

**EL JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO:
FUNCION, TITULOS EJECUTIVOS, PRESUPUESTOS,
Y ESPECIALIDADES PROCESALES.**

MERCEDES SERRANO MASIP

Tesis Doctoral dirigida por el
Prof. Dr. D. Miguel Angel FERNANDEZ LOPEZ

UNIVERSITAT DE LLEIDA

**(043)
"1996"
SER**

(043) "1996" Ser

1600116363
II



- 2 OCT. 1996

INDICE

E: 5084 S:

CAPITULO PRIMERO.- PERSPECTIVA HISTORICA Y FUNCION ACTUAL DEL JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO.



I. ANTECEDENTES HISTORICOS Y EVOLUCION LEGISLATIVA DEL JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO	1
1. Notas previas	1
2. Contexto histórico-territorial en el que surgen los procesos sumarios	2
3. Antecedentes históricos	7
A) El Ordenamiento de 1360	7
B) La Novísima Recopilación	10
4. Precedentes legislativos mediatos	18
A) Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio, de 24 de julio de 1830	18
B) Ley de Enjuiciamiento civil de 5 de octubre de 1855	25

0110-59660

5. Ley de Enjuiciamiento civil de 3 de febrero de 1881 y reformas posteriores	34
II. FUNCION ACTUAL DEL JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO: SU NATURALEZA JURIDICA	39
1. Notas previas	39
2. La naturaleza jurídica del juicio ejecutivo. Estado de la cuestión en la doctrina y en la jurisprudencia	40
A) Argumentos a favor de la naturaleza declarativa del juicio ejecutivo	41
B) Argumentos a favor de la naturaleza ejecutiva del juicio ejecutivo	49
C) Extensión de la polémica doctrinal, en los términos expuestos, al juicio ejecutivo cambiario	60
D) Jurisprudencia sobre la naturaleza jurídica del juicio ejecutivo	61
3. La eventual oposición del deudor es una característica común a todo proceso de ejecución y, por tanto, no contraría la naturaleza ejecutiva del juicio ejecutivo	65
A) La falta de regulación de un medio procesal típico para denunciar la ilicitud de la ejecución en la vigente Ley de Enjuiciamiento civil. Causas. Consecuencias	69
B) Breve referencia al Derecho comparado	78
a) Notas previas	78
b) Italia. El contradictorio en el proceso de ejecución	80

c) Alemania. Manifestación del principio de audiencia en el proceso de ejecución: la oposición del deudor	82
d) Francia. <i>Incidents des saisies à fins d'exécution</i>	85

CAPITULO SEGUNDO.- APROXIMACION AL DERECHO COMPARADO. EL PROCESO CAMBIARIO EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ITALIANO, ALEMAN Y FRANCES.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS	87
II. ITALIA	88
1. Presupuestos del ejercicio de la acción cambiaria	88
2. Proceso cambiario	91
A) Vías procesales idóneas para el ejercicio de la acción cambiaria. Especialidades frente a los procesos ordinarios de declaración y ejecución	92
B) Normas procesales en la <i>Legge cambiaria</i> . En concreto, análisis de los artículos 65 y 64	96
a) Artículo 65.2: proceso documental	96
b) Artículo 64: suspensión de la ejecución	101

III. ALEMANIA	105
1. Presupuestos del ejercicio de la acción cambiaria	105
2. Proceso cambiario	108
A) Notas previas	108
B) Proceso documental. Especialidad en materia cambiaria: <i>Wechsel- und Scheckprozeß</i>	110
C) Proceso monitorio. Especialidad en materia cambiaria: <i>Wechsel- und Scheckmahnbescheid</i>	114
IV. FRANCIA	119
1. Ejercicio de la acción cambiaria derivada de letras de cambio y pagarés	119
A) Presupuestos del ejercicio de la acción	119
B) Proceso de declaración: <i>procédure d'injonction de payer</i>	121
2. Ejercicio de la acción cambiaria derivada de cheques	125
A) Presupuestos del ejercicio de la acción	125
B) En especial, proceso de ejecución	125

CAPITULO TERCERO.- LOS TITULOS DEL JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO.

I. NOTAS PREVIAS	128
II. LA EFICACIA EJECUTIVA DE LA LETRA DE CAMBIO, PAGARE Y CHEQUE	130
1. Requisitos formales que según la Ley Cambiaria y del Cheque deben reunir la letra de cambio, el pagaré y el cheque	132
A) Letra de cambio	135
a) La denominación de letra de cambio o cláusula cambiaria	139
b) La orden de pago	142
a') Caracteres	143
b') Objeto	144
c') Falta de expresión de la moneda de pago	146
d') Moneda extranjera: convertibilidad y admisión a cotización oficial	154
e') Expresión de la deuda cambiaria en ECUs	161
c) El nombre del librado	166
d) El vencimiento o fecha de pago	168
e) El lugar en que se ha de efectuar el pago	170
f) La indicación del tomador	172
g) La fecha y el lugar en que la letra se libra	175

C) El pagaré y el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados	249
D) El cheque y el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados	252
3. Supresión del reconocimiento judicial de las firmas como diligencia de la que depende la ejecutividad de los títulos cambiarios	253
4. El protesto en el sistema de la Ley Cambiaria y del Cheque	266
A) Examen de la doble función -probatoria y conservativa- que tradicionalmente se ha atribuido al protesto	267
a) Función probatoria	267
b) Función conservativa	272
B) Sustitución del protesto	276
a) Declaración del librado	277
b) Declaración del domiciliatario	278
c) Declaración de la Cámara de Compensación	279
d) Efectos de las declaraciones sustitutivas del protesto	281
C) Exclusión del protesto	282
a) Exclusión voluntaria del protesto	282
b) Supuestos legales de exclusión	284

III. LA INTEGRACION EJECUTIVA DE LOS TITULOS CAMBIARIOS PERJUDICADOS	292
1. Sentido de la integración ejecutiva en el sistema de la Ley Cambiaria y del Cheque	292
2. Factor determinante de la integración: la naturaleza jurídica del título cambiario	294

CAPITULO CUARTO.- PRESUPUESTOS DEL JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO.

I. DELIMITACION DEL TEMA	302
II. DEUDA PECUNIARIA LIQUIDA	303
1. Deuda pecuniaria	303
2. Cantidad líquida	305
A) En dinero efectivo	313
B) En moneda extranjera	314
a) Moneda extranjera y liquidez	314
b) Moneda extranjera convertible admitida a cotización oficial	321

c) Autorización administrativa o permisión legal de la obligación de pago en moneda extranjera	324
a') El sistema legal español de control de cambios	325
b') Eficacia de las prescripciones del artículo 1435.1.2º LEC respecto de la obligación de pago	336
d) Momento al que deben entenderse referidos los requisitos del artículo 1435.1.2º LEC	338
a') Admisión a cotización oficial	339
b') Autorización de la obligación de pago	342
 III. DEUDA SUPERIOR A 50.000 PESETAS	 344
1. Cuantía mínima del juicio ejecutivo cambiario	344
2. Importe nominal superior, pero deuda inferior	355
3. Adición de títulos ejecutivos	357
 IV. OBLIGACION VENCIDA	 359
1. Prueba del vencimiento	360
A) Letras de cambio y pagarés librados a la vista	360
B) Letras de cambio y pagarés librados a un plazo desde la vista	362

2. Ejecución antes del vencimiento363

A) Primera delimitación: acción cambiaria de regreso, con independencia de la vía procesal elegida por el acreedor363

B) Segunda delimitación: posibilidad restringida a los supuestos expresamente previstos por la Ley Cambiaria y del Cheque365

C) Solicitud al Juez de aplazamiento del pago370

V. A MODO DE APENDICE: INEXIGIBILIDAD DE NOTIFICACION PREVIA AL DEUDOR CAMBIARIO DE LA CANTIDAD DEBIDA374

CAPITULO QUINTO.- ESPECIALIDADES PROCESALES INTRODUCIDAS POR LA LEY CAMBIARIA Y DEL CHEQUE.

I. NOTAS PREVIAS376

II. LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS OBLIGADOS CAMBIARIOS ESTABLECIDA EN EL ARTICULO 57 DE LA LEY CAMBIARIA Y DEL CHEQUE383

1. Consideraciones generales383

2. Estudio del artículo 57 de la Ley Cambiaria y del Cheque desde la óptica del juicio ejecutivo cambiario	390
A) <i>Ius electionis</i> . Acumulación subjetiva de acciones. Litisconsorcio pasivo voluntario	392
a) Competencia territorial	398
b) Defensa de los litisconsortes pasivos	400
c) Requerimiento de pago	403
d) Pago	404
e) Consignación	404
f) Embargo	405
g) Plazo para formalizar la oposición	407
h) Oposición a la ejecución	408
i) Procedimiento de apremio	414
B) <i>Ius variandi</i>	416
a) Planteamiento de la cuestión	416
b) Imposibilidad de ejercitar el <i>ius variandi</i> , ex artículo 57 de la Ley Cambiaria y del Cheque, en el juicio ejecutivo cambiario	418
 III. EL ALZAMIENTO DEL EMBARGO A TENOR DEL ARTICULO 68 DE LA LEY CAMBIARIA Y DEL CHEQUE	 420
1. Consideraciones generales	420

2. Apertura del incidente de alzamiento del embargo	423
3. Momentos en que puede solicitarse el alzamiento del embargo	425
4. Causas que pueden provocar el alzamiento del embargo	427
A) Falta de autenticidad de la firma	427
B) Falta absoluta de representación	429
C) Fundamentos de la admisión de las causas de alzamiento del embargo	430
5. Caución o garantía adecuada	435
A) Exigibilidad y función de la caución	437
B) Cuantía de la caución	439
C) Calidad de la caución	441
D) Momento en que debe prestarse la caución	441
6. Supuestos en los que no procede el alzamiento del embargo	442
7. Sustanciación del incidente de alzamiento del embargo	443
A) Competencia	443
B) Iniciación	444
C) Tramitación	444
D) Resolución	449
E) Impugnación del auto que pone fin al incidente	453

8. Efectos del alzamiento del embargo	455
9. Valoración del incidente de alzamiento del embargo <i>ex</i> artículo 68 de la Ley Cambiaria y del Cheque	459
IV. LA OPOSICION AL JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO	466
1. Incidente declarativo de oposición a la ejecución cambiaria	466
2. Oposición fundada en motivos procesales	469
A) Falta de jurisdicción o competencia	471
B) Falta de personalidad	477
a) Falta de personalidad del acreedor ejecutante	477
b) Falta de personalidad del deudor ejecutado	479
C) Ausencia de otros presupuestos o requisitos procesales	481
a) Falta de alguno de los presupuestos del juicio ejecutivo cambiario	481
b) Defectos en la citación de remate	483
D) Existencia de óbices procesales	485
a) Litispendencia	486
b) Defectos legales en el modo de proponer la demanda ejecutiva	488
c) Sumisión a arbitraje	489

3. Oposición fundada en motivos de Derecho material	494
A) Excepciones basadas en las relaciones personales del deudor cambiario con el tenedor del título o con tenedores anteriores	498
a) Notas previas	498
b) Causas de oposición fundadas en las relaciones personales con el ejecutante	500
a') Incumplimiento del negocio jurídico causal. Falta de provisión de fondos	500
b') Letra de favor	508
c') Integración abusiva	509
d') Quita y espera	510
e') Prescripción	512
f') Compensación	513
c) Causas de oposición basadas en las relaciones personales con tenedores anteriores al ejecutante	514
d) Pérdida del carácter personal de determinadas excepciones: artículo 12 de la Ley 7/1995, de 3 de marzo, de Crédito al Consumo	518
B) Excepciones que afectan a la existencia o validez de la declaración cambiaria del deudor incluida la falsedad de la firma	522
a) Falsedad de la firma	523
b) Homonimia	524
c) Falta de poder de representación	525
d) Violencia, intimidación y error obstativo	528

e) Defecto de capacidad	530
f) Falsificación del título cambiario	536
C) Falta de legitimación	537
a) Falta de legitimación activa	537
b) Falta de legitimación pasiva	539
D) Excepciones fundadas en la falta de las formalidades necesarias del título cambiario	541
a) La cláusula cambiaria	542
b) La orden o promesa de pago de una suma determinada en pesetas o en moneda extranjera convertible admitida a cotización oficial	543
c) El nombre del librado	545
d) El lugar de pago	546
e) El nombre del tomador	547
f) La fecha y el lugar de emisión	548
g) La firma del que emite el título cambiario	549
h) El timbre del título cambiario	550
E) Extinción del crédito cambiario	551
a) Pago	551
b) Consignación	552
c) Plus petición	553
d) Novación	554
e) Caducidad	556

CONCLUSIONES557

BIBLIOGRAFIA581

CAPITULO PRIMERO.

PERSPECTIVA HISTORICA Y FUNCION ACTUAL DEL JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO.

I. ANTECEDENTES HISTORICOS Y EVOLUCION LEGISLATIVA DEL JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO.

1. Notas previas.

Antes de abordar el estudio de los antecedentes históricos del juicio ejecutivo cambiario, estimamos oportuno hacer unas consideraciones relativas a la finalidad, fondo y forma de la exposición y del sucesivo desarrollo histórico del citado estudio.

En primer lugar, debemos señalar que las reseñas históricas serán breves y concisas, destinadas a demostrar que, desde su origen y, más concretamente, desde su recepción por el Derecho histórico español, el denominado juicio sumario ejecutivo fue siempre sinónimo de vía ejecutiva, de proceso de ejecución. No pretendemos, por tanto, realizar un exhaustivo análisis histórico-jurídico del juicio ejecutivo.

En segundo término, las referencias históricas al *processus executivus* vigente en la Edad Media y a los procesos que de él se



derivaron -entre ellos nuestro juicio ejecutivo- serían, desde la óptica del Derecho procesal, sumamente incompletas si no dieran cuenta de la evolución paralela que, desde el *pactum executivum*, se ha operado en uno de los presupuestos materiales de la ejecución: el título ejecutivo ¹. Ahora bien, por razones que nos son impuestas por el propio objeto de nuestra investigación, y que ya hemos apuntado, solamente destacaremos de la misma los momentos más relevantes para la formación del juicio ejecutivo cambiario; esto es, la proclamación de la letra de cambio como título ejecutivo.

Y, en tercer lugar, sólo nos resta señalar, avanzando una conclusión obtenida de una interpretación sistemática de los materiales históricos analizados, que a pesar de que en la formación de nuestro juicio ejecutivo han intervenido "elementos externos" a los que seguidamente nos referiremos ², su régimen jurídico vigente es el resultado de una evolución que pertenece, enteramente, a la historia jurídica española.

2. Contexto histórico-territorial en el que surgen los procesos sumarios.

Desde la perspectiva del Derecho histórico comparado, podemos situar los orígenes del denominado por la vigente Ley de

¹.- Originariamente, además de la sentencia la única forma de acudir a la ejecución era la conclusión de un pacto privado de ejecución. El *pactum executivum*, que procedía del derecho germánico, se realizaba sin intervención judicial alguna y consistía en una cláusula de sometimiento del deudor a la ejecución en caso de incumplimiento. Cfr. por todos PRIETO-CASTRO, *Tratado de Derecho procesal civil*, Proceso declarativo. Proceso de ejecución, II, 2ª ed., Pamplona, 1985, pág. 38; y DE LA PLAZA, *Derecho procesal civil español*, vol. II, Madrid, 1943, pág. 520.

².- Quizá sea conveniente matizar el sentido que deba darse a la expresión "elementos externos". Es cierto que la procedencia de tales elementos se sitúa fuera de los distintos territorios españoles. Sin embargo, no debe olvidarse que estos territorios formaban parte del área de influencia del Derecho romano que, como ordenamiento jurídico, no tenía fronteras delimitadas por conceptos de soberanía territorial; cfr. al respecto, GUTIERREZ-ALVIZ Y CONRADI, *El procedimiento monitorio. Estudio de Derecho comparado*, Sevilla, 1972, pág. 15.

Enjuiciamiento civil "juicio ejecutivo" en la Italia comunal de la segunda mitad del siglo XIII ³. El proceso ordinario vigente en la época, el *solemnis ordo iudicarium*, también denominado proceso común, mixto o italo-canónico, era, como consecuencia de su formación, resultado de la fusión de instituciones del Derecho romano y germánico (longobardo-franco), y posterior evolución, bajo el influjo del Derecho canónico, de tramitación lenta, complicada y dispendiosa ⁴. Con la finalidad de soslayar estos inconvenientes, se produjeron una serie de tentativas de reforma conducentes a obtener una mayor rapidez en el procedimiento. De ellas destacaremos la producida en el ámbito del Derecho estatutario de las ciudades italianas, en las que comenzaron a abrirse camino una serie de procedimientos especiales que, para alcanzar aquel objetivo, tenían como característica común la reducción del conocimiento del Juez, la *cognitio summaria*⁵. La sumariedad respondía a una finalidad específica: proporcionar al acreedor, sin excesivas dilaciones, la satisfacción de su derecho de crédito, o al menos, la garantía de la realización del mismo. Estos procedimientos especiales han recibido el nombre de "sumarios determinados", siendo el llamado juicio sumario ejecutivo *-processus executivus* o *mandatum de solvendo*

³.- Determinación temporal en la que coincide la doctrina consultada. *Vid.* por todos, GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, (trad. Prieto Castro), Barcelona, 1936, pág. 20.

⁴.- *Vid.* GUTIERREZ-ALVIZ Y CONRADI, *El procedimiento monitorio. Estudio de Derecho comparado*, cit., págs. 15 y 16; GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, cit., págs. 18 y 19.

⁵.- En su concepción influyeron las necesidades del creciente tráfico jurídico y económico de la época que exigía cauces procesales más ágiles y más acordes con la práctica comercial. La aplicación del proceso común quedaba condicionada al hecho de que las distintas ciudades no lo derogasen en sus respectivos Estatutos.

Se observa, pues, ya en el Derecho intermedio, que el proceso mercantil empieza a liberarse de las adherencias del proceso civil, elaborando estructuras procedimentales propias. La fusión de ambos procesos, en la cual el proceso civil adopta los avances procedimentales del proceso mercantil, no se producirá, en nuestro ordenamiento jurídico, hasta el siglo XIX. *Vid.* sobre esta evolución, FAIREN GUILLEN, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, (Los defectos en la recepción del Derecho Procesal común; sus causas y consecuencias en doctrina y legislación actuales), Barcelona, 1953, págs. 239 y ss.

sine clausula del Derecho intermedio- una de las vías procesales que se entienden comprendidas en dicha categoría⁶.

La tramitación del *processus executivus* -proceso destinado al ejercicio de la acción ejecutiva- se apoyaba en la idea de que toda obligación, cuya existencia constase de una manera clara y contundente, debía obtener inmediato cumplimiento sin tener que pasar, antes, por el largo y costoso proceso ordinario. El acreedor, reclamando la satisfacción de su crédito, se dirigía al Juez que dictaba

⁶.- El *mandatum de solvendo cum clausula iustificativa* (origen del moderno procedimiento monitorio) y el embargo preventivo o secuestro constituyen las restantes instituciones procesales en las que se concretan los llamados procesos "sumarios determinados".

La doctrina española y extranjera, al abordar el estudio de la formación de los procesos sumarios, distingue entre "sumarios determinados" y "sumarios indeterminados"; distinción hasta cierto punto útil al responder ambos procesos a una misma motivación y ser contemporáneos. Sin embargo, se ha matizado este planteamiento precisando que no constituyen dos subgrupos integrados en el común de "juicios sumarios", pues, sumarios, en sentido estricto, sólo lo son los "determinados".

Los procesos "sumarios indeterminados" encuentran su punto de partida en la decretal *Saepe contingit*, dada por Clemente V en 1306, que establece una serie de medidas procedimentales para liberar al proceso de formalidades superfluas; entre ellas cabe destacar la supresión de la *litiscontestatio*. Contrariamente a lo previsto para los "sumarios determinados", la forma acelerada que adoptan los "indeterminados" no obedece a un fin diverso del que se quisiera obtener por medio del proceso ordinario; son, estos últimos, unos procedimientos sin limitación en cuanto al objeto, con cognición plena y cuya sentencia tiene eficacia de cosa juzgada material. Por ello, se concluye que la Clementina *Saepe* es la fuente principal del procedimiento declarativo ordinario moderno y de los plenarios rápidos.

Para un tratamiento más extenso de estas dos formas de sumariedad y del período histórico en el que se encuadran, *vid.* GUTIERREZ DE CABIEDES, "Aspectos históricos y dogmáticos del juicio ejecutivo y del proceso monitorio en España", en *Estudios de Derecho procesal*, Pamplona, 1974, págs. 418 a 421; GUTIERREZ-ALVIZ Y CONRADI, *El procedimiento monitorio. Estudio de Derecho comparado*, cit., págs. 16 a 20; FAIREN GUILLEN, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, cit., págs. 41 a 70; también de este autor "La clasificación de los procesos y procedimientos", en *Estudios de Derecho procesal*, Madrid, 1955, págs. 373 a 380; PRIETO-CASTRO, *Tratado de Derecho procesal civil*, II, cit., págs. 38 y 39; TOMAS Y VALIENTE, "Estudio histórico-jurídico del proceso monitorio", en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana y Filipina*, núm. 1, 1960, págs. 43 a 46; CALAMANDREI, *El procedimiento monitorio*, (trad. Sentís Melendo), Buenos Aires, 1953, pág. 74; CHIOVENDA, *Instituciones de Derecho procesal civil*, vol. I, (trad. Gómez Orbaneja), Madrid, 1954, págs. 123 a 128; SEGNI, "El procedimiento intimatorio en Italia", en *Revista de Derecho Privado*, núm. 168, 1927, pág. 306; GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, cit., págs. 18 a 20; ROSENBERG, *Tratado de Derecho procesal civil*, (trad. Romera Vera), tomo I, Buenos Aires, 1955, págs. 18 a 20.

contra el deudor una orden incondicional de pago -*mandatum de solvendo sine clausula*-. Es obvio que el sistema consistía en otorgar fuerza ejecutiva a documentos distintos de la sentencia de condena. De este modo, el gradual desarrollo del *processus executivus* hacia la consolidación de sus trámites, fue paralelo a la progresiva construcción de un espectro más amplio de títulos que autorizaban a proceder ejecutivamente como si de una sentencia se tratara⁷.

Junto a los elementos de carácter ejecutivo, estaban presentes en dicho proceso, por influencia del Derecho romano, elementos de naturaleza declarativa. El *processus executivus* no descartaba la oposición aunque no toleraba más que la alegación de excepciones de fácil prueba. Así, se ofrecía al deudor la posibilidad de formular oposición a los actos ejecutivos siempre que las excepciones alegadas

⁷.- En una cauta y esquemática aproximación al tema, puesto que las fuentes de conocimiento son indirectas y no muy numerosas -aunque coinciden en lo esencial- puede señalarse que, en la evolución de los documentos con *executionem paratam*, se distinguen diversos momentos históricos. De forma paralela al *pactum executivum*, y superando en el tiempo la vigencia exclusiva de éste, acceden a esta categoría en el s. XI los *instrumenta confessionata* en sentido estricto, basados en la simulación de un juicio ante el juez ordinario (en el proceso romano clásico la confesión prestada en la fase *in iure* se equiparaba a la *res iudicata*). En el siglo XIII, se concede dicho privilegio a los *instrumenta guarentigiata* que responden al mismo fundamento que los anteriores, sólo que la comparecencia no se hace ante el juez sino *coram notario*; estos documentos contenían la cláusula guarentigia derivada de los primitivos pactos privados de ejecución. En el siglo XIV adquieren fuerza ejecutiva los *instrumenta publica* sin necesidad de que conste en ellos la cláusula *guarentigia* que ha devenido de estilo. La etapa final de esta evolución se sitúa hacia el siglo XV, momento a partir del cual se otorga fuerza ejecutiva a las *scripturae privatae* y, con el tiempo, se extiende a los documentos privados comerciales, especialmente a la letra de cambio.

Si en el *pactum executivum* la fuerza ejecutiva dimanaba de la autonomía de la voluntad de las partes, en el caso de los *instrumenta guarentigiata*, y de los documentos públicos y privados, aquélla se confería por la Ley y los Estatutos.

Sobre este tema, *vid.* entre otros, DE LA PLAZA, "Los principios fundamentales del proceso de ejecución", (Aplicaciones al vigente Derecho español), I, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 333, diciembre 1944, págs. 900 a 904; FAIREN GUILLEN, "Un nuevo descubrimiento sobre la historia del juicio ejecutivo en España: el ordenamiento sevillano de 1360", en *Estudios de Derecho procesal*, cit., pág. 564 (recoge para esta cuestión las conclusiones de BRIEGLER, *Geschichte des Executiv-Processes*, Stuttgart, 1845); GUTIERREZ DE CABIEDES, "Aspectos históricos y dogmáticos del juicio ejecutivo y del proceso monitorio en España", cit., lug. cit., págs. 421 y 422; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional*, II, Proceso civil 2.º, (con Ortells Ramos, Gómez Colomer y Montón Redondo), Barcelona, 1994, págs. 193 a 195.

podieran probarse *in continenti*. Las excepciones que no cumplían tal requisito se reservaban para el proceso solemne ⁸. El fin del incidente de cognición sumaria no era declarar la existencia y exigibilidad del crédito, sino únicamente decidir si debía procederse o no a la ejecución. Como consecuencia de ello, el juicio emitido en el *processus executivus* sobre las excepciones en él examinadas no obligaba al Juez del proceso ordinario ⁹.

Al hilo de esta exposición, no podemos dejar de señalar que el juicio ejecutivo regulado en la Ley de Enjuiciamiento civil vigente muestra claramente en sus trámites, a pesar del tiempo transcurrido, la impronta del *processus executivus* ¹⁰. Esta observación adquiere, si cabe, aún más relevancia al constatar que este cauce procesal de factura italiana no ha logrado sobrevivir en el vigente Ordenamiento procesal italiano, pues ha derivado en un proceso de cognición sumaria sobre una base documental ¹¹.

⁸.- Vid. DE LA PLAZA, *Derecho procesal civil español*, vol. II, cit., págs. 521 y 522.

⁹.- Vid. sobre el *processus executivus*, CHIOVENDA, *Instituciones de Derecho procesal civil*, vol. I, cit, págs. 280 a 282; también de este autor *Principios de Derecho procesal civil*, (trad. de la 3ª ed. italiana por J. Casais y Santaló), tomo II, Madrid, 1977, págs. 757 a 760; DE LA PLAZA, *Derecho procesal civil español*, vol. II, cit., págs. 520 a 523; también de este autor, "Los principios fundamentales del proceso de ejecución", II, lug. cit., núm. 335, febrero, 1945, pág. 81; GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, cit., pág. 20; VESCOVI, "La reforma del proceso ejecutivo para Iberoamérica: la adopción del procedimiento de estructura monitoria", en *Libro Homenaje a Jaime Guasp*, Granada, 1984, págs. 587 a 589.

¹⁰.- Al respecto, son ilustrativas las palabras de DE LA PLAZA (*Derecho procesal civil español*, vol. II, cit., pág. 523) quien señala que "nuestro juicio ejecutivo, por su traza, por su disposición, por su contenido, hasta por los efectos de la resolución que en él recae, es heredero directo del *processus executivus* del derecho común".

¹¹.- "..., abandonadas las jurisdicciones privilegiadas y las formas solemnes del juicio ordinario, han desaparecido las principales razones que sostenían la contraposición entre la *cognitio summaria* del proceso ejecutivo y la *cognitio plena* del proceso ordinario. Esta contraposición ya no existe. Por una parte, no hay necesidad de una *cognitio summaria* para que quien tiene un título ejecutivo obtenga la ejecución forzosa, sino que ésta se pide directamente a los órganos ejecutivos; por otra parte, en caso de oposición del deudor, el conocimiento sobre la existencia y sobre el cese de la obligación, que tiene lugar por parte del mismo juez de la ejecución, es conocimiento ordinario, es una declaración perfectamente igual a la que tendría lugar en un juicio en que se hubiese hecho valer la acción ordinaria (...). Un conocimiento puramente superficial (*qualis qualis demonstratio*) no tiene ya lugar en el proceso ejecutivo", CHIOVENDA, *Instituciones de Derecho procesal civil*, vol. I, cit., págs. 282 y 283.

3. Antecedentes históricos.

A) El Ordenamiento de 1360.

La trascendencia de este nuevo sistema procedimental, surgido, como ya hemos indicado, de una reacción frente a los excesos formalistas y antieconómicos del proceso ordinario, propicia su expansión territorial. Por lo que al Derecho histórico español se refiere, la recepción del juicio sumario ejecutivo se formaliza, según FAIREN GUILLEN, en la Ley XVI del Ordenamiento sobre Administración de Justicia dado, en 1360, por el Rey Don Pedro I a Sevilla ¹².

La ejecución sumaria regulada en dicha Ley, prevista para el cobro de deudas pecuniarias, se basaba en un documento firmado por notario y dos testigos, sin que fuera necesario que en él constara la cláusula guarentigia ¹³. El Juez debía examinar la fuerza ejecutiva del

¹².- FAIREN GUILLEN, "Un nuevo descubrimiento sobre la historia del juicio ejecutivo en España: el ordenamiento sevillano de 1360", en *Estudios de Derecho procesal*, cit., págs. 558 y ss. Hasta sus investigaciones, que tuvieron su origen en el hallazgo de dicho Ordenamiento de 1360 por el Dr. Sáez Sánchez, publicado íntegramente (consta de 37 leyes) en el *Anuario de Historia del Derecho español*, tomo XVII, 1946, págs. 712 a 750, se sostenía que el primer antecedente legislativo del juicio ejecutivo era una Ley de 20 de mayo de 1396, promulgada por Enrique III en Sevilla a petición de los mercaderes genoveses de aquella ciudad.

