

# La tutela judicial del crédito en el Código Procesal Civil modelo para iberoamérica: desde la perspectiva del proceso de ejecución, cautelar y monitorio

POR

DARCI GUIMARÃES RIBEIRO  
DOCTOR EN DERECHO PROCESAL POR LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA  
PROFESOR DE D<sup>o</sup> PROCESAL. UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS (BRASIL)

1. Antecedentes históricos. 2. Líneas básicas. 3. La tutela judicial del crédito en el Código Tipo desde el punto de vista de la ejecución provisional y definitiva.. 3.1. El crédito, la sentencia y su ejecución: apreciación histórica. 3.2. La ejecución provisional. 3.3. La tutela del crédito a través de la Ejecución definitiva. 4. La preservación del crédito desde una perspectiva cautelar. 5. La protección del crédito desde la óptica monitoria

## 1. Antecedentes históricos.

El código procesal civil modelo para Iberoamérica, de aquí en adelante denominado simplemente '*Código Tipo*' o '*Código Modelo*', es resultado de la necesidad de un proceso de integración, que, como es sabido, se inicia en el campo económico para, posteriormente, evolucionar hacia las más variadas formas de integración político-institucional. Y Latinoamérica no podría estar alejada de este movimiento integracionista que se observa, principalmente, en el continente europeo.

En el campo jurídico, este fenómeno integracionista puede ser observado, dentro del Continente Latinoamericano, a través de los Tribunales de Justicia Supranacionales, especialmente el Tribunal del Pacto de Cartagena y el Tribunal de San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, fundado en Montevideo, en las 'Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal', realizadas en 1957, en homenaje a la memoria de Eduardo J. Couture, a partir de sus IV<sup>a</sup> Jornadas, realizadas en Caracas y Valencia, en 1967, empezó a trabajar en la preparación de 'Códigos Modelos' para el proceso civil y penal con alcance en todo el continente Latinoamericano. Solamente en las XI<sup>a</sup> Jornadas, realizadas en Río de Janeiro, en mayo de 1988, fue presentado y aprobado el Anteproyecto de Código Tipo para el proceso civil.

La relevancia de estos estudios, llevados a cabo principalmente pelos Profs. VESCOVI y BIDART, culminó con la celebración de un Congreso Internacional, realizado en Roma, en septiembre de 1988, dedicado exclusivamente al análisis del '*Código Tipo de Proceso Civil para América Latina*', cuyas conferencias se encuentran recogidas en el libro '*Un Codice Tipo di Procedura Civile per L'America Latina*', Edit. Cedam, Padova, 1990.

## 2. Líneas básicas.

Este 'Código Modelo' encuentra sus líneas básicas, por un lado, en la exigencia social de mejora de la justicia latinoamericana, que, en cierto sentido, presenta instrumentos cada vez más inadecuados para alcanzar los resultados sociales deseables, y por otro, en diversos factores, entre los cuales cabe destacar determinadas instituciones de origen compartida, además de factores geográficos e históricos comunes.

La finalidad del 'Código Modelo' es servir, como lo hizo el Código de Bustamante en materia de Derecho Internacional, de base para futuras reformas procesales en el continente latinoamericano, es decir, no se trata de un texto que tenga la pretensión de imperar en ningún país en forma efectiva, sino solamente, como bien destaca VESCOVI, valer como "*un 'modelo' (o 'tipo') para contribuir al mejor trabajo de las reformas del Servicio de Justicia que prácticamente hoy proyectan todos los países del área*".

Las principales directivas del Código Tipo pueden ser encontradas en las sólidas justificativas desarrolladas por BIDART, entre las cuales cabe destacar, por su generalidad, la *unida o unificación*, que representa, según el autor, "*la finalidad principal perseguida con la redacción del Código-Tipo*".

### 3. La tutela judicial del crédito en el Código Tipo desde el punto de vista de la ejecución provisional y definitiva.

