

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
Facultad de Derecho

EL PROCEDIMIENTO MONITORIO

T E S I S

Que para obtener el título de :
LICENCIADO EN DERECHO
P r e s e n t a :
AMANCIO BOLAÑO GONZALEZ

MEXICO, D. F.

1967





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N D I C E

CAPITULO I

EL PROCEDIMIENTO MONITORIO	pág.	4
1.- Generalidades		5
2.- Antecedentes Históricos		7
3.- Naturaleza Jurídica del Procedi- miento monitorio		9
4.- Límites de Aplicabilidad		14
5.- Desarrollo de Procedimiento Monitorio		19

CAPITULO II

TIPOS DE PROCEDIMIENTO MONITORIO Y PROCEDIMIENTOS AFINES		22
1.- Procedimiento Monitorio Puro		23
2.- Procedimiento Monitorio Documental		26
3.- La Inyunción Italiana		28
4.- Procedimientos Afines al Monitorio		32
a). En Italia		32
b). En Alemania		35
c). En España		36
d). En México		38

CAPITULO III

ANALISIS DE LOS MOMENTOS DEL PROCEDIMIENTO MONITORIO	pág. 50
1.- Naturaleza Jurídica de la Acción	51
a). Su concreción en la petición	54
b). La petición como demanda formal para el caso de procedimiento ordinario, en el Monitorio documental	56
2.- La Notificación	58
a). Efectos y consecuencias	58
b). La aplicación del principio de preclusión	59
3.- La Prueba	64
a). La derogación del principio de la obligación de probar en el procedimiento monitorio puro	64
b). El documento como medio de prueba en el procedimiento monitorio documental	69
c). La prueba de las excepciones del deudor	71
4.- La Orden de Pago	73

CAPITULO IV	77
1.- El Procedimiento Monitorio, su utilidad y justificación	78
2.- El Procedimiento Monitorio Puro como único y verdadero procedimiento monitorio	81
3.- Constitucionalidad del Procedimiento Monitorio	82
4.- Posibilidad de la recepción del Procedimiento Monitorio por el Derecho Procesal Mexicano	85
CONCLUSIONES	88

C A P I T U L O I.

EL PROCEDIMIENTO MONITORIO

- 1.- GENERALIDADES
- 2.- ANTECEDENTES HISTORICOS
- 3.- NATURALEZA JURIDICA DEL PROCEDIMIENTO MONITORIO
- 4.- LIMITES DE APLICABILIDAD
- 5.- DESARROLLO DEL PROCESO MONITORIO.

I.- GENERALIDADES.

Es indiscutible que la ejecución forzada sólo puede tener lugar en virtud de un título ejecutivo (1), por lo mismo el ciudadano que desea obtener tal ejecución por conducto de los órganos del estado, tendrá necesariamente que incitar al órgano jurisdiccional correspondiente, para que éste lleve a cabo en ocasiones la fase de cognición, como premisa necesaria para lograr obtener la ejecución forzada deseada.

Tratándose de obtener sentencias declarativas o -

(1) Este principio forma la base del proceso ejecutivo mismo: "Nulla executio sine titulo". Ugo Rocco.- Teoría General del Proceso Civil.- Trad. de Felipe de J. Tena.- Ed. - Porrúa, S.A. México, 1959. p. 222. "El título ejecutivo representa, frente al ejercicio de la acción ejecutiva, el presupuesto o la condición para que la acción ejecutiva pueda ejercitarse". Giuseppe Chiovenda.- Instituciones de Derecho Procesal Civil.- Trad. de E. Gómez Orbaneja.- Ed. Revista de Derecho Privado.- Madrid. Vol. I, p. 358. "El título ejecutivo es el presupuesto o condición general de cualesquiera ejecución, y, por tanto, de la ejecución forzosa: Nulla executio sine titulo". Mismo principio orienta el artículo 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española. Código Italiano de Procedimiento Civil, Art. 474, Título Ejecutivo.- "La ejecución forzosa no podrá tener lugar sino en virtud de título ejecutivo, por un derecho cierto, líquido y exigible". Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales.- Art. 443: "Para que el juicio ejecutivo tenga lugar se necesita un título que lleve aparejada ejecución..."

constitutivas el actor encontrará satisfecho su derecho,--
generalmente y sobre todo en las declarativas, con el sim--
ple pronunciamiento de la sentencia favorecedora de sus pre--
tensiones; pero, tratándose de sentencias de condena, el sim--
ple pronunciamiento de ésta, producido por una fase de cog--
nición ordinaria, no satisfará por completo la pretensión --
del actor, sino que será el medio necesario para abrir ca---
mino al procedimiento de ejecución, o sea, dicho proceso de
cognición, con su correspondiente sentencia, constituirá la
base necesaria para que el actor obtenga el título ejecutivo
y con él incite al órgano jurisdiccional a llevar a cabo la-
ejecución forzada de dicha sentencia, en caso de que el deman--
dado se niegue a cumplirla.

Pues bien, con el procedimiento monitorio (2),---
vamos a presenciar la constitución de un título ejecutivo,--

(1) Cont. Código de Comercio de la República Mexicana, Art. 1391.- "El procedimiento ejecutivo tiene lugar cuando la demanda se funda en documento que traiga aparejada ejecución..."

(2) La voz "monitorio", se deriva del latín *monitorij*, que a su vez reconoce origen en la expresión verbal *moneo*- signi--
fica: "lo que sirve para avisar, que da un aviso, que es pre--
pio para amonestar". (Ver: Real Academia Española, Dicciona--
rio de la Lengua Española, 16a. Edición, Espasa Calpe, S.A.-
Madrid, 1939; y Agustín Blánquez Fraile, Diccionario Latino--
Español. Ed. Ramón Sopena, S.A. Barcelona, 1946.)

reduciendo u omitiendo, en muchos casos, la fase de cognición del proceso ordinario, esto es, el procedimiento monitorio nos ofrece un medio expedito y económico para la constitución de un título ejecutivo que permita al actor una rápida y efectiva satisfacción de su derecho sin necesidad de recurrir al inacabable proceso ordinario de cognición.

2.- ANTECEDENTES HISTORICOS.

James Goldschmidt (3), nos remite hasta los griegos, en la búsqueda de antecedentes históricos del procedimiento monitorio, pero los estudiosos de la materia, e inclusive el insigne procesalista alemán coinciden en determinar como punto de partida cierto de este instituto, algunas prácticas procedimentales del derecho común medieval del período franco ("indiculus commonitorius") (4) y del proceso italo canónico ("praeceptum o mandatum de solvendo cum clausula iustificativa") (5).

El "indiculus commonitorius" del derecho franco-germánico no era más que un mandato condicionado de libera-

(3) James Goldschmidt.- Derecho Procesal Civil.- Trad. de -- Leonardo Prieto Castro.- Ed. Labor, S.A. Barcelona, 1936. p. 14.

(4) Goldschmidt.- Op. Cit. p. 16.

ción decretado por el Tribunal del Rey, teniendo este proceso el carácter de privilegiado frente a los procesos ordinarios que sustanciaban los tribunales populares.

El "mandatum de solvendo cum clausula iustificativa" era doblemente privilegiado, ya que además de tener el carácter de extraordinario frente a los procesos ordinarios el "mandatum" se dictaba sin citación de la parte contraria. Dos notas de esencial importancia caracterizan esta institución en el derecho italiano medieval: primero, la amplitud de fundamento para librar el "mandatum" pues no exigía base documental, sino única y exclusivamente la afirmación del interesado, afirmación que, desde luego, debería tener cierto poder de convicción; y, segundo, la simple oposición del deudor producía la derogación absoluta del mandato.

(5) Giuseppe Chiovenda.- Instituciones de Derecho Procesal Civil.- Trad. de E. Gómez Orbaneja.- Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1948. Vol. I, pp. 242-244 y 262-278.

3.- NATURALEZA JURIDICA DEL PROCEDIMIENTO MONITORIO.

Antes de estudiar a qué tipo de proceso pertenece el procedimiento monitorio, tenemos que analizar previamente, si el mismo es plenamente jurisdiccional o pertenece al campo de la jurisdicción voluntaria. A esta última opinión se adhieren la mayoría de los procesalistas austríacos, pues consideran que el procedimiento monitorio carece de etapa de cognición y que, cuando la hay, el procedimiento pierde su eficacia por la oposición del demandado de cuya naturaleza y efectos hablaremos más adelante. De esta opinión es también Carnelutti al considerar al procedimiento monitorio entre los procesos sin litis, y al cual define como: "Un mecanismo muy útil para separar automáticamente de los procesos de condena, verdaderamente contenciosos, los procesos sin litis" (6).

Nosotros estamos de acuerdo con Calamandrei y con la mayoría de los procesalistas alemanes en reconocerle al -

(6) Francesco Carnelutti, citado por Calamandrei en El Procedimiento Monitorio.- Trad. de Santiago Sentís Melendo.- Ed. Jurídicas Europa-América.- Buenos Aires, 1953. p. 49.

procedimiento monitorio su carácter jurisdiccional ya que,-- si bien éste carece en forma parcial de la etapa de cogni--- ción que caracteriza a los procesos genuinamente jurisdiccio--- nales, el mismo no trata de constituir un estado jurídico--- nuevo, sino de actualizar una relación jurídica preexisten--- te (7), pues antes de hacer uso del procedimiento monitorio existe ya una relación de obligación entre las partes: el in--- cumplimiento de la obligación y el derecho correlativo a exi--- girlo, llenándose en esta forma los requisitos que el ejer--- cicio de las acciones requiere (8). Al respecto, nuestro -- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territo--- rios Federales, en su artículo 893 se ha apegado a la doc--- trina general al establecer que en la jurisdicción volunta--- ria no debe estar promovida ni se promoverá, cuestión alguna entre partes determinadas.

Analizada así la cuestión, a través de nuestra le--- gislación adjetiva, no podemos considerar de manera alguna, que el procedimiento monitorio (9), caiga dentro de la esfe---

(7) Adolfo Wach.- Handbuch.- T. I, pp. 47 y sigs. citado por Calamandrei, Op. Cit. p. 50.

(8) En nuestra legislación artículo 1º del Código de Proce--- dimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales.

ra de la jurisdicción voluntaria, ya que, en aquél si se --
promueve una cuestión y las partes están perfectamente de--
terminadas (10).

Excluida pues la idea de que el procedimiento mo-
nitorio pertenezca al campo de la jurisdicción voluntaria,--
nos queda analizar si éste pertenece al procedimiento ejecuti-
vo o al proceso de cognición ordinaria, teniendo desde luego
en esta última forma, el carácter de especial.

Desde luego creemos, que mientras el procedimien-
to monitorio tenga como fin la creación de un título ejecuti-
vo en la forma más expedita posible, no podremos situarlo --
dentro del proceso ejecutivo; éste se dará quizá, pero sólo
cuando el deudor no produzca oposición a la orden de pago --
emitida por el juez, pero, con esta intervención se delimi--
ta claramente donde empieza el procedimiento monitorio (con
la solicitud al juez para que libere la orden de pago, ya sea
basándose en documento o en la simple afirmación del acreedor)
(11) y donde termina (con la falta de oposición del deudor -

(9) En nuestro derecho positivo no existe esta figura jurídi-
ca; lo referente a esto será tratado con posterioridad.

(10) Procedimiento monitorio documental y procedimiento moni-
torio puro, según el caso, según connotación de Calamandrei.

a la orden de pago librada por el juez), por lo que sólo --- hasta este momento surge la fase ejecutiva para llevar a cabo la ejecución forzada de la citada orden de pago.

Esto nos lleva a pensar con Calamandrei, que el procedimiento monitorio es un proceso especial de cognición, en el cual la falta de oposición del deudor viene a provocar una declaración de certeza en favor del acreedor y la creación simultánea de un título ejecutivo.

Calamandrei sostiene igualmente que el procedimiento monitorio "es un tipo especial de procedimiento que, con formas simplificadas y abreviadas, se dirige a alcanzar la misma finalidad que el proceso ordinario de condena (declaración de certeza y simultánea creación de un título ejecutivo)" (12). Siendo esta la posición actual de los autores modernos que han tratado el tema.