No debe, sin embargo, olvidarse que estudios posteriores señalan antecedentes más remotos del juicio ejecutivo sumario; hecho que pudiera cuestionar el fenómeno de la recepción en el siglo XIV. *Vid.* en este sentido LUMBRERAS VALIENTE, "Aportación a la historia del juicio ejecutivo en el Derecho patrio", en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana y Filipina*, núm. 2, 1960, págs. 243 a 252; y ESTEPA MORIANA, "El juicio ejecutivo como proceso de ejecución en el Derecho histórico español", en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 1, 1977, págs. 88 a 91.

¹³.- *Vid.* FAIREN GUILLEN, "Un nuevo descubrimiento sobre la historia del juicio ejecutivo en España: el ordenamiento sevillano de 1360", cit., lug. cit., págs. 565 y 584. No se exigía demanda formal escrita. Todo el Ordenamiento sevillano estaba regido por el principio de oralidad.

Por la cláusula guarentigia se confería "amplio poder á los señores jueces de su Magestad, que de este negocio deben conocer conforme á derecho, para que le apremien á su cumplimiento, como por sentencia definitiva de juez competente, pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal lo recibe" (*Febrero novísimo, ó*

documento y comprobar que la obligación estaba vencida. En su caso, despachaba ejecución ¹⁴. Por tanto, la ejecución se fundaba en un título legal, sin necesidad de pacto ejecutivo sobre la misma persona o el patrimonio y sin previo conocimiento del Juez.

Antes de pasar a la enajenación forzosa de los bienes, se ofrecía al deudor la posibilidad de oponerse a la ejecución. El carácter sumario de dicho incidente se pone de relieve en la enumeración de las excepciones que podían ser opuestas, en la limitación de los medios de prueba y en la brevedad del período de prueba (9 días). Sin embargo, debe señalarse que las excepciones venían determinadas en la Ley XVI con poca rigidez en cuanto a su admisibilidad: "*Pero si el deudor allegare pago o alguna razon o alguna defension derecha ...*" (la cursiva es nuestra). Por lo que respecta a los medios de prueba, solamente se admitía la prueba documental, del mismo carácter y calidad que el documento ejecutivo, y la confesión. Ahora bien, cuando las excepciones opuestas eran las de falsedad, miedo, fuerza y prescripción de la acción, cabía además la prueba testifical ¹⁵. La oposición del deudor suspendía, sin más, la ejecución.

Con una técnica procesal bastante correcta, el Ordenamiento de 1360 separa la ejecución de documentos públicos con *executionem paratam* (Ley XVI), de la ejecución de sentencias judiciales (Ley IX). Respecto de esta última destacaremos que, al igual que la Ley XVI, prevé en sus trámites un incidente contradictorio, apreciándose, sin

librería de jueces, abogados y escribanos, refundida y ordenada por D. Eugenio de Tapia, tomo quinto, Valencia, 1829, pág. 12). La obra de D. José Febrero fue adaptada, refundida, ordenada y actualizada por Gutiérrez, Aznar, Tapia, García Goyena, Aguirre y Vicente y Caravantes; cfr. MONTERO AROCA, "Eugenio de Tapia, práctico y poeta", en *Trabajos de Derecho procesal*. Barcelona, 1988, págs. 593 a 598.

¹⁴.- La Ley XVI del Ordenamiento de 1360 principiaba con la siguiente disposición: "Otrosi, tengo por bien que quando alguno mostrare alguna carta o alvala firmada del nonbre del escrivano con dos testigos que sepan escribir (...), quel juez, vista la carta o el alvala (...), quel faga fazer esecucion della e faga vendicion de los bienes del debdor, por que el acreedor aya pago de su debdor sin luenga e sin otra malicia (...)"

¹⁵.- Cfr. el Ordenamiento sobre Administración de Justicia dado por Pedro I a Sevilla en 1360, en *Anuario de Historia del Derecho español*, tomo XVII, cit., pág. 728.

embargo, en la regulación del mismo una mayor rigidez en cuanto a la admisión de excepciones ¹⁶.

Sin embargo no es esta Ley de 1360 la que se incorpora a los cuerpos legales posteriores, sino la Ley de 20 de mayo de 1396 ¹⁷, que se hizo extensiva a todo el territorio nacional por la *Lex Toletana*, promulgada en 1480.

La *Lex Toletana* será, en definitiva, la causante de la confusión que el legislador español -"abrumado por la tradición una vez más" (FAIREN GUILLEN)- presenta en torno a los conceptos básicos de la ejecución forzosa y que se hará patente en las leyes procesales del s. XIX. Y es que la *Lex Toletana* no se limita a recoger el texto íntegro de la Ley de 1396, sino que al mismo añade la siguiente frase: "(...), y esto mismo mandamos que se guarde, pidiéndose ejecución de sentencia pasada en cosa juzgada". Consagra, pues, la Ley de 1480 la uniformidad de trámites para la ejecución forzosa, sin llegar a percibir que el juicio sumario ejecutivo, regulado en las Leyes de 1360 y 1396, había sido concebido, como ya se ha señalado, únicamente para la ejecución de títulos ejecutivos extrajurisdiccionales ¹⁸.

¹⁶.- A estas conclusiones llega FAIREN GUILLEN tras un análisis comparativo de las Leyes XVI y IX del Ordenamiento de 1360 (*vid.* "Un nuevo descubrimiento sobre la historia del juicio ejecutivo en España: el ordenamiento sevillano de 1360", cit., lug. cit., págs. 578 a 580).

¹⁷.- El procedimiento previsto en ambas leyes era prácticamente el mismo, reduciéndose, las características específicas de la Ley de 1396, a la intervención judicial en la constitución de los títulos ejecutivos contractuales y a una mayor flexibilidad, tanto en la admisión de excepciones, como en los plazos para su alegación y prueba. En cuanto a la prueba, si el deudor trataba de probar las excepciones propuestas mediante una prueba "lenta" (v.gr. testifical), debía proceder, según se establecía en la Ley de 1396, a un *munimentum in manus creditoris* en forma de pago contra caución del acreedor, puesto que si no lo hacía, no se suspendía la ejecución.

¹⁸.- *Vid.* FAIREN GUILLEN, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, cit., págs. 111, 197 y 198; y, también de este autor, "Un nuevo descubrimiento sobre la historia del juicio ejecutivo en España: el ordenamiento sevillano de 1360", cit., lug. cit., pág. 589.

B) La Novísima Recopilación.

La forma sistemática de inserción individualizada de las leyes sin un orden lógico, propia de la técnica recopiladora, consolidó la situación hasta aquí expuesta. La *Lex Toletana*, que se inserta en la Ley 64 de Toro, así como una confusa amalgama de leyes de diferentes épocas sobre ejecución forzosa por deudas pecuniarias, pasan a formar parte del Título XXI, Libro IV, de la Nueva Recopilación que lleva por rúbrica: "De las entregas y execuciones de contratos, y sentencias, y confesiones, y conocimientos, y de los executores dellas". Estas leyes se incorporan posteriormente a la Novísima Recopilación, concretamente al Título XXVIII, Libro XI, esta vez bajo el título "De los juicios executivos"¹⁹. Junto a ellas, aunque con distinto rango legal, seguían aplicándose diferentes leyes de la Partida III.

A pesar de la entremezclada normativa, que hacía difícil al intérprete determinar con precisión el régimen jurídico aplicable a las diversas instituciones jurídicas, nuestros procesalistas no dudaron en distinguir dos vías procesales para el otorgamiento de la tutela judicial en materia civil. Estas eran la "via executiva" y la "via ordinaria", o también denominadas "juicio ejecutivo" y "juicio ordinario". Es decir, cuando se referían a lo que la doctrina procesal moderna denomina "proceso de ejecución singular", utilizaban indistintamente, y por oposición a "juicio ordinario", los términos "via executiva" o "juicio ejecutivo"²⁰. Esta identificación venía

¹⁹.- En las 17 leyes del Tít. XXVIII, Lib. XI era donde se regulaba realmente el proceso de ejecución, ya que si bien el Tít. XVI rezaba "De la execucion de las sentencias, y despacho de executorias" estaba compuesto sólo por cinco leyes en las que se establecía cuando aquéllas eran ejecutivas.

²⁰.- *Vid.*, entre otros, HEVIA BOLAÑOS, *Curia Filipica*, (Primera y segunda parte), Madrid, 1700; la primera parte está dedicada al "juyzio ordinario" y la segunda, págs. 69 a 121, reza "Del juyzio ejecutivo", destinando el primer subepígrafe al concepto de "via executiva" que, según el citado autor, "es la que se tiene á la execucion, y cumplimiento de los casos, è instrumentos que la traen aparejada, la qual es de su naturaleza breve y sumaria". ELIZONDO (*Práctica universal forense de los Tribunales de España, y de las Indias*, tomo primero, sexta impresión, Madrid, 1796) distingue en su obra entre "juicio

favorecida por el hecho de que todos los instrumentos ejecutivos, tanto los de factura judicial como extrajudicial, se sustanciaban por los mismos cauces²¹; esto es, por los cauces del juicio civil ejecutivo que "es un juicio sumario que se introdujo en favor de los acreedores, para que sin experimentar los dispendios ni dilaciones de la vía ordinaria, ni las molestias ó vejaciones de los deudores morosos, consiguiesen brevemente el cobro de sus créditos, sin distraerse del desempeño de sus deberes respecto á sus empleos, oficios o familias"²². Así, se afirmaba que el juicio ejecutivo era "un juicio sumario en que no se trata de declarar derechos dudosos y controvertidos, sino solo de llevar á efecto lo que ya está determinado por el juez ó consta evidentemente de uno de aquellos títulos que por sí mismos hacen prueba plena y á que la ley da tanta fuerza como á la decisión judicial"²³.

executivo", "juicio ordinario", "juicio criminal" y "juicio eclesiástico. Esta distinción está presente también en *Febrero novísimo, ó librería de jueces, abogados y escribanos*, tomo quinto, cit., pág. 6; y en ORTIZ DE ZUÑIGA, *Biblioteca de escribanos*, (ó Tratado general teórico-práctico para la completa instrucción de estos funcionarios), tomo II, Madrid, 1841.

²¹.- Así se ha declarado que "a lo largo de nuestro derecho histórico no se ha distinguido nunca entre la ejecución que tiene por base un título jurisdiccional de la que se realiza en virtud de uno extrajudicial, de forma que el verdadero -y único- proceso de ejecución era el juicio ejecutivo" (FERNANDEZ LOPEZ, *La tercería de dominio*, Madrid, 1980, pág. 202).

²².- *Febrero novísimo, o librería de jueces, abogados y escribanos*, tomo quinto, cit., pág. 6.

²³.- ESCRICHE, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, nueva edición reformada y considerablemente aumentada por D. León Galindo y de Vera y D. José Vicente y Caravantes, tomo III, Madrid, 1875, pág. 509.

Los títulos que traían aparejada ejecución eran varios. De una exégesis de diferentes leyes del Libro XI de la Novísima Recopilación y de la Partida III, se obtuvo la siguiente relación, que consta en las págs. 19 y 20 de la obra citada: "1ª. La sentencia que se declaró por pasada en autoridad de cosa juzgada. 2ª. La ejecutoria dada por tribunal superior competente, ya sea confirmando ó revocando la sentencia del juez inferior. 3ª. La confesión de la deuda hecha en juicio, y el juramento litis decisorio. 4ª. Los conocimientos, vales y papeles simples despues de reconocidos con juramento por el que los hizo ante juez competente, ó de su orden por escrito ante el alguacil ó escribano, ó ante este solamente, aunque no contengan expresión del día, mes y año en que se hicieron. 5ª. El instrumento público ó auténtico que hacen fe; bien que el auténtico solo la traerá si se reconoce judicialmente, y no de otra suerte, porque aunque hace prueba en juicio, ninguna ley lo constituye ejecutivo como al público, por ser cosa muy diversa. 6ª. La liquidación ó instrumento simple líquido de cantidad, daños é intereses, siendo reconocido y consentido por la parte con la solemnidad expuesta. 7ª. Los libros y cuentas

Bajo el enunciado "juicio ejecutivo" los procesalistas de la época trataban tanto la ejecución de las deudas pecuniarias, como no pecuniarias, dedicando mayor atención a las primeras ²⁴. Nosotros, por razones que son obvias, también centraremos en ellas nuestro estudio.

extrajudiciales hechas por las partes ó por los contadores que eligen, si estas las reconocen y consienten en juicio, segun queda dicho, ó en instrumento público, y no de otra suerte. 8ª. El rescripto, cédula ó provision del Rey ó Príncipe que no reconoce superior en lo temporal, y los Reales privilegios. 9ª. Los juros, libranzas y situaciones que se dan por el Rey ó por quien en su nombre tiene potestad contra sus tesoreros, cobradores, administradores y arrendadores de su Real haber. 10ª. Los pareceres conformes de los contadores".

²⁴.- Este hecho se aprecia claramente en la obra de HEVIA BOLAÑOS, *Curia Filipica*, cit.. De las cincuenta y dos páginas que dedica a la "via executiva", destina solamente tres párrafos, en la pág. 91, a la ejecución forzosa de condenas no pecuniarias: "Quando se pide execucion, ò possession de cosa cierta en especie, que se deba entregar, el Juez manda al executado que la entregue, y le compele, y apremia à ello, y se entrega, y da possession de ella al executante, sin ser necessario mas diligencia: lo qual puede hazer (siendo necessario) aunque sea con gente armada (...); "Tratandose de execucion de derechos incorporales, como de presentar, ò elegir, no es necesario, sino que la parte a quien competen, puede de su autoridad usar de su derecho, (...); "Quando se trata de algun hecho personal que ay obligacion precisa de hazer la persona, ò deposito que se debe entregar, ò restituir, ha de ser compelida à ello, por prision, y toma de bienes; y siendo necesario, venta y remate de ellos, hasta que lo cumpla, (...)".

De forma semejante, en el *Febrero novísimo, o librería de jueces, abogados y escribanos*, tomo quinto, cit., se trata brevemente el tema en las págs. 34 y 35.

El escaso interés mostrado por el estudio de la ejecución forzosa de condenas no pecuniarias pudo venir motivado por la precariedad de su regulación legal. El Tít. XVI, del Lib. XI de la Novísima Recopilación reza: "De la execucion de las sentencias, y despacho de executorias", y comprende solamente cinco leyes. En la primera se establece la forma de hacer efectiva una condena no pecuniaria: "Ordenamos, que despues que el juicio, que se diere por el Alcalde, fuere confirmado ó pasado en cosa juzgada, que el Alcalde que diere el juicio lo haga cumplir y executar hasta tercero dia, si fuere sobre raiz ó muebles, que no sea de dineros; y si el juicio fuere dado sobre dineros, hágalo el Alcalde executar hasta diez dias".

Lo expuesto no hace sino reflejar la penuria legal a la que estaba sometida la ejecución de deudas no pecuniarias. A esta situación no han sabido poner remedio las leyes procesales civiles posteriores; *vid.* sobre este tema, TAPIA FERNANDEZ, *Las condenas no pecuniarias*, Palma de Mallorca, 1984, págs. 13 a 15; FERNANDEZ LOPEZ, *Derecho procesal civil*, III, La ejecución forzosa. Las medidas cautelares. 4ª ed., Madrid, 1995, pág. 323; MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional*, II, Proceso Civil 2.º, cit., pág. 71.

En virtud de cualquiera de los documentos a los que las diferentes leyes vigentes en la época otorgaban fuerza ejecutiva²⁵, el acreedor podía solicitar al Juez que expidiera mandamiento de ejecución contra los bienes del deudor. Si a juicio del Juez el acreedor estaba legitimado para pedir la ejecución, la demanda reunía todos los requisitos legales, el título presentado tenía aparejada ejecución, y la deuda en él documentada era líquida, cierta y estaba vencida, mandaba aquél despachar ejecución por su importe y las costas causadas²⁶. Aunque no siempre el Juez actuaba del modo señalado. Así, era frecuente, en aquella época, el recurso al denominado "traslado sin perjuicio", consistente en que los jueces, con la finalidad de que el deudor tuviera más tiempo para buscar dinero y pagar, y a pesar de que concurrían las circunstancias requeridas para despachar ejecución, no la despachaban inmediatamente, sino que señalaban un plazo en el que debía satisfacer la deuda o alegar la causa o razón para no hacerlo²⁷.

²⁵- *Vid. supra*, nota 23.

²⁶- En el escrito en que se pedía la ejecución, o después de presentado, el actor debía jurar la certeza de la deuda, bajo pena de nulidad de la ejecución (Ley VI, Tít. XXVIII, Lib. XI Novísima Recopilación). Además, para no incurrir en la pena de satisfacer el exceso y otro tanto que por la plus petición imponía la citada Ley VI, se incluía en la demanda la cláusula "protesto admitir en cuenta legítimos y justos pagos".

²⁷- La práctica del "traslado sin perjuicio" no privaba al acreedor de su derecho de ejecutar "pero lo cierto es que siguiendo, según están obligados, el rigor de la ley, deben despachar mandamiento ejecutivo contra sus bienes" (*Febrero novísimo, ó librería de jueces, abogados y escribanos*, tomo quinto, cit., pág. 82). La ley a la que se hace referencia en la obra citada es la Ley XII, Tít. XXVIII, Lib. XI de la Novísima Recopilación, en la que se establecía: "...; ordenamos y mandamos, que quando se pidiere alguna execucion, y al Juez le pareciere, que la escritura, ó recaudo porque se pide, debe ser executada, dé su mandamiento de execucion, sin citar á la parte executada para ello".

La constatación de la práctica forense extralegal del "traslado sin perjuicio" refuerza la hipótesis, sostenida por algunos procesalistas, relativa al hecho de que el procedimiento monitorio o *mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*, nunca regulado por disposición legal, no fue completamente desconocido en España. *Vid.* en este sentido, GUTIERREZ-ALVIZ Y CONRADI, *El procedimiento monitorio. Estudio de Derecho comparado*, cit., págs. 30 a 32; TOMAS Y VALIENTE, "Estudio histórico-jurídico del proceso monitorio", cit., lug. cit., págs. 42 y 90 a 99.

Una vez despachada la ejecución se requería de pago al deudor y si no pagaba debía señalar bienes en los que trabar la ejecución ²⁸. Hecha la traba debía notificarse al deudor el *estado de la ejecución*. Por medio de dicha notificación se le advertía que, pagando dentro de las veinticuatro horas siguientes, se libraría del pago de las costas, y del de la décima si satisfacía la deuda dentro de las setenta y dos horas ²⁹. Habiéndose notificado al deudor el *estado de la ejecución* se le citaba de remate para que opusiera las excepciones que tuviere. Si el deudor no planteaba oposición debía el Juez, acusada una rebeldía por el ejecutante, pronunciar sentencia de remate mandando continuar la ejecución ³⁰.

La oposición no se caracterizaba por la rigidez: el ejecutado podía, del mismo modo que en la vía ordinaria, proponer cualquier excepción legítima para eludir, en el caso de probarla cumplidamente, la sentencia de remate ³¹. En cambio, si por falta de prueba el Juez

²⁸.- De acuerdo con la Ley XII, Tít. XXVIII, Lib. XI de la Novísima Recopilación debían embargarse en primer lugar los bienes muebles y, a falta de ellos, los bienes raíces.

²⁹.- Así estaba prevenido en las Leyes XV, XVI y XVII, Tít. XXX, Lib. XI de la Novísima Recopilación. La décima (décima parte del importe de la deuda) era un derecho de la ejecución que correspondía a los alguaciles. Estos no podían cobrarse antes de resarcir completamente al acreedor. La décima fue suprimida por Real Orden de 10 de junio de 1835; *vid.* voz "décima", ESCRICHE, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, nueva edición reformada y considerablemente aumentada por D. León Galindo y de Vera y D. José Vicente y Caravantes, tomo II, Madrid, 1874, pág. 604.

³⁰.- Ley XII, Tít. XXVIII, Lib. XI de la Novísima Recopilación. *Vid.* ESCRICHE, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, tomo III, cit., pág. 519.

Del acuse de rebeldía, que en nuestro derecho histórico se concebía como una iniciativa necesaria de la parte para que se operara la sucesión de una fase procesal a la siguiente, se ha pasado, en la LEC vigente, en concreto en el art. 1462, a una especial declaración de rebeldía (no le son aplicables los preceptos de los arts. 281, 527 y 528 LEC) carente de sentido en un proceso de ejecución y a la que se ha acudido, como veremos, para fundamentar la naturaleza declarativa del juicio ejecutivo. *Vid.* sobre el particular, MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, 7ª ed., por D. H. Dago Sáinz y D. J. de Molinuevo Junoy, tomo VI, artículos 1318 a 1560, Madrid, 1957, págs. 481 y 482.

³¹.- Así lo recoge HEVIA BOLAÑOS, *Curia Filípica*, cit., pág. 103: "Y se pueden alegar, y poner, y han de admitir para ello qualesquiera excepciones mutuas, peticiones de compensaciones, y reconvenções, y las demás legítimas excepciones, que en la vía ordinaria se pueden, y deben poner, y admitir sin distinción, ni especialidad alguna". Se basaba, el autor de la Curia, en las Leyes I, II y XIX, Tít. XXI, Lib. IV de la Nueva Recopilación, en las que se ponía fin a la enumeración de las excepciones, con las

desestimaba los motivos alegados, dictaba sentencia de remate en la que no realizaba ningún tipo de declaración de derechos. En ella simplemente se ordenaba continuar la ejecución por la cantidad principal, su décima y costas procesales causadas y las que se causasen hasta su completo reintegro, pasándose a la vía de apremio³².

Si se demostraba que no había lugar al despacho de la ejecución porque el título en que se fundó no era ejecutivo, o porque la deuda

expresiones siguientes: "... y tal que de derecho se deba recibir" o "... la tal paga ó legítima excepcion". Incluso las excepciones de "largo examen" debían admitirse por si el deudor lograba probarlas dentro del plazo legal de 10 días (*in continenti*). En parecidos términos se expresa ELIZONDO, *Práctica universal forense de los Tribunales de España, y de las Indias*, tomo primero, cit., pág. 15, si bien puntualizaba que la excepción de litispendencia no podía admitirse en "lo ejecutivo. (...); porque el Juicio Ejecutivo no causa instancia".

Las leyes I, II y XIX, Tít. XXI, Lib. IV de la Nueva Recopilación pasaron a formar parte de las leyes I, III y XII, Tít. XVIII, Lib. XI de la Novísima Recopilación. Partiendo de lo dispuesto en las leyes citadas, se llevó a cabo una sistematización de las excepciones que el ejecutado podía oponer en vía ejecutiva. Así, se distinguieron tres clases de excepciones: las *directas* (que estaban enumeradas en la Ley III: pago, pacto o promesa de no pedir la deuda, falsedad, usura, fuerza y miedo), las *útiles* (no se hacía de ellas mención específica en las leyes citadas, pero se inferían de su contenido; se citan entre otras: la compensación, la transacción, la novación de contrato, la prescripción, el compromiso, la declinatoria de fuero, etc.) y la tercera clase estaba formada por aquellas excepciones que, si bien no se inferían de las leyes citadas, se admitían siempre y cuando pudieran probarse y liquidarse *in continenti*. Vid. sobre este tema, *Febrero novísimo, ó librería de jueces, abogados y escribanos*, tomo quinto, cit., págs. 113 a 151.

Sin embargo, esta interpretación extensiva no se acomodaba a los principios rectores de derecho común y hubo de rectificarse en los arts. 327 y 328 de la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio de 1830, en cuyas prescripciones se apoyó la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855.

En cuanto a los medios de prueba, la ley I, del Tít. XXI, Lib. XI de la Novísima Recopilación los limitaba a instrumentos públicos, confesión y testigos. Sin embargo, se hizo una interpretación extensiva de la citada ley: "Pueden hacer las partes sus respectivas probanzas por testigos, instrumentos y *demas medios legales*, aunque la ejecución se haya despachado en virtud de instrumento público, porque la ley 1. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. habla disyuntivamente, y no dice que se hayan de probar precisamente las excepciones por otro también público" (*Febrero novísimo, ó librería de jueces, abogados y escribanos*, tomo quinto, cit., pág. 144. -la cursiva es nuestra-).

³².- Se llamaba vía de apremio al período del juicio ejecutivo que transcurría desde la sentencia de remate hasta que ésta quedaba enteramente ejecutada, con el pago del crédito que reclamó el acreedor y las costas del juicio; vid. *Febrero o librería de jueces, abogados y escribanos*, 4ª ed. por D. José de Vicente y Caravantes, tomo IV, Madrid, 1852, pág. 318.

no estaba vencida, o "por otro semejante defecto", el Juez no sólo debía abstenerse de dictar sentencia de remate, sino que además en pena de su impericia o descuido debía restituir con el cuatro tanto los derechos percibidos y pagar las costas causadas a las partes ³³.

La sentencia dictada en el juicio ejecutivo no producía excepción de cosa juzgada para el juicio ordinario; al deudor "le queda siempre salvo é ileso su derecho para usar de él en la via ordinaria segun le convenga" ³⁴.

Sin embargo, algunos autores intuyeron que la tramitación debía ser distinta según el origen del título ejecutivo. En este sentido, se sostuvo que la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, podía llevarse a efecto por la vía de apremio sin que precedieran los trámites anteriores del juicio ejecutivo ³⁵. Tampoco pasó por alto otra peculiaridad del citado título ejecutivo, a saber: la limitación de las excepciones oponibles. Las excepciones que no "arguyen de injusta la sentencia, sino que moderan su ejecucion" podían alegarse en el incidente de oposición a la ejecución (v. gr. la compensación) siempre que no se hubieran opuesto en "la causa principal antes de la sentencia, y el juez las haya despreciado expresa o tácitamente, pues entonces no se puede alegar ni oponer á la ejecucion; porque esta exclusion ó desprecio tácito ó expreso pasa á cosa juzgada simultáneamente con la misma sentencia, y produce excepcion contra el que las opone". Las concernientes "á los méritos de la causa principal", es decir, las que "la arguyen de injusta, y se dirigen á rescindirla y revocarla" no podían oponerse después de la sentencia ya que "despues de la cosa juzgada nada hay que hacer mas que

³³.- Ley XI, Tít. XXX, Lib. XI, Novísima Recopilación.

³⁴.- *Febrero o librería de jueces, abogados y escribanos*, tomo IV, cit., pág. 165. Ahora bien, si se trataba de una ejecución con base en una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada no cabía ulterior discusión sobre si la acción ejecutiva había sido debidamente utilizada.

³⁵.- *Vid. ob. cit.*, nota anterior, pág. 235.

ejecutar lo que se determinó". Se admitía, por último, la excepción de nulidad de la sentencia en cuya virtud se pedía ejecución ³⁶.

Este es, en líneas generales, el *iter* procedimental del juicio ejecutivo diseñado por nuestro Derecho histórico, cuyas breves referencias no podemos finalizar sin mencionar un determinado documento mercantil que configurará, en su día, una especialización de dicho procedimiento.

La consagración de la letra de cambio, aceptada y reconocida, como título ejecutivo inmediato y general se produce por una Pragmática Sanción expedida por Carlos III el 2 de junio de 1782, recogida en la Ley VII, Título III, Libro IX de la Novísima Recopilación ³⁷. Con anterioridad a esta fecha, en todos aquellos lugares en que, por carecer de una ley particular, la letra de cambio no era considerada título ejecutivo hubo de acudir, para la ejecución de las obligaciones contenidas en la misma, a la Leyes II (documento público) y V (documento privado reconocido) del Título XXI, Libro IV de la Nueva Recopilación ³⁸.

³⁶.- *Vid. Febrero novísimo, ó librería de jueces, abogados y escribanos*, tomo quinto, cit., págs. 125 y 149 y 150.

³⁷.- En la Ley VII, Tít. III, Lib. IX de la Novísima Recopilación se dispone: "Declaro por vía de regla y punto general, que toda letra aceptada sea ejecutiva como instrumento público, y en defecto de pago del aceptante la pague ejecutivamente el que la endosó á favor del tenedor de la letra, y en falta de este, el que la hubiese endosado ántes, hasta el que la haya girado por su orden, sin que sobre este punto se admitan dudas, opiniones ni controversias; y que el tenedor de la letra tampoco tenga necesidad de hacer excusión, cuando los primeros aceptantes hubieren hecho concurso ó cesion de bienes, ó se hallare implicada y difícil la paga por concurrencia de acreedores, ú otro motivo, pues basta certificación del impedimento para recurrir pronta y ejecutivamente contra los demas obligados al pago". La ley transcrita suscitó el siguiente comentario: "de modo, que una vez aceptada y reconocida judicialmente la letra, aunque el aceptante no tenga fondos ó caudal del librador ó endosante, puede ser apremiado á satisfacerla, sin que le sirva esta excepcion, como antes de dicha pragmática le servía para eximirse, y así los demas que nombra por su orden" (*Febrero novísimo, ó librería de jueces, abogados y escribanos*, tomo quinto, cit., pág. 27).