#### 3.1. El crédito, la sentencia y su ejecución: apreciación histórica

Desde el derecho romano el crédito siempre estuvo ligado a la *obligatio*, que a su vez siempre estuvo unida a la *actio in personam*, y toda *actio*, originalmente, finalizaba con una *condemnatio* (con significa 'unido a', y *damnum* es igual a 'perjuicio', de ahí la palabra *condemnatio* que significa aquél que está unido al daño, aquél a quien le corresponde el daño).

Cuando el *vinculum iuris* creado a través de la *obligatio* no era respetado, el acreedor se valía de la *actio in personam* para pedir al pretor la *condemnatio* del deudor a un *oportere*, y acto seguido, en el caso en que no hubiera el cumplimiento espontáneo del deudor, ejecutaba privadamente su derecho; es decir, para que el acreedor realizara su derecho era necesario solamente una relación procesal. Pero, posteriormente, en la época de la *cognitio extra ordinem*, el acreedor que quería satisfacer su derecho contenido en una *sententia*, independientemente de la voluntad del deudor, debía valerse de una nueva *actio* denominada *iudicati*, por lo que debía iniciar una nueva relación procesal con el fin de realizar coactivamente la sentencia, a través del *exsecutor*. Aquí, el acreedor que quería satisfacer su derecho debía servirse de dos relaciones procesales distintas, sucesivas y complementarias.

Esta breve digresión histórica sirve para evidenciar la verdadera vocación de las pretensiones de crédito, es decir, con la proposición de una pretensión de condena el acreedor busca obtener una sentencia de condena, y a través de ella, la creación o constitución del *título ejecutivo* que le confiere el derecho a una nueva pretensión, la ejecutiva, y justamente por ello esta pretensión encuentra en el título ejecutivo su presupuesto, ya que *nulla executio sine titulo*. Esta es la razón por la cual la doctrina

suele afirmar que *"la caratteristica della sentenza di condanna è trovata non tanto in quello che essa è, quanto in quello che essa 'prepara'"*, en palabras de CALAMANDREI. Por ello, la doctrina define la sentencia de condena más por sus efectos que por sus características intrínsecas.

### 3.2. La ejecución provisional dentro del Código Tipo.

La ejecución provisional, dentro del código tipo, esta regulada en los art. 230.1, 230.2 y 321.1-4. De acuerdo con la opinión de COSTANTINO: *"Non sembra, invece, che siano direttamente pertinenti con la problematica dei processi esecutivi le disposizioni contenute negli artt. 321.1, 321.2, (...). Poiché, come si è rilevato, non è dedotto nel titolo il diritto certo, ma è certo il diritto dedotto nel titolo, la previsione dell'art. 321.1 suscita perplessità"*.

Son distintas las razones que pueden llevar al legislador a regular esta especie de ejecución. Podemos destacar, como ejemplo, dada su actualidad, los motivos utilizados por el legislador español para reglamentar esta materia, que están en el apartado XVI de la exposición de motivos, según los cuales: *"La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil representa una decidida opción por la confianza en la Administración de Justicia y por la importancia de su impartición en primera instancia y, de manera consecuente, considera provisionalmente ejecutables, con razonables temperamentos y excepciones, las sentencias de condena dictadas en ese grado jurisdiccional"*.

Sobre la ejecución provisional, es conveniente resaltar, en línea general:

a) La necesidad de iniciársela a instancia de parte. Esta exigencia está prescrita en el art. 230.1, que dice: *"Las sentencias definitivas de condena recurridas, podrán ser ejecutadas provisionalmente, siempre que la parte interesada así lo solicite dentro del plazo de seis días a contar del siguiente a su notificación, (...)"*. Dentro del espíritu innovador y paradigmático a que se presta el Código Tipo, esta exigencia legal, *data venia*, no me parece la más acertada, ya que existe dentro de algunas legislaciones un avance más significativo sobre esta materia, es decir, la regla general es la de que toda sentencia de condena definitiva (esto es, no firme, de acuerdo con la terminología de la LEC 1/2000, contenida en el art. 207.1) es automáticamente ejecutable de forma provisional, sin necesidad de iniciársela a instancia de parte.

b) La necesidad del demandante caucionar. También aquí el Código Tipo no atiende de forma satisfactoria los reclamos de la doctrina más actual, una vez que exige del demandante la prestación de caución, según art. 230.1. Utilizamos como ejemplo vanguardista, el art. 526 de la LEC 1/2000, según el cual: *"Salvo en los casos a que se refiere el artículo anterior, quien haya obtenido un pronunciamiento a su favor en sentencia de condena dictada en primera instancia podrá, sin simultánea prestación de caución, pedir y obtener su ejecución provisional conforme a lo previsto en los artículos siguientes"*.