Estamos de acuerdo con tal opinión ya que colocar al procedimiento monitorio en una categoría especial de acciones (procedimiento sumario especial), tal como la hace Chio-

(11) En favor de esta opinión se pronuncian la mayoría de los procesalistas germanos: Dreschel, Goldenring, Hellwig, Schmidt, Weismann, Wach; y, en Italia, Segni. (Citados por Calamandrei, Op. Cit., pp. 49 y 55).

(12) Calamandrei, Op. Cit., p. 73.

venda únicamente porque en el mismo hay una considerable reducción de formas y de formalidades, sería tanto como afirmar que la acción de condena cambia en su naturaleza únicamente porque la sentencia a que dio lugar fue una sentencia dictada en contumacia del demandado, en virtud de que éste no concurrió a juicio y que, por lo tanto, existió una reducción de la cognición.

En principio podemos considerar, que el procedimiento monitorio es una manera más simple de hacer valer una acción de condena ordinaria por otra vía, intentando fundar la declaración de certeza que en ella se emite, en una preclusión.

4.- LIMITES DE APLICABILIDAD DEL PROCEDIMIENTO MONITORIO.

Hemos visto ya, que el procedimiento monitorio -- se usa generalmente para ejercitar acciones de condena, te-- niendo por objeto el hacer cumplir obligaciones de dar, pero su aplicabilidad se restringe a aquellas en que el objeto de la obligación es una determinada cantidad de cosas fungibles.

En el derecho positivo italiano, el procedimien-- to monitorio, al cual han dado en llamar procedimiento de in yunción, reglamentado en el Real Decreto de 24 de julio de -- 1922, en su artículo 1º establece la aplicabilidad del proce-- dimiento monitorio al "crédito en dinero, o bien en mercade-- rías u otras cosas fungibles", es decir, como claramente afir-- ma Calamandrei: "están admitidas en esta forma de procedi--- miento sólo las obligaciones de cantidad, no las de especie o de género" (13).

Existen como excepción a lo señalado anteriormen-- te, en la legislación italiana, diversos casos particulares de proceso monitorio que han permanecido en vigor, como el -- establecido en el artículo 397 del Código de Procedimiento -

(13) Calamandrei, Op. Cit. p. 99.

Civil de 1865 derivado del Segundo Código Sardo (14), respecto al procedimiento en favor de los abogados, procuradores, peritos, relatores, agentes judiciales, para obtener de los clientes o mandantes el pago de las costas, derechos y honorarios (15). Este procedimiento se aplica para satisfacer un crédito nacido en favor de personas que hubieren prestado sus servicios como auxiliares un un proceso. Igualmente es aplicable a los abogados y procuradores que hubieren dejado de percibir sus honorarios profesionales por los servicios prestados, ya sea en un proceso determinado o fuera de él. Con relación a los honorarios de los abogados y procuradores es necesario el parecer de la Junta del Colegio de Abogados o Procuradores, y respecto a los notarios, que la nota haya sido liquidada y aprobada por el presidente del Colegio Notarial (16).

La Ley de 24 de diciembre de 1896 número 547 modificada por el Real Decreto de 20 de septiembre de 1922, nú-

(14) Citado por Chiovenda, Op. Cit., Vol. I, p. 306. Ed. de 1954.

(15) Chiovenda, Op. Cit., Vol. I, p. 306.

(16) Artículo 79 de la Ley de 16 de febrero de 1913, citada por Chiovenda, Op. Cit., Vol. I, p. 307.

mero 1316, artículo 18, establecía un procedimiento especial (monitorio) para el desalojo de inmuebles cuyo término de arrendamiento hubiere vencido (17).

Existen igualmente en la legislación italiana dos procedimientos especiales del tipo del monitorio; uno, para el cobro de las tasas de registro y sucesiones, reglamentado en la Ley de 30 de diciembre de 1923, números 3269 y 3270, artículos 144 y 145, 92 y 93; y el privilegiado a favor del estado, de los municipios, de las instituciones públicas de beneficencia, de las provincias y otras entidades públicas, para el cobro de los ingresos patrimoniales, reglamentado en la Ley de 24 de diciembre de 1808, número 797, actualmente unificada el 14 de abril de 1910, número 639 (18).

Los países que han adoptado, como Italia, la institución del derecho monitorio, principalmente Austria y Alemania, tienen más o menos las mismas excepciones que la legislación italiana establece con respecto a la regla general de aplicabilidad señalada con anterioridad.

(17) Citada por Chiovenda, Op. Cit., Vol. I. p. 308.

(18) Chiovenda, Op. Cit., Vol. I. pp. 311-312.

Con referencia a lo que hemos llamado regla general de aplicabilidad del procedimiento monitorio, es conveniente hacer notar también que entre estos países es muy --- similar dicha regla, salvo pequeñas diferencias que no cam-- bian de manera alguna la esencia de ésta, como sería la di-- ferente cuantía de los créditos en los distintos países co-- mo presupuesto de procedibilidad, forma oral o escrita al re-- curso, etc.

Al respecto, Rosenberg, (19) haciendo referencia a la legislación alemana, señala que el procedimiento moni-- torio será aplicable sólo para las prestaciones sobre pago - de determinada suma de dinero, o sobre prestación de deter-- minada cantidad de otras cosas fungibles (20). Señala igual-- mente este autor la aplicabilidad del monitorio, en la legis-- lación alemana, para pretensiones sobre hipoteca, sobre deu-- da inmobiliaria o de renta e hipoteca naval.

(19) Leo Rosenberg.- Tratado de Derecho Procesal Civil.- Trad. de Angela Romera Vera.- Ediciones Jurídicas Europa-América.- Buenos Aires, 1955. T. II, p. 529.

(20) Cfr. Calamandrei, Op. Cit., p. 99.

El derecho austríaco tiene un procedimiento monitorio fundado en la Ley de 27 de abril de 1873, semejante al alemán, admisible para créditos hasta de 1,500 "Schillings"; un procedimiento de mandato mezcla de monitorio y de proceso documental, (este último lo analizaremos con detenimiento más adelante) y un procedimiento monitorio ante los tribunales del trabajo. (21)

(21) Rosenberg, Op. Cit., T. II, pp. 528-529.

5.- DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO MONITORIO

Hemos dejado sentado ya que el procedimiento monitorio es un proceso especial de cognición cuyos efectos son iguales a los que produciría una sentencia de condena obtenida a través de un juicio de cognición ordinaria. Ahora bien, ¿en qué consiste este procedimiento especial? es decir, ¿cómo funciona en los países que han adoptado esta institución en su derecho positivo? ¿cuál es la esencia de este procedimiento?

La característica esencial del procedimiento monitorio es la inversión de la iniciativa del contradictorio, esto es, en lugar de iniciarse, como todos los procesos de cognición ordinaria, con el principio del contradictorio (Artículo 256 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales)(22), emplazando al demanda

(22) Artículo 256.- "Presentada la demanda con los documentos y copias prevenidos, se correrá traslado de ella a la persona o personas contra quienes se proponga, y se les emplazará para que contesten dentro de nueve días".

do para que conteste la demanda, y después de que el juez oiga a éste (en nuestro derecho sería normalmente en el escrito de contestación a la demanda) (23) dictará la resolución correspondiente; pero si en vez de que esto ocurra, el juez, con la petición del actor, en este caso el acreedor, dicta orden de pago contra el demandado, en este caso deudor, sin oírlo, es decir, sin previo contradictorio, señalándole término para que se oponga, apercibiéndolo que si en el lapso de tiempo señalado no se opone, la orden de pago tendrá la eficacia de título ejecutivo, adquiriendo el valor procesal de cosa juzgada; el juez habrá invertido, en esta forma, la iniciativa del contradictorio que normalmente corresponde al actor, desplazándola al demandado, tal como acontece en el procedimiento ejecutivo de nuestro derecho, como veremos posteriormente.

En el caso contrario, si el deudor se pone en tiempo a la orden de pago emitida por el juez en su contra,

(23) Artículo 637 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales.- "En toda clase de juicio, cuando se constituye en rebeldía un litigante, no compareciendo en el juicio después de citado en forma, no se volverá a practicar diligencia alguna en su busca".

la "inyunción" (24) perderá su eficacia ejecutiva, por lo menos temporalmente, y la notificación hecha al deudor -- hará la vez de un emplazamiento a juicio de cognición ordinaria, y determinará la prevención para los fines de la litispendencia (artículo 643 del Código Italiano de Procedimiento Civil).

De lo anterior se desprende que la ausencia de oposición por parte del deudor es la que le da eficacia -- material a la inyunción emitida por el juez del conoci--- miento, perdiendo ésta dicha eficacia, cuando el deudor -- se opone a la orden de pago emitida por el juez.

Desde luego, es de presumirse que este despla--- zamiento del contradictorio que realiza el juez en el pre--- cedimiento del actor al demandado es aplicable a preten--- siones privilegiadas, es decir, que existe una certeza ca--- si absoluta del crédito que se pretende cobrar por conduc--- to de este procedimiento y que autoriza al juzgador a re--- conocer su existencia y validez a priori, y antes de cono--- cer o de oír las excepciones que al respecto pudiera ha--- cer valer el demandado.

(24) Francesco Carnelutti.- Instituciones del Proceso Ci-vil.- Trad. de la 5a. edición italiana por Santiago Sen--- tís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América.- Buenos Aires, Vol. I, p. 154.

C A P I T U L O I I .

TIPOS DE PROCEDIMIENTO MONITORIO Y PROCEDIMIENTOS AFINES

- 1.- PROCEDIMIENTO MONITORIO PURO
- 2.- PROCEDIMIENTO MONITORIO DOCUMENTAL.
- 3.- LA INVUNCION ITALIANA
- 4.- PROCEDIMIENTOS AFINES AL MONITORIO
 - a) En Italia
 - b) En Alemania
 - c) En España
 - d) En México.

TIPOS DE PROCEDIMIENTO MONITORIO Y PROCEDIMIENTOS AFINES

Antes de adentrarnos en el análisis detenido de cada una de las etapas o momentos que integran el procedimiento monitorio, es conveniente hacer notar que, las legislaciones que han adoptado este instituto han distinguido dos tipos de este procedimiento, con presupuestos y efectos diferentes, pero iguales en su estructura esencial. Estos son los procedimientos monitorios austro-germanos, que Calamandrei ha bautizado con los nombres de "procedimiento monitorio puro" y "procedimiento monitorio documental", y la mezcla que de ambos ha hecho la legislación italiana en el llamado proceso de inyunción. Estos y otros similares serán analizados a continuación.

1.- PROCEDIMIENTO MONITORIO PURO

Este tipo de procedimiento, que en nuestra opinión es el verdadero y típico procedimiento monitorio, se caracteriza esencialmente por el hecho de que la simple afirmación, ya sea escrita u oral, no probada del acreedor, produce que se libere, por parte del juez y en favor de éste, orden condicionada de pago a cargo del deudor; así, en la forma más sencilla y expedita, y con la sola

afirmación, inclusive oral del acreedor, el juez estará obligado a librar orden condicionada de pago en contra del deudor.

Otra característica que singulariza al procedimiento monitorio puro es la consistente en que la simple oposición, no motivada, del deudor, hace caer en la nada la orden de pago librada por el juez sin siquiera servir esta oposición para abrir un juicio en contradictorio, en el cual se decidiera la validez o invalidez de la orden de pago; sino que el juez estará obligado a decidir sobre la originaria acción de condena, como si la orden de pago no hubiere existido.

Este monitorio puro lo encontramos en las legislaciones austríaca (25) y alemana (Mahnverfahren), (26) siendo la estructura procesal de este último mucho más complicada que la del primero, ya que, mientras en el monitorio puro austríaco la orden de pago adquiere ejecuti-

(25) Ley Austríaca de 27 de abril de 1873, número 67, modificada por la Gerichtsentlastungsnovelle de 1° de junio de 1914, número 118, citada por Calamandrei, Op. Cit., p. 30.