³⁸.- De las disposiciones de índole local citaremos -por contener una regulación global de la materia cambiaria que ya reflejaba la concepción de una cambial desligada del contrato de cambio- las Ordenanzas de Bilbao de 1737, en cuya norma IV, del capítulo XIII se disponía que a las letras de cambio se ha de dar la misma fe y crédito que a las escrituras auténticas, otorgadas ante escribanos, para que se lleven a "pura y debida

4. Precedentes legislativos mediatos.

A) Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio, de 24 de julio de 1830.

La Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio, de 24 de julio de 1830, se promulgó para procurar la efectividad de las normas jurídicas contenidas en el Código de comercio (en adelante CCom) de 1829³⁹. La anticipación de la regulación procesal mercantil respecto a la ordinaria obedece a un mayor grado de evolución de la jurisdicción consular que reclamaba

execucion, con efecto, sin preceder Demanda, Respuesta, ni Condicion (...)". Normas similares contenían las Ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1531 y las del Consulado de Burgos de 1538.

No quisiéramos retroceder más en el tiempo, pues ello nos obligaría a efectuar un estudio pormenorizado de la transición del antiguo *instrumentum ex causa cambii* a la moderna cambial; estudio que, por otra parte, corresponde a la historia del Derecho cambiario. Para este tema nos remitimos, entre otros, a GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, tomo I, 7ª ed., Madrid, 1976, págs. 764 a 769; AGUILERA-BARCHET, *Historia de la letra de cambio en España*, Seis siglos de práctica trayecticia, Madrid, 1988, págs. 674 a 676; ASCARELLI, *Teoría general de los títulos de crédito*, (trad. R. Cacheaux), México, 1947, págs. 43 a 50; PAVONE LA ROSA, *La letra de cambio*, (trad. O.J. Maffía) Buenos Aires, 1988, págs. 15 a 25; HUECK y CANARIS, *Derecho de los títulos-valor*, (trad. J. Alfaro), 1ª ed., Barcelona, 1988, págs. 65 a 69.

³⁹.- En la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio, promulgada por D. Fernando VII, se dice lo siguiente: "Por cuanto despues de haber decretado en el Código que promulgué en treinta de mayo de mil ochocientos veinte y nueve las leyes que arreglan las relaciones del comercio, y determinan las formas y efectos de sus contratos, era necesario proveer al buen orden de su aplicación, estableciendo un sistema de procedimientos en que se concilien la celeridad de sus trámites y la economía de sus espensas con las formalidades indispensables para asegurar el acierto en las sentencias, á cuya consecuencia me reservé en el artículo 1219 del Código promulgar una Ley que arreglase el orden de instrucción y sustanciación en todos los procedimientos é instancias que tienen lugar sobre los negocios de comercio, poniéndolo en ejecución, he venido en decretar y decreto, para que se guarde y observe en todos los Juzgados y Tribunales del Reino, la siguiente".

El art. 1219 CCom de 1829 aludía a una ley procesal mercantil que debía entrar en vigor provisionalmente hasta la promulgación de un Código de Enjuiciamiento. Esta ley provisional fue la de 24 de julio de 1830.

un orden sistemático de los procedimientos destinados a resolver sobre obligaciones y derechos derivados de actos de comercio ⁴⁰.

En cuanto al sistema procesal diseñado por la Ley de 1830, debe señalarse que si bien es perceptible un avance importante en aras a una mayor agilidad en la tramitación de los juicios declarativos ⁴¹, no se observan innovaciones sustanciales en la ejecución forzosa, pues viene a consagrar la dinámica procedimental de siglos anteriores.

Con todo, una de las novedades a destacar relativas a la ejecución forzosa es de carácter terminológico: para referirse a lo mismo, es decir, al proceso de ejecución singular, prescinde de la tradicional denominación "juicio ejecutivo" y la sustituye por "procedimiento ejecutivo". Por otro lado, debe puntalizarse que cuando la Ley de 1830 habla, en su Título VIII, de procedimiento de apremio (arts. 350 a 363) no se refiere a la vía de apremio, que en nuestro Derecho histórico -como en el vigente- significaba realización forzosa de los bienes embargados, sino a un proceso especial reservado para la ejecución de ciertos títulos relacionados con el comercio marítimo.

La Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio no menciona la tradicional distinción entre proceso de ejecución sobre una cosa mueble o raíz y proceso de ejecución sobre dinero. En efecto, a tenor del art. 307, el procedimiento ejecutivo no

⁴⁰.- Cfr. FAIREN GUILLEN, *Temas del ordenamiento procesal*, tomo I, Historia. Teoría general, Madrid, 1969, pág. 67.

⁴¹.- La recepción en España de los juicios plenarios rápidos se produjo primero en el ámbito mercantil y posteriormente en el civil. Las regulaciones procesales contenidas en el Código de comercio de 1829 (arts. 1209 y ss.) y en la Ley de Enjuiciamiento mercantil de 1830 se inspiran en los principios procedimentales dimanantes de la *Saepe contingit* y los Estatutos italianos (s. XIV). Esta influencia es notoria en la sustanciación del juicio ordinario (arts. 108 a 168) y en la del procedimiento en negocios de menor cuantía (arts. 446 a 458) de la Ley de 1830. Cfr. al respecto FAIREN GUILLEN, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, cit., págs. 101 y ss.

puede recaer sino sobre *cantidad numeraria, determinada y líquida*. Su ámbito quedaba reducido, pues, a la reclamación de deudas líquidas de naturaleza mercantil.

En el art. 305 no se recoge solamente el principio básico de la ejecución forzosa *-nulla executio sine titulo-*, sino que sanciona qué es lo que convierte un documento en título ejecutivo: "El procedimiento ejecutivo no tiene lugar sino en virtud de un título que por *disposición expresa de ley traiga aparejada ejecución*" (la cursiva es nuestra) ⁴². En el art. 306, se formula una relación *numerus clausus* de los títulos ejecutivos, el primero de los cuales es la sentencia judicial, aunque determina su contenido: "sentencia judicial ejecutoriada que condena á la entrega de algunos efectos de comercio, ó al pago de cantidad determinada"⁴³. Junto a ella y a otros títulos ⁴⁴, tenían aparejada ejecución, según el núm. 5 del art. 306: "las letras de cambio, libranzas, vales o pagarés de comercio en los términos que disponen los artículos 543, 544 y 566 del Código".

De acuerdo con el art. 543 CCom de 1829 "las letras de cambio producen acción ejecutiva" -es decir, son título ejecutivo- "para exigir en sus casos respectivos del librador, aceptantes y endosantes el pago, reembolso, depósito y afianzamiento de su importe". El despacho de

⁴².- Ni en el art. 941 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855, ni en el art. 1429 de la de 1881 se halla un precepto tan claro y terminante acerca del origen del título ejecutivo. Hecho que demuestra que en nuestras Leyes de Enjuiciamiento civil estaba plenamente asumido que lo que convierte a un documento en título ejecutivo es una disposición expresa de la Ley.

⁴³.- Si la deuda consistía en la entrega de efectos de comercio, la computación a metálico se realizaba conforme a lo establecido en el el art. 309: "Cuando la deuda consista en efectos de comercio, se liquidará su equivalencia en numerario por los precios del mercado de la plaza, según certificación de los síndicos del colegio de corredores, si lo hubiere en ella, ó no habiendo colegio, por la de dos corredores nombrados de oficio, quedando á salvo su derecho al deudor para pedir la reducción si hubiere exceso, mediante su prueba en el término del encargado".

⁴⁴.- Estos títulos, que también venían relacionados en el art. 306, eran los siguientes: escritura pública; confesión judicial; pólizas originales de contratos celebrados con intervención de corredor público; facturas, cuentas corrientes y liquidaciones aprobadas por el deudor, precediendo reconocimiento judicial de la firma; y, contratos privadas suscritas por los contratantes y reconocidas en juicio como legítimas y ciertas.

la ejecución tenía lugar "con vista de la letra y protesto, y sin más requisito que el reconocimiento judicial que hagan de su firma el librador ó el aceptante demandado sobre el pago. Con respecto al aceptante que no hubiere puesto tacha de falsedad á su aceptación al tiempo de protestar la letra por falta de pago, no será necesario el reconocimiento judicial, y se decretará la ejecución desde luego en vista de la letra aceptada, y el protesto por donde conste que no fué pagada" (art. 544). Finalmente el art. 566 CCom de 1829 equiparaba, a efectos del despacho de la ejecución, los vales y libranzas a los documentos privados, pues disponía que: "La acción ejecutiva de los vales y libranzas no puede ejercerse sino después de haber reconocido judicialmente su firma la persona contra quien se dirige el procedimiento" ⁴⁵.

La sustanciación del "procedimiento ejecutivo" no venía condicionada por la naturaleza del título ejecutivo. Así, no se observa diferencia alguna entre la ejecución de la "sentencia judicial ejecutoriada" y la de los restantes títulos ejecutivos extrajurisdiccionales ⁴⁶.

Los trámites del "procedimiento ejecutivo" no difieren de los diseñados en nuestros textos históricos, aunque se esbozan, por primera vez, de modo ordenado y preciso: despacho de la ejecución, requerimiento de pago, embargo, citación de remate, posible incidente

⁴⁵.- El Código de comercio de 1829 regulaba conjuntamente las libranzas y los vales o pagarés (arts. 558 a 571). El pagaré era únicamente un acto de comercio cuando procedía de operaciones de carácter mercantil y se le aplicaba el régimen jurídico previsto para la letra de cambio -con algunas excepciones, v. gr. preceptos reguladores de la aceptación-. Debía librarse a la orden y se transmitía por endoso.

En cambio, el citado cuerpo legal no se refiere al cheque ya que en aquella época no existía un tráfico bancario de depósito que exigiera su regulación. El cheque se reglamenta por primera vez en el Código de comercio de 1885. Cfr. GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, tomo I, cit., págs. 929 a 931; LANGLE, *Manual de Derecho mercantil español*, tomo II, cit., págs. 426 y 427.

⁴⁶.- Cfr. FABREGA Y CORTES, *Lecciones de práctica forense*, 2ª ed., Barcelona, 1921, pág. 279.

de oposición, sentencia y remate de los bienes embargados (arts. 314 y ss.).

El "procedimiento ejecutivo" principiaba por demanda -que debía ajustarse a los requisitos generales del art. 41⁴⁷- en la que el acreedor debía "jurar ser cierta la deuda", ya que en caso contrario aquélla no se admitía. Junto a la demanda ejecutiva debía acompañarse el título ejecutivo (art. 312). Siendo procedente la ejecución, el tribunal libraba al alguacil mandamiento para que requiriera personalmente de pago al deudor. Si éste no pagaba en el acto, se procedía a embargarle bienes "en cantidad suficiente para cubrir la deuda y costas" (art. 315)⁴⁸. La traba se notificaba al deudor y se le citaba al mismo tiempo de remate (art. 321).

A partir de la citación de remate, el deudor tenía un plazo de tres días para satisfacer la deuda u oponerse a la ejecución (arts. 321 y 322). Si el deudor no pagaba ni se oponía, el tribunal dictaba sentencia de remate mandando proceder a la venta de los bienes embargados para, con lo obtenido, hacer pago al acreedor (art. 324). En el supuesto de que el deudor quisiera interponer excepciones, únicamente podía alegar las señaladas en los arts. 327 y 328 de la Ley de Enjuiciamiento de 1830.

⁴⁷.- En el art. 41 de la Ley de Enjuiciamiento de 1830 se disponía que: "Las demandas y los demas escritos ó alegaciones sobre negocios de comercio se estenderán con la claridad posible, escusándose redundancias y repeticiones, y reduciéndose á esponer sucintamente los hechos y antecedentes del negocio, el derecho ó accion que se deduce, y la pretensión con que se concluye, fijando en este en términos positivos y precisos la cosa que se pide, el modo legal con que se solicita, y la persona contra quien se dirige la instancia".

⁴⁸.- Al proceder al embargo de los bienes, el alguacil debía tener en cuenta el orden establecido en el art. 317: "(...) se preferirán los efectos de comercio á los demas muebles del deudor, y unos y otros á los inmuebles, guardándose las escepciones prevenidas por las leyes comunes sobre los bienes que no pueden ser ejecutados". Como medida de garantía de la traba se depositaban los bienes en persona de conocida responsabilidad (art. 315).

En el art. 320 se disponía que: "En las ejecuciones por obligaciones mercantiles no se causa décima". Sobre el concepto de "décima", *vid. supra*, nota 29.

Así, pues, en el procedimiento ejecutivo de la Ley de Enjuiciamiento de 1830 las excepciones se hallaban taxativamente determinadas: los arts. 327 y 328 no permitían alegar otras excepciones que no fueran las previstas en ellos. Esta limitación no operaba respecto de los juicios ejecutivos entablados para la reclamación de deudas civiles que seguían sustanciándose conforme a lo dispuesto en las leyes de la Novísima Recopilación⁴⁹.

El art. 328 se destinaba a la concreción de las excepciones que el deudor podía alegar cuando la ejecución procedía de letras de cambio; mientras que en el art. 327 se enumeraban las excepciones que aquél podía oponer a la ejecución cuando ésta había sido despachada en base a cualquier otro título ejecutivo de los previstos en el art. 306⁵⁰.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 328, cuando la ejecución se basaba en letras de cambio, sólo se admitían las excepciones prevenidas en el art. 545 CCom de 1829, que eran las siguientes: falsedad; pago; compensación de crédito líquido y ejecutivo; prescripción o caducidad de la letra; espera o quita concedida por el demandante, probada por escritura pública o por documento privado

⁴⁹.- *Vid. supra*, nota 31.

⁵⁰.- El art. 327 establecía que: "En las ejecuciones sobre obligaciones mercantiles solo tienen lugar las escepciones siguientes:

Falsedad del título.

Prescripción ó caducidad del mismo.

Fuerza con daño grave inminente en la persona para obligar al consentimiento ó suscripción de la obligación; ó si con el mismo objeto y sin causa legal hubiese sido aprisionado.

Falta de personalidad en el ejecutante.

Pago de la deuda.

Compensación de ella por crédito líquido.

Novación de contrato.

Quitamiento ó espera.

Transacción ó compromiso.

También tendrá lugar contra las ejecuciones despachadas por los tribunales de comercio la incompetencia de su jurisdicción, si con arreglo á las disposiciones del Código de Comercio no se debiere calificar de acto mercantil el contrato de que proceda el título de la ejecución".

reconocido en juicio. El citado artículo añadía: "cualquiera otra excepción que competa al deudor, se reservará para el juicio ordinario, y no obstará al progreso del juicio ejecutivo, el cual continuará por sus trámites hasta quedar satisfecho de su crédito el portador de la letra" ⁵¹. El carácter sumario del incidente de oposición a la ejecución quedaba reflejado, pues, en la limitación de las alegaciones y medios de prueba (compensación, quita y espera sólo podían probarse mediante documentos) ⁵², lo que comportaba que la sentencia no tuviera fuerza de cosa juzgada.

Por consiguiente, el CCom de 1829 y la Ley de Enjuiciamiento mercantil de 1830 otorgaron a la letra de cambio una tutela judicial privilegiada que consistía en permitir su acceso a aquel procedimiento especial, conocido desde 1360, de naturaleza ejecutiva y con posibilidad, por parte del ejecutado, de provocar un fase cognitiva de carácter sumario, cuyo objeto era poner de relieve determinadas circunstancias que impedían la continuación de la ejecución. La tutela judicial privilegiada formaba parte, sin duda, de una protección más amplia conocida con el nombre de *rigor cambiario* ⁵³. Además, debe destacarse que ambas normas son las primeras que de forma taxativa imponen la especialidad más relevante, hasta que se dicta la Ley Cambiaria y del Cheque en 1985, del juicio ejecutivo cambiario frente

⁵¹.- La reserva para el juicio ordinario se predicaba de aquellas excepciones que afectaban a la esencia del contrato. Las excepciones que procedían de un vicio de carácter procesal, como la incompetencia del juez, falta de personalidad de las partes, defectos formales en la demanda, etc., debían ser alegadas en el juicio ejecutivo.

⁵².- Respecto de las restantes excepciones que podían hacerse valer en el ejecutivo por letras de cambio se admitía cualquier medio de prueba. Así, en el art. 332 se disponía lo siguiente: "En las probanzas de los juicios ejecutivos tendrán lugar todos los medios de prueba establecidos en el artículo 138 de esta Ley". Según este último precepto los medios de prueba admitidos en las causas de comercio eran: las escrituras públicas o solemnes; los documentos hechos privadamente entre las partes, de cualquiera especie que sean; los libros de cuentas, la correspondencia epistolar; la confesión judicial; el juramento decisorio; el juicio de expertos; el reconocimiento judicial; la vista ocular; la confesión extrajudicial hecha de propósito con palabras positivas a presencia de testigos y de la persona a quien aproveche; y las informaciones de testigos.

⁵³.- Sobre el significado del rigor cambiario, *vid. infra*, Capítulo Tercero, pág. 135.

al ordinario: la limitación de excepciones frente al acreedor cambiario⁵⁴.

Por último, destacaremos que a tenor de lo dispuesto en el art. 346 de la Ley de Enjuiciamiento mercantil no podía procederse a la realización forzosa de los bienes embargados hasta que la sentencia de remate hubiera devenido firme, salvo que el acreedor lo solicitara y prestara fianza suficiente⁵⁵.

B) Ley de Enjuiciamiento civil de 5 de octubre 1855.

Desde 1834 hubo varias iniciativas tendentes a la formación de un Código de Enjuiciamiento civil. Sin embargo, tales iniciativas no tuvieron éxito, en gran parte, debido a los frecuentes cambios políticos de la época⁵⁶. La primera Ley de Enjuiciamiento civil (en adelante LEC) no se promulga hasta 1855.

La LEC de 1855 rompe definitivamente con la regulación que, hasta aquellos momentos, se había efectuado de la ejecución forzosa. Así, separa del histórico cuerpo común a toda ejecución los preceptos propiamente específicos de la ejecución de sentencias de condena, que se agrupan ahora en el Título XVIII, bajo la rúbrica "De la ejecución de las sentencias". Por otro lado, recupera la tradicional

⁵⁴.- Ya hemos señalado que, salvo en lo relativo a la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, las Leyes de la Novísima Recopilación no establecían límites claros a los motivos de oposición a la ejecución; *vid. supra*, pág. 14.

⁵⁵.- El art. 347 establecía que: "En caso de interponerse apelación de la sentencia de remate, habrá de preceder al pago del acreedor que este preste fianza suficiente para asegurar las resultas del recurso interpuesto".

⁵⁶.- En el período transcurrido desde 1834 (año en que se sanciona el Estatuto Real) a 1846 se nombraron diversas comisiones con la finalidad de elaborar un Código de Enjuiciamiento Civil. La Instrucción del procedimiento civil con respecto a la Real Jurisdicción ordinaria, de 30 de septiembre de 1853 fue el acelerador, por las críticas que generó, de la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855. Sobre este período histórico, *vid. Crónica de la codificación española*, 2 Procedimiento civil, Ministerio de Justicia. Comisión General de Codificación, Madrid, 1972, págs. 9 a 55.

denominación de "juicio ejecutivo", aunque esta vez para designar la ejecución de deudas pecuniarias líquidas por títulos ejecutivos extrajudiciales. El juicio ejecutivo se encuentra regulado en el Título XX que reza "De las ejecuciones", cuyas cuatro secciones tratan "Del juicio ejecutivo", "Del procedimiento de apremio", "De las tercerías" y "De la segunda instancia en el juicio ejecutivo"⁵⁷.

Parece ser que con esta reestructuración de la ejecución forzosa, el legislador de 1855 quiso, por una parte, consolidar -con el fin de asegurar la agilidad del tráfico jurídico- un proceso de ejecución especial al que pudiera acudir directamente sin tener que promover como requisito previo un juicio declarativo. Y, por otra, dotar a la ejecución de sentencias de condena de trámites especiales y distintos de los establecidos para el juicio ejecutivo.

La nueva regulación tuvo en cuenta que la sentencia firme de condena es un título privilegiado sobre los demás que tienen aparejada ejecución. La mayor fehaciencia que comporta la sentencia de condena, por estar precedida de un proceso de declaración, justifica que proceda el embargo sin necesidad de un previo requerimiento de pago. Además la sentencia firme de condena es el único título ejecutivo (con la sola excepción del art. 41 Ley Hipotecaria) que puede dar lugar a un proceso de ejecución en el que se actúen sanciones no dinerarias. También era preciso dictar normas

⁵⁷.- La ubicación y la leyenda de estos títulos fueron criticados por MANRESA Y NAVARRO y REUS Y GARCIA (*vid.* sus comentarios a *La Ley de enjuiciamiento civil*, tomo IV, Madrid, 1861, págs. 167 y 262). La situación del Tít. XVIII no les parecía la más lógica, puesto que con sujeción a sus normas debían ejecutarse sentencias dictadas en juicios declarativos regulados en títulos ulteriores (Tít. XXIII: "De los juicios de menor cuantía", Tít. XXIV: "De los juicios verbales" y Tít. XXV: "De los juicios en rebeldía"). En cuanto al Tít. XX, su leyenda "De las ejecuciones" no era, según dichos juristas, ni técnica ni concreta. No era técnica porque hasta entonces, al procedimiento que se regulaba en dicho Título, se le había dado el nombre de juicio ejecutivo y no había razón "para variar esta denominación, consagrada por las leyes y por el uso". Y, no era concreta, por ser demasiado genérica, puesto que estaba excluida la ejecución de las sentencias.

sobre liquidación de condenas ilíquidas ⁵⁸. La ubicación de tales normas en sede de juicio ejecutivo hubiera podido producir cierta confusión, puesto que, tradicionalmente, este juicio procedía sólo para la ejecución de títulos ejecutivos en los que se documentaba una deuda pecuniaria líquida ⁵⁹.

Sin embargo, tanto del reducido número de preceptos que el Título XVIII dedica a la ejecución de sentencias de condena, como de su contenido, se infiere que el proceso de ejecución singular se halla regulado, básicamente, en el Título XX; esto es, en sede de juicio ejecutivo (proceso de ejecución especial) ⁶⁰. Esta es la principal razón que ha determinado que se califique de errónea la sistematización que de la ejecución forzosa hizo la LEC de 1855. En efecto, hubieran debido separarse del conjunto de normas, que hasta entonces

⁵⁸.- Así lo ha entendido comúnmente la doctrina; *vid.* por todos, FERNANDEZ LOPEZ, *Derecho procesal civil*, III, cit., págs. 37 y 38; y TAPIA FERNANDEZ, *Las condenas no pecuniarias*, cit., págs. 96 y 97.

⁵⁹.- Cfr. FERNANDEZ LOPEZ, *Derecho procesal civil*, IV, (con de la Oliva), 4ª ed., Madrid, 1995, pág. 22.

⁶⁰.- La Ley de 1855 destina a la ejecución de sentencias de condena por cantidad líquida y determinada los artículos 892 y 893 del Tít. XVIII. En ellos se contiene una remisión general a las normas del Tít. XX relativas a la forma y orden de los embargos, a las medidas de garantía de la traba y a la realización forzosa de los bienes embargados. La tramitación especial se reduce, por una parte, a la eliminación del requerimiento de pago, de la citación y de la sentencia de remate (para evitar actuaciones del deudor que impidieran el cumplimiento de la sentencia, la Ley de 6 de julio de 1877 dió una nueva redacción al art. 892 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855: "Si la sentencia contuviera condena al pago de cantidad líquida y determinada, se procederá siempre, y sin necesidad de previo requerimiento personal al condenado, al embargo de bienes, en la forma y por el orden prevenido en los artículos 949 al 953 inclusivos"; *vid.* ESCRICHE, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, cit., tomo IV y último, Madrid, 1876, pág. 993). Y, por otra, a la no previsión legal de un incidente de oposición a la ejecución. MANRESA y REUS (*Ley de Enjuiciamiento civil*, tomo IV, cit., pág. 174) se mostraron contrarios a una absoluta supresión del citado incidente, pues, a pesar del silencio de la Ley afirmaron que debe oírse al ejecutado "cuando escepcone que ha pagado ya, ó cumplido lo mandado en la sentencia, solicitando que así se declare. Seria injusto cerrar la puerta á una pretension de esta clase, como a cualquier otro incidente que directamente se refiera al cumplimiento de la sentencia. Estos incidentes habrán de sustanciarse como los del juicio ordinario".

Los restantes preceptos del Tít. XVIII pueden sistematizarse atendiendo a la naturaleza del bien a conseguir: 1) obligación de hacer, no hacer, o entregar alguna cosa (arts. 895 a 897); y 2) cantidad ilíquida, ya proceda de frutos, ya de perjuicios (arts. 898 a 921).

disciplinaban la ejecución forzosa, los diversos títulos ejecutivos extrajudiciales y regular sus peculiaridades por separado. Al no hacerlo de este modo, sino que, como ya hemos señalado, se extraen de aquel conjunto de normas los preceptos más específicos de la ejecución de sentencias, se obtiene como resultado una remisión de la norma general a la especial, siendo realmente complicado discernir cuáles de entre las normas que regulan el juicio ejecutivo son privativas de él y cuáles son aplicables también a la ejecución ordinaria.

Centrándonos ya en el juicio ejecutivo, señalaremos que en la LEC de 1855 se otorgaba al juicio ejecutivo una regulación que se repetirá, en sus directrices básicas, años más tarde en la actualmente vigente. Conforme a lo dispuesto en el Título XX, el procedimiento se dividía en dos fases: el juicio ejecutivo (desde que se entabla la demanda ejecutiva hasta la sentencia de remate) y el procedimiento de apremio (desde que se procede a la tasación y venta de los bienes del deudor hasta el pago al acreedor)⁶¹.

El art. 941, con el que se iniciaba el Título XX, recogía el principio básico de la ejecución al disponer que "para que el juicio ejecutivo pueda tener lugar, se necesita un título que tenga aparejada ejecución"⁶². Ahora bien, para que pudiera despacharse la ejecución la deuda debía estar vencida y ser líquida la cantidad reclamada (art. 944). Se entendía que con la expresión "cantidad líquida" la Ley se refería a una cantidad de dinero⁶³. En ninguno de los artículos del

⁶¹.- Vid. MANRESA Y NAVARRO y REUS Y GARCIA, *Ley de Enjuiciamiento civil*, comentada y explicada, tomo IV, cit., págs. 262 y 263.

⁶².- Tres eran los títulos que según el art. 941 tenía aparejada ejecución: "1º Escritura pública, con tal que sea primera copia, ó si es segunda, esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona á quien deba perjudicar, ó de su causante. 2º Cualquier documento privado que haya sido reconocido bajo juramento ante autoridad judicial. 3º La confesion hecha ante Juez competente".

⁶³.- En este sentido se pronunciaban, MANRESA Y NAVARRO y REUS Y GARCIA, *Ley de Enjuiciamiento civil*, tomo IV, cit., pág. 276, quienes añadían que "si se hubiese querido hacer extensivo el procedimiento ejecutivo á cantidades de otra especie, se hubiera dicho así terminantemente, dándose reglas sobre el modo de hacer efectivas esas

Título XX se fijó cuál debía ser la cuantía mínima de la deuda pecuniaria para tener acceso al juicio ejecutivo. MANRESA y REUS determinaron el límite mínimo del juicio ejecutivo en relación con la cuantía máxima establecida para el juicio verbal ⁶⁴.

La admisión de la demanda ejecutiva estaba sometida a la efectiva realización de dos requisitos establecidos en el art. 945, a saber: extensión en los términos prevenidos para la ordinaria e inclusión de la protesta de abonar pagos legítimos. El Juez, una vez examinada la demanda ejecutiva, el título y la naturaleza del crédito en él consignado no podía acordar cosa distinta a despachar o denegar la ejecución (art. 946) ⁶⁵. El auto del Juez denegando el despacho de la ejecución podía ser recurrido en reposición y en apelación por el acreedor. Ambos recursos se sustanciaban sin intervención del deudor, ya que éste todavía no era parte (art. 947).

En el mismo auto en que el Juez mandaba despachar ejecución acordaba expedir mandamiento de ejecución con el que se requería de pago al deudor (art. 948) ⁶⁶. No verificándose el mismo, se procedía a embargarle bienes suficientes para cubrir la deuda principal y las

cantidades, ó de liquidar su equivalencia en numerario, como se ha hecho en la ejecución de las sentencias (arts. 898 y sigs.), y como lo hace la Ley de Enjuiciamiento mercantil en su art. 309". *Vid. supra*, nota 43.

⁶⁴.- Basándose en el art. 1162 de la LEC que prescribía que "toda cuestión entre partes, cuyo interés no exceda de 600 reales, se decidirá en juicio verbal", y en que toda tramitación distinta a la del juicio verbal era más lenta, complicada y dispendiosa, concluían que: "... solo las cantidades que son objeto del juicio verbal, ó que no exceden de 600 reales, están escludidas del juicio ejecutivo: todas las demás, ó sea desde 601 reales arriba, pueden ser objeto de este procedimiento"(MANRESA Y NAVARRO y REUS Y GARCIA, ob. cit., nota anterior, pág. 263).

⁶⁵.- Así en el art. 946 se disponía que: "El Juez, examinando el título ejecutivo, despachará ó denegará la ejecución sin prestar audiencia nunca al demandado".

Con la norma transcrita se quiso desterrar definitivamente de la práctica el abuso del "traslado sin perjuicio". Sobre esta cuestión, *vid. supra*, pág. 13.

