya que su único

objeto es: crear, completar o perfeccionar un título ejecutivo imperfecto; no pudiendo discutir otro tipo de materias, situación que no se presenta en el procedimiento monitorio.

Por otra parte, las gestiones preparatorias y el procedimiento monitorio, forman parte de los denominados procedimientos contenciosos, ya que encontramos: partes, acreedor y deudor en el caso de las gestiones preparatorias; requirente y requerido en el caso del procedimiento monitorio. En ambos existe una contienda, además, en las primeras el CPC regula su procedimiento e incluso bajo ciertas situaciones, encontrándonos con tramitaciones incidentales, como ocurre con la tacha de falsedad de la firma regulada tanto en el Art. 434 n° 4 del CPC y la Ley 18.092. Sin embargo, el carácter de procedimiento de cognición, solo lo encontramos en el procedimiento monitorio, ya que permite, a lo menos, un examen de fundabilidad y admisibilidad de la pretensión, en el caso del procedimiento documental que consideramos apropiado para nuestra legislación. Esto significa que el acreedor no pueda hacer valer cualquier pretensión en sede monitoria, conminando al momento de contratar, que dicho sistema tenga un mínimo de diligencias que acrediten la existencia del crédito.

Como se demostró, ni las gestiones preparatorias ni el procedimiento monitorio, forman parte de los denominados procedimientos de urgencia, es decir, no forman ni constituyen medidas prejudiciales precautorias, ya que como bien sabemos, su única finalidad es la creación o perfeccionamiento del título ejecutivo, mientras que en las prejudiciales precautorias, su objeto principal es asegurar de manera anticipada el resultado de un juicio o preconstituir pruebas, cuando se cumplen los presupuestos del *fumus bonis iuris o periculum in mora*, que no tienen las gestiones preparatorias ni mucho menos el procedimiento monitorio.

Por último, tenemos claro que el procedimiento monitorio civil no es un proceso de ejecución, está fuera de éste; constituye una faz cognoscitiva y no ejecutiva, cuestión que lo convierte en el mecanismo procesal propio para obtener títulos ejecutivos judiciales, cuando el acreedor carece de ellos, de manera simplificada, rápida y eficaz. Esto se logra con la inversión del contradictorio, es decir, desplazando la iniciativa del actor al demandado o requerido, donde la inactividad de éste, juega un rol importante en cuanto a las consecuencias que ello conlleva, con el objeto de sacar al deudor o requerido, de su

status quo, o como señalamos de su coma jurídico. Siendo el mecanismo más idóneo la *ficta confessio*, lo que conmina al deudor a actuar si este considera que la pretensión no es fundada o carece de toda plausibilidad, porque como bien sabemos ante el silencio o la falta de actuación, el procedimiento monitorio termina, por medio de la sentencia monitoria, que tiene el carácter de título ejecutivo judicial que autoriza la ejecución y por tanto, la liquidación y pago del crédito.

En consecuencia, creemos que el monitorio constituye una de las vías que permiten mejorar la tutela judicial efectiva del crédito, como pudimos apreciar, este procedimiento no se presenta como una situación totalmente ajena a nuestro sistema, ya que lo encontramos en materia laboral y también en el caso que plantea el Tavolari. Sus cartas credenciales, por lo demás, son bastante buenas, porque sus resultados en los ordenamientos jurídicos en los cuales se ha implementado han sido óptimos; si bien creemos que es necesaria una adecuada regulación, permite hacer frente a las críticas del colapso de los tribunales, con motivo de encontrarse atiborrados de causas ejecutivas y gestiones preparatorias, logrando los mismos efectos que éstas, pero en un menor tiempo con lo cual se contribuye a la tan anhelada economía procesal. Por lo anterior, no encontramos obstáculo a la sustitución de las gestiones preparatorias, es más, creemos que otorga muchas más garantías y seguridades que el sistema actual, ya que, la autenticidad del título ejecutivo que se pretende hacer valer, ha surgido de sede jurisdiccional, con lo cual su certeza goza de mayores atributos. En relación a las partes, estas no se encuentran atadas de mano como en las gestiones preparatorias, sino que al contrario, gozan de una mayor libertad en cuanto a su campo de acción, permitiendo al deudor oponerse a la ejecución mucho antes de que se trabe el embargo, cuando la pretensión es infundada. En cuanto al acreedor, brinda mayor seguridad en el cobro de su crédito, al permitirle en un menor tiempo hacer efectiva su acreencia, lo que a su vez también contribuye al sistema económico.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- 1.- Veloso, Rafael (1928) *Manual del Juicio Ejecutivo*, Editorial Nascimento, Santiago, Chile.
- 2.- Quezada, José (2009) *Proceso Ejecutivo*, Librotecnia, Santiago, Chile.
- 3.- Podetti, Ramiro J (1952) *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral*. Tratado de las Ejecuciones. EDIAR Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, Argentina.
- 4.- Espinosa, Raúl (2004): *Manual de Procedimiento Civil, El Juicio Ejecutivo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- 5.- Tavolari, Raúl (1990): *Aspectos Procesales derivados de la prescripción de las acciones emanadas de los títulos de crédito*, en Estudios de Derecho Procesal, EDEVAL, Valparaíso, pp 109-141.