### 3.3. La tutela del crédito en el Código Tipo a través de la ejecución definitiva.

En virtud de la gran complejidad que comporta el análisis de un Proceso de Ejecución, nos limitaremos, por una cuestión de tiempo y finalidad, al examen de su estructura y

algunos principios generales bajo los cuales se organiza el proceso ejecutivo en el Código Tipo.

a) La estructura del proceso ejecutivo es la misma del proceso monitorio, es decir, el proceso ejecutivo tiene estructura monitoria, en la medida en que *"presentada la demanda (acompañada, necesariamente, del título ejecutivo) el Tribunal realiza un examen preliminar de su admisibilidad y de fundabilidad; y, de concluir que se cumplen con los presupuestos exigibles, dicta inaudita altera parte, sentencia despachando ejecución, mandando trabar embargo y citar de excepciones al deudor. La eficacia del mandato de ejecución queda librada a la actitud que asuma el deudor: firmeza y consecuente ejecución, si no se oponen excepciones admisibles; no adquisición de esta firmeza y apertura de una etapa de cognición, si se oponen tales excepciones, debiéndose, entonces, estar a lo que se resuelva en la sentencia sobre el excepcionamiento, luego de la sustanciación del caso (art. 313.3 a 7)".*

Como puede ser observado, la opción realizada por el Código Tipo está basada en el principio de la singularidad o de la unidad procesal, según el cual la oposición debe plantearse dentro del propio proceso de ejecución y mediante acto que la habilite (notificación al ejecutado para que deduzca su defensa dentro de un plazo perentorio). Siguiendo la opinión de VESCOVI, *"es éste, sin duda, el punto más polémico"*.

Existen sistemas en los cuales la oposición esta fuera de la ejecución, como en Portugal, donde la oposición no tiene efecto suspensivo, o como en Alemania, Francia y Italia, en que el efecto suspensivo depende de la discrecionalidad del juez. En España, la regla general es que la oposición no suspende la ejecución, según art. 565.1, que dice: *"Sólo se suspenderá la ejecución en los casos en que la Ley lo ordene de modo expreso, o así lo acuerden todas las partes personadas en la ejecución"*. A partir de ahí el Código Tipo se ha inclinado, de acuerdo con VESCOVI, *"por la solución de la suspensión preceptiva (y consecuente trámite singular) no solamente por la razón teórica del respeto al debido proceso, sino también por la razón práctica de que, en los sistemas de la suspensión facultativa, el resultado es, en los hechos, el mismo; desde que por natural tendencia de los jueces a otorgar las máximas garantías, es muy difícil que frente a defensas serias y fundadas – como las que postulamos como únicas admisibles – no se disponga una tal suspensión"*.

b) El Código tipo adopta el principio de la jurisdiccionalidad de la ejecución, según el cual la ejecución debe ser ordenada y dirigida, desde su inicio hasta su fin, por un juez.

c) El principio de la unidad de competencia para la ejecución y la cognición fue acogido por el Código Tipo. Esto significa decir que el mismo juez que interviene en la ejecución es el que debe conocer de la eventual oposición del ejecutado. En algunos países del continente europeo que acogen la ejecución pura, especialmente Francia y Alemania, la competencia relativa a la ejecución esta regulada con base en la naturaleza de los bienes, mientras que lo referente a la oposición, por reglas que corresponden a cognición.

d) Según VESCOVI, el Código Tipo también adopta *"el principio de la unidad de competencia en la misma ejecución, conforme al cual esa competencia debe regularse, por los mismos principios generales (naturaleza, monto y lugar de cumplimiento de la prestación), de modo que cada título dé lugar a un solo proceso de ejecución, en vez de*

*determinarse por la naturaleza de los bienes, como ocurre – salvo en Austria y Portugal – en la ejecución pura europea; con la consecuente posibilidad de múltiples ejecuciones para una misma prestación".*

e) También podemos destacar como principio moralizador de toda actividad ejercida dentro de la ejecución, la facultad que tiene el Tribunal, incluso *ex officio*, para imponer *astreintes* en cualquier etapa del proceso.