⁶⁶.- El requerimiento de pago tenía que ser personal. El art. 955 establecía las actuaciones que debían observarse cuando tal requerimiento devenía imposible.

costas. Aunque el deudor pagara en el acto del requerimiento de pago eran de su cargo las costas causadas en el juicio (art. 954) ⁶⁷.

En los arts. 949 a 954 se detallaban los bienes que podían ser embargados, el orden que debía seguirse en el embargo y las medidas de garantía de la traba.

Hecho el embargo se citaba de remate al deudor para que en un breve plazo -tres días- se opusiera a la ejecución (arts. 959 y 960). Si el deudor no se oponía y la ejecución había sido correctamente despachada, el Juez mandaba traer los autos a la vista y pronunciaba sentencia de remate (art. 961) ⁶⁸.

La LEC de 1855, siguiendo el sistema establecido por la Ley de Enjuiciamiento mercantil de 1830, fijó taxativamente, en el art. 963, las excepciones admisibles en el juicio ejecutivo, eliminando, pues, cualquier género de duda sobre la naturaleza sumaria del incidente de oposición a la ejecución ⁶⁹. La oposición planteada por el ejecutado

⁶⁷.- Por ello el trámite relativo a la notificación de estado de la ejecución se hizo innecesario; *vid. supra*, pág. 14.

⁶⁸.- Concretamente en el art. 961 se disponía que: "Si no lo hiciere, pasados los tres días, y *acusada una rebeldía* por el actor, mandará el Juez traer los autos á la vista, y con citacion de este solo pronunciará sentencia de remate" (la cursiva es nuestra). Sobre el artículo transcrito se hizo el siguiente comentario: "Pero téngase presente que, para que pierda el derecho á oponerse, no basta que trascurren los tres días: es necesario además que el actor acuse la rebeldía; y mientras esto no suceda, debe admitirse su oposicion, como se le admitiria en el juicio ordinario á contestar la demanda, despues del término del emplazamiento sin acusarse la rebeldía" (MANRESA Y NAVARRO y REUS Y GARCIA, *Ley de Enjuiciamiento civil*, tomo IV, cit., pág. 293). La Ley de Enjuiciamiento civil de 1855 adoptó el sistema de impulso procesal de parte propio de nuestro Derecho histórico; *vid. supra*, nota 30.

⁶⁹.- En el art. 963 se disponía que: "Las únicas excepciones admisibles en el juicio ejecutivo son:

Falsedad del título ejecutivo.

Prescripción.

Fuerza ó miedo, de los que con arreglo á la ley hacen nulo el consentimiento.

Falta de personalidad en el ejecutante.

Pago, ó compensacion de crédito líquido, que resulte de documento, que tenga fuerza ejecutiva.

Quita, espera, y pacto ó promesa de no pedir.

Novacion.

originaba un incidente contradictorio con fase de prueba, en el que, salvo para acreditar la compensación, podían utilizarse todos los medios de prueba previstos por la Ley para el juicio ordinario (arts. 964 a 969).

La sentencia que ponía fin al incidente debía contener alguno de estos tres pronunciamientos: 1.º "Seguir la ejecución adelante", imponiendo las costas al ejecutado ⁷⁰. 2.º "Declarar su nulidad", condenando en las costas al Juez o funcionario que hubiera cometido la falta; esta nulidad "puede tener lugar, ya por defecto de alguna solemnidad intrínseca y esencial en el otorgamiento del título ejecutivo, ó por contener algún vicio extrínseco posterior á su otorgamiento, ya por infracción de los trámites sustanciales de este juicio" ⁷¹. 3.º "No haber lugar á pronunciar sentencia de remate", imponiendo las costas al ejecutado; procedía este fallo "siempre que, habiendo sido bien despachada la ejecución, queda luego destruida, ó desvirtuada la acción ejecutiva por haber alegado y probado cumplidamente el ejecutado cualquiera de las excepciones que segun el art. 963 son admisibles en este juicio" ⁷².

Transacción ó compromiso.

Ninguna otra excepción podrá estorbar el pronunciamiento de la sentencia de remate".

Si la excepción alegada no era una de las enumeradas por el art. 963, el Juez sólo podía desestimarla en la sentencia puesto que la ley no le autorizaba a repelerla de plano: "De consiguiente, cualquiera que se la causa en que se funde la oposición del ejecutado, ha de darse al juicio la sustanciación que se marca en los artículos siguientes, resevando para la sentencia el desestimar la excepción, si no es de las admisibles" (MANRESA Y NAVARRO y REUS Y GARCIA, ob. cit., nota anterior, pág. 301).

⁷⁰.- "Procede este fallo siempre que, estando bien despachada la ejecución, y habiéndose observado en el procedimiento los trámites y solemnidades que prescribe la Ley, no se haya opuesto el deudor, o no haya justificado excepción alguna que pueda desvirtuar el mérito del título en virtud del cual se despachó aquella". Con estas palabras MANRESA Y NAVARRO y REUS Y GARCIA (*Ley de Enjuiciamiento civil*, tomo IV, cit., pág. 307) precisan la finalidad de la oposición a la ejecución. No es dicha oposición el trámite adecuado para entrar en el fondo de la relación jurídico-material, ni para declarar existentes o inexistentes los derechos controvertidos, sino para resolver, exclusivamente, la cuestión planteada sobre el "mérito" del título ejecutivo.

⁷¹.- ESCRICHE, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, cit., tomo III, Madrid, 1875, pág. 522.

⁷².- MANRESA Y NAVARRO y REUS Y GARCIA, *Ley de Enjuiciamiento civil*, tomo IV, cit., pág. 309.

La sentencia era apelable en ambos efectos (arts. 973 y 978). La apelación se sustanciaba con arreglo a lo establecido en los arts. 1001 y ss. Si la sentencia dictada era la de remate, el ejecutante-apelado podía acceder al procedimiento de apremio prestando fianza suficiente para responder de lo que percibiera en caso de que aquélla fuera revocada (art. 973).

La naturaleza sumaria del incidente de oposición determinó que la sentencia en él dictada no tuviera fuerza de cosa juzgada material (art. 972). "Por eso se dice que este juicio no causa estado, ni escepcion de cosa juzgada. Ahora, lo mismo que antes, cualquiera que sea el fallo que en el recaiga, queda su derecho á salvo á la parte que se crea perjudicada, para promover el juicio ordinario; pero no otro ejecutivo, fundado en el mismo título que ha sido desestimado" ⁷³.

Los desaciertos del legislador de 1855 no se limitaron a una falta de sistematización de la ejecución forzosa en general. Por lo que respecta al juicio ejecutivo, las críticas se han centrado, básicamente, en las siguientes medidas: mantener la sentencia de remate si no hay oposición; admitir la apelación en dos efectos y con posibilidad de "ejecución provisional" con fianza; y, permanecer, en sede de juicio ejecutivo -proceso de ejecución especial, fundado en un título extrajurisdiccional- las normas relativas al embargo de bienes, procedimiento de apremio y tercerías, cuando son normas comunes a cualquier tipo de ejecución forzosa y, por ello, deberían estar allí donde se regula el proceso de ejecución ordinario ⁷⁴.

La LEC de 1855 fue objeto de varias reformas. Por la trascendencia que supuso para la configuración del juicio ejecutivo

⁷³.- MANRESA Y NAVARRO y REUS Y GARCIA, ob. cit., nota anterior, pág. 310.

⁷⁴.- Vid. al respecto, FERNANDEZ LOPEZ, *Derecho procesal civil*, III, cit., págs. 37 y 38, y IV, cit., págs. 21 y 22; y MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional*, II, Proceso civil 2.º, cit., pág. 197.

cambiarlo, destacaremos la provocada por el Decreto de 6 de diciembre de 1868 que estableció la unidad de fueros y redujo el número de jurisdicciones especiales existentes hasta aquellos momentos ⁷⁵.

En el estudio del juicio ejecutivo cambiario, es interesante recordar que el párrafo primero del art. 8 del Decreto de 1868 sancionó la jurisdicción ordinaria como la única competente para conocer de los negocios mercantiles. El art. 10 suprimió los tribunales especiales de comercio y el art. 12 derogó la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y las causas de comercio de 1830, con excepción de los procedimientos en los juicios de quiebra y del procedimiento de apremio. Como consecuencia de lo anterior, el Decreto de 1868 modificó varios artículos de la LEC de 1855 para integrar en ella la ejecución por deudas mercantiles incorporadas a títulos ejecutivos extrajurisdiccionales.

Así, el art. 23 del Decreto de 1868 adicionó dos clases de documentos mercantiles a la relación de títulos ejecutivos extrajurisdiccionales establecida en el art. 941 de la LEC de 1855. Una de aquellas clases de documentos eran: "las letras de cambio, sin necesidad de reconocimiento judicial, respecto del aceptante que no hubiera puesto tacha de falsedad a su aceptación al tiempo de protestar la letra por falta de pago" ⁷⁶. Respecto de las demás personas obligadas (librador y endosantes), la letra de cambio era un simple documento privado, debiéndose preparar la ejecución para que fuera

⁷⁵.- El Decreto de 1868 suprimió los tribunales de hacienda y comercio, así como los de extranjeros, y precisó las competencias de los tribunales eclesiásticos y militares. La idea de la unificación de jurisdicciones, que había germinado en la Constitución de 1812 (su art. 248 disponía que: "En los negocios comunes, civiles y criminales, no habrá más que un solo fuero para toda clase de personas"), se materializó en dicho Decreto.

⁷⁶.- La otra clase de documentos mercantiles que pasaron a formar parte del art. 941 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855 eran: "los cupones de obligaciones al portador emitidas por compañías legalmente autorizadas al efecto, siempre que confronten con los títulos, y estos con los libros talonarios, a no ser que el director o persona que represente a la compañía protesten en el acto de la confrontación la falsedad de los títulos".

ejecutiva. No se hizo referencia expresa a las libranzas, vales o pagarés que en cambio sí figuraban en el art. 306 de la Ley de Enjuiciamiento mercantil de 1830. Seguramente, el legislador entendió que su acceso al juicio ejecutivo cabía en base al número segundo del art. 941.2, según el cual tenía aparejada ejecución: "cualquier documento privado que haya sido reconocido bajo juramento ante autoridad judicial".

El legislador no podía limitarse a incorporar a la LEC de 1855 los títulos ejecutivos extrajurisdiccionales de carácter mercantil. Debía introducir también en aquella Ley la tradicional especialidad del juicio ejecutivo cambiario respecto del juicio ejecutivo ordinario: las excepciones cambiarias. En este sentido, el art. 23 del Decreto de 1868 reforma el art. 963 de la LEC de 1855, precepto regulador de los motivos de oposición a la ejecución, adicionando un nuevo párrafo en el que se decía: "Exceptúanse de lo que queda establecido las ejecuciones que procedan de letras de cambio en las que no se admitirán más excepciones que las prevenidas en el art. 545 del Código de Comercio" ⁷⁷. Por tanto, al igual que la Ley de Enjuiciamiento mercantil de 1830, la LEC de 1855 recurrió en materia de excepciones cambiarias a la técnica del reenvío.

5. Ley de Enjuiciamiento civil de 3 de febrero de 1881 y reformas posteriores.

En 1878 se encargó a la Sección Primera de la Comisión de Codificación la tarea de revisar y modificar la LEC de 1855. La necesidad de llevar a cabo tal tarea venía determinada por las numerosas reformas parciales de aquella Ley que, desde 1855, habían ido sucediéndose ⁷⁸. Por Real Decreto de 3 de febrero de 1881 se

⁷⁷.- *Vid. supra*, págs. 23 y 24.

⁷⁸.- Ya hemos analizado la operada por el Decreto de 1868. Sobre las restantes reformas, *vid. Crónica de la codificación española*, 2, Procedimiento civil, cit., págs. 129 a 132.

promulgó la nueva LEC, que entró en vigor el 1 de abril del mismo año.

La LEC de 1881 no introduce modificaciones significativas en la ordenación sistemática del proceso de ejecución singular efectuada por la Ley de 1855. Así, mantiene separadas las normas sobre ejecución de sentencias de las que regulan la ejecución en base a títulos ejecutivos extrajurisdiccionales. De igual manera que en la LEC anterior, el núcleo fundamental del proceso ordinario de ejecución, tendente a la actuación de sanciones pecuniarias, también encuentra su sede legal en los preceptos que regulan el juicio ejecutivo -proceso de ejecución especial-⁷⁹.

En lo que respecta al juicio ejecutivo, la promulgación de la LEC vigente no supuso ningún cambio sustancial en la tramitación dada por la Ley de 1855. Como ya hemos puesto de relieve, esta tramitación es, en líneas generales, la que desde 1360 se ha otorgado a los procesos de ejecución. No obstante, tuvo lugar una modificación de índole terminológica. Así, se suprimió la rúbrica excesivamente genérica "De las ejecuciones" y fue sustituida por la "Del juicio ejecutivo", recuperando de esta forma el nombre tradicional con el que se había conocido toda actividad de ejecución por deudas líquidas⁸⁰. La leyenda "Juicio ejecutivo" encabeza el Título XV, del Libro II, que se halla dividido en tres Secciones: Sección 1ª "Del procedimiento ejecutivo", Sección 2ª "Del procedimiento de apremio" y Sección 3ª "De las tercerías"⁸¹.

⁷⁹.- En el art. 921.1 LEC se dispone: "Si la sentencia condenare al pago de cantidad determinada y líquida se procederá siempre, y sin necesidad de previo requerimiento personal al condenado, al embargo de sus bienes en la forma y por el orden prevenido para el juicio ejecutivo".

⁸⁰.- Sobre las precisiones que se han hecho a la denominación "juicio ejecutivo", *vid.* MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, 7ª ed., por D.H. Dago Sáinz y D.J. de Molinuevo Junoy, tomo VI, artículos 1318 a 1560, Madrid, 1957, pág. 375; y FERNANDEZ LOPEZ, *Derecho procesal civil*, IV, cit., págs. 17 y 18.

⁸¹.- Vemos, pues, que se volvió a incurrir en el error de considerar como parte integrante del juicio ejecutivo el procedimiento de apremio, que no es peculiar de este juicio, sino propio de las sentencias de condena en general, y las tercerías, que son en realidad un

En su redacción originaria, el art. 1429 LEC de 1881 establecía que la acción ejecutiva debe fundarse en un *título que tenga aparejada ejecución* y enumeraba, en su párrafo segundo, los títulos ejecutivos. Entre ellos, figuraba la letra de cambio "sin necesidad de reconocimiento judicial respecto al aceptante que no hubiera puesto tacha de falsedad a su aceptación al tiempo de protestar la letra por falta de pago". Además del título ejecutivo, el art. 1435 de la LEC exigía para poder despachar ejecución que la cantidad reclamada (bien en dinero, bien en especie) fuera líquida, superara las 250 pesetas y hubiera vencido el plazo de la obligación. El art. 1435 introdujo, pues, dos novedades importantes respecto del art. 944 de la LEC de 1855. La primera se centró en la posibilidad de despachar ejecución por cantidad líquida en especie, computándola a metálico⁸². La segunda consistió en la fijación de una cuantía mínima para poder reclamar la tutela judicial a través de los cauces del juicio ejecutivo⁸³.

Como ya hemos señalado, la LEC de 1881 no introdujo cambios significativos en la tramitación del juicio ejecutivo, que se halla dividido en dos fases: el procedimiento ejecutivo y el procedimiento de apremio. El procedimiento ejecutivo se estructura conforme a un esquema cuyas líneas esenciales ya fueron trazadas por

proceso declarativo surgido como consecuencia de un proceso de ejecución; *vid.* en este sentido, MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, tomo VI, cit., pág. 376.

La Ley de Enjuiciamiento civil de 1881 suprimió la Sección dedicada a la segunda instancia en el juicio ejecutivo que se sustanciará según lo dispuesto en los arts. 887 a 901 de la citada Ley.

⁸².- Aunque no es una novedad respecto de leyes procesales anteriores. Ya vimos que la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y las causas de comercio de 1830 permitía el despacho de la ejecución por deudas en especie -efectos de comercio, art. 309- cuando se reducían a metálico. *Vid. supra*, nota 43.

Sobre las críticas que generó el art. 1435.2 LEC, por entender que obligaba al deudor a pagar en dinero efectivo lo que debía en especie, *vid.* MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, tomo VI, cit., págs. 417 a 419.

⁸³.- En el art. 1435 LEC (edición oficial, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1881) se establecía que el despacho de la ejecución sólo procedería por cantidad que superase las 250 pesetas.

sus antecedentes históricos⁸⁴: despacho de la ejecución, requerimiento de pago, embargo, citación de remate, oposición y sentencia. En el supuesto de que la sentencia sea de remate y por tanto ordene seguir adelante la ejecución se procederá, a instancia del ejecutante, a la realización forzosa de los bienes embargados, según se dispone en las normas que regulan el procedimiento de apremio (arts. 1481 a 1531).

En materia de excepciones cambiarias, la LEC de 1881 introdujo un cambio, respecto de la de 1855, que si bien en principio pudo parecer intrascendente, generó lentamente una serie de críticas a las que el legislador de 1885 quiso poner fin volviendo, en cierto modo, a la situación de 1829. Nos referimos, por supuesto, a la ubicación de la norma en la que se enumeraban las excepciones cambiarias -o mejor, los motivos de oposición en el juicio ejecutivo cambiario-, que se fijó en la LEC, en concreto en el art. 1465. No hubo, sin embargo, modificación en cuanto al contenido, ya que las excepciones a las que se refería el art. 1465 eran las mismas, con los mismos requisitos y con las mismas limitaciones respecto de los medios de prueba, que las previstas en el art. 545 CCom de 1829. La opción legislativa de la LEC fue posteriormente confirmada por el art. 523 del CCom de 1885⁸⁵

Las reformas ulteriores de la LEC de 1881 han modificado, precisado y ampliado el contenido de un buen número de preceptos destinados a la regulación del juicio ejecutivo. De las mencionadas reformas destacaremos, por incidir más o menos directamente, bien en la regulación del juicio ejecutivo cambiario, bien en la configuración del título ejecutivo letra de cambio, pagaré y cheque, las producidas

⁸⁴.- *Vid. supra*, págs. 21 y 22.

⁸⁵.- Según el art. 1465 LEC, en los juicios ejecutivos sobre pago de letra de cambio sólo eran admisibles las siguientes excepciones: falsedad del título ejecutivo o del acto que le hubiere dado fuerza de tal, pago, compensación de crédito líquido que resulte de documento que tenga fuerza ejecutiva, prescripción, quita o espera probada por escritura pública o por documento privado reconocido en juicio, y caducidad de la letra.

El art. 523 CCom disponía que contra la acción ejecutiva por letras de cambio no se admitían más excepciones que las consignadas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

por las siguientes leyes: Ley de 16 de diciembre de 1954; Ley de 23 de julio de 1966, de Reforma Parcial de la Ley de Enjuiciamiento civil; Ley de 6 de agosto de 1984, de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento civil; Ley de 16 de julio de 1985, Cambiaria y del Cheque; y Ley de 30 de abril de 1992, de 30 de abril de Medidas Urgentes de Reforma procesal. A estas normas nos referiremos en el momento oportuno que vendrá dado por el esquema general de exposición que nos hemos impuesto y que, a nuestro entender, nos permitirá enfrentarnos con el tema objeto de nuestro trabajo. No obstante, antes de finalizar el epígrafe referente a los antecedentes históricos y la evolución legislativa del juicio ejecutivo cambiario debemos decir que la Ley Cambiaria y del Cheque al no respetar, en las incursiones realizadas en materia procesal, la tradición jurídica reseñada ha ocasionado una serie de variaciones, que pueden calificarse de sustanciales, en la tramitación y estructura del juicio ejecutivo cambiario que han tenido como consecuencia inmediata un peligroso desenfoco respecto de la función propia que dicho juicio debe realizar. Como se ha señalado "más de seis siglos de pacífica vigencia del juicio ejecutivo, como instrumento de la actividad jurisdiccional de ejecución, constituye suficiente ejecutoria de su aceptación social y de la necesidad de su conservación, con las necesarias depuraciones" ⁸⁶.

⁸⁶.- FENECH, *Derecho procesal civil*, 2ª ed., Madrid, 1986, pág. 293.

II. FUNCION ACTUAL DEL JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO: SU NATURALEZA JURIDICA.

1. Notas previas.

La doctrina aborda el estudio de la naturaleza jurídica del juicio ejecutivo tomando como punto de referencia el juicio ejecutivo ordinario. El calificativo "ordinario" ha sido utilizado, principalmente, para distinguirlo del juicio ejecutivo cambiario ⁸⁷. Esta distinción tenía su razón de ser en las particularidades procesales previstas en la sustanciación del juicio ejecutivo, cuando el título, base del mismo, era una letra de cambio. Las particularidades procesales se reducían, esencialmente, a los motivos de oposición a la ejecución, ya que en lo restante -es decir, el desarrollo procesal desde la demanda ejecutiva hasta la sentencia- se aplicaba la normativa general del juicio ejecutivo.

Después de la entrada en vigor de la Ley Cambiaria y del Cheque (en adelante LCCH), estas particularidades procesales se han incrementado notablemente (cfr. v. gr. arts. 66, 67 y 68 LCCH); incluso se ha llegado a decir que las disposiciones de la citada Ley, referentes al ejercicio de la acción cambiaria ejecutiva, han supuesto la desnaturalización del juicio ejecutivo por afectar a sus estructuras básicas y, como consecuencia de ello, han provocado la creación de un nuevo proceso de ejecución especial ⁸⁸. En todo caso, puede

⁸⁷.- Y también del procedimiento de apremio en negocios de comercio regulado en los arts. 1544 a 1560 LEC. Con el nombre genérico de *juicio ejecutivo en materia comercial*, DE LA PLAZA (*Derecho procesal civil español*, vol. II, cit., págs. 519 y ss.) se refería al juicio ejecutivo en materia de letras de cambio y al procedimiento de apremio en negocios de comercio. Las particularidades de los citados procedimientos respecto del juicio ejecutivo ordinario derivan, según el citado autor, de la materia sobre la cual aquéllos versan.

⁸⁸.- *Vid.* al respecto, GIRON TENA, "El anteproyecto de Ley Cambiaria y los problemas actuales en la materia", en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 17, 1984, pág. 593; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional*, II, Proceso civil 2.º, cit., pág. 230; y SENES MOTILLA, "Consideraciones sobre la fuerza ejecutiva de la letra de cambio y el

sostenerse que nuestro ordenamiento jurídico-procesal conoce la figura del proceso cambiario.

A pesar de ello, consideramos válidas y plenamente aplicables al juicio ejecutivo cambiario, las opiniones doctrinales vertidas sobre la naturaleza del juicio ejecutivo ordinario, pues, todas ellas giran, de modo relevante, en torno a la oportunidad de que se inserte, o no, un incidente declarativo -previsto también para la ejecución cambiaria- en un proceso de ejecución.

2. La naturaleza jurídica del juicio ejecutivo. Estado de la cuestión en la doctrina y en la jurisprudencia.

Una de las cuestiones más controvertidas, y ya clásicas del Derecho procesal civil español, es la relativa a la naturaleza del juicio ejecutivo. Sobre este tema, la doctrina formula tesis antagónicas. Así, y dejando al margen los peculiares matices que cada autor imprime a sus apreciaciones, son defendidas tanto la naturaleza ejecutiva, como declarativa del juicio ejecutivo. El incidente de oposición a la ejecución, regulado en los arts. 1461 a 1473, de la Sección Primera, Título XV, Libro II de la LEC, es la causa de la citada discrepancia doctrinal que brevemente expondremos.

El hecho de ser el tema de la naturaleza jurídica del juicio ejecutivo objeto de permanente atención y debate en la doctrina no lo convierte en un puro trámite carente de trascendencia e interés. Todo lo contrario, a nuestro entender, la adopción de una u otra tesis constituye el paso previo y necesario para otorgar un significado coherente a la, un tanto ambigua, regulación dada por la LEC al juicio ejecutivo.

juicio ejecutivo cambiario", en *Estudios de Derecho procesal en honor de Victor Fairén Guillén*, Valencia, 1990, págs. 481 a 483.

A) Argumentos a favor de la naturaleza declarativa del juicio ejecutivo.

Los autores partidarios de la naturaleza declarativa del juicio ejecutivo sostienen, con carácter general, que la cognición por sumaria que sea debe eliminarse de la ejecución, pues, el fin propio del proceso de ejecución no consiste en la formación de una convicción, sino en la realización del derecho reconocido en el título ejecutivo ⁸⁹. "Lo que constituye característica del proceso de ejecución (...) es que la cognición está ausente de él y repugna a su esencia"; este postulado es, para DE LA PLAZA, uno de los principios rectores del proceso de ejecución que le dota de la necesaria autonomía frente al proceso de declaración ⁹⁰. En el proceso de ejecución no se trata de examinar una pretensión con el fin de poder declarar si debe o no ser actuada, sino simplemente de llevarla a efecto; por consiguiente, la cognición no es necesaria.

El proceso de ejecución se caracteriza porque en él falta un período destinado a oír las alegaciones contradictorias de las partes y a resolver lo que en derecho proceda ⁹¹. Esto es, el conocimiento sobre la cuestión de fondo está eliminado del proceso de ejecución. De tal manera, que se ha calificado de "desorientación legislativa" la norma contenida en el art. 360 LEC -del que son complemento los arts. 928 y ss. LEC-, ya que facilita la entrada, en el proceso de

⁸⁹.- Esta es la tesis sostenida, entre otros, por DE LA PLAZA, *Derecho procesal civil español*, vol. II, cit., págs. 504 a 507; GUASP, *Derecho procesal civil*, 2ª ed., Madrid, 1961, págs. 803 y 804; HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil*, vol. segundo, Juicios y procedimientos especiales. Ejecución procesal. Jurisdicción voluntaria, Madrid, 1979, págs. 3 y 57; REYES MONTERREAL, *El llamado juicio ejecutivo en la L.E.C. española*, 2ª ed., I, Barcelona, 1963, págs. 7 a 9; SAEZ JIMENEZ y LOPEZ FERNANDEZ DE GAMBOA, *Compendio de Derecho procesal civil y penal*, tomo II, vol. II, Madrid, 1969, págs. 241 a 243.

⁹⁰.- Postulado, o como él lo denomina "verdad, casi axiomática", sobre el que elaboró su trabajo "Los principios fundamentales del proceso de ejecución", I, cit., lug. cit., págs. 889 a 908; y II publicado también en la *Revista de Derecho privado*, núm. 335, febrero, 1945, págs. 73 a 87.

⁹¹.- GUASP, *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*, Barcelona, 1951, pág. 56.

ejecución, a un incidente cognitivo ⁹². En todo caso, la única actividad cognoscitiva que puede tener lugar en el proceso de ejecución consiste en el examen, por parte del Juez, de la regularidad formal del título ejecutivo ⁹³. Así, pues, con la finalidad de evitar toda duda sobre la perfección del título que sirve de base al proceso de ejecución, se admite -como excepción a la regla- una oposición de forma a la ejecución ⁹⁴.

Si la acción ejecutiva debe fundarse en un título que por su sola apariencia presente como indiscutible el derecho a la tutela jurídica, se concluye que la cognición deviene innecesaria por la presencia de un título ejecutivo ⁹⁵. Ahora bien, ante la posibilidad admitida de que exista título ejecutivo sin derecho de crédito, se intenta reducir al mínimo esta disparidad que derivaría en una ejecución injusta o ilícita. Desde esta perspectiva, se conceptúa el proceso de ejecución como una secuencia natural y lógica del proceso de declaración, ya que la sentencia de condena es el único título ejecutivo que cumple

⁹².- DE LA PLAZA, "Los principios fundamentales del proceso de ejecución", II, cit., lug. cit., pág. 78.

⁹³.- DE LA PLAZA lleva hasta sus últimos extremos las consecuencias jurídicas derivadas de la que él considera característica básica del proceso de ejecución, y afirma que no puede reputarse actividad cognoscitiva -"en su propio y recto sentido"- la facultad(?) otorgada al juzgador de examinar los presupuestos del proceso de ejecución con una amplitud mayor de la que es dado hacerlo en el verdadero proceso de cognición (vid. "Los principios fundamentales del proceso de ejecución", I, cit., pág. 905).

No obstante, para algunos autores incluso la actividad judicial consistente en el examen de los requisitos extrínsecos del título, como presupuesto del despacho de la ejecución, es un argumento en contra de la naturaleza ejecutiva de un procedimiento. En la ejecución se prescinde absolutamente de la *cognitio*, para llevar directamente a la práctica la realización de un derecho reconocido. Cfr. SAEZ JIMENEZ y LOPEZ FERNANDEZ DE GAMBOA, *Compendio de Derecho procesal civil y penal*, tomo II, vol. II, cit., págs. 241 a 245.

⁹⁴.- Vid. en este sentido GUASP, *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*, cit., pág. 66. DE LA PLAZA ("Los principios fundamentales del proceso de ejecución", I, cit., lug. cit., pág. 905 y 906) puntualiza al respecto que tal oposición es en realidad un derecho de denuncia que excita la actividad del juzgador.