(26) Z.P.O. alemana, Citada por Calamandrei, Op. Cit., p. 31.

vidad por el simple transcurso del tiempo, al no oponerse el demandado, en el sistema alemán es necesario que el -- acreedor solicite, al no existir oposición, la ejecución de la orden de pago.

Salvo algunas diferencias en cuanto a formalidades y límites de aplicación, podemos afirmar que, las -- características señaladas son las que singularizan y distinguen al procedimiento monitorio puro de sus afines.

2.- PROCEDIMIENTO MONITORIO DOCUMENTAL

Austria (27) y Alemania (28), han adoptado también este tipo de procedimiento, cuya principal característica, como su mismo nombre lo indica es que el mismo presupone la existencia de una prueba documental que vendrá a ser el presupuesto base de la acción intentada, es decir, que el mismo es aplicable únicamente a los créditos fundados en prueba escrita. El juez en este caso, para librar la orden condicionada de pago, tendrá que basarse necesariamente en una prueba documental que el acreedor deberá exhibir.

Por otra parte, encontramos también, como singularidad de este procedimiento monitorio de tipo documental, que la oposición del deudor a la orden de pago librada por el juez no hace caer en la nada a ésta, como en el caso del monitorio puro, sino que provoca que se abra un juicio de cognición ordinaria en el cual se determinará si carece o no de fundamento el mandato emitido.

(27) Mandatsverfahren.

(28) Urkundenprozess.

Al igual que en el monitorio puro, en el documental, también existen diferencias de forma entre los países que lo han instituido en sus legislaciones, sin que estas variantes afecten su esencia.

Ambos procedimientos, el puro y el documental, ya sea individualmente aplicados o en combinación, los encontramos en la legislación italiana, la cual estudiaremos más adelante; japonesa, búlgara, húngara, checoslovaca, suiza y uruguaya, revistiendo especial interés esta última, ya que, aparte de ser el único país latinoamericano que ha adoptado el instituto materia de este estudio, en la misma se substancia el contradictorio en la vía sumaria y no en un procedimiento ordinario, como sucede en las demás formas legislativas; hecho que nos parece muy atinado en virtud de que la oposición no hace caer la providencia en el interminable juicio ordinario, mismo que hace perder su expeditividad al monitorio.

3.- LA INYUNCION ITALIANA

Como se ha visto anteriormente, las legislaciones que han adoptado el procedimiento monitorio en su derecho positivo, establecen diferencias tanto de forma como de aplicabilidad en el uso de éste, diferencias que traen por consecuencia que el monitorio tenga características especiales, propias de la legislación que las reglamenta.

En Italia se ha producido un fenómeno por demás curioso con el procedimiento monitorio, debido principalmente a la influencia de las leyes francesas, consistente en una solución de continuidad en la tradición del derecho italiano, sobre cuya etapa medieval ya hemos hablado ("Mandatum de solvendo cum clausula iustificativa").

El Código Italiano de Procedimientos de 1865 - al igual que los códigos sardos, no consagró en su texto el procedimiento monitorio, rompiendo en esta forma con la continuidad procesal iniciada desde el derecho italiano intermedio y continuada por las constituciones piemontesas y el Código Estense de 1852.

Es hasta el presente siglo, con el Decreto del Lugarteniente de 27 de octubre de 1918, completando el artículo 379 del Código Procesal de 1865 que se introduce en Italia de nueva cuenta un tipo concreto de monitorio con las características del "puro", pero limitado al cobro de honorarios de los abogados. Posteriormente la Ley de 3 de julio de 1922 y el Real Decreto de 24 de julio del mismo año, vienen a configurar el típico procedimiento monitorio italiano, el cual adquiere características del "documental" austro-germánico, y la denominación de "Procedimiento de Inyunción".

El nuevo Código di Procedura Civile italiano, establecido por el Real Decreto de 28 de octubre de 1840, en el cual se introduce el régimen del procedimiento de inyunción contenido en la Ley de 7 de agosto de 1936, ha sistematizado, en un solo cuerpo de disposiciones, las normas vigentes anteriormente sobre la materia, ampliando las un poco.

Dentro del Libro Cuarto, dedicado a los procedimientos especiales y de su título I relativo a los procedimientos sumarios, el Capítulo I regula el procedimiento de inyunción o de conminación (Artículos 663- 656), cu

Los preceptos se han adicionado por los Artículos 43 y 188 de las Disposiciones de Ejecución del Código de Procedimiento Civil y disposiciones transitorias, establecidas por el Real Decreto de 18 de diciembre de 1941 (29).

En resumen, Italia ha establecido principalmente en su legislación, el procedimiento monitorio documental, reglamentado inicialmente en el Real Decreto de 24 de julio de 1922, con particularidades tomadas del Mandatsverfahren de la legislación austríaca (30), solamente en algunas de sus ex-colonias se ha conservado el procedimiento monitorio puro, teniendo éstas como antecedente la Ley Austríaca de 1873 (31).

(29) Para esta síntesis histórica del procedimiento de inyunción italiano se ha consultado el estudio de Fausto E. Rodríguez sobre el procedimiento monitorio publicado en la Revista de la Facultad de Derecho de México. T. VIII, No. 30, Abril-Junio 1958.

(30) Calamandrei, Op. Cit. p. 45.

(31) Ordenamiento judicial de Libia, Real Decreto de 20 de marzo de 1913, Número 239, procedimiento monitorio: arts. 49-58. Citado por Calamandrei en Op. Cit. p. 40.

Sin embargo, los italianos han combinado el --
monitorio puro y el documental y de dicha no muy feliz --
combinación ha surgido el procedimiento de inyunción, en
el cual, como hemos dicho ya, se mezclan caprichosamente
ambos procedimientos: identificándose con el documental --
en cuanto que es utilizable únicamente para las obligacion
es derivadas de prueba escrita y con el puro, en cuanto
que con la presentación de la oposición, la inyunción piere
de toda eficacia, salvo los efectos de la litispendencia.

(32)

(32) Propuesta Chiovenda en la Riforma del Procedimento --
Civile Proposta dalla Commissione per il dopo de Guerra.
(Napoli 1921), p. 141 y sigs. Citado por Calamandrei en
Op. Cit., p. 45.

4.- PROCEDIMIENTOS AFINES AL MONITORIO.

Existen en todas las legislaciones, en una u otra forma, procedimientos parecidos al monitorio, siendo principalmente aquellos de tipo ejecutivo dentro de los cuales encontramos formas muy similares a las del monitorio. Estudiaremos aquí estos procedimientos y principalmente aquellos que han servido de antecedente a nuestra legislación procesal vigente y que por tal motivo son de primordial interés para nosotros.

a) En Italia.

Encontramos en Italia el procedimiento documental o cambiario similar al nuestro, en virtud del cual el acreedor, poseedor de un título ejecutivo puede solicitar al juez la ejecución inmediata sobre bienes de su deudor.

La acción ejecutiva está íntimamente ligada al título ejecutivo o documento que lo consagra. La posesión del documento es condición necesaria, tanto para pedir actos ejecutivos, como para llevarlos a cabo por conducto del órgano jurisdiccional, y por otra parte, la titularidad del título ejecutivo es condición suficiente para que el acreedor obtenga el acto ejecutivo, sin que tenga que-

probar por otros medios el derecho a la prestación contenido en el título (33).

La particularidad que identifica en cierta forma al proceso ejecutivo con el procedimiento monitorio es precisamente la falta de necesidad del actor de probar por otros medios el derecho a la prestación para que el juez provea a la satisfacción de su derecho y, la que los hace esencialmente diferentes es la de que el actor, en el proceso ejecutivo, es poseedor de un título precisamente ejecutivo; mientras que en procedimiento monitorio, el acreedor carece de esta clase de título, por lo que, su pretensión será la creación de éste en la forma más económica y expedita posible.

En virtud de la similitud existente entre los procesos de tipo ejecutivo de las diversas legislaciones que estudiaremos en este apartado, no haremos mención a ellos sino hasta el momento de analizar al respecto nuestra propia legislación.

Otro procedimiento similar al monitorio lo encontramos en Italia en su ordenamiento adjetivo civil, con el título de Procedimiento para la Convalidación del Des_

(33) Chiovenda, Op. Cit., Vol. I, p. 360.

ahucio (34), consistiendo el mismo en una providencia que se resuelve con una verdadera inyunción de libramiento -- del inmueble respecto del cual se propone la pretensión.(35)

Por último, existen en Italia procedimientos a los cuales Chiovenda ha dado en llamar acertadamente "declaraciones con preferente función ejecutiva", las cuales, por la extrema sencillez del derecho a declarar, limitan el conocimiento del juez a la simple comprobación del --- acuerdo de las partes de una prestación de obra o de gastos hechos con motivo del juicio, siendo llevado a cabo -- en la forma económica del auto o providencia, sin normas especiales (36).

(34) Arts. 657-663 del Código Italiano de Procedimiento Civil, transcrito en la obra de Francesco Carnelutti: Sistema de Derecho Procesal Civil.- Trad. de Niceto Alcalá Zamora y Santiago Sentís Melendo.- Ed. UTHA. Argentina. T. I, p. 562.

(35) Carnelutti.- Instituciones, Vol. I. p. 155.

(36) Chiovenda.- Instituciones.- Vol. I, p. 363.

b) En Alemania.

Aparte del proceso documental cambiario correspondiente, encontramos en la legislación alemana, procesos similares al monitorio, pues aunque cuenta con algunos a los cuales han dado en calificar, junto con el monitorio, de especiales como son: el proceso matrimonial o de filiación, el proceso en las causas de interdicción y el procedimiento arbitral, los cuales en nuestra opinión no tienen parecido alguno con el monitorio.

Entre estos procedimientos especiales del derecho alemán encontramos el llamado procedimiento por edictos públicos, el cual consideramos que tiene por lo menos una característica clásica del monitorio, consistente ésta en que en el mismo no hay debate litigioso en principio, llevándose a cabo sobre la base del silencio (37). Es decir, el edicto se dirige al contrario desconocido - al cual se amenaza con determinado perjuicio jurídico y,

(37) Rosenberg.- Op. Cit., T. II, p. 579.

en especial, con la pérdida o menoscabo de un derecho --
adquirido, en caso de no formular denuncia (oposición).

No observamos en la legislación procesal ale-
mana, exceptuando el documental cambiario y el de edic-
tos públicos procedimientos que en una u otra forma se -
identifiquen con el monitorio.

c) En España.

En la legislación española no existe el proce-
dimiento monitorio, pero sí un proceso de creación de tí-
tulos configurado en la Ley de Enjuiciamiento Civil como
diligencias preparatorias del juicio ejecutivo, que a --
nuestro parecer tienen una enorme similitud con el pro-
cedimiento monitorio documental, pero que no analizaremos
a fondo en virtud de que en nuestra legislación positiva
contamos con un instituto de idéntica concepción, el cual
evaluaremos en el siguiente inciso.

Sin embargo, algunos procesalistas españoles
han querido ver en los artículos 7º, 8º y 12º de la Ley -
de Enjuiciamiento Civil española de 1881 (38) un procedi-

(38) Ley de Enjuiciamiento Civil.- Colecc. Leyes Civiles
de España de León Medina y Manuel Marañón.- Ed. Reus.- -
Madrid, 1943.

miento de naturaleza monitoria.

Los preceptos señalados reglamentan un trámite procesal para reclamar el pago de las cantidades que un poderdante adeude a su procurador por concepto de habilitación de fondos para continuar un negocio ya entablado (artículo 7°), o el rescate de los derechos y los gastos suplidos o adelantados por este último para el litigio (artículo 8°), así como para exigir del procurador o del cliente el pago de los honorarios devengados por los abogados en el pleito (artículo 12°).