El Código Tipo regula estas ‘conminaciones económicas o personales’ en los arts. 320.1-3. Las conminaciones económicas una vez fijadas, según los criterios legales, *"pasarán a un Fondo Judicial"* (art. 320.2). Las conminaciones personales *"consistirán en el traslado por la fuerza pública ante el Tribunal de los encargados judiciales, incluso testigos, que no concurren espontáneamente una vez convocados; en el arresto, que no podrá exceder de 48 horas, en los casos que expresamente fije la ley y para logra la entrega de elementos necesarios para la ejecución dispuesta en la respectiva etapa del proceso"* (art. 320.3).

La preservación del crédito en el Código Tipo desde una perspectiva cautelar.

El Código Tipo designa, en el Título II, del Libro II, ocho artículos para regular el ‘Proceso Cautelar’, arts. 274 a 281. De acuerdo con la opinión de los autores del Código, expresada en la exposición de motivos, *"en la regulación de este proceso, se han seguido las orientaciones de los más modernos Códigos del área o la de aquellos que les han servido de modelo"*, entre los cuales cabe citar, por su avance en esta materia, el código brasileño. Sobre este particular, es conveniente señalar que el código brasileño es el único que dedica al Proceso Cautelar un Libro propio, al lado de los de Conocimiento y Ejecución.

En líneas generales, podemos destacar, en materia cautelar, como puntos positivos para la protección del crédito:

a) La amplitud de la tutela. La tutela cautelar en el Código Tipo es concebida con amplitud, en la medida en que, por un lado, prevé la posibilidad de medidas indeterminadas, art. 279, que dice: *"El Tribunal podrá disponer las medidas que estime indispensables, entre otras, la prohibición de innovar, la anotación preventiva de la ‘litis’, los embargos o secuestros, la designación de veedor o auditor, la de interventor a cualquier otra idónea que tienda a cumplir la finalidad cautelar"*, y por otro, no se limita a las tradicionales formas meramente asegurativas, permitiendo a la parte solicitar la anticipación de los efectos finales de la sentencia, art. 280, que establece: *"Fuera de los casos regulados en los artículos anteriores podrá el Tribunal adoptar las medidas provisionales y anticipativas que juzgue adecuadas para evitar que se cause a la parte, antes de la sentencia, una lesión grave o de difícil reparación o para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo"*.

Además, como resalta el art. 274: *"Las medidas cautelares podrán adoptarse en cualquier proceso tanto contencioso como voluntario"*, y también: *"Se adoptarán en cualquier estado de la causa e incluso como diligencia preliminar de la misma. (...)"*.

b) La posibilidad del juez, en los casos autorizados por ley, acordarlas de oficio. Esta

posibilidad está prevista en el art. 274.3, que dice: "*Las medidas cautelares se decretarán siempre a petición de parte, salvo que la ley autorice a disponerlas de oficio, y se adoptarán bajo la responsabilidad de quien las solicite*".

c) La facultad del tribunal, no sólo para modificar la medida solicitada por la parte, haciéndola menos gravosa, sino también para reformar la decisión ya adoptada. Esta elección está concretada en el n° 4 del art. 276, que permite al Tribunal "*disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada, siguiéndose en el caso de la petición y para su sustanciación, el procedimiento de los incidentes*".