⁹⁵.- Desde esta concepción, se ha señalado que hablar de oposición a la ejecución constituye un contrasentido. Cuando un título ha adquirido la legal posibilidad de que se ejecute su contenido, la controversia ha terminado y no puede continuarse; en definitiva, nadie puede oponerse a lo que el título ejecutivo establece. Vid. SAEZ JIMENEZ y LOPEZ FERNANDEZ DE GAMBOA, *Compendio de Derecho procesal civil y penal*, tomo III, vol. II, Madrid, 1965, pág. 8.

con la exigencia de eludir, por su origen, la fase de discusión ⁹⁶. En otras palabras, el verdadero proceso de ejecución es el que se encuentra regulado en el Título VIII del Libro II de la LEC, bajo la rúbrica "De la ejecución de las sentencias" (arts. 919 y ss.), y en la Sección Segunda, Título XV del mismo Libro, es decir, el "procedimiento de apremio" (arts. 1481 y ss.) ⁹⁷.

El incidente de oposición a la ejecución constituye el argumento básico para afirmar, de conformidad con las consideraciones de carácter general sobre la ejecución ya expuestas, que el juicio ejecutivo no es, pese a su nombre, un proceso de ejecución sino un proceso *de declaración, especial, sumario o abreviado* que limita el ámbito de conocimiento pero que no lo excluye, y que se caracteriza por tender a la rápida obtención de un título ejecutivo⁹⁸. Se concluye que, en el denominado por la LEC vigente "juicio ejecutivo", falta la característica específica del proceso de ejecución; a saber: la ausencia de un período procesal destinado a recibir y examinar por el Juez las posibles alegaciones contradictorias de las partes.

⁹⁶.- Sobre este punto, DE LA PLAZA ("Los principios fundamentales del proceso de ejecución", I, cit., lug. cit, págs. 893 y 894) afirma que "la fuerza de convicción de una sentencia no puede ser la misma que la que procura un título preconstituido y configurado por la voluntad de las partes libremente expresada ante el funcionario público que lo autoriza, ni la que producen otros títulos que, aun teniendo igual rango para esos efectos, obtienen su fuerza más de las normas que les otorgan singulares privilegios, con abstracción del negocio jurídico subyacente, que de la relación causal por consecuencia de la cual se engendraron".

⁹⁷.- Vid. en este sentido, DE LA PLAZA, "Los principios fundamentales del proceso de ejecución", II, cit., lug. cit., pág. 76; también de este mismo autor, *Derecho procesal civil español*, vol. II, cit., págs. 547 a 550.

⁹⁸.- DE LA PLAZA, "Los principios fundamentales del proceso de ejecución", II, cit., lug. cit., págs. 77 a 82; GUASP, *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*, cit., págs. 59 a 62; también de este autor *Derecho procesal civil*, cit., págs. 738 a 741; HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil*, vol. segundo, cit., págs. 56 a 58; SAEZ JIMENEZ y LOPEZ FERNANDEZ DE GAMBOA, *Compendio de Derecho procesal civil y penal*, tomo II, vol. II, cit., págs. 244 a 249 y 274 a 279; CORTES DOMINGUEZ, *Derecho procesal. Proceso civil*, (con Gimeno Sendra y Moreno Catena), Valencia, 1993, págs. 400 y 401; TOME PAULE, *Instituciones de Derecho procesal*, (con Almagro Nosete), tomo segundo, Proceso civil, 2, 1ª ed., Madrid, 1994, págs. 172 y 173.

Debe advertirse, no obstante, que los autores que defienden la naturaleza declarativa del juicio ejecutivo no coinciden, de forma absoluta, en sus apreciaciones respecto de cada uno de los caracteres que le son otorgados. Así, GUASP considera que el juicio ejecutivo, por la amplitud de los supuestos a que está destinado, *no es especial sino común*⁹⁹. Por otra parte, HERCE QUEMADA estima que el juicio ejecutivo es una variante del *proceso monitorio documental*¹⁰⁰. ALCALA-ZAMORA sostiene que los procesos documentales y cambiarios del derecho alemán "presentan afinidades fundamentales con nuestro juicio ejecutivo"¹⁰¹. Según CORTES DOMINGUEZ, el juicio ejecutivo es un *proceso declarativo con predominante función ejecutiva*¹⁰². Incluso hay autores que no se pronuncian con rotundidad sobre su naturaleza jurídica y lo denominan *proceso*

⁹⁹.- GUASP, *Derecho procesal civil*, cit., pág. 740.

¹⁰⁰.- HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil*, vol. segundo, cit., pág. 58; y, también de este autor, "La proliferación de tipos procedimentales civiles en primera instancia", en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 3, 1965, pág. 140. Basa su afirmación en los extremos siguientes: la finalidad del juicio ejecutivo no es otra que la de crear rápidamente un título puro de ejecución (la sentencia de condena), sin tener que pasar por las lentas etapas del juicio ordinario. El medio para lograr dicha finalidad es la inversión de la iniciativa del contradictorio. El actor tiene que justificar inicialmente los hechos constitutivos de su derecho por medio de documentos. La oposición del demandado no pone fin al juicio ejecutivo, sino que éste continúa su curso abriéndose una fase contradictoria de conocimiento sumario.

¹⁰¹.- En estos términos se expresaba ALCALA-ZAMORA en las adiciones sobre la doctrina y legislación española a la obra de GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, cit., pág. 461.

Es significativo que fuera ALCALA-ZAMORA quien primero afirmara, en las adiciones a la obra citada, que el juicio ejecutivo era en realidad un proceso documental, por tanto un proceso de declaración (esta precisión cronológica la realiza MONTERO AROCA, "La naturaleza jurídica del juicio ejecutivo" en *Revista de Derecho procesal*, núm. 2, 1993, pág. 284). Al respecto debe puntualizarse que el *processus executivus* del Derecho común no se plasmó en la ZPO alemana, de 30 de enero de 1877, en un procedimiento en el que en base a determinados documentos se despachara directamente ejecución, sino que derivó en una *sumaria cognitio*, es decir, en la iniciación del *procedimiento documental*.

¹⁰².- CORTES DOMINGUEZ, *Derecho procesal civil. Proceso civil*, cit., pág. 400. Este autor toma prestada, para calificar al juicio ejecutivo, una terminología propia de la doctrina italiana. Es sabido que CHIOVENDA engloba bajo la expresión *declaraciones con predominante función ejecutiva* tres clases de resoluciones: condenas con ejecución provisional, condenas con reserva y órdenes de prestación dictadas en el proceso monitorio y en otros (*Vid.* CHIOVENDA, *Principios de Derecho procesal civil*, tomo I, Madrid, 1977, págs. 250 y ss.).

impropio de ejecución, pues, estiman que se trata de una figura intermedia, con más o menos predominio de cognición o ejecución¹⁰³. En esta última dirección puede estimarse incluido PRIETO-CASTRO, quien califica el juicio ejecutivo de *proceso sumario ejecutivo documental y cambiario*, y afirma que, por su estructura, es un proceso declarativo y ejecutivo al mismo tiempo¹⁰⁴.

El argumento esencial, al que ya hemos hecho referencia, a favor de la naturaleza declarativa del juicio ejecutivo se integra con una serie de consideraciones complementarias que vienen impuestas por las propias normas de la LEC que regulan aquel procedimiento.

En líneas generales, se afirma que los títulos relacionados en el art. 1429 LEC no son los verdaderos títulos de ejecución, a pesar de que la LEC se refiere a ellos como títulos que tienen "aparejada ejecución"¹⁰⁵. No son causa inmediata de la ejecución, sino que tan sólo permiten la entrada en el juicio declarativo sumario y autorizan la adopción de medidas cautelares¹⁰⁶. En cambio, la sentencia de remate es el verdadero *título de ejecución*. Esta conclusión se asienta, por un lado, en la norma del art. 921 LEC que no exige para proceder

¹⁰³.- Vid. DE LA PLAZA, *Derecho procesal civil español*, vol. II, cit., págs. 507 a 510; REYES MONTERREAL, *El llamado juicio ejecutivo en la L.E.C. española*, I, cit., pág. 11.

¹⁰⁴.- PRIETO-CASTRO, *Tratado de Derecho procesal civil*, II, cit., págs. 89 y 840.

¹⁰⁵.- GUASP (*Derecho procesal civil*, cit., pág. 751) afirma que son títulos declarativos, si bien sumarios por razones cualitativas o privilegiadas, que justifican la cognición sumaria y limitada por parte de Juez.

En cambio, PRIETO-CASTRO (*Tratado de Derecho procesal civil*, II, cit., págs. 688 y 689), de acuerdo con su concepción ya expuesta considera que los títulos del art. 1429 son ejecutivos cuando el deudor no formula oposición y paga en virtud del simple requerimiento. Pero si el deudor no paga y formula oposición, la ejecución no se efectúa ya en base al título contractual o privado, sino que se funda en la sentencia de remate, pues, en ella se determina el alcance de la ejecución.

¹⁰⁶.- Vid. entre otros, DE LA PLAZA, "Los principios fundamentales del proceso de ejecución", I, cit., lug. cit., pág. 896 y "Los principios ...", II, cit., lug. cit., pág. 81; GUASP, *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*, cit., pág. 60; HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil*, vol. segundo, cit., pág. 4. REYES MONTERREAL (*El llamado juicio ejecutivo en la L.E.C. española*, 2ª ed., II, 1963, pág. 113) sostiene que los títulos ejecutivos del art. 1429 LEC no son los títulos de ejecución, sino una mera justificación del derecho a la ejecución.

al embargo un previo requerimiento de pago; mientras que el despacho de la ejecución en base a los *títulos ejecutivos* del art. 1429 LEC se concreta en un mero requerimiento de pago al deudor (art. 1442 LEC) ¹⁰⁷. Por otro, si no se entendiera que la sentencia es el auténtico título de ejecución, y se concluyera que los títulos que enumera el art. 1429 LEC contienen efectivamente una orden de ejecución, se pregunta cuál sería la función que desempeñaría la orden judicial que es la sentencia de remate y que recae sobre el fondo del asunto ¹⁰⁸.

De conformidad con los preceptos de la LEC, la sentencia de remate resuelve sobre la oposición formulada. Puede, por tanto, apartarse del título en la fijación de la cuantía debida -posibilidad que se infiere del tenor del art. 1466 LEC-. En este supuesto, los autores que defienden la naturaleza declarativa del juicio ejecutivo no dudan en señalar que la condena del deudor procede directamente de dicha sentencia y no del título presentado por el acreedor en el que puede estar expresada una cantidad mayor. Ahora bien, incluso en el caso de que el deudor no formule oposición, la ejecución no se inicia sin más actuaciones procesales, sino que es preciso que se dicte sentencia de remate. En este sentido, la atribución de fuerza ejecutiva a los títulos del art. 1429 LEC se opera, con oposición o sin ella, en virtud de la mencionada sentencia ¹⁰⁹. La finalidad del juicio ejecutivo, como proceso de declaración que es, consiste en la obtención de la sentencia y sólo después de emitida esta resolución, en la que se declara la voluntad de la ley, podrá hablarse de ejecución, que será

¹⁰⁷.- Cfr. CORTES DOMINGUEZ (*Derecho Procesal. Proceso civil*, cit., págs. 401 a 40; y Comentarios a los arts. 921 y 1442 LEC, en *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil. Ley 34/1984 de 6 de agosto de 1984*, Madrid, 1985, págs. 665 y ss.) quien distingue entre títulos ejecutivos ex art. 1429 LEC y títulos de ejecución. El rasgo básico de estos últimos es que dan lugar a la actividad ejecutoria sin necesidad de requerimiento previo de pago. Por tanto, en el juicio ejecutivo el verdadero título de ejecución es la sentencia de remate (art. 1481 LEC).

¹⁰⁸.- Esta cuestión se plantea GUASP en *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*, cit., pág. 60, nota 1.

¹⁰⁹.- *Vid.* REYES MONTERREAL, *El llamado juicio ejecutivo en la L.E.C. española*, I, cit., pág. 11.

despachada en base a la sentencia condenatoria; esto, es en base al auténtico título de ejecución.

Desde esta perspectiva, se afirma que las actividades realizadas con anterioridad a la sentencia de remate no son verdaderas actividades de ejecución. Por tanto, el que en el inicio del juicio ejecutivo se practique el embargo de bienes del deudor, si éste no atiende el requerimiento de pago, no quiere decir que aquél tenga carácter ejecutivo sino meramente aseguratorio o cautelar ¹¹⁰.

De todo lo expuesto, se deriva la última de las consideraciones que hemos calificado de complementarias: el procedimiento de apremio no es tan sólo una fase del juicio ejecutivo, sino que con este nombre designa la LEC las actuaciones que componen la forma que debe estimarse ordinaria o común del proceso de ejecución ¹¹¹.

En definitiva, los defensores de la naturaleza declarativa del juicio ejecutivo ¹¹², subrayan la inconsecuencia entre la denominación y la estructura y función del juicio ejecutivo, ya que falta en él la ausencia de cognición, carácter esencial del proceso de ejecución. A

¹¹⁰.- Vid. en este sentido, SAEZ JIMENEZ y LOPEZ FERNANDEZ DE GAMBOA, *Compendio de Derecho procesal civil y penal*, tomo II, vol. II, cit., págs. 268 a 270; ORTELLS RAMOS, *El embargo preventivo*, Barcelona, 1984, págs. 67 a 71.

¹¹¹.- SAEZ JIMENEZ y LOPEZ FERNANDEZ DE GAMBOA, ob. cit. nota anterior, pág. 242; GUASP, *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*, cit., pág. 63.

¹¹².- Aunque hemos citado, a nuestro modo de ver, suficientes testimonios, la relación de autores partidarios de la naturaleza declarativa del juicio ejecutivo puede ser más extensa; vid. también, entre otros, FAIREN GUILLEN, "La futura sistematización de los procedimientos civiles españoles", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, diciembre 1966, págs. 766 a 768; MIGUEL Y ROMERO, DE MIGUEL Y ALONSO, *Derecho procesal práctico*, tomo II, 11ª ed., Barcelona, 1967, pág. 4; MIGUEL Y ROMERO, "Los procesos de cognición y de ejecución", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1945, págs. 696 a 712; DE MIGUEL Y ALONSO, "Últimas evoluciones en materia de ejecución forzosa singular", en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 1, 1983, pág. 48; REYES MONTERREAL, "La suspensión del juicio ejecutivo", en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1962, pág. 768; RODRIGUEZ AGUILERA, "Juicio ejecutivo promovido por representación", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 6, junio 1959, págs. 725 y 756 a 758; CASALS COLLDECARRERA, "La eficacia de la ejecución", en *Para un proceso civil eficaz*, U.A.B., Bellaterra, 1982, págs. 75 a 79.

su entender, el proceso de ejecución consiste en una actuación procesal abstracta, limitada a la exigibilidad de la concurrencia de ciertos requisitos, formalidades o circunstancias que aparezcan en los títulos que traen aparejada ejecución¹¹³. La discusión acerca de la existencia, inexistencia o modo de ser de la relación jurídica documentada en el título, debe dejarse para otro momento: el juicio declarativo posterior.

Al introducir la controversia sobre la naturaleza jurídica del juicio ejecutivo, advertimos que no entraríamos a examinar los peculiares matices que se aprecian en los razonamientos jurídicos de los diferentes autores. No obstante, y aún a riesgo de contradecirnos, queremos recoger las observaciones de PRIETO-CASTRO sobre la oposición a la ejecución. Según el citado autor, el deudor debe ser titular, en fase de ejecución, de derechos a la oposición, ya que desde la creación del título hasta la ejecución han podido surgir nuevas situaciones. Esta circunstancia no puede pasar desapercibida y, por tanto, se han de atribuir defensas al deudor. Añade que "*con esto no queremos decir que se interrumpa la ejecución, sino simplemente que las leyes sobre ejecución deben prever tales supuestos de nuevas situaciones, en una palabra, recursos del deudor contra la ejecución, porque el título ejecutivo, si bien como principio documenta el derecho de que se trata, no es por sí el acreditamiento inexpugnable de que el derecho exista. Por ejemplo, el deudor condenado por la sentencia puede haber satisfecho mientras tanto el crédito o haber surgido algún hecho extintivo que hace ilícita la ejecución. La doctrina y la jurisprudencia han construido, supliendo la laguna legal, un sistema de defensas del demandado-ejecutado cuando media una ejecución indebida, principalmente la demanda de oposición a la*

¹¹³. - No desnaturaliza el proceso de ejecución, la oposición en la que se alega: *la falta de fundamento de la acción* (título defectuoso o crédito no realizable ejecutivamente), *la falta de legitimación procesal de las partes*, o *la irregularidad en la determinación del objeto de la ejecución* misma o sobre hechos o actos que no hay posibilidad de realizar, o deben cumplirse en forma determinada (*vid.* DE LA PLAZA, *Derecho procesal civil español*, vol. II, cit., pág. 514).

ejecución, aparte la posibilidad de invocar la existencia de un enriquecimiento injusto, con apoyo en los artículos correspondientes del Código civil. Es indudable que con arreglo al art. 488 de la Ley de Enjuiciamiento Civil estas oposiciones del ejecutado pueden llevarse a un juicio independiente, pero entonces estamos ya fuera de la ejecución, y de lo que se trata es de que, *dentro de ella, esos medios de impugnación puedan actuarse en forma de incidente capaz de suspender la ejecución*" ¹¹⁴.

En las palabras de PRIETO-CASTRO, en especial las que nosotros hemos marcado con cursiva, se observa la necesidad de que se adopte una posición clara y terminante sobre la forma de articular un incidente de oposición en el proceso de ejecución. No puede afirmarse, que la ejecución no debe interrumpirse y, seguidamente, que, ante la posibilidad de que surja un hecho extintivo que haga ilícita la ejecución, se regule un "incidente capaz de suspender la ejecución". La contradicción en esta cuestión es palmaria.

B) Argumentos a favor de la naturaleza ejecutiva del juicio ejecutivo.

Como ya hemos expuesto al inicio del presente epígrafe ¹¹⁵, la cuestión relativa a la naturaleza del juicio ejecutivo no es pacífica en la doctrina procesal española. En efecto, existe otra corriente doctrinal -a nuestro entender la correcta- diametralmente opuesta con la hasta estos momentos analizada, que sostiene que la cognición no es extraña a la ejecución una vez iniciada ésta, pues, si bien la función

¹¹⁴.- PRIETO-CASTRO, "Correcciones al derecho sobre ejecución forzosa de la Ley de Enjuiciamiento Civil", en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, mayo, 1952, págs. 524 y 525. Años más tarde, reitera esta idea y se muestra partidario de una reforma de los preceptos relativos a la ejecución. A su entender, debe otorgarse al deudor facultades de impugnación del título ejecutivo cuando éste pueda conducir a una ejecución ilícita. Este derecho de defensa del deudor debe formar parte del proceso de ejecución y producir su suspensión (cfr. *Tratado de derecho procesal civil*, II, cit., págs. 842 y 843).

¹¹⁵.- *Vid. supra*, pág. 40.

principal del Juez ejecutor no es la de decidir lo justo en el caso concreto, sino la de ejecutar lo que se dispone en el título ejecutivo, el proceso de ejecución puede precisar también una actividad de conocimiento. En este sentido se ha señalado que "preconizar lo contrario -y más aún entender que cualquier actividad de cognición contraría la naturaleza del proceso de ejecución-, equivaldría a obligar al Juez a ejecutar "a ciegas" el contenido del título ejecutivo, volviendo la espalda a cualquier posibilidad de que el derecho en que éste aparece documentado haya desaparecido o resulte modificado con posterioridad" ¹¹⁶.

La cognición repugna al proceso de ejecución pero sólo antes de que ésta se despache; en cambio, "no repugna a la esencia del proceso de ejecución el que, una vez iniciado éste, se inserten en él procesos declarativos incidentales" ¹¹⁷. Es decir, la prohibición se refiere sustancialmente a la citación y comparecencia del deudor para oponerse antes de que se despache la ejecución, no después de acordada ésta y asegurado ya su resultado final ¹¹⁸. Este planteamiento se asienta en la característica esencial del proceso de ejecución que consiste "en exonerar al acreedor de la previa prueba de los hechos constitutivos de su derecho a la tutela (acreditando otros), pero no en amordazar a quien ya es ejecutado e impedirle que ponga de relieve otros hechos que impidan, enervan o extingan la eficacia de los hechos constitutivos de cuya prueba se le relevó. Ni por hipótesis es admisible que los órganos jurisdiccionales concedan tutelas inexistentes, y menos aún a pesar de la protesta de quien las padece" ¹¹⁹.

¹¹⁶.- FERNANDEZ LOPEZ, *Derecho procesal civil*, III, cit., pág. 23.

¹¹⁷.- Así, se expresa CARRERAS (*El embargo de bienes*, Barcelona, 1957, pág. 73) en clara contestación a la tesis sostenida por DE LA PLAZA (*vid. supra*, pág. 41).

¹¹⁸.- *Vid.* en este sentido, GUTIERREZ DE CABIEDES, "Aspectos históricos y dogmáticos del juicio ejecutivo y del proceso monitorio en España", cit., lug. cit., pág. 434.

¹¹⁹.- FERNANDEZ LOPEZ, *Derecho procesal civil*, IV, cit., pág. 116.

Por tanto, no se cuestiona que el Juez en el proceso de ejecución tenga encomendada, principalmente, la función de ejecutar lo que se establece en el título ejecutivo. Pero sí se advierte que ello no significa que el Juez deje de serlo para convertirse en un mero ejecutor y que no deba velar por el correcto desarrollo del proceso de ejecución, así como por la licitud de la ejecución ¹²⁰. Esta afirmación encuentra su apoyo en el derecho positivo. La LEC prevé que en el curso del proceso ordinario de ejecución pueda promoverse un incidente de cognición que puede responder a diversas finalidades, v. gr.: hacer posible la ejecución completando el contenido de la sentencia de condena que se ejecuta (cfr. arts. 928 y ss.; y arts. 932 y ss.) ¹²¹; denunciar las infracciones relativas al contenido del título ejecutivo (art. 949.2), incidente que puede admitirse también para promover la oposición de fondo a la ejecución ¹²². En suma, en cualquier proceso de ejecución fundado en una sentencia firme de condena cabe suscitar incidencias declarativas ¹²³.

Todas las manifestaciones del proceso de declaración que se producen en el proceso de ejecución, tanto las que tienden a facilitar o a hacer posible la aplicación de la sanción, como las que tienden a impedir la consecución del fin de la ejecución, están presididas por el principio del contradictorio. Tal principio se expresa en el proceso a través de la situación de ambas partes en régimen de igualdad ante el Juez, haciendo las alegaciones que estimen oportunas, probando los

¹²⁰.- Cfr. FENECH, *Derecho procesal civil*, cit., págs. 292 y ss.

¹²¹.- El TC ha declarado que la liquidación de sentencias de condena ilíquidas durante el proceso de ejecución debe tener lugar a través de un incidente contradictorio, pues, en caso contrario se vulnera el derecho reconocido en el art. 24.1 CE. Cfr. SSTC 17/1983, de 11 de marzo, f.j. 3º; 176/1985, de 17 de diciembre, f.j. 2º.

¹²².- Cfr. FERNANDEZ LOPEZ, *Derecho procesal civil*, III, cit., pág. 366; y FENECH, *Derecho procesal civil*, cit., pág. 592.

¹²³.- Cfr. ORTIZ NAVACERRADA, *Título ejecutivo y liquidez de las pólizas de crédito a efectos del despacho de la ejecución*, (Consideraciones de doctrina, jurisprudencia y constitucionalidad), Granada, 1992, pág. 31.



hechos en los que funden sus pretensiones y formulando las respectivas conclusiones ¹²⁴.

La especialidad del proceso de ejecución frente al de declaración consiste en que, *in limine litis* y tras una breve instrucción, se decreta en aquél lo que en el procedimiento de declaración es contenido de la decisión final ¹²⁵. Por tanto, si el juicio ejecutivo fuese un procedimiento de declaración, no le bastaría al ejecutante presentar un título regularmente formal para que se acordase el remate, sino que además debería probar plenamente la existencia del derecho contenido en el título ¹²⁶. Además si la oposición es admitida en la ejecución de sentencias -verdadero proceso de ejecución para los partidarios de la naturaleza declarativa del juicio ejecutivo-, *a fortiori* debe estar regulada en la ejecución de títulos ejecutivos extrajurisdiccionales ¹²⁷. En definitiva, la previsión legal de un incidente cognoscitivo (que, por otra parte, no tiene carácter ordinario, sino meramente eventual y que tiene lugar una vez comenzada y asegurada la ejecución) no constituye obstáculo alguno para calificar al juicio ejecutivo de *proceso de ejecución* ¹²⁸. Todo lo

¹²⁴.- Cfr. FAIREN GUILLEN, *Doctrina general del Derecho procesal*, (Hacia una teoría y ley procesal generales), Barcelona, 1990, págs. 388 y 389; MORON PALOMINO, *Derecho procesal civil*, (Cuestiones fundamentales), Madrid, 1993, págs. 72 a 76.

¹²⁵.- Vid. BECEÑA, "Los procedimientos ejecutivos en el Derecho procesal español", en *Revista de Derecho Privado*, 1920, pág. 222.

¹²⁶.- GOMEZ DE LA SERNA (*Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1857, pág. 177) ya dejó bien clara esta diferencia, y lo hizo en los siguientes términos: "El juicio ejecutivo, a diferencia del ordinario y de los sumarios que tienen por objeto una declaración, supone como cierta la existencia de un derecho; su punto de partida puede decirse que es el que sirve de término al juicio declarativo, porque da por supuesto lo que en éste ha de ser objeto de contradicción, de discusión y de fallo".

¹²⁷.- Vid. SERRA DOMINGUEZ, *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1969, págs. 524 y 525; también de este mismo autor, voz "Juicio ejecutivo", en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo XIV, Barcelona, 1978, págs. 149 a 151.

¹²⁸.- Vid. entre otros, CARRERAS, *El embargo de bienes*, cit., pág. 73, también de este autor "Consideración general del juicio ejecutivo", en *El juicio ejecutivo. Cuadernos de Derecho judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, págs. 19 a 23; FERNANDEZ LOPEZ, *La tercería de dominio*, cit., págs. 204 y 205, también de este autor, *Derecho procesal civil*, IV, cit., pág. 23; FENECH, *Derecho procesal civil*, cit., págs. 293 y ss.; también de este autor, "Los procesos sumarios de ejecución", en *Estudios de Derecho procesal*, (con Carreras), Barcelona, 1962, pág. 501; GUTIERREZ DE

contrario, se ha señalado que la cognición -aun cuando limitada, pues, lo está la facultad de excepcionar- es una de las características que todo proceso de ejecución debe reunir ¹²⁹.

Con respecto al incidente de oposición a la ejecución, regulado en los arts. 1461 y ss. LEC, se ha puntualizado que su destino no es el de declarar derechos, sino que tiene como misión fijar alguna de las condiciones de la propia ejecución, motivo por el cual la sentencia que pone fin al mismo es meramente procesal estando desprovista del carácter de cosa juzgada material ¹³⁰. No obstante, se ha afirmado que, para mantener la naturaleza ejecutiva del denominado juicio ejecutivo, no es ineludible sostener el carácter procesal de esta sentencia, "pues aun dándole un carácter de sentencia de fondo, ésta se circunscribe exclusivamente al incidente de oposición y tiene en

CABIEDES, "Aspectos históricos y dogmáticos del juicio ejecutivo y del proceso monitorio en España", cit., lug. cit., págs. 433 a 439; SERRA DOMINGUEZ, *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1969, págs. 522 a 525; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional*, II, Proceso civil 2.º, cit., págs. 223 a 226; también de este autor "La naturaleza jurídica del juicio ejecutivo", cit., lug. cit., pág. 287; RAMOS MENDEZ, *Derecho procesal civil*, 5ª ed., tomo II, Barcelona, 1992, págs. 1122 y 1123; PEREZ GORDO, *La suspensión del juicio ejecutivo*, Barcelona, 1971, pág. 36 y págs. 119 a 122; también de este autor, *La ejecución provisional en el proceso civil*, Barcelona, 1973, págs. 52 y 53; y "Reflexiones retrospectivas en torno a la naturaleza jurídica del Juicio Ejecutivo", en *Revista General de Derecho*, 1974, núm. 355, págs. 306 a 314; núm. 356, págs. 418 a 428 y núm. 357, págs. 532 a 541; GOMEZ DE LIAÑO, *El juicio ejecutivo de la Ley del automóvil*, Salamanca, 1972, págs. 55 a 57; *Jurisprudencia cambiaria. Juicio ejecutivo*, Oviedo, 1991, págs. 19 a 27; y también de este mismo autor, *vid. El proceso civil*, 2ª ed., Oviedo, 1992, págs. 289 a 291; RIFA SOLER, *La anotación preventiva de embargo*, Madrid, 1983, pág. 108; CABALLERO GEA, *Ley de Enjuiciamiento civil: Libros II y III, arts. 460 al final, Juicio de cognición, Suspensión de pagos y especial estudio de las tercerías*, Madrid, 1992, pág. 739; ARMENTA DEU, *La acumulación de autos*, Madrid, 1983, págs. 55 y 56; SENES MOTILLA, *Las obligaciones en moneda extranjera. Su tratamiento procesal*, Madrid, 1990, págs. 138 a 140; CACHON CADENAS, *El embargo*, Barcelona, 1991, págs. 82 a 87.

¹²⁹.- *Vid.* en este sentido BECEÑA ("Los procedimientos ejecutivos en el Derecho procesal español", cit., lug. cit., pág. 223) para quien la ejecución se caracteriza porque la orden de pago del Juez se emite *inaudita parti*, después de una cognición limitada y con facultad de excepcionar por parte del deudor también tasada. Asimismo, SERRA DOMINGUEZ (*Estudios de Derecho procesal*, cit., pág. 524) sostiene que "es precisamente la posibilidad de oposición la que concede al juicio ejecutivo su carácter de proceso de ejecución".