(2000): “¿Puede invocarse como título ejecutivo en contra del tercer poseedor de la finca hipotecada, la sentencia dictada contra el deudor personal en un juicio ejecutivo?”, en *El proceso en acción*, Impresos Nadal Limitada, Santiago, Chile, pp 67- 85.
- 6.- Dahm, Tomas y Venegas, Agustín (1964) *Estudio, crítica de la jurisprudencia de los artículos 434 a 442 del Código de Procedimiento Civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- 7.- Calamandrei, Piero (1953): *El Procedimiento Monitorio*, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires (traducción Santiago Sentís Melendo).
- 8.- Nieva Fenoll, Jordi (2009): *Jurisdicción y Proceso*, Marcial Pons, Madrid.
- 9.- Meneses Pacheco, Claudio (2010): “Título ejecutivo extrajudicial y documento público”, en *Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de derecho Procesal, Derecho Procesal Contemporáneo*, Puntotex S.A, pp 1184-1201.

10.- Ragone Pérez, Álvaro (2006a): “En Torno al procedimiento monitorio desde el derecho procesal comparador europeo: características, elementos esenciales y accidentales”, en *Revista de Derecho Universidad Austral*, Ius Et Praxis, Vol XIX, pp 205-235.

(2006b): “El acceso a la tutela ejecutiva del crédito: reflexiones sobre la ejecución inmediata de sentencia, el proceso monitorio y los tribunales de ejecución desde el proceso civil comparado europeo”, en *Justicia Civil y Comercial, Una reforma pendiente, bases para el diseño de la reforma procesal civil*, José Pedro Silva, José Franciso García, Francisco J. Leturia (coords), Fundación Libertad y Desarrollo, Pontificia Universidad Católica de Chile, Quebecor World Chile S.A, Santiago, pp 495-519.

11.- José Pedro Silva, José Francisco Gracia, Francisco J. Leturia (2006): *Justicia Civil y Comercial: Una reforma pendiente, bases para el diseño de la reforma procesal civil*, Fundación Libertad y Desarrollo, Pontificia Universidad Católica de Chile, Quebecor World Chile S.A, Santiago.

12.- Biel Melgarejo, Rodrigo (2007): “Una aproximación a soluciones en materia del modelo procesal ejecutivo, en *Proceso Civil, Hacia una nueva justicia civil*, Andrés de la Oliva y Diego Palomo (coords). Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp 487-513.

13.- Cedeño Hernán, Mariana (2007): “El proceso monitorio en el ordenamiento español. Un cauce para la eficaz protección del crédito”, en *Proceso Civil, Hacia una nueva justicia civil*, Andrés de la Oliva y Diego Palomo (coords). Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp 429-454.

14.- Silva, José Pedro y Dominguez, Juan Pablo (2006): “Principios fundamentales del procedimiento civil: diagnóstico y proposiciones a la luz de un nuevo ordenamiento”, en *Justicia Civil y Comercial, Una reforma pendiente, bases para el diseño de la reforma procesal civil*, José Pedro Silva, José Franciso García, Francisco J. Leturia (eds), Fundación Libertad y Desarrollo, Pontificia Universidad Católica de Chile, Quebecor World Chile S.A, Santiago, pp 413-443.