En las dos primeras disposiciones, el juez libra mandato de requerimiento de pago contra el deudor, para que, en determinado tiempo cubra la cantidad que se le reclama, permitiendo la oposición una vez que se haya verificado dicho pago (aunque el artículo 7° no hace mención expresa a la oposición, deberá interpretarse en el sentido de que si la pretensión del actor es injusta el deudor tendrá derecho a oponerse después del pago). Como se puede apreciar esta oposición posterior al pago hace perder la naturaleza monitoria que se pretende dar a los preceptos señalados, ya que en el procedimiento moonitorio se admite la oposición antes de efectuarse el pago, respetándose en esta forma, la garantía de audiencia

del demandado.

Dudamos, por esto, de la naturaleza monitoria de estas disposiciones que inclusive nos parecen tachables de inconstitucionalidad.

En el artículo 12° se admite la oposición antes de efectuarse el pago, pero, restringida, ya que la misma debe referirse a la minuta que tiene que presentar el acreedor al juez, cuando ésta fuere excesiva, por lo tanto, aunque es el que más se acerca al monitorio, no podemos incluir a España dentro de los países que han adoptado este instituto.

d) En México.

Reviste especial interés en el presente estudio el análisis comparativo entre el procedimiento monitorio y algunas instituciones de nuestra legislación positiva que tienen cierta semejanza con aquel.

La primera que encontramos es, desde luego, la existente en nuestro procedimiento cambiario y en nuestro juicio ejecutivo civil, reglamentados en el Código de Comercio de 1889 y en Código de Procedimientos Civiles para

el Distrito y Territorios Federales vigente, respectivamente, éstos, tienen algunos aspectos identificables con el monitorio, y en especial con el monitorio documental austro-germánico y con el de inyunción italiano, con la excepción que hemos señalado ya con anterioridad, en el sentido de que el monitorio tiene como objeto inmediato la creación de un título ejecutivo, mientras que en nuestros procedimientos ejecutivos este título ya existe y es presupuesto indispensable para demandar el derecho que va implícito en el texto del mismo (39). Sin embargo, en el juicio ejecutivo, el juez dicta orden de pago-

(39) Artículo 1391 del Código de Comercio vigente: "El procedimiento ejecutivo tiene lugar cuando la demanda se funda en documento que traiga aparejada ejecución..."

Artículo 443 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales vigente: "Para que el juicio ejecutivo tenga lugar se necesita un título que lleve aparejada ejecución..."

en contra del deudor y embargo de sus bienes en caso de negarse éste a efectuar dicho pago (40), basándose únicamente en el documento que le ha sido presentado por el acreedor y sin conocimiento alguno de las excepciones -- que pudiera tener el demandado contra tal pretensión. En la misma forma que en procedimiento monitorio, el juez -- libra orden de pago en contra del deudor, llegando inclusive más lejos, al ordenar el embargo sobre bienes de dicho deudor, antes de notificarle el término que tiene para oponerse a la ejecución (41). Es decir, en el mismo-

(40) Artículo 1392, Código de Comercio: "Presentada por el actor su demanda acompañada del título ejecutivo se -- proveerá auto, con efectos de mandamiento en forma, para que el deudor sea requerido de pago, y no haciéndolo se le embarguen bienes suficientes para cubrir la deuda y -- costas, poniéndolos bajo la responsabilidad del acreedor, en depósito de persona nombrada por éste, salvo lo dispuesto en las concesiones vigentes en favor de los bancos."

(41) Artículo 1396 del Código de Comercio: "Hecho el embargo, acto continuo se notificará el deudor, o la persona con quien se haya practicado la diligencia, que dentro de tres días comparezca ante el juzgado a hacer pagu llana de la cantidad demandada y las costas, o a oponerse a la ejecución si tuviere alguna excepción para ello."

Artículo 459 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales: "...Luego que se efectúe el embargo se correrá traslado de la demanda y se seguirá el juicio por los trámites del juicio sumario hasta dictar sentencia definitiva."

acto libra orden de pago y ordena ejecución en caso de no efectuarse éste, mientras que en el monitorio el juez libra orden de pago, únicamente, dejando supeditada la ejecución a la falta de oposición del deudor.

La falta de oposición a la ejecución en nuestros procedimientos ejecutivos, tanto mercantil como civil, trae como consecuencia la sentencia de remate de los bienes embargados, mientras que en el monitorio la falta de oposición por parte del deudor a la orden de pago emitida por el juez, trae como consecuencia la creación del título ejecutivo deseado (orden de pago se convierte en título ejecutivo), y la ejecución sobre bienes del deudor.

Encontramos pues, que lo que identifica en alguna forma a nuestros procedimientos ejecutivos con el procedimiento monitorio es única y exclusivamente el famoso desplazamiento de la iniciativa del contradictorio del actor al demandado, o sea, que el juez emite su pronunciamiento sin previo contradictorio, aunque posteriormente, en el procedimiento ejecutivo tenga que declarar contumaz al demandado para dictar la sentencia de remate correspondiente.

Se ha tratado de identificar a nuestro juicio sumario de desahucio con el procedimiento monitorio-- quizás por el carácter de especial que tiene aquel en -- nuestra legislación y por el aseguramiento de bienes que ordena el juez al requerir al arrendatario para que acredite estar al corriente en el pago de la renta (42). Inudablemente que este libramiento judicial contiene una-- orden de ejecución, orden que dicta el juez con la simple comprobación de la relación contractual, y con la afirmación del arrendador de que no le han sido pagadas un número determinado de pensiones (43). Pero, los fines que

(42)

Artículo 490 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales: "Presentada la demanda con el documento o la justificación correspondiente, dictará auto el juez mandando requerir al arrendatario para que en el acto de la diligencia justifique con el recibo correspondiente estar al corriente en el pago de las rentas, y no haciéndolo, se le prevenga que dentro de 20 -- días si la finca sirve para habitación, o dentro de 40 -- días si sirve para giro mercantil o industrial, o dentro de 90 si fuere rústica, proceda a desocuparla, apercibido de lanzamiento a su costa si no lo efectúa. En el -- mismo acto se le emplazará para que dentro de 5 días ocurra a oponer las excepciones que tuviere."

Artículo 498: "Al hacer el requerimiento que se dispone en el Art. 490, se embargarán y depositarán bienes bastantes para cubrir las pensiones reclamadas, si así se -- hubiere decretado. Lo mismo se observará al ejecutarse

persiguen, tanto el procedimiento monitorio (creación de un título ejecutivo) como nuestro juicio de desahucio -- (desocupación y entrega de la localidad arrendada), son muy diferentes, por lo que su relación o identificaciones mínimas (orden de ejecución sobre bienes del arrendatario), como sucede en la inyunción de desalojo italiana.

Consideramos que de las instituciones procesales nacionales la que más semejanza tiene con el procedimiento monitorio es la de los medios preparatorios a juicio ejecutivo, ya sean civiles o mercantiles (44). Es más, consideramos que ambos tienen con el procedimiento-

(42) Cont. el lanzamiento".

(43) Artículo 489 del Código de Procedimientos Civiles -- para el Distrito y Territorios Federales: "La demanda de desocupación debe fundarse en la falta de pago de dos o más mensualidades y se acompañará con el contrato escrito del arrendamiento cuando ello fuere necesario para -- la validez del acto, conforme al Código Civil. En caso de no ser necesario el contrato escrito o de haberse cumplido voluntariamente por ambos contratantes sin otorgamiento de documento, se justificará por medio de información testimonial, prueba documental o cualquiera otra -- bastante como medio preparatorio del juicio".

(44) Título V, Capítulo II del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales, y Art. 1167 del Código de Comercio vigente.

monitorio una similitud extraordinaria, basta con leer -- los artículos 201 y 202 de nuestro Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales: Art. 201.- "Puede prepararse el juicio ejecutivo, pidiendo al deudor confesión judicial bajo protesta de decir verdad, y el juez señalará día y hora para la comparecencia. En este caso, el deudor habrá de estar en el lugar del juicio cuando se le haga la citación, y ésta deberá ser personal, expresándose en la notificación el objeto de la diligencia, la cantidad que se reclame y la causa del deber.

"Si el deudor no fuere hallado en su habitación, se entregará la cédula, conteniendo los puntos a -- que se refiere el párrafo anterior al pariente más cercano que se encontrare en la casa.

"Si no comparece a la primera citación, se le citará por segunda vez bajo apercibimiento de ser declarado confeso.

"Si después de dos citaciones no compareciere ni alegare justa causa que se lo impida, se le tendrá por confeso en la certeza de la deuda".

Artículo 202.- "El documento privado que con-

tenga deuda líquida y sea de plazo cumplido, dará mérito para que el juez ordene el requerimiento de pago como preliminar del embargo que se practicará en caso de no hacerse aquel en el acto de la diligencia; pero siempre será necesario que previamente se intime al deudor para que reconozca su firma ante el actuario en el mismo acto. Cuando intimado dos veces rehuse contestar si es o no es suya la firma, se tendrá por reconocida".

En este último artículo podemos apreciar que existe un documento que, desde luego, no es un título ejecutivo, un requerimiento de pago librado por el juez del conocimiento y una orden de embargo en caso de no oposición.

Contiene este artículo el procedimiento necesario para preparar la acción ejecutiva, con un documento que por su propia naturaleza no puede traer aparejada ejecución, convirtiéndolo, ya sea por el reconocimiento del deudor, o simplemente por el silencio de éste, en un título ejecutivo, objeto inmediato del procedimiento monitorio, y que da lugar al aseguramiento sobre bienes del deudor.

El artículo 1167 de nuestro Código de Comercio vigente dice a la letra: "Puede prepararse la acción ejecutiva, pidiendo el reconocimiento de la firma de los documentos mercantiles. Cuando el deudor se niegue a reconocer su firma, se dará por reconocida siempre que, citado por dos veces para el reconocimiento, no comparezca, o requerido por dos veces, en la misma diligencia rehuse contestar si es o no suya la firma".

Aquí tenemos otro caso en nuestra legislación de creación de un título ejecutivo, o como dice nuestro Código de Comercio, de preparación de la "acción ejecutiva", que tiene gran similitud con el procedimiento monitorio documental que hemos visto con anterioridad.

Esta identificación que encontramos entre el procedimiento monitorio documental y los medios preparatorios a juicio ejecutivo de nuestra legislación civil, la podemos resumir en tres puntos básicos:

Primero, el objeto inmediato de ambos procedimientos es la creación de un título ejecutivo, o si se quiere, la preparación de la acción ejecutiva.

Segundo, en ambos procedimientos el juez libra orden de pago en contra del deudor sin fase precedente -- de cognición, desplazando en esta forma la iniciativa del contradictorio del actor al demandado.

Tercero, la falta de oposición del deudor o -- su silencio dan lugar al nacimiento del título ejecutivo deseado.

Podría decirse que este proceso de creación -- de títulos ejecutivos, en nuestro derecho, más que de -- creación son de reconocimiento porque el título en principio existe ya, y lo único que se hace es integrarlo o complementarlo con actividades especiales de las que depende su fuerza ejecutiva, pero parece más adecuada la -- opinión que al respecto nos da Guasp, en el sentido de -- que antes del resultado favorable del proceso de creación, el título sumario no existe, sino sólo un documento de -- otra significación jurídica, y que, por lo tanto, el proceso especial de facilitación crea, y no simplemente reconoce el título de que se trata. (45).

(45) Jaime Guasp.- Derecho Procesal Civil.- 2a. Ed.- Instituto de Estudios Políticos.- Madrid, 1961. Vol. II, p. 1248.

Nos parece que la diferencia de formalidades existente entre nuestros medios preparatorios a juicio ejecutivo y el procedimiento monitorio de tipo documental no hacen variar en esencia la enorme similitud que los identifica.

Encontramos, sin embargo, notables diferencias entre nuestros medios preparatorios y el procedimiento monitorio puro, siendo la principal, desde luego, el carácter documental que tipifica a nuestro instituto.

Es importante distinguir qué clase de título ejecutivo se crea en el procedimiento monitorio, si se trata del título ejecutivo que representa una sentencia en un juicio de cognición, o si se trata del título ejecutivo necesario para ejercitar una acción ejecutiva de cognición abreviada. Ya que, ni la doctrina ni nuestra legislación procesal han hecho una distinción suficiente mente clara al respecto.