¹³⁰.- CARRERAS, *El embargo de bienes*, cit., pág. 73; SERRA DOMINGUEZ, *Estudios de Derecho procesal*, cit., pág. 525.

consecuencia por contenido revocar la ejecución ya despachada, declarar su nulidad u ordenar que aquélla siga adelante" ¹³¹.

Tampoco impide la defensa de la naturaleza ejecutiva del juicio ejecutivo el hecho de que la resolución que resuelve la fase incidental de cognición adopte la forma de sentencia. Se ha afirmado al respecto que: "en nuestro sistema los incidentes se resuelven por sentencia (art. 758) y, por lo tanto, por sentencia debe resolverse la cuestión incidental que es la oposición" ¹³².

Los partidarios de la naturaleza ejecutiva del juicio ejecutivo no admiten que la *sentencia de remate* sea el título de ejecución. Por imperativo legal expreso, el fallo de la sentencia de remate consiste, solamente, en ordenar que siga "la ejecución adelante, expresando la cantidad que ha de ser pagada al acreedor" (art. 1473.1.1º LEC). No puede cuestionarse, por tanto, que lo que se ejecuta son los títulos previstos en el art. 1429 LEC y que la ejecución se inicia desde que se dicta auto despachándola; la sentencia de remate tiene un mero carácter verificadorio e instrumental respecto al título ejecutivo ¹³³. Dicho carácter se revela aún con más claridad cuando no ha existido oposición, pues, no puede sostenerse, en este caso, que la sentencia de remate innove el contenido del título ¹³⁴.

¹³¹.- GUTIERREZ DE CABIEDES, "Aspectos históricos y dogmáticos del juicio ejecutivo y del proceso monitorio en España", cit., lug. cit., pág. 437.

¹³².- MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional*, II, Proceso civil 2.º, cit., pág. 226.

¹³³.- Cfr. CARRERAS, *El embargo de bienes*, cit., págs. 74 y 75; GUTIERREZ DE CABIEDES, ob, cit., nota anterior, pág. 437; PEREZ GORDO, "Reflexiones retrospectivas en torno a la naturaleza del Juicio Ejecutivo", en *Revista General de Derecho*, núm. 356, pág. 427.

¹³⁴.- Cfr. FERNANDEZ LOPEZ, *Derecho procesal civil*, IV, cit., pág. 25; SERRA DOMINGUEZ, *Estudios de Derecho procesal*, cit., pág. 525.

Se ha observado que si no existe oposición, el que haya de dictarse sentencia de remate no sólo carece de sentido, sino que además resulta innecesaria y perturbadora, pudiendo ser suprimida o sustituida por una providencia o por un auto. En todo caso, la exigencia legal de la sentencia de remate sin oposición puede ser justificada históricamente (cfr. FENECH, *Derecho procesal civil*, cit., pág. 459; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional*, II, Proceso civil 2.º, cit., págs. 224 a 226).

Desde otra perspectiva, se ha estimado, sin embargo, que la mencionada exigencia legal no puede considerarse inadecuada teniendo en cuenta la gravedad que

Siguiendo con el planteamiento de los autores partidarios de la naturaleza ejecutiva del juicio ejecutivo, si la ejecución se inicia desde que, una vez enjuiciados los títulos del art. 1429 LEC, se dicta auto despachándola, el embargo trabado después del despacho de la ejecución es propiamente ejecutivo y no preventivo ¹³⁵. CARRERAS se pronuncia sobre esta cuestión de manera contundente: "El Juez ejecutor, al llevar a cabo el embargo dentro del proceso de ejecución, realiza siempre una actividad sustitutiva de la del responsable ejecutado, sea cual fuere el efecto secundario que alguna de las fases de su actividad produzcan respecto al derecho del acreedor ejecutante; si embarga, es pensando en la venta inmediata o mediata de los bienes, y por ello no exige ni puede exigir fianza al acreedor para llevar a cabo el embargo" ¹³⁶.

Otros razonamientos vienen a reforzar la tesis de la naturaleza ejecutiva del juicio ejecutivo. Por ejemplo, se sostiene que el considerar al juicio ejecutivo como un proceso de declaración pugnaría con el principio de igualdad de las partes en el proceso (el ejecutante tendría dos oportunidades procesales para hacer valer sus

entraña para el deudor la siguiente fase procesal que es el procedimiento de apremio. Por este motivo, el legislador impone, también en los supuestos en los que no se formaliza la oposición a la ejecución, la exigencia de que el Juez ratifique mediante sentencia la decisión adoptada al despachar ejecución (*vid.* CACHON CADENAS, *El embargo*, cit., pág. 83).

¹³⁵.- Cfr. al respecto, SERRA DOMINGUEZ ("Teoría general de las medidas cautelares", en *Las medidas cautelares en el proceso civil*, (con Ramos Mendez), Barcelona, 1974, págs. 64 y 65) quien niega que el embargo decretado en el juicio ejecutivo tenga carácter cautelar. Fundamenta dicha conclusión en la innecesariedad de su ratificación, en su carácter normal e integrante del procedimiento y en la dicción del art. 1473.1 LEC que supone que las medidas adoptadas con anterioridad a la sentencia de remate, son de por sí ejecutivas. Desde un planteamiento similar, CACHON CADENAS (*ob. cit.*, nota anterior, págs. 11 y 84 a 87) sostiene que el embargo trabado en el juicio ejecutivo no constituye una medida cautelar ya que en él no concurren las notas de instrumentalidad o accesoriedad, provisionalidad, homogeneidad, y su regulación no es marginal respecto del proceso principal.

¹³⁶.- CARRERAS, *El embargo de bienes*, *ob. cit.*, pág. 113. En cuanto a la dualidad *embargo ejecutivo-embargo preventivo*, entiende CARRERAS, que el embargo es siempre un acto ejecutivo, pero que en ciertas hipótesis y apoyándose en su efecto asegurativo, se estructura como medida cautelar (*cfr. ob. cit.*, págs. 106 a 114).

razones, mientras que el ejecutado sólo tendría una). Por otra parte, la terminología que emplea la LEC en la regulación del juicio ejecutivo muestra claramente cuál es la naturaleza del citado proceso (habla de "acción ejecutiva", tener "aparejada ejecución", "demanda ejecutiva", "despacho de la ejecución", "efectos de la ejecución", "ejecutante", "ejecutado")¹³⁷.

Sin embargo, los partidarios de la naturaleza ejecutiva del juicio ejecutivo admiten que en la LEC se han insertado algunos preceptos que pueden hacer tambalear la calificación jurídica por ellos propuesta. Salvan el posible obstáculo afirmando que, de la misma manera que existen procesos de declaración con especialidades respecto de los procesos declarativos ordinarios, el juicio ejecutivo, como proceso de ejecución especial (tanto por los títulos, que son extrajurisdiccionales -art. 1429 LEC-, como por las pretensiones, que deben referirse a una cantidad de dinero -art. 1435 LEC-) se aparta en ciertos extremos, inhábiles para alterar su naturaleza, de la regulación dada por la LEC al proceso de ejecución ordinario.

Así, la diferencia entre el art. 921.1 y el art. 1442 LEC no tiene suficiente entidad para negar el carácter ejecutivo al juicio ejecutivo. En este sentido, se ha declarado que no tiene influencia alguna sobre la naturaleza del juicio ejecutivo el que después de despachada ejecución, y antes de proceder al embargo de los bienes, haya de requerirse de pago al deudor. Aunque el art. 921.1 LEC no exija un previo requerimiento de pago al condenado, la LEC regula otras ejecuciones de título judicial en las que antes de llevarse a cabo la ejecución forzosa se señala un plazo al ejecutado para que cumpla, v. gr. art. 924¹³⁸. En cuanto a la citación de remate, prevista exclusivamente para el juicio ejecutivo (art. 1459 LEC), se ha precisado que ésta no puede equipararse al emplazamiento o citación

¹³⁷.- Cfr. SERRA DOMINGUEZ, *Estudios de Derecho procesal*, cit., pág. 524.

¹³⁸.- FERNANDEZ LOPEZ, *Derecho procesal civil*, IV, cit., págs. 24 y 25; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional*, II, Proceso civil 2.º, cit., pág. 224.

de los juicios declarativos. La citación de remate es sólo un medio para provocar la oposición del ejecutado ¹³⁹. No obstante, ni el previo requerimiento de pago, ni la citación de remate son unos actos procesales totalmente ajenos a la ejecución de sentencias de condena. En efecto, si repasamos la evolución histórico-legislativa del juicio ejecutivo vemos que la innecesariedad del previo requerimiento de pago, de la citación y sentencia de remate no se sanciona legalmente hasta la LEC de 1855 ¹⁴⁰.

Hay más preceptos reguladores del juicio ejecutivo que pueden generar dudas sobre la naturaleza de este proceso y que han sido objeto de reflexión y estudio. En concreto, se ha preguntado por qué debe pronunciarse una declaración de rebeldía en un proceso de ejecución (art. 1462 LEC) ¹⁴¹. Al parecer la declaración de rebeldía a la que alude el vigente art. 1462 LEC tiene su origen en una confusión de conceptos. Del *acuse de rebeldía*, que en nuestro derecho histórico era una iniciativa necesaria de la parte para dar impulso al proceso ¹⁴², se pasa a la *declaración de rebeldía* en la LEC de 1881, primero a instancia de parte y, tras la reforma producida por la Ley 34/1984 de 6 de agosto, dicha declaración se produce de oficio. Ni el legislador de 1881, ni el de 1984, ni el de 1992 se dió cuenta de la confusión que el uso de unos términos inapropiados podía provocar ¹⁴³. Otra norma que podría contrariar la naturaleza

¹³⁹.- MONTERO AROCA, ob. cit., nota anterior, págs. 224 y 225.

¹⁴⁰.- *Vid. supra*, nota 60.

¹⁴¹.- Este interrogante se plantea FERNANDEZ LOPEZ, *Derecho procesal civil*, IV, cit., pág. 25.

¹⁴².- *Vid. supra*, pág. 14.

¹⁴³.- *Vid. sobre esta cuestión*, MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional*, II, Proceso civil 2.º, cit., pág. 198.

Aunque MANRESA Y NAVARRO, autor principal de la LEC de 1881, se dió cuenta de la particularidad de la declaración de rebeldía del art. 1462 LEC, pues, sostuvo que no le eran aplicables los arts. 281, 527 y 528 LEC (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, tomo VI, cit., págs. 481 y 482), no comprendió que no era lo mismo *acusar una rebeldía que declarar en rebeldía*.

DE LA PLAZA (*Derecho procesal civil español*, vol. II, cit., pág. 528) también percibió las diferencias entre la declaración de rebeldía en el juicio ejecutivo y la que se decreta en el proceso de cognición. Así, afirmaba que "...; pero esta declaración (se refiere a la del art. 1462 LEC), por contraste con lo dispuesto para el proceso de

ejecutiva del juicio ejecutivo -teniendo en cuenta que se ha afirmado que la ejecución se inicia desde su despacho (art. 1440.3 LEC)- es la del art. 1476 LEC. Para que la ejecución pueda continuar adelante, una vez se haya interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de remate, el art. 1476 LEC obliga al ejecutante a instar la ejecución provisional de dicha sentencia y le exige la prestación de fianza. No existe, para esta norma, como tampoco para las anteriormente citadas, otra explicación distinta de aquella que afirma "que o provienen sólo de la deficiente y contradictoria regulación legal, o descansan en muy arcaicas y erróneas concepciones de la ejecución forzosa" ¹⁴⁴.

No obstante, y como ya hemos señalado, la doctrina procesal partidaria de la naturaleza ejecutiva del juicio ejecutivo no da excesiva importancia a las *especialidades* procedimentales que aquél presenta. En último término, estas especialidades tienen una causa justificable: las sentencias de condena están precedidas de la garantía jurisdiccional de un proceso declarativo, mientras que los títulos extrajurisdiccionales carecen de esta previa garantía. Esta particularidad es responsable por sí sola de las diferencias existentes

cognición, ni determina medidas de aseguramiento, ya adoptadas cuando la citación se hace, ni obliga a entenderse con los estrados del Tribunal".

FERNANDEZ, RIFA y VALLS (*Derecho procesal práctico*, tomo VI, (§ 94 a 108), págs. 439 a 441) señalan que el empleo de la expresión "declaración de rebeldía" en el art. 1462 LEC no es correcto, pues "la ejecución ha sido ya despachada, se ha causado embargo en los bienes del deudor y su presencia y el concurso de su voluntad son irrelevantes: la ejecución continúa sin o contra la voluntad del deudor. Pero, además, porque esa "declaración de rebeldía" no produce los efectos que son típicos de la rebeldía: ni le es aplicable lo dispuesto en el art. 787 sobre restitución de lo obtenido en la ejecución de sentencia en rebeldía, ni le es posible al ejecutado intentar el "recurso" de audiencia al rebelde".

Por su parte, SAMANES ARA (*La tutela del rebelde en el proceso civil*, Barcelona, 1993, págs. 95 y 96) estima que el término rebeldía es utilizado de forma incorrecta por el art. 1462 LEC, pues, la rebeldía sólo se predica del demandado y respecto de la oposición a la ejecución el deudor es "potencialmente demandante".

¹⁴⁴.- FERNANDEZ LOPEZ, *Derecho procesal civil*, IV, cit., págs. 25 y 26.

La ejecución provisional de la sentencia de remate ya estaba regulada, en parecidos términos, en la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y las causas de comercio de 1830; *vid. supra*, pág. 25.

entre el proceso de ejecución ordinario y el juicio ejecutivo ¹⁴⁵. De ahí que el juicio ejecutivo sea calificado de *proceso de ejecución especial* en oposición al proceso ordinario de ejecución.

A las dos notas anteriores (proceso de ejecución y especialidad) se añade una tercera que termina de configurar su naturaleza jurídica y es la *sumariedad*. En este sentido, se ha señalado que el juicio ejecutivo regulado en la LEC es un *proceso de ejecución, especial y sumario* ¹⁴⁶. Sin embargo, no hay acuerdo en el significado que debe otorgarse a la sumariedad en sede de juicio ejecutivo. Así, BECEÑA se muestra contrario al calificativo *sumario*: "sumario quiere decir breve, y con esto sólo no se cualifica un procedimiento ejecutivo" ¹⁴⁷. Para FENECH, el término *sumario* referido a un proceso de ejecución significa ausencia de una previa fase declarativa, de un previo proceso de declaración. Desde esta perspectiva, distingue entre *procesos de ejecución ordinarios* -que son aquellos que tienen su punto de partida en una sentencia o fallo dictado por órganos de la jurisdicción- y *procesos sumarios de ejecución* -cuya base está en un título extrajurisdiccional- ¹⁴⁸. A su vez, clasifica estos últimos en procesos de ejecución con posibilidad de oposición al título ejecutivo (v. gr. juicio ejecutivo, procedimiento de apremio en negocios de comercio, etc) y procesos de ejecución sin posibilidad de oposición al título ejecutivo (ejecución hipotecaria en general y proceso tributario de ejecución). PEREZ GORDO considera que la sumariedad respecto al proceso de ejecución está en función de la celeridad. En este sentido,

¹⁴⁵. - FERNANDEZ LOPEZ, ob, cit., nota anterior, pág. 28; FENECH, *Derecho procesal civil*, cit., pág. 295.

¹⁴⁶. - MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional*, II, Proceso civil 2.º, cit., pág. 223; FERNANDEZ LOPEZ, *Derecho procesal civil*, IV, cit., pág. 23.

¹⁴⁷. - BECEÑA, "Los procedimientos ejecutivos en el Derecho procesal español", cit., lug. cit., pág. 223.

¹⁴⁸. - FENECH emplea la terminología "proceso sumario de ejecución" por el arraigo que, a su entender, tiene tal denominación en la doctrina procesal. Si bien destaca la impropiedad de dicha denominación, pues, el proceso de ejecución no es "una mera secuela o consecuencia del proceso de declaración, sino que tiene sustantividad propia y un interés científico y práctico extraordinario" ("Los procesos sumarios de ejecución", cit., lug. cit., págs. 498 a 501).

advierte que al concebir el juicio ejecutivo como proceso de ejecución no puede ser sumario sino ordinario, puesto que el incidente de oposición "lejos de abreviar la ejecución, es causa de que se alarguen sus incidencias, y los caracteres del ejecutivo son los propios de un proceso ordinario, basado en título extrajudicial" ¹⁴⁹. Finalmente, MONTERO AROCA afirma que la sumariedad no puede referirse al proceso de ejecución, ya que si no hay oposición no se produce el efecto de cosa juzgada material. La sumariedad ha de referirse al incidente de oposición a la ejecución; en definitiva, al proceso declarativo incidental promovido por el ejecutado ¹⁵⁰.

C) Extensión de la polémica doctrinal, en los términos expuestos, al juicio ejecutivo cambiario.

Ya dijimos en su momento que podía trasladarse al juicio ejecutivo cambiario la polémica doctrinal surgida acerca de la naturaleza jurídica del juicio ejecutivo denominado "ordinario" ¹⁵¹. El motivo es claro: el incidente de oposición a la ejecución es también una fase, si bien eventual, del juicio ejecutivo cambiario.

Antes de la entrada en vigor de la LCCH, la diferencia entre ambos procedimientos, por lo que respecta al incidente de oposición a la ejecución, se reducía a un elemento cuantitativo: desde las primeras normas que la han regulado, la oposición cambiaria siempre se ha caracterizado por tener un ámbito más restringido que el del juicio ejecutivo ordinario. Por consiguiente, no se contaba con ningún otro elemento que pudiera influir en la discusión acerca de la naturaleza del juicio ejecutivo cambiario.

¹⁴⁹.- PEREZ GORDO, "Reflexiones retrospectivas en torno a la naturaleza jurídica del juicio ejecutivo", en *Revista General de Derecho*, núm. 357, págs. 538 a 541.

¹⁵⁰.- MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional*, II, Proceso civil 2.º, cit., pág. 226.

¹⁵¹.- *Vid. supra*, pág. 40.

La LCCH ha modificado aquella situación, aunque, a nuestro parecer, los cambios producidos no tienen la entidad suficiente para negar la naturaleza ejecutiva al juicio ejecutivo cambiario. Pero debe admitirse que los arts. 67 y 68 de la LCCH, efecto directo de la concesión de fuerza ejecutiva a un documento enteramente privado (art. 66 LCCH), que prevén el aumento cuantitativo de los motivos de oposición y la posibilidad de que el juicio ejecutivo cambiario se sustancie a pesar de que se haya alzado el embargo, han dado una nueva fuerza y vigor a la discusión ya existente ¹⁵².

D) Jurisprudencia sobre la naturaleza jurídica del juicio ejecutivo.

Las discrepancias doctrinales a cerca de la naturaleza jurídica del juicio ejecutivo han tenido su reflejo en la jurisprudencia. Los Tribunales se han pronunciado a favor tanto de la naturaleza declarativa como ejecutiva del denominado juicio ejecutivo, sin que se detecte una evolución significativa hacia una u otra tendencia. Antes de proceder a su exposición, debemos advertir, pues nos viene exigido por el título que hemos dado al presente apartado, que no mencionaremos la clase de título ejecutivo que ha dado origen al juicio ejecutivo. Como ya hemos indicado, la falta de acuerdo en la determinación de la naturaleza jurídica del procedimiento que analizamos no dimana de las diferencias que existen entre los títulos relacionados en el art. 1429 LEC, sino de la previsión de un incidente de oposición común a todos ellos. Aunque sí hemos de descubrir que la gran mayoría de las resoluciones judiciales proceden de un título cambiario; no en vano, la acción cambiaria es una acción ejecutiva.

¹⁵² .- Cfr. MONTERO AROCA, "La naturaleza jurídica del juicio ejecutivo", cit., lug. cit., págs. 304 y 305; CORTES DOMINGUEZ, "El nuevo juicio ejecutivo cambiario", cit., lug. cit., pág. 886.

La defensa jurisdiccional de la naturaleza declarativa del juicio ejecutivo se ha realizado tomando como base las calificaciones doctrinales vertidas al respecto. Así, en muchas ocasiones el Tribunal Supremo ha declarado de manera rotunda que el juicio ejecutivo pertenece a la categoría de los procesos denominados *declarativos especiales y sumarios*, cuyas características son: la restricción de los medios de ataque y defensa de las partes; la limitación del conocimiento del Juez; y el no producir, la sentencia en ellos dictada, el efecto de cosa juzgada material ¹⁵³. De forma indirecta, el Tribunal Supremo ha defendido la naturaleza declarativa del juicio ejecutivo al otorgar exclusivamente el carácter de título ejecutivo a la sentencia de remate ¹⁵⁴. La naturaleza declarativa, sumaria y especial del juicio ejecutivo ha sido mantenida también por algunas resoluciones de las Audiencias ¹⁵⁵. Incluso se ha concretado con más exactitud su naturaleza y se ha afirmado que el juicio ejecutivo es un *proceso monitorio documental*¹⁵⁶.

¹⁵³.- Esta es la tesis sostenida por las SSTs, 1.ª, 4 de febrero de 1985 (RAJ 529) "... el juicio del que parte la presente impugnación es un ejecutivo, los cuales, conforme a uniforme y pacífica doctrina procesal, pertenecen a la categoría de los denominados declarativos especiales sumarios"; de 19 de septiembre de 1986 (RAJ 4778); de 8 de octubre de 1986 (RAJ 5333). En especial, la naturaleza sumaria se pone de manifiesto en las SSTs, 1ª, de 5 de mayo de 1967 (RAJ 3258); de 8 de junio de 1968 (RAJ 3767); de 16 de abril de 1973 (RAJ 1793); de 9 de febrero de 1977 (RAJ 300); de 6 de octubre de 1977 (RAJ 3715); de 26 de mayo de 1988 (RAJ 4343); de 16 de septiembre de 1988 (RAJ 6693); de 17 de marzo de 1989 (RAJ 2160); de 15 de julio de 1995 (RAJ 5585).

¹⁵⁴.- Cfr. STS, 1ª, de 12 de abril de 1994 (RAJ 2794).

¹⁵⁵.- La SAT de Palma de Mallorca de 6 de julio de 1983 (*Revista Jurídica de Catalunya*, -en adelante *RJC*-, Jurisprudencia civil, 1983, IV, págs. 1004 y 1005) declara que el juicio ejecutivo es "en nuestro derecho positivo un proceso de cognición jurisdiccional limitada"; y la SAT de Madrid, Sala Segunda, de 14 de mayo de 1987 (*Revista General de Derecho*, -en adelante *RGD*-, núm. 523, abril 1988, págs. 2061) afirma que "el juicio ejecutivo cambiario es un procedimiento sumario y especial, con una importante limitación de los medios de oposición y cuyas sentencias carecen de fuerza de cosa juzgada material". En el mismo sentido, *vid.* entre otras, SAT de Burgos, de 27 de noviembre de 1987 (*RGD*, núms. 529-530, octubre-novbre 1988, págs. 6300 y 6301). A su vez, la SAP de Valencia, Secc. 6ª, de 27 de junio de 1994 (*RGD*, núm. 603, diciembre 94, págs. 13434 y 13435) califica de medidas cautelares las que se adoptan después del despacho de la ejecución.

¹⁵⁶.- La SAP de Madrid, Secc. 2ª, de 14 de noviembre de 1990 dice lo siguiente: "... el ejecutivo se encuadra en el monitorio documental, que es aquel en que se tiende a conseguir el título ejecutivo partiendo de que el actor tiene que probar documentalmente los hechos constitutivos de la acción que ejercita, para que el Juez pronuncie el

La orientación doctrinal que sustenta la naturaleza ejecutiva del juicio ejecutivo también ha sido seguida por los Tribunales. El Tribunal Supremo en alguna resolución no ha dudado en calificar al juicio ejecutivo de "procedimiento ejecutivo", ni en utilizar expresiones que sólo son coherentes en el ámbito de un proceso de ejecución, v. gr. "ampliar la ejecución"¹⁵⁷. Asimismo, algunas resoluciones pronunciadas por las Audiencias fundamentan su fallo en la naturaleza ejecutiva del juicio ejecutivo y se refieren a él en los siguientes términos: "vía ejecutiva"¹⁵⁸, "proceso de ejecución"¹⁵⁹, "procedimiento privilegiado de ejecución"¹⁶⁰, o incluso haciendo alusión al escrito con que se inicia el juicio, "demanda ejecutiva cambiaria"¹⁶¹. En otras, se insiste en que los verdaderos títulos de ejecución son los relacionados en el art. 1429 LEC¹⁶². En definitiva,

mandamiento de ejecución sin previa audiencia de la persona contra la que se dirige, aunque ésta puede en una fase posterior oponerse, o por mejor decir anunciar su oposición y luego oponerse, en cuyo caso se abre una fase contradictoria de conocimiento sumario, pero con inversión de la iniciativa del contradictorio" (resolución transcrita en *La Ley*, 1991-2, págs. 425 a 429. La naturaleza documental del juicio ejecutivo es defendida también por la SAP de La Coruña, Secc. 1ª, de 27 de febrero de 1995 (*RGD*, núms. 610-611, julio-agosto 95, pág. 9387).

¹⁵⁷.- *Vid.* STS, 1ª, de 12 de febrero de 1987 (RAJ 707).

¹⁵⁸.- Cfr. SAT de Zaragoza, de 10 de junio de 1988 (*RGD*, núm. 537, junio 1989, págs. 4256 y 4257).

¹⁵⁹.- Cfr. SAP Valencia, Secc. 7ª, de 9 de julio de 1991 (*RGD*, núms. 565-66, oct.-nov. 91, págs. 9461 y ss.); SAP de Barcelona, Secc. 14ª, de 21 de diciembre de 1991 (*RGD*, núm. 576, septiembre 92, págs. 8920 a 8922); SAP de Madrid, Secc. 18ª, de 19 de julio de 1995 (*RGD*, núm. 612, septiembre 95, pág. 10470).

¹⁶⁰.- Cfr. SAP de Palma de Mallorca, Secc. 3ª, de 10 de diciembre de 1992 (*RGD*, núm. 594, marzo 94, pág. 2882).

¹⁶¹.- Cfr. SAP Valencia, Secc. 8ª, de 28 de octubre de 1991 (*RGD*, núm. 567, diciembre 91, págs. 10927 y ss).

¹⁶².- La SAT de Palma de Mallorca, de 18 de mayo de 1988, tras exponer en los fundamentos de derecho los antecedentes históricos del juicio ejecutivo, concluye declarando su naturaleza ejecutiva: "De lo expuesto se desprende que el título ejecutivo es un documento, público o privado, que origina en el órgano jurisdiccional la obligación de desarrollar su actividad con finalidad ejecutiva" (*RGD*, núms. 532-533, enero-febrero 1989, págs. 739 a 741); en el AAP Madrid, Secc. 13ª, de 18 enero 1991 (*RGD*, núm. 561, junio 91, págs. 5238 y 5239) se declara que la letra de cambio es un documento mercantil ejecutivo en base al cual es posible sustentar una acción ejecutiva; y en la SAP de Madrid, Secc. 12ª, de 8 de noviembre de 1993 (*RGD*, núm. 594, marzo 94, pág. 2387) se señala que la acción ejecutiva debe fundarse en uno de los títulos del art. 1429 LEC que llevan aparejada ejecución.

la finalidad que ha cumplido y cumple el juicio ejecutivo en el ordenamiento jurídico-procesal ha determinado su estructura que es propia de los procesos de ejecución ¹⁶³.

El Tribunal Constitucional también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la naturaleza del juicio ejecutivo. Sin embargo su doctrina, al igual que la del Tribunal Supremo y la de las Audiencias, no ha seguido una línea uniforme. En efecto, en algunas resoluciones deja entrever que parte de la naturaleza declarativa del juicio ejecutivo ¹⁶⁴. Manteniéndose en esta línea, ha destacado la naturaleza sumaria del citado juicio ¹⁶⁵. Por el contrario, en otras sentencias, aunque no con la misma intensidad o convicción, califica al juicio ejecutivo de proceso de ejecución ¹⁶⁶.

¹⁶³.- En la SAP de Cáceres, de 20 de septiembre de 1989 (*RGD*, núms. 550-51, julio-agosto 90, pág. 6256) puede leerse lo siguiente: "Tercero.-La necesidad de defender el tráfico jurídico y la de potenciar el derecho de crédito ha constituido la razón histórica del nacimiento del juicio ejecutivo. Las mismas razones que determinaron su nacimiento son las que, aún hoy, imponen su supervivencia; no cabe duda que una economía de mercado como la nuestra necesita, desde el punto de vista procesal, de mecanismos jurisdiccionales que vayan más allá de los simples procedimientos declarativos u ordinarios, pues de lo que se trata es de potenciar la utilización del crédito mediante la oferta al acreedor de mecanismos procesales que al mismo tiempo sean claramente coercitivos para el deudor y estatuidos en favor de quien, en presencia de un específico título aparece como acreedor de un determinado crédito.

Cuarto.- La apariencia en la certeza del crédito, provoca, como no podía ser menos, alteraciones cualitativamente esenciales en el proceso ejecutivo, cuales son entre otras que al demandado no le basta con negar los hechos alegados por el actor, sino que tiene que oponerse, en su caso, desplazando así sobre el demandado la carga probatoria de tales excepciones".