15.- Harasic, Davor (2006): “Justicia civil: transformación necesaria y urgente”, en *Justicia Civil y Comercial, Una reforma pendiente, bases para el diseño de la reforma procesal civil*, José Pedro Silva, José Franciso García, Francisco J. Leturia (eds), Fundación Libertad y Desarrollo, Pontificia Universidad Católica de Chile, Quebecor World Chile S.A, Santiago, pp 385-410.

16.- Ried, José Miguel (2006): “Juicio ejecutivo y protección del crédito: su impacto en el mundo económico y comercial”, en *Justicia Civil y Comercial, Una reforma pendiente, bases para el diseño de la reforma procesal civil*, José Pedro Silva, José Franciso García, Francisco J. Leturia (eds), Fundación Libertad y Desarrollo, Pontificia Universidad Católica de Chile, Quebecor World Chile S.A, Santiago, pp 477-490.

17.- Romero, Alejandro (2000): “Algunas cuestiones sobre el juicio ejecutivo”, en *Cuadernos Jurídicos*, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibañez.

18.- Pereira, Santiago (2006): “Una experiencia exitosa: La reforma procesal civil en Uruguay”, en *Justicia Civil y Comercial, Una reforma pendiente, bases para el diseño de la reforma procesal civil*, José Pedro Silva, José Franciso García, Francisco J. Leturia (eds), Fundación Libertad y Desarrollo, Pontificia Universidad Católica de Chile, Quebecor World Chile S.A, Santiago, pp749-786.

19.- Bonet Navarro, José (2005): “Proceso monitorio común”, en *Derecho Procesal Civil*, Manuel Ortells Ramos (ed), Editorial Thomson y Aranzandi S.A, 6º Edición, Navarra, España, pp 967-1007.

20.- Ariza, María Jesús (2006): “Juicio ejecutivo: la experiencia española en materia de protección al crédito”, en *Justicia Civil y Comercial, Una reforma pendiente, bases para el diseño de la reforma procesal civil*, José Pedro Silva, José Franciso García, Francisco J. Leturia (eds), Fundación Libertad y Desarrollo, Pontificia Universidad Católica de Chile, Quebecor World Chile S.A, Santiago, pp 621-640.

21.- Orellana Torres, Fernando y Pérez Ragone, Álvaro (2007): “Radiografía de la rebeldía en el proceso civil: tópicos hacia una adecuada regulación en la nueva justicia civil”, en *Revista de derecho Universidad Austral*, Ius Et Praxis, Vol XIII, nº2, Talca. Disponible en

http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122007000200002&script=sci_arttext, fecha última consulta: 10 de octubre del 2011.

Jurisprudencia.

- 1.- Sentencia Corte Suprema (1908): *Pinto con Elgue*: R.D.J, Tomo V, 2° parte, Secc II.
- 2.- Sentencia Corte Suprema (1909): *Compañía del Ferrocarril Urbano de Valparaíso con Municipalidad*: R.D.J, Tomo VIII, 2° parte, Secc. I.
- 3.- Corte de Apelaciones de Santiago (1912): *Manríquez con Castillo*: R.D.J, Tomo X, 2° parte, Secc. II.
- 4.- Corte Suprema (1928): *Banco Español de Chile con Arturo Rioja*: Gaceta de los Tribunales, 2 semestre, Stcia n° 33.
- 5.- Corte Suprema (1938): *Zérega Suc. con Zérega y Cía*: R.D.J, Tomo XXXV, 2° parte, Secc I, p. 386.
- 6.- Corte de Apelaciones de Concepción (1966): *Sánchez A, Antonio con Schmeisser P Luis*, R.D.J. Tomo LXIII, 2° Parte, Secc II.
- 7.- Corte Suprema (1934): *Edmundo Arisola con Santiago Lazo*: Gaceta de los Tribunales, 1° semestre, Stcia n° 15.
- 8.- Corte de Apelaciones de Valparaíso (1963): *Bozzolo P. Silvio con Frugone R. Pedro*, R.D.J, Tomo LX, secc 2°, p. 130.
- 9.- Sentencia Corte Suprema (2002): *Soc. Metalúrgica Lamifor Ltda con Soc. Com. Copromex Ltda*: R.D.J Tomo XCIX, n°1 Enero-Marzo, 2° parte, Secc. I.
- 10.- Sentencia Corte Suprema (1985): *Financiera Ciga S.A con Navarrete Mondino*: Gaceta Jurídica, n° 55, p. 25.