El artículo 443 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales enumera los títulos que traen aparejada ejecución, necesarios para que el juicio ejecutivo tenga lugar; el artículo 505

del mismo ordenamiento señala expresamente que "la ejecución de las sentencias y convenios en la vía ejecutiva, se efectuará conforme a las reglas generales de los juicios ejecutivos". Aparte de la oscuridad que nos reporta la lectura de esta disposición, la misma identifica al título ejecutivo sentencia con el título ejecutivo base de una acción ejecutiva de conocimiento.

Ahora bien, es conveniente precisar que con el procedimiento monitorio se crea un título ejecutivo equiparable a una sentencia pronunciada en contumacia del demandado en un juicio de cognición ordinaria; es decir, el procedimiento monitorio no crea un título ejecutivo para iniciar una acción del mismo tipo, sino que crea un título ejecutivo ejecutable desde ya, y cuya ejecución marca el fin del procedimiento.

C A P I T U L O I I I .

ANALISIS DE LOS MOMENTOS DEL PROCEDIMIENTO MONITORIO

1.- NATURALEZA JURIDICA DE LA ACCION

- a) Su concreción en la petición
- b) La petición como demanda formal para el caso de procedimiento ordinario en el monitorio documental

2.- LA NOTIFICACION

- a) Efectos y consecuencias
- b) La aplicación del principio de preclusión

3.- LA PRUEBA

- a) La derogación del principio de la obligación de probar en el procedimiento monitorio puro
- b) El documento como medio de prueba en el procedimiento monitorio documental
- c) La prueba de las excepciones del deudor

4.- LA ORDEN DE PAGO

ANALISIS DE LOS MOMENTOS DEL PROCEDIMIENTO MONITORIO

La visión general que del procedimiento monitorio y sus variantes hemos expuesto en los capítulos anteriores, nos obliga necesariamente a analizar en forma detenida todos y cada uno de los momentos procesales del mismo, y las consecuencias jurídico-legales que la realización de éstos produciría.

1.- NATURALEZA JURIDICA DE LA ACCION

La acción es necesaria para que la máquina jurisdiccional entre en movimiento, para que la garantía ofrecida por el estado de hacer cumplir el derecho se dé, es necesario que alguien la invoque, que alguien pida esa intervención o esa participación del estado, condición a la que se refiere Chiovenda al considerar a la acción como el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación para la voluntad de la ley. Existiendo esta invocación, apegada a los requisitos formales señalados por la ley (46) el estado no podrá dejar de actuar y el órgano jurisdiccional tendrá necesariamente que iniciar un proceso para tutelar, cautelar o consti

(46) En nuestro derecho: artículo 255 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales: "Toda contienda judicial principiará por demanda, en la cual se expresarán..."

tuir un derecho (47). De aquí el principio de que sin acción no existe la jurisdicción y sin acción no puede haber proceso.

A través de los años se ha venido discutiendo entre los procesalistas el problema de la acción, surgiendo in finidad de teorías y opiniones al respecto. Desde la doctrina tradicionalista que asegura que la acción está incorporada al derecho sustantivo, y que, por lo tanto, la acción es el ejercicio de éste, sostenida enfáticamente por Savigny, su máximo representante, quien considera la acción como tema correspondiente tanto al derecho procesal como al derecho civil y que, como los sostenedores de esta teoría en el siglo

(47) El principio de la obligación del estado de prestar la jurisdicción tiene su expresión en México en la Constitución, en el artículo 8° en forma indirecta, al referirse éste en forma general, a la obligación de atender el ejercicio de la garantía individual de petición, y en el artículo 17 en forma directa en la promesa correlativa a la prohibición de auto defensa. El mismo principio lo encontramos en el artículo 18 de nuestro Código Civil vigente en el Distrito Federal.

La existencia de la obligación del estado de prestar la jurisdicción, cuando el particular, o en su caso el Ministerio Público, desencadenan la actuación de la voluntad de la ley para el ejercicio de la acción se encuentra en las legislaciones de casi todos los países, así por ejemplo, en Italia en el Art. 55 del Código de Procedimiento Civil, y en Art. 328 del Código Penal.

pasado, consideran que el derecho procesal es un apéndice -- del derecho civil (47); hasta la opinión imparcial de Calamandrei respecto a la relatividad del concepto de acción, el cual sostiene con magistral erudición, que no es posible elaborar en forma categórica, una teoría sobre la acción, en la medida en que los distintos conceptos de acción obedecen muchas veces a concepciones de tipo político y a realidades históricas diferentes, (48) pasando por las teorías de Fabrega, Caravantes, Coviello y Kelsen, que en una u otra forma se adhieren a la doctrina tradicionalista; de Windscheid y de Wach, iniciadores de las teorías autonomistas de la acción; de Chiovenda, con su teoría de la acción como derecho potestativo; de Rocco, con la acción como derecho abstracto y de Guasp, -

(47) Savigny.- Sistema del Derecho Romano actual.- Trad. de Jacinto Mesía y Manuel Poley.- 2a. Ed. - Centro Editorial de Góngora.- Madrid. T. IV, p. 10.

(48) Piero Calamandrei.- Estudios sobre el Proceso Civil.- Trad. de Santiago Sentís Melendo.- Editorial Bibliográfica Argentina.- Buenos Aires, 1961.

con pretensión procesal como acto y no como derecho.

Pensamos junto con Calamandrei, en la relatividad del concepto de acción, ya que con este instituto no se pueden tomar posiciones extremas que nos llevarían a sostener teorías ya superadas o en el mejor de los casos muy discutibles.

a) Su concreción en la petición

Toda acción lleva consigo una pretensión (petitum), la idea de la pretensión, primeramente vislumbrada como uno de los elementos de la acción y posteriormente desarrollada por Jaime Guasp, ha contribuido, sin duda alguna, a dar una gran claridad al problema de la acción, evitando entrar a una actitud de discusión bizantina, en que la sutileza para encontrar el término adecuado a un concepto en una definición dada, se vuelve una pura especulación y crítica de todas las definiciones dadas con anterioridad, tratando con éste de cubrir los defectos de las precedentes definiciones en la nueva definición, que sobre la acción propone cada autor. Lo que es indiscutible en el ir y venir de teorías, es el hecho de la necesidad de concretar la acción en una petición para su ejercicio. La acción como derecho correlativo-

a la jurisdicción del estado de acuerdo con la tesis de Rocco, desarrollando los principios de Degenkolb, o la acción como derecho concreto a una sentencia justa en la idea de Bulw, se concreta siempre en una petición, exigencia o reclamación como objeto de la misma.

Ciertamente el ejercicio de la acción supone el reclamar una pretensión, que tendrá distinta naturaleza según el derecho a que se refiera, según se trate de declarar, de preservar o de ejecutar un determinado derecho.

En el procedimiento monitorio se ejercita, evidentemente, una acción de condena en virtud de que el derecho subjetivo sustancial, alegado por quien quiere valerse de este procedimiento, debe ser un derecho de crédito, no importando la causa de la obligación, para los efectos de su admisibilidad. Dicha acción de condena se concreta en la demanda, como en cualquier proceso, no cabiendo desde luego, el ejercicio de acciones supervenientes que traerían como consecuencia la ampliación de la petición del actor.

En concreto, podemos afirmar que la "causa petendi" en el procedimiento monitorio es la alegación de la viola---

ción de un derecho de crédito por un deudor determinado y el "petitum" sería, desde luego, la actuación de la voluntad de la ley, pero, salvando esta obviedad en la que se han empeñado los procesalistas, ya que no se concibe una acción que no lleve como fin inmediato la actuación de la voluntad de la ley; es, sin duda alguna, la creación de un título ejecutivo.

b) La petición como demanda formal para el caso de procedimiento ordinario, en el monitorio documental

Hemos visto que en procedimiento monitorio documental, el juez al conocer la demanda, ya sea oral o escrita del acreedor y la pretensión que ésta contiene, libra de inmediato y sin más trámite una orden de pago en contra del deudor concediéndole determinado plazo para que pague o, en su caso, se oponga a dicha orden. Ahora bien, si en ese plazo que concede el juez al deudor para que pague o se oponga, éste se opone, la providencia dictada por la autoridad judicial vendrá por tierra y la inyunción perderá temporalmente todos sus efectos; lo único que sobrevivirá a este derrumbe del procedimiento monitorio será la demanda o "petitum" presen-

tada por el actor, la cual servirá de demanda formal para un proceso ordinario de cognición y la notificación como emplazamiento a dicho proceso.

Esta supervivencia de la demanda, ante la oposición del deudor, nos hace suponer que la misma deberá contener una relación de hechos lo suficientemente detallada y clara, para que, en caso de oposición, se encuentre en estado de servir a un juicio de cognición ordinaria.

Debemos hacer notar, igualmente, que la supervivencia de la demanda a que nos hemos referido es una de las características que distingue al procedimiento monitorio documental de nuestros medios preparatorios a juicio ejecutivo, ya que en éstos, la oposición del deudor, desconociendo la firma o el adeudo, termina por completo con la providencia, teniendo el actor que promover otra demanda en la vía ordinaria y probar en ésta su pretensión.

2.- LA NOTIFICACION

a) Efectos y consecuencias

Una vez que el juez, sin más trámite, libra orden de pago contra el deudor, al cual notificará la pretensión concreta del actor y el término para oponerse a la mencionada orden de pago, los efectos procesales de dicha notificación serán desde luego: la obligación del juez que libró la providencia de conocer el juicio en caso de oposición (49), la carga para el deudor de oponerse ante el juez que lo requiere, la interrupción de la prescripción y en nacimiento de la excepción de litispendencia.

Aunque esta notificación es realmente un requerimiento, la misma contiene, desde luego, una emplazamiento, -

(49) Por lo menos así ocurre en el sistema italiano y en el procedimiento monitorio documental austríaco, en los cuales la inyunción se inicia desde la primera fase ante aquel órgano judicial que, en caso de oposición por parte del deudor, será competente por razón del valor para decidir la segunda fase en contradictorio. En el procedimiento monitorio alemán existe un fraccionamiento en la cognición ante dos órganos jurisdiccionales, ya que el monitorio se promueve ante un tribunal con competencia especial y, en caso de oposición del deudor, el contradictorio se desarrollará ante el juez normalmente competente por razón del valor. Cfr. Piero Calamandrei, Procedimiento Monitorio, pp. 154-156.

2.- LA NOTIFICACION

a) Efectos y consecuencias

Una vez que el juez, sin más trámite, libra orden de pago contra el deudor, al cual notificará la pretensión concreta del actor y el término para oponerse a la mencionada orden de pago, los efectos procesales de dicha notificación serán desde luego: la obligación del juez que libró la providencia de conocer el juicio en caso de oposición (49), la carga para el deudor de oponerse ante el juez que lo requiere, la interrupción de la prescripción y en nacimiento de la excepción de litispendencia.

Aunque esta notificación es realmente un requerimiento, la misma contiene, desde luego, una emplazamiento, -

(49) Por lo menos así ocurre en el sistema italiano y en el procedimiento monitorio documental austríaco, en los cuales la inyunción se inicia desde la primera fase ante aquel órgano judicial que, en caso de oposición por parte del deudor, será competente por razón del valor para decidir la segunda fase en contradictorio. En el procedimiento monitorio alemán existe un fraccionamiento en la cognición ante dos órganos jurisdiccionales, ya que el monitorio se promueve ante un tribunal con competencia especial y, en caso de oposición del deudor, el contradictorio se desarrollará ante el juez normalmente competente por razón del valor. Cfr. Piero Calamandrei, Procedimiento Monitorio, pp. 154-156.

por la designación del plazo dentro del cual debe comparecer la persona citada, y si la notificación que se hace al deudor señala, precisamente, un plazo para que éste se oponga a la providencia, no podremos negar de manera alguna que la notificación que nos ocupa contenga un verdadero emplazamiento. - A mayor abundamiento, y en relación con el tema, en el procedimiento monitorio documental, cuando existe oposición por parte del deudor, la inyunción pierde temporalmente sus efectos, pero la notificación hará la vez de emplazamiento a juicio ordinario.

b) Aplicación del principio de preclusión

La preclusión es la situación procesal que se produce porque alguna de las partes, en un proceso determinado, no haya ejercitado oportunamente y en la forma legal alguna facultad o algún derecho procesales (50).