¹⁶⁴.- La toma de posición del Tribunal Constitucional a favor de la naturaleza declarativa del juicio ejecutivo se muestra de forma clara en la STC, Pleno, 14/1992, de 10 febrero. En la citada resolución, el Tribunal Constitucional sostiene que el juicio ejecutivo es un proceso de declaración con especialidades (cfr. en particular, los f.j. 5º y 7º), refiriéndose en concreto a la sentencia ejecutiva como título de ejecución (f.j. 1º), a la ejecución provisional de dicha sentencia (f.j.1º), a la aplicación, en sede de juicio ejecutivo, de las reglas sobre la prueba de las obligaciones, incluidas las que reparten la carga de la prueba -art. 1214 CC- (f.j. 2º, 3º y 4º) y al carácter preventivo del embargo trabado en dicho juicio (f.j. 7º).

¹⁶⁵.- En efecto, en las SSTC, 2ª, 179/1993, de 31 de mayo (f.j. 2º) y 197/1993, de 14 de junio (f.j. 2º) se otorga al juicio ejecutivo exclusivamente naturaleza sumaria. En la última de las resoluciones anotadas puede leerse lo siguiente: "(...) nos encontramos en un juicio ejecutivo que tiene naturaleza sumaria y que no presenta ninguna complejidad".

¹⁶⁶.- La aceptación de las tesis favorables a la naturaleza ejecutiva se ha manifestado de diversas maneras. La STC, Pleno, 21/1985, de 15 de febrero (f.j. 3º) se refiere al juicio

3. La eventual oposición del deudor es una característica común a todo proceso de ejecución y, por tanto, no contraría la naturaleza ejecutiva del juicio ejecutivo.

El argumento más utilizado en defensa de la naturaleza declarativa del juicio ejecutivo, que consiste en afirmar que en un proceso de ejecución no deben insertarse incidentes declarativos, no resiste los envites de la simple realidad jurídica.

La necesidad de una actividad jurisdiccional de declaración en el proceso de ejecución no sólo viene impuesta cuando el título ejecutivo es extrajurisdiccional, sino también cuando se despacha ejecución en base a una sentencia firme de condena. Si el legislador hace depender el derecho del acreedor al despacho de la ejecución de un conjunto de hechos diverso del que funda la acción ejecutiva, y prohíbe al Juez, en el momento de despachar ejecución, que analice la existencia o subsistencia del derecho a la tutela, es perfectamente posible que el proceso de ejecución se inicie y transcurra sin que exista acción ejecutiva. Para poder hacer frente a esta situación injusta, el deudor debe tener a su disposición los medios procesales adecuados que le permitan poner de relieve que la responsabilidad declarada en el título ejecutivo ya no subsiste ¹⁶⁷.

ejecutivo calificándolo de "proceso sumario ejecutivo", sin añadir más consideraciones. Por tanto, tal calificación puede responder simplemente a una tradición histórica sin que exista una correspondencia con un planteamiento profundo sobre la naturaleza jurídica del citado juicio. En cambio, en las SSTC, 2ª, 81/1989, de 8 de mayo y 118/1989, de 3 de julio el Tribunal Constitucional fundamenta su postura con argumentos más consistentes. Así, en la primera de las sentencias citadas afirma en el f.j. 4º lo siguiente: "(...), por tratarse de un procedimiento sumario de *naturaleza ejecutiva*, que entraña únicamente la posibilidad de una contradicción limitada, al permitir, en los casos específicamente tasados por la Ley, al *demandado de ejecución* que formule *demanda de oposición* - invirtiendo la posición de las partes, y por ello, la carga de la prueba-" (la cursiva es nuestra). Por su parte, la sentencia 118/1989, de 3 de julio, se ocupa de señalar en cada uno de sus fundamentos jurídicos que el juicio ejecutivo es un proceso de ejecución. Los términos, "vía ejecutiva" y "procedimiento ejecutivo", así como "acción ejecutiva" y "despacho de la ejecución", empleados en correcta consonancia con su significado jurídico, liberan al lector de cualquier duda al respecto.

¹⁶⁷.- Cfr. FERNANDEZ, RIFA y VALLS, *Derecho procesal práctico*, tomo V, (§ 73 a 93), Ejecución forzosa. *Exequatur*. Embargo. Procedimiento de apremio. Condenas no

Como señala CARRERAS la cognición no repugna a la ejecución después de que ésta haya sido despachada y se haya asegurado su resultado¹⁶⁸. Otra cuestión es la diferente misión que el Juez cumple en el proceso de declaración y en el de ejecución.

La misión esencial del Juez en el proceso de ejecución es la de ejecutar el mandato que contiene el título ejecutivo. Dicho documento¹⁶⁹ determina la legitimación activa y pasiva; además delimita el alcance de la ejecución concreta, pues, constituye la norma específica para el Juez, en el caso concreto de que se trate, desempeñando la misma función que la norma material, aunque ésta contiene un mandato abstracto, en la decisión del proceso de declaración¹⁷⁰. Esta es la razón jurídica por la que en el proceso de

pecuniarias. Ilicitud de la ejecución. Tercería de dominio. Tercería de mejor derecho. Recursos de casación en ejecución de sentencia, 2ª ed., Madrid, 1995, págs. 605 a 608.

¹⁶⁸.- CARRERAS, *El embargo de bienes*, cit., pág. 73.

¹⁶⁹.- No queremos terciar en la discusión sobre la naturaleza del título ejecutivo: ¿acto o documento?, ya clásica y más bien propia de la doctrina procesal italiana (CARNELUTTI y LIEBMAN). Como muy bien se ha señalado, "el viejo litigio sobre si "título ejecutivo" es un acto -en realidad un conjunto de hechos- o es un documento -al que se incorpora ese conjunto de hechos-, proviene sólo del empeñamiento en observar la realidad sólo parcialmente" (FERNANDEZ LOPEZ, *Derecho procesal civil*, III, cit., pág. 53). Esta es, por otra parte, la postura que finalmente adopta CARNELUTTI, quien tras constatar que la disputa ha sido fuerte y fecunda, afirma que "ha llegado el momento de superarla". Sin embargo, este último autor no cede en su razonamiento y observa lo siguiente: "Si lo pensamos bien, la negación del carácter documental del título ha sido hecha posible por una negligencia del concepto del documento, que no es una cosa cualquiera sino una cosa representativa; ..." (*Derecho procesal civil y penal*, I, Derecho procesal civil, Buenos Aires, 1971, págs. 346 y 347).

¹⁷⁰.- Señala CARRERAS que "el título ejecutivo, documento que debe acompañar a la demanda, cumple la función esencial de determinar la legitimación activa y pasiva de las partes en el proceso de ejecución y la causa de que la sanción pueda actuarse. No engendra tanto la acción ejecutiva cuanto la potestad pública del ejecutor para superponerse a los derechos subjetivos del responsable ejecutado" (*El embargo de bienes*, cit., pág. 67). Según DE LA OLIVA ("Conceptos fundamentales de la ejecución forzosa", en *La Ley*, 1981-4, págs. 935 y 936) "la Ley crea el título ejecutivo, pero no sobre cualquier base, sino sobre la base de un documento que pueda desempeñar estas funciones: a) fundamentar directa o indirectamente, la actuación de sanciones (que proceden, recordémoslo, cuando se infringe un deber); b) determinar la legitimación activa y pasiva; c) delimitar el sentido, la medida y el alcance de los actos jurisdiccionales ejecutivos".

ejecución el acreedor se encuentra en una posición de ventaja respecto del deudor.

En el proceso de declaración, la presentación de la demanda hace que el Juez despliegue una actividad expectante, dando traslado de aquel escrito a la parte demandada para que se constituya como tal en el proceso, sin cumplimiento de acto alguno que implique satisfacción. En cambio, en el proceso de ejecución se otorga al ejecutante, *in limine litis e inaudita altera parte*, la tutela jurídica solicitada, pues el título ejecutivo sirve para establecer la existencia de una relación jurídica, esto es, la eficacia jurídica de un hecho. Esta diferencia básica entre el proceso de declaración y el de ejecución es expuesta por CARNELUTTI en los siguientes términos:

"El problema de la acción en el proceso de cognición está dominado por el principio de la igualdad de las partes. Este principio se funda sobre el hecho de que ellas se presentan en el mismo plano; son, una y otra, *iudicandae*; no se sabe, ni se sabrá hasta la decisión, de parte de quien está la razón y de parte de quien la sinrazón. Tal situación se encuentra profundamente modificada en el proceso ejecutivo. Si el proceso ejecutivo estuviese siempre precedido del proceso de cognición, deberíamos decir que, en lugar de *iudicandae*, las dos partes son *iudicatae*; de ellas, en efecto, se sabe cuál tiene razón y cuál tiene sinrazón; en lugar de la igualdad se presenta aquí una profunda desigualdad entre las partes. Veremos, sin embargo, que no siempre el proceso ejecutivo está precedido del proceso de cognición; sin embargo, también en tal caso la desigualdad se verifica; el *título ejecutivo*, del cual debe estar provisto quien promueve la ejecución (...), coloca a quien lo posee en una indudable posición de superioridad respecto del otro" ¹⁷¹.

Este fenómeno es denominado por FENECH la "asimetría del proceso de ejecución", en el que la posición del Juez frente al

¹⁷¹.- CARNELUTTI, *Derecho procesal civil y penal*, I, Derecho procesal civil, cit., pág. 340.

ejecutado "dentro de los límites del título ejecutivo, no es de expectante imparcialidad, sino de actuación efectiva e inmediata respecto de los derechos patrimoniales del ejecutado" ¹⁷².

Pero de la esencia de la actividad jurisdiccional ejecutiva no se colige que el Juez deje de serlo, deje de enjuiciar y se transforme en un mero ejecutor desarrollando una pura actividad mecánica. Tampoco se infiere que el ejecutado no tenga la condición de parte en la ejecución, ni que dicho proceso no requiera, en absoluto, que la parte procesal coincida con la material ¹⁷³. El Juez debe velar por la adecuación a derecho de todas las actuaciones que integran el proceso de ejecución, en definitiva debe juzgar, y para poder cumplir esta tarea necesita estar exactamente informado. Esta información será suministrada, normalmente, además de por el título ejecutivo, por el acreedor. No obstante, como advierte CARNELUTTI, el acreedor no es un informador desinteresado y el único medio de preservar la imparcialidad del Juez consiste en afirmar la necesidad del contradictorio también en el proceso de ejecución ¹⁷⁴.

Desde esta perspectiva, puede afirmarse que la imparcialidad del Juez ejecutor requerirá, en ocasiones, la regulación de incidentes de carácter declarativo. La LEC no es del todo ajena a esta idea. Como ejemplo, pueden citarse, los incidentes que establece para la liquidación de sentencias que condenan al pago de una cantidad ilíquida (arts. 928, 932 y 946 LEC). Estos incidentes, que tienen como finalidad común determinar qué cantidad líquida de dinero debe ser entregada, se incardinan en el proceso de ejecución y adoptan forma contradictoria. En este sentido, se ha afirmado que "el derecho del deudor a que se fije contradictoriamente una cantidad líquida cuando

¹⁷².- FENECH, *Derecho procesal civil*, cit., págs. 291 y 292. Cfr. asimismo, MANZANA LAGUARDA, "La ejecución procesal y su adecuación constitucional", en *Revista General de Derecho*, núms. 544-545, enero-febrero 90, pág. 5.

¹⁷³.- Cfr. FERNANDEZ LOPEZ, *Derecho procesal civil*, III, cit., págs. 67 a 73.

¹⁷⁴.- CARNELUTTI, *Derecho procesal civil y penal*, I, *Derecho procesal civil*, cit., pág. 341.

la condena es ilíquida y, sobre todo, el derecho a ser oído en el incidente de liquidación tiene carácter fundamental y debe entenderse incluido en el derecho a la "tutela efectiva" que garantiza el art. 24 CE" ¹⁷⁵.

Ahora bien, el deudor, en el proceso de ejecución, no tiene que ser oído solamente en aquellos incidentes destinados a completar el contenido del título ejecutivo que se ejecuta. Su intervención es si cabe aún más necesaria cuando la ejecución deviene ilícita.

A) La falta de regulación de un medio procesal típico para denunciar la ilicitud de la ejecución en la vigente Ley de Enjuiciamiento civil. Causas. Consecuencias.

La ilicitud de la ejecución tiene diversas causas: en el proceso de ejecución pueden dictarse actos procesales que infrinjan las normas de procedimiento; o pueden adoptarse medidas que se aparten o contravengan lo dispuesto en el título ejecutivo; o bien, con base en el carácter abstracto del título ejecutivo, puede actuarse en el patrimonio del ejecutado una responsabilidad que, aun cuando existió en el momento de creación del título ejecutivo, ya no subsiste -es decir, la situación jurídico-material consignada en el título ejecutivo no se corresponde con la situación jurídico-material real- ¹⁷⁶. Frente a estos supuestos genéricos de ilicitud de la ejecución, el ordenamiento jurídico ha de poner a disposición de las partes -en especial, pero no exclusivamente, del ejecutado- los medios procesales adecuados para ponerla de manifiesto; esto es, los mecanismos a través de los cuales

¹⁷⁵.- FERNANDEZ LOPEZ, *Derecho procesal civil*, III, cit., pág. 189.

¹⁷⁶.- Cfr. al respecto, FERNANDEZ LOPEZ, ob. cit. nota anterior, págs. 347 a 349; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional*, II, Proceso civil 2.º, cit., págs. 171 a 180; ORTIZ NAVACERRADA, *La oposición a la ejecución civil: estudio jurisprudencial*, Madrid, 1994, págs. 13 y 14; ARIAS LOZANO, *El recurso de casación en ejecución de sentencia civil*, Madrid, 1994, págs. 47 y 48



Universitat de Lleida
Servei de Gestió Acadèmica

Plaça de Víctor Siurana, 1
E-25003 LLEIDA
Catalunya (Espanya)
Telf. + 34 73 702000
FAX + 34 73 702042



Universitat de Lleida
Registre General

- 2 OCT. 1996

E: 5084

S:

Acord de la Comissió de Doctorat de la Universitat de Lleida de l'1 doctubre de 1996

La Comissió de Doctorat acorda que aquesta Tesi entri en dipòsit:

Autora: Mercè Serrano Masip
Departament: Dret Públic
Director: Miguel Angel Fernández López
Tutor: Juan Manuel Perulles Moreno



La secretària de la Comissió de Doctorat

Lleida, 2 d'octubre de 1996

pueda ser planteada la *oposición a la ejecución*¹⁷⁷. Y es esta tarea la que no ha sabido llevar a cabo el legislador.

En efecto, los medios procesales a través los cuales, las partes, pueden formular una oposición a la ejecución son "arcaicos, insuficientes y se encuentran asistemáticamente dispersos" en la LEC¹⁷⁸. Y ello en el mejor de los casos, porque la denominada *oposición de fondo a la ejecución* carece incluso de un regulación precaria.

Para denunciar las *infracciones de las normas de procedimiento* durante la sustanciación del proceso de ejecución, las partes tienen a su disposición, cuando sean procedentes conforme a las reglas generales, los recursos ordinarios: recurso de reposición, apelación, súplica y queja¹⁷⁹. Frente al auto dictado por la Audiencia que resuelve el recurso de apelación no cabe recurso de casación (art. 1687.2 LEC *a sensu contrario*)¹⁸⁰.

El tratamiento procesal de las *infracciones relativas al título ejecutivo* es en parte coincidente con el que ya hemos señalado para las infracciones de las normas de procedimiento. La impugnación de aquellas infracciones puede realizarse mediante los recursos ordinarios, si bien en estos casos puede promoverse un incidente especial de conformidad con lo dispuesto en el art. 949.2 LEC. La

¹⁷⁷.- Con la denominación *oposición a la ejecución* haremos referencia a la actividad defensiva que, en general, puede adoptarse frente a la ejecución.

¹⁷⁸.- FERNANDEZ LOPEZ, *Derecho procesal civil*, III, cit., pág. 348. En el mismo sentido, cfr. RAMOS MENDEZ, *Derecho procesal civil*, tomo II, cit., págs. 1005 y 1006.

¹⁷⁹.- Los recursos interpuestos frente a la actividad ejecutiva presentan algunas especialidades. Por ejemplo, las apelaciones que se interpongan durante el proceso de ejecución y como consecuencia de la infracción de normas procesales deben admitirse en un solo efecto (cfr. arts. 949.1 y 1531.1 LEC). *Vid.* más ampliamente, FERNANDEZ LOPEZ, *ob. cit.*, nota anterior, págs. 350 y 351; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional*, II, Proceso civil 2º, cit., pág. 181.

¹⁸⁰.- *Vid.* en este sentido, FERNANDEZ LOPEZ, *Derecho procesal civil*, III, cit., pág. 351; MONTERO AROCA, *ob. cit.*, nota anterior, págs. 178 y 179; ARIAS LOZANO, *El recurso de casación en ejecución de sentencia civil*, cit., págs. 49 y 50.

importancia y gravedad de las infracciones a lo ordenado en el título ejecutivo determina que se otorguen a las partes dos facultades inexistentes en las impugnaciones de los actos contrarios a las normas de procedimiento. Estas son: la admisión de la apelación en ambos efectos (art. 949.2 LEC); y la autorización del denominado *recurso de casación en ejecución de sentencia* (art. 1687.2 LEC) ¹⁸¹.

Como ya hemos adelantado, la *oposición de fondo a la ejecución* no tiene, en la LEC, un instrumento procesal apropiado en el que desarrollarse. Esta laguna legal viene a discriminar al ejecutado frente a los terceros a la ejecución, pues respecto de estos últimos la LEC regula con detalle la resistencia u oposición a la ejecución (cfr. arts. 1532 a 1543).

No puede negarse que la ausencia de regulación en la LEC de la oposición a la ejecución, como una fase propia del proceso ordinario de ejecución, ha constituido una de las bases en las que se ha asentado la tesis que defiende la naturaleza declarativa del juicio ejecutivo ¹⁸². Sin embargo, la diferencia entre el proceso ordinario de ejecución y el juicio ejecutivo, por lo que a la regulación de un incidente de oposición a la ejecución se refiere, no encuentra justificación ni en una estructura radicalmente diferente, ni en una diversa función, ni en el origen de los títulos ejecutivos, ni tampoco en datos estadísticos ¹⁸³. A nuestro entender, la verdadera causa de la falta de regulación de la

¹⁸¹.- Cfr. FERNANDEZ LOPEZ, ob. cit., nota anterior, pág. 355; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional*, II, Proceso civil 2º, cit., págs. 179 y 180; ARIAS LOZANO, ob. cit., nota anterior, págs. 50 a 53.

¹⁸².- *Vid. supra*, págs. 41 a 43.

¹⁸³.- Aunque así parece entenderlo ORTIZ NAVACERRADA (*La oposición a la ejecución civil: estudio jurisprudencial*, cit., págs. 14 y 73) quien frente a la inexistencia de un trámite especial en la ejecución de títulos jurisdiccionales, considera que la existencia de previsiones procedimentales específicas para la oposición de fondo en la ejecución de títulos extrajurisdiccionales tiene su causa, por un lado, en que dichos títulos "al no ser producto del juicio y decisión judiciales consecuentes a una actividad alegatoria y probatoria plena e igualitaria de las partes, sino producto directo del tráfico civil o mercantil, presentan riesgos superiores de invalidez o ineficacia"; y, por otro, en "su propia normalidad y mayor frecuencia, que la sitúan en la estructura ordinaria misma del proceso ejecutivo".

oposición a la ejecución en el vigente proceso ordinario de ejecución (que no es cognitiva ni reflexiva) se detecta en su evolución histórico-legislativa.

No vamos a extendernos, ahora, en un tema que estimamos cumplidamente tratado ¹⁸⁴. Bastará con recordar que hasta la entrada en vigor de la LEC de 1855, en la tramitación del proceso de ejecución singular (o "vía ejecutiva" o "juicio ejecutivo"), que era sustancialmente la misma con independencia de la naturaleza del título ejecutivo (jurisdiccional o extrajurisdiccional), estaba previsto un incidente de oposición a la ejecución. Ya vimos que la Ley IX del Ordenamiento de 1360 estableció un incidente de oposición a la ejecución de sentencias ¹⁸⁵. Este sistema se mantiene en el tiempo. Así, el art. 327 de la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y las causas de comercio de 1830 enunciaba las excepciones que podían alegarse en las ejecuciones sobre obligaciones mercantiles, sin hacer distinción alguna entre la ejecución por "sentencia judicial ejecutoriada" y la que se seguía por títulos ejecutivos extrajurisdiccionales ¹⁸⁶.

La LEC de 1855 reguló en Títulos separados la ejecución de las sentencias y la ejecución de los títulos extrajurisdiccionales. A la nueva estructura de la ejecución forzosa no puede negársele algunos aciertos a los que ya hemos hecho referencia ¹⁸⁷. No obstante, la

¹⁸⁴.- *Vid. supra*, págs. 9 y ss.

¹⁸⁵.- En la Ley IX del Ordenamiento de 1360 se disponía: "(...), e si allegare antes del rematamiento que fizo pago al demandador, despues de la sentençia que se dio, o quel quito el debdo o la cosa sobre que era la contienda, o fizo otra alguna abenencia con el, que esto que le sea reçevido e quel den plazo a que lo prueve, commo dicho es, por carta o por escriptura publica o por confesion o por jura de la parte si la fiziere, mas non por testigos (...)". La diferencia respecto de la ejecución por documentos públicos con *executionem paratam* derivaba de la denominada intangibilidad del fallo, limitándose, por tanto, en la ejecución de sentencias los motivos de oposición. Esta diferencia también fue puesta de relieve por juristas posteriores. Cfr. *Febrero novísimo, ó librería de jueces, abogados y escribanos*, tomo quinto, cit., págs. 125 y 149 y 150.

¹⁸⁶.- *Vid. supra*, pág. 23.

¹⁸⁷.- *Vid. supra*, págs. 26 y 27.

forma en que fue realizada tal separación, así como sus consecuencias, generó críticas, a nuestro entender, plenamente fundadas. Y es que en la regulación de la ejecución de las sentencias se cometieron varios errores, entre ellos: hacer únicamente referencia expresa a la ejecución de sentencias, en lugar de a la ejecución de títulos judiciales en general; remitirse para el embargo, apremio y tercerías al juicio ejecutivo -proceso especial de ejecución-; y, no regular la forma en que las partes pueden llevar a cabo un control de la ejecución. En relación con este último extremo, se puso especial énfasis en destacar los aspectos negativos de la falta de previsión legal de la oposición de fondo a la ejecución. Es interesante volver a recordar el rechazo de MANRESA y REUS a este vacío legal de la LEC de 1855, frente al que se debía reaccionar y, pese a todo, oír al ejecutado "cuando escepcone que ha pagado ya, ó cumplido lo mandado en la sentencia, solicitando que así se declare. Sería injusto cerrar la puerta á una pretensión de esta clase, como a cualquier otro incidente que directamente se refiera al cumplimiento de la sentencia. Estos incidentes habrán de sustanciarse como los del juicio ordinario"¹⁸⁸.

Del texto que acabamos de transcribir se infiere, de forma clara, la consecuencia básica de la falta de regulación de la oposición de fondo a la ejecución: la indeterminación tanto por lo que respecta a las causas o motivos de oposición, como por lo que se refiere a los expedientes procesales apropiados para fiscalizar la ilicitud de la ejecución originada por la inexistencia de acción ejecutiva¹⁸⁹.

¹⁸⁸.- MANRESA y REUS, *Ley de Enjuiciamiento civil*, tomo IV, cit., pág. 174.

Sin embargo, en sus comentarios a la LEC de 1881, MANRESA justificó la supresión de la oposición del ejecutado basándose en que ésta provocaba "dilaciones injustificadas y depresivas en la autoridad de cosa juzgada" (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, 7ª ed., tomo IV, arts. 741 a 1.035, Madrid, 1955, pág. 486). Olvida MANRESA que el ámbito de eficacia de la cosa juzgada se encuentra limitado, entre otros, por los denominados *límites temporales de la cosa juzgada*. Sin querer profundizar en el tema, puede afirmarse que dichos límites se fundan en la posibilidad de que se produzcan cambios en la situación jurídica definida en la sentencia firme.

¹⁸⁹.- Esta indeterminación no se produce en el juicio ejecutivo (ya sea "ordinario", ya "cambiario"), pues en él, por una parte, se enuncian los motivos o causas que fundan la

En cuanto a las causas o motivos de oposición, quizá resulta superfluo señalar que en el proceso ordinario de ejecución debe ser respetada la *intangibilidad del fallo*, que se traduce en la imposibilidad de reproducir en sede de ejecución aquellos hechos o cuestiones que quedan alcanzados por la cosa juzgada y/o por la preclusión. Por ello, la oposición de fondo a la ejecución no puede basarse en la ausencia de hechos constitutivos del derecho del actor, ni en la existencia de hechos impeditivos. En principio, la oposición de fondo a la ejecución sólo puede fundarse en la presencia de hechos extintivos o excluyentes y siempre que se hayan producido con posterioridad al momento en que precluyó la última posibilidad de alegarlos en primera o segunda instancia ¹⁹⁰.

La función negativa de la cosa juzgada que se predica de una sentencia sobre el fondo, así como la preclusión, no puede ser, lógicamente, tenida en cuenta por un proceso de ejecución cuyos títulos ejecutivos tienen un origen extrajudicial. Por otra parte, no debe olvidarse que la limitación de la oposición a la ejecución prevista en el juicio ejecutivo deriva de la posibilidad de promover, con posterioridad, un juicio declarativo plenario ¹⁹¹. Desde ambas perspectivas, debe reputarse inadmisibles que en la ejecución por título judicial o asimilado puedan aplicarse los preceptos que la LEC

oposición a la ejecución (arts. 1464, 1466 y 1467 LEC; art. 67 LCCH); y, por otra, se establece un cauce procesal a través del cual pueda solicitarse, de los órganos jurisdiccionales, la corrección de la ilicitud (arts. 1468 a 1480 LEC).

¹⁹⁰.- Cfr. al respecto, FERNANDEZ LOPEZ, *La tercería de dominio*, cit., págs. 206 a 214; también de este autor, *Derecho procesal civil*, III, cit., pág. 367 y 368; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional*, II, Proceso civil 2º, cit., págs. 175 y 176; ORTIZ NAVACERRADA, *La oposición a la ejecución civil: estudio jurisprudencial*, cit., págs. 82 a 84.

En el mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia. Cfr. STS de 21 de julio de 1992 (RAJ 6446), y AAP de Barcelona, Secc. 16ª, de 23 de julio de 1990 (RGD, núm. 558, marzo 91, págs. 1820 a 1823); en esta última resolución se declara que: "... la oposición a la ejecución de la sentencia sólo puede realizarse por causas posteriores a la misma, fundamentalmente por causas que afectan al derecho material declarado o reconocido en la sentencia".

¹⁹¹.- Cfr. FERNANDEZ LOPEZ, *La tercería de dominio*, cit., pág. 204.

destina a la regulación de la oposición a la ejecución por título extrajudicial ¹⁹². Sin embargo, no es extraordinario hallar resoluciones judiciales en las que se contiene una remisión a las normas reguladoras del juicio ejecutivo para determinar las causas de oposición a la ejecución aunque se haya despachado ejecución en base a una sentencia de condena ¹⁹³. Esta práctica pone de relieve los errores que trae consigo la falta de regulación de la oposición a la ejecución.

Por lo que se refiere a los cauces procesales mediante los cuales el ejecutado puede alegar que la responsabilidad contenida en el título ejecutivo ha dejado de existir, debemos señalar que tampoco sirve la tramitación de la oposición a la ejecución prevista en el juicio ejecutivo. La razón reside, esencialmente, en limitación de su ámbito teniendo en cuenta la posibilidad de que el ejecutado inste un juicio plenario posterior. Ante la laguna legal, la doctrina formula diversas posibilidades ¹⁹⁴.

Con anterioridad al inicio del proceso de ejecución, la persona que tenga frente a sí un título ejecutivo formalmente válido puede incoar un proceso de declaración, dirigido a obtener una sentencia en la que se declare que, a pesar de la existencia del título ejecutivo, no

¹⁹².- Cfr. MONTERO AROCA, ob. cit., nota anterior, pág. 172.

¹⁹³.- Así, en dos autos del Juzgado de lo Social de Lleida, de 18 de enero de 1991, que despachan ejecución en base a dos sentencias firmes de condena al pago de cantidad líquida, se advierte al ejecutado que le asiste el derecho de oponerse a la ejecución por las causas previstas en el art. 1464 LEC.