Y como puntos negativos, básicamente:

a) La exigencia, como regla general, de la caución para el solicitante de la medida. El n° 5 del art. 276, establece para el Tribunal la obligación de "*exigir la prestación de contracautela, salvo el caso excepcional de que existan motivos fundados para eximir de ella al peticionario*". En nuestra opinión, creemos que esta exigencia legal, con carácter general, no atiende, de forma satisfactoria, a los objetivos pretendidos por los autores del citado Código, pues, si el juez recibe amplios poderes de dirección del proceso, como se ve en el art. 33, no es admisible que no le sea permitido valorar, delante del caso concreto, sobre la necesidad o no de la caución. Imagínese la hipótesis, bastante común, en que el solicitante de la tutela cautelar demuestre, de forma sobrada, la verosimilitud de su alegado derecho, es decir, realice una prueba documental hartamente convincente capaz de reducir al mínimo, por un lado, las posibilidades de éxito del demandado, y por otro, su posibilidad de sufrir un daño, y aún así el juez debe exigirle la caución. Esto equivale decir que el juez no puede sopesar las probabilidades opuestas para precisar adecuadamente, delante del caso concreto, cual es la verdadera necesidad de la caución. De ahí que para nosotros, la necesidad de la caución debe ser basada en un criterio judicial y no legal, como correctamente destaca el art. 804 del CPC brasileño.

b) La utilización de la expresión '*medidas cautelares*' en vez de '*tutela cautelar*'. Esta opción demuestra la falta de precisión conceptual de los autores pudiendo producir, para utilizar las palabras de ORTELLS RAMOS, "*desviaciones de la utilización de la tutela cautelar*".

Hay una distinción conceptual bastante grande entre las expresiones '*tutela cautelar*', '*proceso cautelar*', '*acción cautelar*' y '*medidas cautelares*'. Cuando hablamos de '*tutela cautelar*' nos estamos refiriendo a un derecho sustancial de cautela, que es diverso de la expresión '*proceso cautelar*' que sirve para designar el instrumento utilizado por la parte para hacer valer en juicio su derecho sustancial de cautela, que, todavía, tampoco puede ser confundido con la '*acción cautelar*' o demanda cautelar que es, según FAIRÉN GUILLEN, "*el derecho a excitar la actividad jurisdiccional del Estado; se trataría de un derecho público y subjetivo procesal*", es decir, se trata de un derecho constitucional de petición, que también no puede ser confundido con una '*medida cautelar*', comúnmente llamada por la doctrina de '*poder genérico de cautela*' que puede ser entendida, conforme las conocidas palabras de CALAMANDREI, como un poder de *policía judicial* que el juez tiene dentro del proceso, es decir, como un grupo de poderes que el juez ejerce para disciplinar la buena marcha del proceso, preservándole de todos los posibles inconvenientes que puedan perjudicarle la función y utilidad de su

resultado. Ese *poder general de cautela* presenta una naturaleza discrecional, como todo acto de juzgar, que no significa arbitrariedad, puesto que hay una libertad para escoger y determinar dentro de los límites de la ley. Estas '*medidas cautelares*', sin contenido de acción, son invariablemente *incidentales*, junto a la demanda principal y jamás preparatoria, es decir, antes de la demanda. Este compromiso también se refleja en la autonomía de estas medidas.

c) La falta de sistematización de la '*Tutela Anticipatoria*'. Si la finalidad principal del Código Tipo es servir de 'guía' para las futuras reformas procesales en el Continente Americano, no nos parece que pueda cumplir, satisfactoriamente, con este objetivo, dando las espaldas a la doctrina más actualizada, una vez que esta ya realiza una clara diferencia entre las diversas formas de tutela de urgencia. Como ejemplo basta citar la conocida distinción realizada por CARPI entre '*tutela cautelar*', '*tutela interinal*', y '*tutela anticipada*'.

## **5. La protección del crédito en el Código Tipo desde la óptica monitoria**

De acuerdo con la opinión de VESCOVI, "*la necesidad de encontrar fórmulas más ágiles de ejecutar los documentos de crédito, en general los papeles de comercio, diversas de las que el proceso ordinario (o aún el sumario) propiciaba en un sistema judicial caracterizado por la lentitud e ineficacia*", hizo que surgiera la estructura monitoria, y no el proceso monitorio como quiere el autor, una vez que el clásico proceso monitorio sirve, exclusivamente, para crear, de forma más rápida, el título ejecutivo y no ejecutarlo. Por ello, RAMOS MÉNDEZ afirma correctamente que: "*El proceso monitorio clásico se distingue claramente del proceso ejecutivo, pues éste empieza donde el otro acaba*".