El instituto de la preclusión constituye una de las bases más sólidas en las cuales descansa el proceso moderno, ya que con ella se ha logrado el desarrollo ordenado del proceso, sujetándolo al principio de temporalidad; la división del proceso en períodos dentro de los cuales las partes deberán llevar a cabo determinadas actividades que los -

(50) Eduardo Pallares.- Diccionario de Derecho Procesal Civil. 4a. Ed. Ed. Porrúa, S.A.- México, 1963.

procesalistas modernos han dado en llamar "fases del proceso" y la exigencia a las partes para que ejerciten sus derechos en forma legal.

La aplicación del principio de preclusión, en el procedimiento monitorio, debe ser rígida, en virtud de que, como se ha visto, el monitorio es aplicable a pretensiones en las cuales el demandado comparecido no tiene nada que oponer a la demanda del actor o se abstiene en absoluto de comparecer dentro del término establecido, en virtud de que él es el mejor juez para abrir o no 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 que el propio demandado no se opone a la providencia, ya sea porque considera que iniciar el contradictorio sería inútil o por cualquiera otra razón.

Desde el momento en que vence el plazo para que el demandado se oponga a la orden de pago y, no haciéndolo en dicho plazo, se producirá en su contra la situación procesal de la preclusión, que como hemos dicho, afectará el derecho del demandado con todo rigor, precisamente por no haber ejercitado en tiempo o en forma legal el derecho que le pudiera asistir.

Desgraciadamente, algunas legislaciones que han adoptado el instituto del procedimiento monitorio han tenido el gran prejuicio, como la nuestra, de creer parecer conservadoras, si no dan amplias y en ocasiones absurdas oportunidades a los posibles deudores, poniendo en sus manos un sinnúmero de recursos con los cuales podrán dilatar a discreción el proceso que en su contra se ha entablado, dando amplitud a la regulación de la oposición, permitiendo que ésta pueda ser intentada por el deudor fuera de término.

Nosotros no estamos de acuerdo con esta indulgencia verdaderamente inexplicable en un proceso que se presenta como específicamente destinado a tutelar con solicitud los intereses del acreedor; en justificación de la cual no vale, por cierto, objetar que, cuando la inyunción no ha sido notificada en persona propia, se deba siempre prever la posibilidad de que el deudor la ignore, y se deba, por eso, dejarle el derecho de defenderse en cualquier tiempo que venga en conocimiento de ella, aún cuando esto ocurra avanzada la ejecución.

Nos adherimos a la opinión de Calamandrei al respecto, en el sentido de que, si concebimos el procedimiento monitorio, no como un modo de iniciar la ejecución, sino co-

mo una forma abreviada de proceso de cognición destinado a -
obtener la cosa juzgada, a través de una declaración de cer-
teza basada en la preclusión, es necesario --manifiesta el -
eminente procesalista-- poner como base de su ordenamiento -
positivo los siguientes fundamentos que son consecuencia di-
recta de esta concepción: Primero, "que cuando contra la --
inyunción no se proponga oposición en el término fijado, ----
aquella deberá adquirir la eficacia de una declaración jurisdic-
cional de certeza, 'transit in rem judicata', como una --
verdadera y propia sentencia, aunque sea contumacial. Segun-
do, que la oposición propuesta dentro del término por el deu-
dor signifique, no ya impugnación de la inyunción, la cual -
antes del vencimiento del término no tiene eficacia alguna, -
sino simple declaración de querer pasar del proceso monitorio,
al proceso ordinario en contradictorio. Tercero, que por --
consecuencia, el significado y el efecto de la oposición a -
la inyunción deben ser profundamente diversos según que ésta
se proponga dentro del término o después del vencimiento del
mismo. En el primer caso, la oposición debe hacer que resul-
te inútil la tentativa del acreedor de llegar a la cosa juz-
gada mediante la preclusión y, por consiguiente, la inyunción

debe perder todo vigor, no ya porque sean fundados en mérito los motivos sobre los cuales se base la oposición, sino porque ha faltado la condición bajo la cual la inyunción había sido emanada, quedando reducida la petición del acreedor a una demanda judicial que da inicio a un procedimiento ordinario; mientras en el segundo caso el oponente encuentra en la inyunción un pronunciamiento que tiene la misma fuerza de una sentencia contumacial, y, por consiguiente, la oposición, en cuanto sea admitida deberá tener la naturaleza de un medio de impugnación, dirigido a hacer que desaparezca una declaración jurisdiccional de certeza ya existente, por los motivos y dentro de los límites en que se puede impugnar una sentencia contumacial ordinaria" (51) .

(51) Piero Calamandrei.- El Procedimiento Monitorio.- pp. -- 214-215.

3.- LA PRUEBA

a) La derogación del principio de la obligación de probar en el procedimiento monitorio puro

Reviste especial interés este punto en nuestro estudio, ya que el principio jurídico universalmente reconocido, en el sentido de que el actor debe probar los hechos constitutivos de su acción y el demandado los de sus excepciones (52) ("Actore non probante, reus est absolvendus"), es inexistente en el procedimiento monitorio puro.

El procedimiento monitorio puro se encuentra aceptado en la ley austriaca de 27 de abril de 1873 en la Z.P.O. alemana y en el ordenamiento de Libia, legislaciones en las cuales procede el monitorio sin motivación alguna. En cuanto a su admisibilidad, el monitorio puro está condicionado únicamente a la fungibilidad del objeto, carácter líquido, exigibilidad del crédito, pero no obliga a que estos requisitos sean probados en forma alguna, únicamente se limita a exigir que sean afirmados, suplantándose en esta forma la obligación de probar por la de afirmar, y en caso de que la demanda carezca de estas afirmaciones, la misma podrá ser --

(52) En nuestro derecho adjetivo, Art. 281 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales:

declarada inadmisibile.

Es así como el procedimiento monitorio puro no puede ser desechado por el juez por falta de pruebas, exonerando al acreedor de proporcionar la prueba preventiva y especulando anticipadamente la supuesta falta de oposición por parte del pretendido deudor.

En los procesos de cognición ordinaria el juez del conocimiento releva de oficio la falta de los hechos constitutivos o de los requisitos considerados por la ley como esenciales, aunque el demandado se encuentre en contumacia, o simplemente, si estando en juicio no alega dicho defecto, como sería el exigir al actor el acta de matrimonio en un juicio de divorcio o el título de propiedad en una acción reivindicatoria.

Esta exigencia de la ley que obliga al juez a des-
echar una determinada demanda por la falta del documento o de la prueba, podríamos decir, fundatorios de la acción, la apreciamos en forma distinta en el monitorio puro, ya que en éste el juez únicamente está obligado a cerciorarse, no pre-

(52) Cont. "El actor debe probar los hechos constitutivos de su acción y el reo los de sus excepciones".

cisamente de la existencia de los hechos constitutivos de la acción, sino única y exclusivamente la afirmación de éstos, dando por hecho, a priori, que el deudor no se opondrá a la pretensión del acreedor.

Encontramos en todo esto una fuerte influencia del antiguo proceso germánico en donde el actor no estaba obligado a probar los hechos constitutivos de su demanda, sino que, únicamente estaba obligado a afirmarlos y la no comparecencia del demandado daba por ciertos definitivamente los hechos -- afirmados.

Efectivamente, según los principios rectores de la sentencia sobre la prueba, en el derecho germánico, la carga de ésta incumbía por lo regular al demandado. Este tenía que jurar la improcedencia de la querella ya fuera unipersonalmente o con un número determinado de cojuradores, que declaraban que el juramento era "puro y sin perjurio", y que, casi siempre intervenían como testigos en el proceso.

El demandado que no comparecía a la citación era multado y si dicha incomparecencia perduraba hasta la puesta del sol, comprobada por la parte contraria, mediante una protesta de ausencia alegada en forma, se declaraba contumaz al

demandado y su desobediencia lo conducía finalmente a la ---
pérdida de la paz (53).

Esta afirmación de hechos a que está obligado el-
acreedor en el monitorio puro no puede considerarse de ningun-
na manera como prueba, en primer lugar porque ni en la doc--
trina procesal ni en las legislaciones positivas sobre la ma-
teria, se hace mención al medio probatorio consistente única
y exclusivamente en la afirmación de hechos por parte del --
actor, y en segundo lugar, porque la aplicación al caso de --
la más estricta lógica jurídica nos impide dar al traste con
un principio universal e indiscutible del proceso en general,
que viene a garantizar a las partes en un litigio determina-
do, y a dar al órgano jurisdiccional los elementos necesarios
para poder ejercer su función en el ámbito de la más estric-
ta justicia.

Esto no quiere decir que el procedimiento monito-
rio puro se salga del campo del derecho procesal, ni mucho --

(53) Heinrich Brunner.- Historia del Derecho Germánico.- Se-
gún la 8a. Ed. alemana de Claudius von Schwerin.- Traducida-
y anotada por José Luis Alvarez López.- Ed. Labor, S.A. - --
1936. p. 26.

menos que sea injusto, sino que precisamente por esa singularidad de que está rodeado y por su restringida aplicabilidad a la cual hicimos mención en el Capítulo I de este estudio, - hace que se produzca esa especulación anticipada realizada -- por el juez sobre la supuesta falta de contradicción en tiempo por parte del deudor, hecho éste que le da su carácter típico.

Sin embargo creemos que la suplantación de la prueba en el monitorio puro, podría encontrarse en la presunción de allanamiento a la pretensión.

En efecto, si el demandado no se opone a la providencia monitoria en el término fijado por el juez del conocimiento, se tendrá por cierta la pretensión del actor, en virtud de que el silencio del demandado implica una confesión ficta de la demanda. Considerar esta confesión ficta como prueba de la certeza de los hechos de la demanda en el monitorio puro, es bastante discutible, pero, sin embargo, creemos que no es posible separar por completo la confesión del concepto de prueba, puesto que, inclusive, el legislador, por razones de oportunidad práctica priva, sin más, al juez, de la libertad de estimación de la confesión, debiendo, éste, -

considerar como cierto lo confesado.

Esta es, en nuestra opinión, la única forma de llenar el enorme vacío que reporta el procedimiento monitorio puro respecto al principio procesal de que el actor tiene que probar los hechos constitutivos de su demanda; es decir, considerando la confesión ficta como forma de suplir la prueba en el monitorio puro.

b) El documento como medio de prueba en el procedimiento monitorio documental

Este tipo de procedimiento monitorio exige la prueba escrita de los hechos constitutivos del crédito, lo cual, en nuestro concepto, le resta singularidad y pureza al procedimiento monitorio, entendido éste en su forma más clásica.

En la prueba documental de los hechos constitutivos específicos del crédito, se debe entender que también está comprendida la prueba de la fungibilidad y del carácter líquido de su objeto, no necesitando probar si el derecho está sujeto a término o condición alguna, pero si de la mencionada prueba escrita se deduce la existencia de un término o condición, el actor se verá obligado a probar que el

término ha vencido y que la condición se ha realizado.

Nos damos cuenta también de que en este caso puede llegar el momento en que el actor tuviere que probar una serie de hechos que ya no serían constitutivos de su acción, sino extintivos del contraderecho correspondiente en vía de excepción al deudor, y que además en un proceso ordinario, el actor podría probar por distinto medio probatorio. y no necesariamente por la prueba escrita forzosa que le exige el monitorio documental.

Surge igualmente, al respecto, el problema de la legitimación y el del interés para accionar, los cuales tienen que probarse de antemano viniendo a quitar casi siempre todo carácter práctico a esta forma de proceso.

En el proceso de inyunción italiano surgen infini-dad de problemas y de cargas para el acreedor, que hacen que el monitorio pierda inclusive las características esenciales que lo hacen distinguirse de los demás procesos, en virtud de que la prueba escrita está sometida en cuanto a sus requi-sitos extrínsecos, así como en cuanto a su intrínseca efica-cia probatoria, a las mismas reglas vigentes para el proceso ordinario.

Calamandrei considera, al respecto, que es innegable que el requisito de la prueba escrita tiene el carácter de presupuesto procesal especial; en virtud de que, en algunos casos, puede estar totalmente satisfecho este requisito de la prueba escrita sobre el crédito que funda la demanda y, sin embargo, el juez podrá rechazar la inyunción basándose en que de los hechos probados por escrito no se derivan las consecuencias jurídicas que el acreedor pretende.

Creemos que, como hemos dicho anteriormente, la exigencia de la prueba escrita restringe aún más la aplicabilidad del monitorio, y en muchos casos, el acreedor alcanzará más fácilmente su propósito por la vía ordinaria que a través del procedimiento monitorio documental.

c) La prueba de las excepciones del deudor

Si hemos apuntado ya que el procedimiento monitorio puro no exige al actor la prueba de los hechos constitutivos de su acción, sino únicamente la afirmación de éstos, y la falta de oposición del deudor vendrá a confirmar la certeza de tales hechos, la misma regla se aplicará al deudor, que al oponerse a la orden de pago librada en su contra no tiene obligación alguna de pro bar los hechos por los cuales se opone, haciendo dicha oposición que la providencia pierda todos

sus efectos.

En el procedimiento monitorio documental el caso es igualmente recíproco, en virtud de que, si el acreedor -- está obligado a la prueba escrita de su crédito, el deudor -- que se oponga tendrá la obligación de probar sus excepciones por prueba escrita invirtiéndose en esta forma la carga de -- la prueba, la cual corresponderá al demandado para la desvirtualización del mandato monitorio, probando en esta forma -- sus excepciones.

4.- LA ORDEN DE PAGO

Antes de adentrarnos en el análisis detallado de este apartado, es preciso recordar que en el procedimiento monitorio puro la oposición del deudor hace caer en la nada la orden de pago librada por el juez y que en el procedimiento monitorio documental la oposición del deudor suspende únicamente la ejecutabilidad de la orden de pago postergándola hasta que se decida sobre la validez o improcedencia de la misma.

Calamandrei es de la opinión de que el juez libra la orden de pago en contra del demandado, presuponiendo que éste no se va a oponer a dicha orden, misma que viene a tener carácter condicionado e hipotético, ya que la misma no se ha fundado en la prueba del acreedor sino en la posible falta de contradicción en tiempo a las afirmaciones de éste (54); concluyendo con que la orden de pago tiene una naturaleza condicionada innegable y que, "tiene en el momento que es emitida la naturaleza de una sentencia contumacial suspensivamente

(54) Calamandrei.- Procedimiento Monitorio.- p. 65.

condicionada" (55).

Preferimos adherirnos a la posición que al respecto adopta el maestro Fausto E. Rodríguez en su interesante estudio sobre el procedimiento monitorio (56), en el cual tacha de forzado y frágil el argumento de la condición hipotética de la orden de pago sostenido por Calamandrei; afirmando que, desde luego, puede existir oposición por parte del deudor y como consecuencia de ésta, la preclusión no llega a darse muchas veces, habiendo librado el juez, en este caso, una orden de pago sin pleno conocimiento de sus fundamentos.

Considera nuestro procesalista que la certeza en la cual basa el juez la orden de pago es una certeza de tipo material fundada en una prueba presuncional humana que el juez construye con base en los elementos del juicio aportados

(55) En el mismo sentido: Wach, Lancheinecken, Schmidt, Stein, y Gaupp-Stein (citados por Calamandrei, Procedimiento Monitorio, p. 74, nota 96).

(56) Fausto E. Rodríguez.- "El Procedimiento Monitorio y el Derecho Procesal Mexicano".- Revista de la Facultad de Derecho de México.- Tomo VIII.- Abril-Junio, 1958. No. 30. p. 98.

por el solicitante de la monición, creando en esta forma una presunción "iuris tantum" sujeta a la eventualidad de su desvirtuamiento por medio de la oposición exitosa del demandado. Apoya este discernimiento en la inversión de la carga de la prueba, característica que sólo se justifica si se parte del supuesto de una verdad jurídica "iuris tantum", cuya fuerza corresponde desvirtuar al demandado.

Afirma pues, el maestro Rodríguez, que la situación juridico-procesal de la orden de pago es muy semejante a una sentencia condenatoria recaída a un clásico proceso de cognición; constituyendo la verdad jurídica provisional, en tanto no transcurre el término legal de impugnabilidad mediante recurso, alcanzando la categoría de verdad jurídica definitiva, al concluir el término o al sobrevivir a su impugnación, en virtud del instituto procesal de la cosa juzgada.

Nos parece, repetimos, más estructurada la consideración que sobre la orden de pago ha elaborado Fausto E. Rodríguez, aunque en realidad llega a las mismas conclusiones que Calamandrei, quizá porque éste trató de omitir en su exposición situaciones o institutos que los estudiosos de la materia podrían considerar obvios, como por ejemplo: cuando Calamandrei señala la presuposición basada en una hipótesis de certidumbre, que hace el juez para librar la orden de pago, -

nada nos impide considerar que esa hipótesis de certidumbre esté basada en una presunción "iuris tantum". Creemos igualmente que no existe especial divergencia entre Calamandrei y Rodríguez, cuando aquel considera que la orden de pago es una verdad jurídica condicionada a la falta de oposición del demandado o a la improcedencia de esta oposición y, éste, que la orden de pago es una verdad jurídica provisional durante el término para la impugnabilidad, llegando a ser definitiva cuando no se realiza tal impugnación, o ésta es improcedente; es decir, lo condicional de la orden de pago en la tesis del maestro italiano es provisional en la tesis del maestro Rodríguez y es, creemos, precisamente provisional en virtud de que existe una condición que se puede realizar con cierta eventualidad.

En resumen, podemos afirmar que la orden de pago en el procedimiento monitorio equivale a una sentencia condenatoria pronunciada en un juicio de cognición, aunque sin la autoridad de cosa juzgada, hasta que no se cumpla la condición consistente, como hemos dicho ya, en la falta de oposición del demandado, equivaliendo, más que a un emplazamiento a una demanda, que indiscutiblemente lo contiene, a la notificación de una sentencia.

C A P I T U L O I V.

- 1.- EL PROCEDIMIENTO MONITORIO, SU UTILIDAD Y JUSTIFICACION
- 2.- EL PROCEDIMIENTO MONITORIO PURO COMO UNICO Y VERDADERO
PROCEDIMIENTO MONITORIO
- 3.- CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO MONITORIO
- 4.- POSIBILIDAD DE LA RECEPCION DEL PROCEDIMIENTO MONITORIO
POR EL DERECHO PROCESAL MEXICANO

1.- EL PROCEDIMIENTO MONITORIO, SU UTILIDAD Y JUSTIFICACION

Una de las preocupaciones mayores de los estudiosos del derecho ha sido la urgencia de procurar a los particulares procesos cuyo trámite no tenga que ser el mismo que se sigue en el engorrosos proceso ordinario, sobre todo para aquellas acciones que, por su naturaleza, reclaman un pronunciamiento judicial más expedito.

Los procesalistas han coincidido en situar el origen de esta inquietud en un documento histórico llamado "Clementina Saepe" que no es más que una decretal del Papa Clemente V expedida en 1306, en la que se dispone que el juzgador puede dirigir la marcha del procedimiento "simpliciter et de plano, ac sine strepitu et figura iudicii". (57)

A estos procedimientos con trámite abreviado se les denominó, con posterioridad, sumarios indeterminados, los cuales con el transcurso del tiempo se han venido individualizando creándose los procedimientos sumarios determinados o de sumariedad estricta.

Entre estos procesos, que podríamos llamar especia

(57) Goldschmidt.- Op. Cit., p. 20.

les, se encuentra el procedimiento monitorio regido principalmente por los principios de economía procesal y de preclusión, ambos íntimamente ligados.

El principio de economía procesal hace que el proceso se desarrolle con la mayor economía de tiempo, de energías y de costo, de acuerdo con las circunstancias de cada caso y funcionando en el monitorio en forma amplísima con base en la preclusión, vista como afianzamiento de una situación procesal, por la pérdida de la oportunidad que la ley concede a una de las partes. Este principio preclusivo que implica un consentimiento por parte de la persona requerida de pago, es el fundamento de la firmeza del acto procesal -- realizado, al cual da certeza absoluta.

A pesar de las transformaciones, algunas muy criticables, que el procedimiento monitorio ha sufrido desde su concepción clásica, podríamos decir, como lo concibió la ley austriaca de 27 de abril de 1873 y que Calamandrei, como hemos visto anteriormente, ha dado en llamar "monitorio puro", posee una indiscutible utilidad y justifica su existencia en las legislaciones que lo han adoptado.

Ahora bien, creemos que la única forma de que su utilidad sea plena, es decir, que pueda ser usado por los acreedores, precisamente por las ventajas que les represente, es necesario dar más amplitud a este instituto, como por ejemplo: abolir la condición de admisibilidad de la prueba escrita; que la oposición dentro del término haga caer en la nada la orden de pago; equiparar, a todos los efectos, la inyuncción no impugnada en término, a una sentencia contumacial declarada provisoriamente ejecutiva; y, la omisión de una impugnación fuera de término, sólo en lo que se quiera conservar, en el proceso ordinario, la oposición contumacial, o introducir la "restitutio in integrum"; en caso de haber seguido juicio ordinario habiendo tenido acceso al monitorio, establecer que sólo se podrán cobrar los gastos y costas señalados para el monitorio.

Sólo librando al procedimiento monitorio de la morbosa indulgencia con que casi todas las legislaciones protegen a los deudores, se podrán apreciar las ventajas que éste reporta al derecho procesal moderno.

2.- EL PROCEDIMIENTO MONITORIO PURO COMO UNICO Y VERDADERO
PROCEDIMIENTO MONITORIO

El procedimiento monitorio que Calamandrei ha llamado puro, en virtud de que en el mismo no existe la condición de admisibilidad de la prueba escrita es, en nuestra opinión, el único y verdadero procedimiento monitorio y el monitorio documental y la inyunción italiana aunque se les tiene que considerar dentro de este instituto procesal, los mismos se desvían constantemente de la típica estructura del procedimiento monitorio, perdiendo éste su expeditividad e inclusive su razón de ser.

Si consideramos que el objeto inmediato del procedimiento monitorio es la creación de un título ejecutivo en la forma más rápida y económica posible y si esa forma expedita al máximo está contenida en el procedimiento monitorio puro, éste será su único y real representante y, querer supeditar el procedimiento monitorio a los créditos exclusivamente probados por escrito, es restringir, en medida casi irrisoria, la aplicabilidad del mismo y poner al acreedor que quiera accionar para la satisfacción de su crédito, en condición de poder alcanzar su propósito más fácilmente con el procedimiento ordinario.

3.- CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO MONITORIO

Después de conocer la problemática de este procedimiento, la primera interrogante que se le presenta al estudioso de la materia es sobre la constitucionalidad de este procedimiento y en especial la compatibilidad del mismo con la garantía de audiencia consagrada en el artículo 14 de nuestra Carta Magna.

El problema se presentaría cuando el deudor requerido de pago, no hiciera oposición al libramiento judicial, porque habiendo oposición ya sabemos que, o cae en la nada la orden de pago (monitorio puro) o se inicia todo un proceso de conocimiento en el que se juzgará la procedencia o improcedencia de dicha orden de pago (monitorio documental). En concreto, el reparo de inconstitucionalidad se apoyaría principalmente en el libramiento de la orden de pago en contra del deudor, sin la audiencia de éste.

En nuestra opinión, no existe duda alguna sobre la constitucionalidad del procedimiento monitorio, ya que, si bien el juez del conocimiento emite el mandato de pago "inaydita altera pars", en nada vulnera las garantías procesales del demandado, en cuyas manos está, precisamente, el hacerlo

improcedente con su oposición fundada.