La importancia de la estructura monitoria, y nótese que no hablo de proceso monitorio, puede ser percibida tanto en la exposición de motivos del Código Tipo, cuando dice que "*la estructura monitoria, se propone no sólo para la ejecución de los títulos extrajudiciales (títulos ejecutivos) sino también para los judiciales (sentencias). Y no sólo para este juicio, sino para varios otros que pueden adoptar, con ventajas, esa estructura, (...)*", como en el art. 311, que establece: "*El proceso de estructura monitoria se aplicará en los casos especialmente previstos por la ley y además en los siguientes procesos: 1) ejecutivos; 2) desahucio o desalojos; 3) entrega de la cosa; 4) entrega efectiva de la herencia; 5) resolución por falta de pago o escrituración judicial de promesas inscritas en los respectivos registros (compra-venta de inmueble o de establecimiento o de empresa comercial o de unidad en propiedad horizontal)*".

Atendiendo a la opinión de la doctrina más autorizada, el Código Tipo dispone el proceso monitorio, correctamente, dentro del Libro II, Título IV, que pertenece al '*Proceso de Conocimiento*'.

A través del presupuesto contenido en el art. 312.1, que establece: "*En todos los casos se requerirá documento auténtico o autenticado judicialmente en la etapa preliminar respectiva*", podemos percibir que el Código Tipo adopta el proceso monitorio documental en detrimento del monitorio 'puro'. Pero, no el monitorio documental existente en Italia, ya que en este país es demasiado amplio la admisión de la prueba escrita. Por eso, destaca VESCOVI, "*preferimos el sistema propuesto, que se funda en*

*prueba escrita calificada, en cada caso, por la ley, la que además, permite adoptar de modo inmediato medidas de seguridad (embargo ejecutivo) y en el que la oposición se formaliza mediante excepciones resueltas en el mismo proceso".*

Dentro de las diversas características del proceso monitorio existente en el Código Tipo, podemos destacar como las más significativas, además de las anteriormente citadas:

a) La limitación de la cognición, en la medida en que la exposición de motivos del propio Código afirma que se ha establecido ésta limitación *"al preceptuarse que sólo podrán oponerse las excepciones taxativamente enumeradas por las leyes especiales propias de cada tipo de título ejecutivo y el rechazo de plano de las inadmisibles; por lo que el proceso es verdaderamente sumario (art. 313-4)".*

b) La introducción de una audiencia oral independientemente de existir o no excepción del demandado, según prevé el art. 313.6: *"Si no se oponen excepciones u opuestas las mismas y una vez contestadas o vencido el plazo para hacerlo, el Tribunal convocará a audiencias".* La convocatoria para esta audiencia oral, de acuerdo con la exposición de motivos del citado Código, *"en el caso de haberse opuesto excepciones, es similar al de la audiencia preliminar y complementaria de prueba del proceso ordinario; en el caso de no haberse opuesto excepciones, el objeto de la audiencia es concertar los medios para el cumplimiento del mandado de ejecución".*

c) La limitación de apelabilidad a los casos expresamente previstos en el art. 314.1.

d) La admisión de la vía del juicio ordinario posterior como medio de revisión de lo decidido en el proceso ejecutivo, según el art. 315, que establece: *"Dentro de los seis meses de cumplida o ejecutada totalmente la sentencia, cabrá el proceso ordinario de revisión de lo decidido en el proceso ejecutivo, el cual se tramitará ante el mismo Tribunal que entendió en la primera instancia del referido proceso".*

Por último, quisiera destacar, como punto negativo, la confusión existente en el Código Tipo entre estructura monitoria y proceso monitorio, anteriormente analizados.

[Volver al índice](#)