En el capítulo precedente anotamos que la ejecutabilidad de la orden de pago librada por el juez está condicionada a la falta de oposición del deudor surgiendo, cuando así sucede, el principio de preclusión, que vendrá a confirmar la validez de dicha orden, haciéndola ejecutable al momento.

Es importante señalar aquí la atinada observación que al respecto ha hecho el maestro Rodríguez, defensor acérrimo de la constitucionalidad del procedimiento monitorio, - en el sentido de que, nuestro juicio ejecutivo resulta ser - más sospechoso de inconstitucionalidad puesto que el mismo - se inicia con una providencia de ejecución, sin audiencia del demandado, que sólo puede detenerse mediante pago inmediato, no sucediendo así en el monitorio pues éste admite la posibilidad de suspender la providencia con la simple oposición -- del intimado (58).

Actualmente a nadie se le ocurriría tachar de inconstitucionalidad a nuestro juicio ejecutivo, ya que, tanto

(58) Fausto E. Rodríguez.- Op. Cit. p. 125.

éste como el monitorio tienen su explicación jurídica, según hemos visto.

Creemos que no se le puede negar al procedimiento monitorio las características de "juicio" que tiene al nivel de cualquier otro procedimiento, aunque estas características varíen entre éstos y aquel con la función que cada uno de -- ellos llena dentro del ámbito general del proceso.

4.- POSIBILIDAD DE LA RECEPCION DEL PROCEDIMIENTO MONITORIO
POR EL DERECHO PROCESAL MEXICANO

Antes de ver la posibilidad de que nuestro derecho procesal asimilara el instituto del procedimiento monitorio, es conveniente ver si nuestra legislación tiene la necesidad de tal asimilación.

El Capítulo II del Título V de nuestro Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales reglamenta principalmente en sus artículos 201 y 202 los medios preparatorios del juicio ejecutivo, cuyo objeto es la creación de un título ejecutivo y cuya similitud con el procedimiento monitorio documental es indiscutible; inclusive, el mencionado artículo 202 autoriza al juez a librar, junto con la orden de pago orden de señalamiento de bienes para el embargo en caso de reconocimiento del adeudo por parte del deudor o, por el silencio de éste mismo, todo ello en la misma diligencia. Este procedimiento ha sido llamado atinadamente por el maestro Rodríguez, "juicio ejecutivo condicionado".

Respecto al artículo 201, el mismo establece un procedimiento a base de citaciones al deudor para que, bajo-

protesta de decir verdad reconozca o no la deuda que se le imputa, procedimiento que en la práctica es de poca efectividad.

A pesar de la expeditividad ya señalada que reporta el artículo 202, creemos que el principal defecto de nuestros medios preparatorios a juicio ejecutivo es el mismo que hicimos notar al monitorio documental y que consiste en la exigencia del requisito de procebilidad de la prueba escrita. Y es esto, precisamente, lo que nos hace pensar en la necesidad de reformar o de plano derogar los medios preparatorios a juicio ejecutivo, que no gozan precisamente de una técnica legislativa muy brillante, pudiéndose crear en su lugar un procedimiento de tipo monitorio que recoja la experiencia parcial aprovechable de los diversos ordenamientos extranjeros que lo regulan, librándolo así de los defectos que muchas veces poseen éstas.

En lo que se refiere a la posibilidad de recepción del procedimiento monitorio por nuestra legislación procesal, creemos que la misma es factible siempre y cuando se respete

la clasificación del proceso establecida por nuestro código procesal y se estudien aquellas acciones que pudieran reunir las condiciones propicias a su gestión en la vía monitoria, e inclusive se podría hacer extensible a deudas de cosas fungibles o a la entrega de cosa determinada o a obligaciones de hacer.

Todo esto constituiría la necesidad de un estudio profundo para la elaboración de todo un anteproyecto legislativo sobre la institución, cuya vastedad no cabría dentro de los límites de este modesto trabajo.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

- 1.- El procedimiento monitorio se encuadra dentro de los procesos genuinamente jurisdiccionales.
- 2.- Los autores modernos que han tratado el tema coinciden en que el procedimiento monitorio es un tipo especial de procedimiento que, con formas simplificadas y abreviadas se dirige a alcanzar la misma finalidad que el proceso ordinario de condena (declaración de certeza y simultánea creación de un título ejecutivo).
- 3.- La característica esencial del procedimiento monitorio es la inversión de la iniciativa del contradictorio, del actor al demandado.
- 4.- Los límites de aplicabilidad del procedimiento monitorio varían entre las legislaciones que lo han adoptado.
- 5.- Los países donde existe este instituto han tomado como antecedente el procedimiento monitorio austrogermano en sus dos concepciones, puro o documental.

- 6.- En Italia existe al respecto, el procedimiento de inyunción, que tiene amplia similitud con el procedimiento monitorio de tipo documental.
- 7.- Existen en todas las legislaciones procedimientos con "prominente función ejecutiva" y que son afines al monitorio.
- 8.- En nuestra legislación existe el instituto de los medios preparatorios a juicio ejecutivo, cuyo objeto inmediato, al igual que en el monitorio, es la creación de un título ejecutivo o la preparación de la acción ejecutiva.
- 9.- Nuestros medios preparatorios a juicio ejecutivo se identifican ampliamente con el procedimiento monitorio documental y principalmente en que: los dos requieren de la prueba escrita como requisito de procebilidad; el objeto de ambos es la creación de un título ejecutivo, en los dos el juez libra orden de pago sin fase precedente de cognición y en que la falta de oposición o el silencio del deudor da lugar al nacimiento del título ejecutivo deseado.

- 10.- Con el procedimiento monitorio se crea un título ejecutivo equiparable a una sentencia pronunciada en contumacia del demandado, en un juicio de cognición ordinaria.
- 11.- Con el procedimiento monitorio se ejercitan, generalmente, acciones de condena. Dicha acción de condena se concreta en la demanda como en cualquier proceso, siendo la "causa petendi" en este procedimiento, la alegación de la violación de un derecho de crédito por un deudor determinado, y el "petitum" será, independientemente de la actuación de la voluntad de la ley, la creación de un título ejecutivo.
- 12.- La notificación en el procedimiento monitorio es realmente un requerimiento que lleva implícito un emplazamiento.
- 13.- La aplicación del principio de preclusión en el procedimiento monitorio debe ser rígida.
- 14.- El procedimiento monitorio debe ser concebido como una forma abreviada de proceso de cognición -

destinado a obtener la cosa juzgada, a través de una declaración de certeza basada en la --- preclusión.

15.- En el procedimiento monitorio puro, el actor es tá obligado únicamente a afirmar los hechos constitutivos de su demanda,

16.- Existe pues, en el procedimiento monitorio puro una derogación al principio de la obligación de probar.

17.- La confesión ficta que implica la no oposición por parte del deudor, a la providencia dictada por el juez, puede ser la forma de suplir la -- prueba en el procedimiento monitorio puro.

18.- El requisito de la prueba escrita en procedimiento monitorio documental tiene el carácter de presupuesto procesal especial.

19.- Las excepciones del deudor, en el procedimiento monitorio puro pueden ser, únicamente, afirmadas por éste, sin que tenga necesidad de probarlas.

- 20.- Las excepciones del deudor, en el procedimiento monitorio documental deben ser probadas por éste, con prueba escrita.
- 21.- La orden de pago en el procedimiento monitorio equivale a una sentencia condenatoria pronunciada en un juicio de cognición, aunque sin la autoridad de cosa juzgada, mientras no se cumpla la condición consistente, en la falta de oposición del demandado.
- 22.- Para apreciar en plenitud la utilidad que puede reportar el procedimiento monitorio es necesario darle más amplitud aboliendo, principalmente la condición de admisibilidad de la prueba escrita y la oposición, fuera de término por parte del deudor.
- 23.- El procedimiento monitorio puro es el clásico y verdadero procedimiento monitorio.
- 24.- La constitucionalidad del procedimiento monitorio es indudable, en virtud de que el juez, al librar el mandato de pago sin haber oído al deudor, en nada vulnera las garantías procesales

de éste, en cuyas manos está el hacerlo improcedente con su oposición fundada.

25.- El procedimiento monitorio tiene las características de juicio, al nivel de cualquier otro procedimiento.

26.- Se podría crear en México un procedimiento de tipo monitorio que recoja la experiencia parcial aprovechable de los diversos ordenamientos extranjeros que lo regulan.

27.- La posibilidad de recepción del procedimiento monitorio por nuestra legislación procesal es factible siempre y cuando se respete la clasificación procesal establecida por nuestro código procesal y se estudien aquellas acciones que pudieran reunir las condiciones propicias a su gestión en la vía monitoria.

B I B L I O G R A F I A

BLANQUEZ, Fraile Agustín.- Diccionario Latino Español.
Ed. Ramón Sopena, S.A., Barcelona, 1946.

BRUNNER, Heinrich.- Historia del Derecho Germánico.-
Según la 8a. Edición alemana de Claudius von Schwe--
ring.- Traducida y anotada por José Luis Alvarez Ló--
pez. Ed. Labor, S.A., Barcelona, 1936.

CALAMANDREI, Piero.- El Procedimiento Monitorio.-
Trad. de Santiago Sentís Melendo; Colecc. Ciencia del
Proceso.- Ed. Jurídicas Europa-América.- Buenos Aires,
1953.

CALAMANDREI, Piero.- Estudios sobre el Proceso Civil.-
Trad. de Santiago Sentís Melendo.- Ed. Bibliográfi--
ca Argentina.- Buenos Aires, 1961.

CARNELUTTI, Francesco.- Instituciones del Proceso Ci--
vil.- Trad de la 5a. ed. italiana por Santiago Sentís
Melendo.- Ed. Jurídicas Europa-América.- Buenos Aires,
1959. Vol. I.

CARNELUTTI, Francesco.- Sistema de Derecho Procesal
Civil.- Trad. de Niceto Alcalá Zamora y Castillo y -
Santiago Sentís Melendo.- Ed. UTEHA, Argentina.- Bue--
nos Aires. Vol. I.

CHIOVENDA, Giuseppe.- Instituciones de Derecho Procesal Civil.- Trad. del italiano y notas de derecho español por E. Gómez Orbaneja.- Ed. Revista de Derecho Privado.- Madrid, 1954. Vol. I.

Código de Comercio de la República Mexicana.- Ediciones Andrade.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales.- Ediciones Andrade.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.- Ediciones Andrade.

Diccionario de la Lengua Española.- 16a. Ed.- Ed. Espasa Calpe, S.A., Madrid, 1939.

GOLDSCHMIDT, James.- Derecho Procesal Civil.- Trad. de Leonardo Prieto Castro.- Ed. Labor, S.A., Barcelona, 1936.

GUASP, Jaime.- Derecho Procesal Civil.- 2a. Ed. - Instituto de Estudios Políticos.- Madrid, 1961. Vol. II.

PALLARES, Eduardo.- Diccionario de Derecho Procesal Civil.- 4a. Ed. corregida y aumentada.- Ed. Porrúa, S.A., México, 1963.

ROCCO, Ugo.- Teoría General del Proceso Civil.- Trad. de Felipe de J. Tena.- Ed. Porrúa, S.A., México, 1959.

RODRIGUEZ, Fausto E.- "El Procedimiento Monitorio y el Derecho Procesal Mexicano".- Revista de la Facultad de Derecho de México.- Tomo VIII.- Abril-Junio, 1958. No. 30.

ROSENBERG, Leo.- Tratado de Derecho Procesal Civil.- Trad. de Angela Romera Vera.- Ed. Jurídicas Europa-América.- Buenos Aires, 1955. T. II.

SAVIGNY, Friedrich Karl von.- Sistema del Derecho Romano actual.- Trad. de Jacinto Mesía y Manuel Poley.- 2a. Ed.; Centro Editorial de Góngora.- Madrid. T. IV.

Ley de Enjuiciamiento Civil.- Colecc. Leyes Civiles de España de León Medina y Manuel Marañón.- Ed. Reus.- Madrid, 1943.