¹⁹⁴.- Al ser la oposición a la ejecución una necesidad realmente sentida en la práctica, la jurisprudencia también ha incidido en el tema. Así, el TS ha reconocido que la ejecución forzosa puede ser ilícita. Las declaraciones en este sentido han sido vertidas con ocasión del ejercicio de tercerías de dominio que, sin embargo, eran desestimadas ya que el objeto de la tercería de dominio no consiste en denunciar la ilicitud de la ejecución, sino el error en la atribución de la titularidad del bien embargado. A pesar de que el TS haga una referencia genérica a *otros procedimientos, acciones* que las partes pueden utilizar cuando se sientan lesionados por una ejecución ilícita, no especifica ninguna en concreto, aunque deja abierta la posibilidad de que puedan ser utilizados los recursos ordinarios. Cfr. SSTS, 1ª, de 11 de abril de 1972 (RAJ 1666); de 26 de septiembre de 1986 (RAJ 4790); de 29 de diciembre de 1987 (RAJ 9656); de 26 de septiembre de 1988 (RAJ 6859).

subsiste el derecho sustantivo a la tutela ¹⁹⁵. El deudor puede atacar la subsistencia del título ejecutivo, aun cuando quien en él aparezca como acreedor no tenga la intención actual de ejecutar la sentencia, puesto que de su simple existencia emana un perjuicio. La existencia de un interés (de una necesidad de tutela jurídica) en ejercitar la acción meramente declarativa -con la que el actor pretende que se declare que la obligación documentada en el título ejecutivo ha sido satisfecha, y que, por tanto, el título ejecutivo se ha convertido en un simple documento formal totalmente desprovisto de contenido- no puede, pues, ser discutida ¹⁹⁶. Sin embargo, este proceso de declaración se sustanciaría en desconexión funcional con la ejecución y, por tanto, a nuestro entender, no podría calificarse en rigor de oposición a la ejecución. Por la misma razón, tampoco debe concederse tal calificación a los diferentes expedientes procesales que pueden incoarse después de que la ejecución haya alcanzado su fin ¹⁹⁷.

La auténtica oposición de fondo a la ejecución tiene lugar una vez iniciado el proceso de ejecución. En este supuesto, y ante la ya mencionada falta de regulación positiva, han sido propuestas dos posibles soluciones. Una solución serían los recursos ordinarios. No obstante, estimamos que esta vía no es oportuna para la oposición de fondo a la ejecución. La importancia de las cuestiones que pueden plantearse en la oposición de fondo a la ejecución convierten a los recursos en un cauce excesivamente limitado ¹⁹⁸. La otra solución

¹⁹⁵.- Cfr. al respecto, FERNANDEZ LOPEZ, *Derecho procesal civil*, III, cit., pág. 365; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional*, II, Proceso civil 2º, cit., págs. 176 y 177.

¹⁹⁶.- Cfr. FERNANDEZ LOPEZ, *La tercería de dominio*, cit., págs. 196 a 200.

¹⁹⁷.- La nula eficacia -desde una perspectiva de oposición a la ejecución- de un proceso posterior a la ejecución, ha sido puesta de relieve por el TS. En su sentencia de 21 de julio de 1992 (RAJ 6446) dice lo siguiente: "Ciertamente que puede iniciar (se refiere al legitimado pasivamente en el título ejecutivo) después un proceso contra el recurrido por enriquecimiento injusto, pero ello evidentemente no le eximiría de las consecuencias acabadas de exponer (pagar dos veces) ni de la posibilidad de sufrir el riesgo de insolvencia de su demandado y de esperar la consumación de todas las instancias judiciales para reintegrarse".

¹⁹⁸.- Debido a la ausencia de fase probatoria será difícil resolver sobre la existencia o no de hechos extintivos o excluyentes.

consistiría en otorgar al ejecutado la facultad de plantear un incidente. Esta última solución encuentra su apoyo en las normas generales (arts. 741 y ss. LEC) ¹⁹⁹. También podría entenderse que se trata de uno de los incidentes que de forma implícita autoriza el art. 949.2 LEC -pues, lo normal es que la oposición tenga por objeto cuestiones *no controvertidas en el pleito ni decididas en la sentencia-*, siendo además posible, en este caso, acceder al recurso de casación ²⁰⁰.

Ahora bien, todo lo anterior pone de relieve un hecho: la necesidad de integrar una grave laguna legal de la vigente LEC como es la falta de regulación de fondo de la oposición a la ejecución. En este sentido, es ineludible poner fin a la actividad integradora y regular específicamente el cauce procesal que sirva para denunciar la ilicitud de la ejecución.

La doctrina es sensible a esta tarea y apunta diversas vías que hasta estos momentos no han sido tenidas en cuenta por el legislador. Ya hemos recogido la opinión de PRIETO-CASTRO quien propugna que los medios de impugnación de una ejecución ilícita han de articularse dentro del proceso de ejecución, en forma de incidente capaz de suspenderlo ²⁰¹. En esta misma línea, FERNANDEZ LOPEZ²⁰² defiende que la oposición a la ejecución "debería quizá realizarse por demanda ordinaria, de modo análogo a como se

Otro inconveniente deriva de la práctica judicial: los Jueces suelen despachar ejecución mediante providencia, lo que excluye un eventual recurso de apelación. *Vid.* en este sentido, FERNANDEZ LOPEZ, *Derecho procesal civil*, III, cit., pág. 366

¹⁹⁹.- Ante la falta de una regulación procedimental específica, se remiten, entre otros, a la regulación del procedimiento previsto para los incidentes, FENECH, *Derecho procesal civil*, cit., pág. 592; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional*, II, Proceso civil 2º, cit., pág. 177.

²⁰⁰.- *Vid.* en este sentido, FERNANDEZ LOPEZ, *Derecho procesal civil*, III, cit., pág. 366; ARIAS LOZANO, *El recurso de casación en ejecución de sentencia civil*, cit., págs. 53 a 55; ORTIZ NAVACERRADA, *La oposición a la ejecución civil: estudio jurisprudencial*, cit., pág. 84.

El TS ha admitido en pocas ocasiones la utilización del recurso de casación en ejecución de sentencia para oposiciones de fondo a la ejecución. Cfr. SSTS de 2 de junio de 1967 (RAJ 2347), 21 de julio de 1992 (RAJ 6446).

²⁰¹.- *Vid. supra*, pág. 49.

²⁰².- FERNANDEZ LOPEZ, *Derecho procesal civil*, III, cit., pág. 369.

sustancian las tercerías, y ante el propio Juez que conoce de la ejecución". Esta demanda, según el citado autor, estaría "sometida a algunos requisitos especiales -v.g. presentación de un título que pudiera servir de prueba- y, caso de que la demanda de oposición fuera admitida, *tendría incidencia directa dentro de la ejecución*, bien porque la ejecución se paralizara en todo caso, o bien porque la ejecución sólo podría continuar si el ejecutante presta fianza suficiente para responder de los perjuicios que pudiera haberse ocasionado al deudor si resulta que se declara la ilicitud de la ejecución ..." (la cursiva es nuestra).

El acierto de las propuestas que acabamos de exponer viene avalado, no sólo por ser conformes a los principios sobre los que se asienta el Derecho procesal y que se hacen patentes en la LEC, sino también por un estudio de Derecho comparado de la regulación de la oposición a la ejecución.

Vamos a poder comprobar en las líneas que siguen, que, en el Derecho comparado, la oposición a la ejecución obedece a unas pautas muy definidas, que no se alejan de las propuestas por nuestra doctrina.

B) Breve referencia al Derecho comparado.

a) Notas previas.

La referencia al Derecho comparado es selectiva. De forma voluntaria, nos hemos centrado en el estudio de la regulación de la oposición a la ejecución llevada a cabo por el Derecho procesal italiano, alemán y francés ²⁰³. Esta selección es necesaria si se quiere

²⁰³.- Debemos reconocer que en la selección han influido, básicamente, dos factores. El primero consiste en la facilidad de acceso a materiales legales y doctrinales tratándose de

profundizar en las peculiares soluciones a las que se llega en cada ordenamiento jurídico y explicarlas dentro de su particular contexto.

Es cierto que en los ordenamientos procesales a los que nos vamos a referir la ejecución procesal civil se aparta de la estructura del *processus executivus* del Derecho común. Como ya vimos, del *processus executivus* o *mandatum de solvendo sine clausula* deriva el proceso documental cuya característica básica es la previsión legal de un conocimiento fraccionado, de tal manera que algunas excepciones son examinadas sólo después de la condena del deudor a satisfacer la prestación debida ²⁰⁴. Y, por otra parte, el *processus executivus* ha desembocado en el moderno proceso de ejecución. Ahora bien, no es cierto, como se ha afirmado ²⁰⁵, que aquellos ordenamientos han construido el proceso de ejecución aislándolo de los principios que rigen el proceso de declaración (en especial, el principio del contradictorio) e impidiendo toda confusión con él.

Basándose, ora en el principio jurídico natural de audiencia que debe informar, en todo caso, el proceso de ejecución, ora en la adopción en determinados casos de la forma contradictoria, el Derecho procesal italiano, así como el alemán y francés regulan expresamente la oposición a la ejecución y la configuran como una parte integrante del proceso de ejecución. Si se cumplen ciertos

normas y obras científicas italianas, alemanas y francesas. El segundo factor estaría constituido, por una parte por la tradición jurídica común de los ordenamientos procesales citados, y por otra, por la influencia, no sólo económica y política, sino también jurídica de Italia, Alemania y Francia en el seno de la UE. Este ulterior aspecto impone el conocimiento de los ordenamientos procesales de los Estados citados sobre todo teniendo en cuenta que, como ha sido puesto de relieve, uno de los procedimientos de unificación normativa es el recurso al Derecho comparado. *Vid.* sobre esta última cuestión, DE LOS MOZOS, "Integración europea: Derecho comunitario y Derecho común", en *Revista de Derecho Privado*, marzo 1993, págs. 211 y ss.; en el mismo sentido, se pronuncia VATTIER FUENZALIDA, "Para la unificación internacional del Derecho de obligaciones en la Comunidad Europea", en *Revista de Derecho Privado*, marzo 1994, págs. 228 a 230.

²⁰⁴.- *Vid.* CHIOVENDA, *Principios de Derecho procesal civil*, (trad. de la 3ª ed. italiana por J. Casais y Santaló), tomo II, Madrid, 1977, págs. 757 y 758.

²⁰⁵.- DE LA PLAZA, "Los principios fundamentales del proceso de ejecución", II, cit., lug. cit., pág. 81.

presupuestos, la oposición a la ejecución puede originar un incidente prejudicial que tiene como efecto principal la suspensión del proceso de ejecución.

La realidad legislativa de un trámite de oposición a la ejecución regulado en los citados ordenamientos, con independencia de la naturaleza jurisdiccional o extrajurisdiccional del título ejecutivo, constituye un escollo más con el que deben enfrentarse los partidarios de la naturaleza declarativa del juicio ejecutivo.

b) Italia. El contradictorio en el proceso de ejecución.

La doctrina italiana coincide en señalar que el principio del contradictorio no está excluido del proceso de ejecución, sino solamente reducido a una aplicación virtual que, en el supuesto de que el sujeto pasivo recoja la provocación (*provocatio ad opponendum*), puede pasar a ser efectiva. Esta afirmación se apoya en diferentes razonamientos jurídicos que convergen en uno sustancial: el contradictorio no es exclusivo del proceso de declaración porque constituye una garantía de la imparcialidad del Juez que debe preservarse tanto en el proceso de declaración, como en el de ejecución ²⁰⁶. Al haberse construido la ejecución forzosa como un

²⁰⁶.- *Vid.*, entre otros, ALLORIO, *Problemas de Derecho procesal*, tomo II, (trad. Sentís Melendo), Buenos Aires, 1963, págs. 183 y 184; de este mismo autor, voz: "Esecuzione forzata", en *Novissimo Digesto Italiano*, 3ª ed., tomo VI (dit-fall), Torino, 1957, págs. 726 y 727; CHIOVENDA, *Instituciones de Derecho procesal civil*, vol. I, (trad. Gómez Orbaneja), Madrid, 1954, págs. 410 y 411; y *Principios de Derecho procesal civil*, (trad. de la 3ª ed., italiana por J. Casais y Santaló), tomo I, Madrid, 1977, pág. 305; FAZZALARI, *Note in tema de diritto e processo*, Milano, 1957, págs. 142 a 148; LIEBMAN, *Problemi del processo civile*, Milano, 1962, pág. 342; también, *Manual de Derecho procesal civil*, (trad. Sentís Melendo), Buenos Aires, 1980, pág. 156; MICHELI, *Derecho procesal civil*, III, Proceso de ejecución, (trad. Sentís Melendo), Buenos Aires, 1970, págs. 16 y 17; REDENTI, *Derecho procesal civil*, (trad. Sentís Melendo y Ayerra Redín), tomo II, Buenos Aires, 1957, págs. 302 y 303; COMOGLIO, "Principios constitucionales y proceso de ejecución", en *Justicia* 94, núm. 1, págs. 237 a 240.

proceso jurisdiccional pueden surgir en ella los problemas propios del proceso ²⁰⁷. En suma, "una desvinculación total de la ejecución respecto de la cognición es muy rara; o antes o después, la necesidad de la cognición se hace sentir" ²⁰⁸.

La ausencia de controversia en la doctrina italiana respecto a la posibilidad de que en el proceso de ejecución puedan promoverse incidentes contradictorios se debe, en parte, a la regulación de la ejecución forzosa. El *Codice di procedura civile* (en adelante *CPC*) de 1940 -en vigor desde el 21 de abril de 1942- dedica enteramente uno de sus libros, en concreto el tercero, al proceso de ejecución (*Del processo di esecuzione*), en cuyo Título quinto se regulan las oposiciones (*Delle opposizioni*), estableciendo los expedientes procesales tendentes a soslayar la *injusticia, irregularidad e incongruencia* de la ejecución ²⁰⁹.

De conformidad con los preceptos que regulan la oposición a la ejecución, el deudor-ejecutado puede, si lo estima oportuno, discutir

Hemos considerado interesante recoger dos testimonios sobre la cuestión que nos ocupa. Así, CALAMANDREI (*El procedimiento monitorio*, Buenos Aires, 1953, pág. 61) señala que: "... no pierde su carácter inicial el proceso ejecutivo común sólo porque también en el curso del mismo pueda incrustarse, en virtud de la oposición del deudor contra la ejecución, un verdadero y propio juicio de cognición". Por su parte, CARNELUTTI (*Derecho procesal civil y penal*, I, Derecho procesal civil, cit., págs. 341 y 342) afirma que: "Uno de los pasos adelante de la ciencia del proceso ha sido ciertamente el de afirmar la necesidad del contradictorio también en el proceso ejecutivo y, por tanto, salvo en lo que se refiere a su iniciación, la bilateralidad de la acción. El deudor es, ciertamente, como el acreedor, una parte en sentido material (...); pero no se le puede negar en absoluto la cualidad de parte en sentido procesal ni debe subvalorarse el aporte que la obra suya puede proporcionar al buen éxito del proceso". De este último autor, *vid.* también *Instituciones del proceso civil*, (trad. Sentís Melendo), vol. I, pág. 184 y vol. III, págs. 140 a 144, Buenos Aires, 1973.

²⁰⁷.- Cfr. VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, seconda edizione, Torino, 1993, págs. 83 a 89.

²⁰⁸.- CARNELUTTI, *Derecho procesal civil y penal*, I, Derecho procesal civil, cit., pág. 359.

²⁰⁹.- En estos términos se expresa CARNELUTTI, *Instituciones del proceso civil*, vol. III, cit., págs. 140 a 142. Para dicho autor, la ejecución es justa o injusta dependiendo de si debe o no procederse a ella con arreglo a derecho. Y es regular o irregular, congruente o incongruente, según que se desarrolle con observancia o con inobservancia de las reglas "de la ley o de la experiencia".

el derecho del acreedor-ejecutante a proceder a la ejecución, así como la legitimidad formal de los actos ejecutivos. De este modo, las oposiciones del ejecutado se clasifican en *oposición a la ejecución* (arts. 615 y 616 *CPC*)²¹⁰, y *oposición a los actos ejecutivos* (arts. 617 y 618 *CPC*)²¹¹. La oposición a la ejecución, que "da vida, por lo común, a un juicio de cognición colateral"²¹², puede proponerse antes de que se inicie el procedimiento (oposición preventiva u oposición al *precetto*, art. 615.1), o una vez se haya iniciado el mismo -después del embargo- (oposición sucesiva, art. 615.2). En este último supuesto, se origina un incidente prejudicial; esto es, se inserta en el curso del proceso de ejecución un proceso de cognición que se sustancia conforme a las reglas ordinarias²¹³. Este incidente, a tenor de lo dispuesto en los arts. 624 y 626 *CPC*, puede dar lugar a la suspensión del proceso de ejecución, con o sin caución²¹⁴.

c) Alemania. Manifestación del principio de audiencia en el proceso de ejecución: la oposición del deudor.

En Alemania se ha afirmado que el proceso de ejecución no se desarrolla en forma contradictoria porque en él se ejecuta y no se

²¹⁰.- Oposición que la doctrina italiana denomina *di merito*; vid. por todos ALLORIO, *Problemas de Derecho procesal*, tomo II, cit., pág. 183.

²¹¹.- Esta oposición es denominada por la doctrina italiana *di rito*; vid. en este sentido, SATTA y PUNZI, *Diritto processuale civile*, undicesima edizione, Padova, 1992, pág. 781.

²¹².- REDENTI, *Derecho procesal civil*, tomo II, cit., pág. 488. O, como dice MICHELI (*Derecho procesal civil*, tomo III, cit., pág. 105) "... si el deudor quiere reaccionar ante el ejercicio de la acción ejecutiva debe proponer un juicio especial de cognición...". La oposición a la ejecución tiende a la declaración de certeza negativa de que no existe, a favor del ejecutante y contra el ejecutado o ejecutando, la acción ejecutiva afirmada.

²¹³.- Cfr. CARNELUTTI, *Derecho procesal civil y penal*, I, Derecho procesal civil, cit., págs. 394 a 399; y FAZZALARI, *Istituzioni di Diritto processuale*, sexta edizione, Padova, 1992, pág. 206.

²¹⁴.- En el art. 624 se dispone que: "Se è proposta opposizione all'esecuzione a norma degli artt. 615 secondo comma e 619, il giudice dell'esecuzione, concorrendo gravi motivi, sospende, su istanza di parte, il processo con cauzione o senza. Il giudice sospende totalmente o parzialmente la distribuzione della somma ricavata quando sorge una delle controversie previste nell'art. 512". Y por lo que respecta a los efectos de la suspensión, el art. 626 establece lo siguiente: "Quando il processo è sospeso, nessun atto esecutivo può essere compiuto, salvo diversa disposizione del giudice dell'esecuzione".

debate. Por ello, el principio del contradictorio que preside el proceso de declaración, está ausente en el de ejecución ²¹⁵. No obstante, esta no es una opinión unánime en la doctrina alemana, pues, hay autores que sostienen que en el proceso de ejecución también rige, aun cuando restringido, el principio de dualidad de partes ²¹⁶.

A pesar de la falta de acuerdo en la doctrina sobre la función del proceso de ejecución, no olvida la *Zivilprozessordnung* (en adelante *ZPO*) otorgar un cauce legal a una, eventual pero posible, oposición a la ejecución. Con esta medida, se pone de relieve, en último término, que también en el proceso de ejecución rige el principio de audiencia.

El deudor puede plantear, en la oposición a la ejecución, dos tipos de objeciones (*Einwendungen*): unas de carácter procesal y otras de derecho material. Entre las primeras, se señalan las objeciones contra la cláusula ejecutiva (§732 *Erinnerung gegen Erteilung der Vollstreckungsklausel*), y la especie y modo de ejecución forzosa (§766 *Erinnerung gegen Art und Weise der Zwangsvollstreckung*). Respecto de las segundas, es decir las de derecho material, prevé la *ZPO* la facultad del deudor de interponer demanda de oposición a la ejecución o demanda de defensa contra la ejecución (§767 *Vollstreckungsabwehrklage* o *Vollstreckungsgegenklage*) que sirve para hacer valer las objeciones contra la pretensión de derecho material por ejecutar y declarada en el título, o contra una parte de la misma, con la finalidad de hacer inadmisibles la ejecución forzosa por

²¹⁵.- Vid. ROSENBERG, *Tratado de Derecho procesal civil*, (trad. Romera Vera), tomo III, Libro tercero: La ejecución forzosa; Libro cuarto: Embargo preventivo y medidas provisionales de seguridad, Buenos Aires, 1955, págs. 6 y 100.

²¹⁶.- "Der Grundsatz der Parteiherrschaft gilt im Vollstreckungsrecht nur eingeschränkt. (...) ... ist das Vollstreckungsverfahren von der ZPO als Parteiverfahren zwischen Gläubiger und Schuldner ausgestaltet. Es handelt sich um ein kontradiktorisches Verfahren zwischen ihnen" (LACKMANN, *Zwangsvollstreckungsrecht: eine Einführung in Recht und Praxis*, 2. Auflage, München, 1993, págs. 2 y 3).

ese título ²¹⁷. En este supuesto, los motivos de oposición son distintos dependiendo de la clase de título ejecutivo -con o sin efectos de cosa juzgada- en base al cual se haya despachado ejecución ²¹⁸.

Si el título ejecutivo es una sentencia, sólo podrán proponerse motivos de oposición surgidos con posterioridad a la terminación de la última fase en que, como más tarde, hubieran podido ser alegados. Así, en el § 767.2 ZPO se dispone que las excepciones contra lo declarado en la sentencia sólo se admitirán cuando los motivos en los que se basen hubieran surgido después de la conclusión de la audiencia o juicio oral (*mündliche Verhandlung*) en que, según las disposiciones de esta ley, se hubiesen debido alegar en último extremo ²¹⁹. Estas disposiciones son los §§ 296 y 527 relativos al momento procesal, en primera y segunda instancia respectivamente, hasta el cual se pueden hacer valer cualesquiera elementos fácticos o jurídicos.

De acuerdo con lo dispuesto en el § 769 ZPO, mientras se resuelve sobre las excepciones señaladas en el § 767, el Juez de la ejecución (*Vollstreckungsgericht*) podrá, a petición de parte, disponer, previa caución o sin ella, la cesación de la ejecución, o la continuación de la ejecución pero mediando caución, y la revocación

²¹⁷.- De forma muy clara lo expone GOLDSCHMIDT (*Derecho procesal civil*, trad. L. Prieto-Castro, Barcelona, 1936, pág. 615): "La acción ejecutiva, en cuanto derecho de justicia material, se extingue también por la desaparición de la acción civil que le sirve de base. Sin embargo, para que se consiga este resultado es preciso que el deudor deje sin fuerza el título ejecutivo ya que los órganos ejecutivos viene obligados por el mismo a realizar la ejecución".

²¹⁸.- *Vid.* al respecto, ROSENBERG, *Tratado de Derecho procesal civil*, tomo III, Libro tercero, cit., págs. 102 a 117; GOLDSCHMIDT, ob. cit., nota anterior, págs. 615 a 619; KISCH, *Elementos de Derecho procesal civil*, (trad. L. Prieto-Castro), 1ª ed., Madrid, 1932, págs. 346 a 348; LACKMANN, *Zwangsvollstreckungsrecht: eine Einführung in Recht und Praxis*, cit., págs. 169 a 175.

²¹⁹.- En el § 767.2 ZPO se dispone que: "Sie (se refiere a las excepciones) sind nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schluß der mündlichen Verhandlung, in der Einwendungen nach den Vorschriften dieses Gesetzes spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können".

-contra caución- de la medidas ejecutivas adoptadas. Los hechos que se aleguen para motivar tal petición deberán acreditarse²²⁰.

d) Francia. *Incidents des saisies à fins d'exécution.*

La doctrina francesa designa con el nombre de vías de ejecución (*voies d'exécution*) los diferentes procedimientos que tienen por objeto la ejecución forzosa, bien de una sentencia de condena, bien de una obligación²²¹. En el supuesto de que la ejecución forzosa se proyecte sobre los bienes del deudor, reciben dichos procedimientos la denominación de *saisies à fins d'exécution*. Su regulación está contenida, básicamente, en la Primera Parte, Libro Quinto del Código de Procedimiento civil de 1806, en la Ley núm. 91-650 de 9 de julio de 1991 y en el Decreto núm. 92-755 de 31 de julio de 1992 que desarrolla la citada Ley²²².

²²⁰.- En el § 769 se dispone que: "Das Prozeßgericht kann auf Antrag anordnen, daß bis zum Erlaß des Urteils über die in den §§ 767, 768 bezeichneten Einwendungen die Zwangsvollstreckung gegen oder ohne Sicherheitsleistung eingestellt oder nur gegen Sicherheitsleistung fortgesetzt werde und daß Vollstreckungsmaßregeln gegen Sicherheitsleistung aufzuheben seien. Die tatsächlichen Behauptungen, die den Antrag begründen, sind glaubhaft zu machen".

²²¹.- Cfr. por ejemplo, las siguientes obras: JAUFFRET, *Manuel de procédure civile et voies d'exécution*, 14ª ed., por Jacques Normand, Paris, 1984; y VINCENT y PRÉVAULT, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 18ª ed., Paris, 1995; COUCHEZ, *Voies d'exécution*, 3ème ed., Paris, 1994.

²²².- El estudio del procedimiento civil francés cuenta con el inconveniente de que las normas vigentes que lo regulan tienen, básicamente, su sede en dos cuerpos legales distintos: Código de procedimiento civil de 1806 (*ancien Code de procédure civile, a. CPC*) y Código de procedimiento civil de 1975 (*nouveau Code de procédure civile, n. CPC*). El proceso de ejecución es un ejemplo de la situación descrita. Las reglas generales de la ejecución se establecen en los arts. 502 y ss. del *n. Cpc*, aunque su fuente principal estaba constituida por el Libro quinto, de la primera Parte del Código de procedimiento civil de 1806, titulado "*De l'exécution des jugements*". Sin embargo, un buen número de artículos que pertenecían a dicho Libro han sido derogados por la Ley de 9 de julio de 1991.

No está previsto que esta Ley de 9 de julio de 1991 forme parte del *nouveau Code de procédure civile*, sino que, junto con los decretos que deben dictarse para su correcta aplicación, constituirán un *Code de l'exécution* tomando como ejemplo el *Code de l'organisation judiciaire*, norma que comprende una primera parte legislativa (Decreto núm. 78-329 de 16 de marzo de 1978) y una segunda reglamentaria (Decreto núm. 78-

Con carácter general, se regulan dos tipos distintos de *saisies à fins d'exécution*: *saisies mobilières* (*saisies de meubles corporels, saisies de créances de sommes d'argent, saisie de droits d'associé et de valeurs mobilières*) y *saisie immobilière*. Si bien, alguna de ellas presenta ciertas especialidades en atención a la naturaleza del crédito lesionado o de los bienes embargados, y a la situación jurídica de las partes, todas tienen una nota en común que consiste en la previsión legal de incidentes de oposición a la ejecución.

Así, en la tramitación de la *saisie mobilière* se otorga al deudor la posibilidad de promover un incidente de oposición por cuestiones de forma -v. gr. vulneración de las formalidades legales- y por cuestiones de fondo -v. gr. inexistencia de la deuda- después de habersele notificado el mandamiento de pago (cfr. arts. 131 a 133 del Decreto de 31 de julio de 1992). El Juez de la ejecución puede ordenar la suspensión de la ejecución²²³.

En la *saisie immobilière* se distinguen incidentes que pueden provocar la nulidad del procedimiento por vicios de forma y por irregularidades de fondo (arts. 718 y ss. *a. CPC*). Este último supuesto entraña generalmente la suspensión del proceso²²⁴.

330 de 16 de marzo de 1978). *Vid.* sobre esta cuestión, VINCENT y GUINCHARD, *Procédure civile*, 22ème ed., Paris, 1991, págs. 11 y ss.

²²³.- Cfr. JAUFFRET, *Manuel de procédure civile et voies d'exécution*, cit., pág. 241; y VINCENT y PRÉVAULT, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, cit., págs. 33 a 36, y 183 y 184; COUCHEZ, *Voies d'exécution*, cit., pág. 88.

²²⁴.- Cfr. COUCHEZ, ob. cit., nota anterior, págs. 207 a 210.

CAPITULO SEGUNDO.

APROXIMACION AL DERECHO COMPARADO. EL PROCESO CAMBIARIO EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ITALIANO, ALEMAN Y FRANCÉS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Nuestro trabajo se centra en el estudio del Derecho positivo español pero se ha considerado útil dedicar algún esfuerzo al estudio del proceso cambiario en un panorama más amplio, es decir, en el Derecho comparado.

El estudio del Derecho comparado que a continuación se acomete es necesariamente selectivo en relación con los países examinados. Ya hemos hecho referencia a la facilidad de acceso a normas jurídicas y a la literatura jurídica italiana, alemana y francesa, así como a la tradición jurídica común de los ordenamientos procesales a los que limitamos nuestra investigación¹. Es cierto que cada uno de aquellos ordenamientos ha experimentado una evolución propia e independiente, pero todos ellos ofrecen, en la actualidad, vías procesales específicas para el ejercicio de la acción cambiaria merecedoras de estudio y reflexión por nuestra parte.

¹.- *Vid. supra*, Capítulo Primero, pág. 78.

Debemos admitir que no sólo razones de Derecho procesal han influido en la elección de los sistemas jurídicos extranjeros objeto de análisis, sino que el Derecho material ha sido otro elemento clave de la selección. En efecto, como es sabido, la Ley Cambiaria y del Cheque se inspira fundamentalmente en la Ley cambiaria italiana, hasta el punto que muchos de sus preceptos son reproducción literal de esta última. En cuanto a Alemania, la legislación uniforme de Ginebra sigue las directrices de la Ordenanza cambiaria alemana de 1848. Y por último, hasta la entrada en vigor de la Ley Cambiaria y del Cheque la regulación de la letra de cambio en el Código de Comercio se basaba en el sistema francés del que todavía quedan vestigios en nuestro Derecho cambiario -v. gr. la regulación de la cesión de la provisión (art. 69 LCCH)-.

En definitiva, el punto de mira que ha guiado esta selección no ha sido otro que el interés por una reflexión jurídica sobre nuestro propio sistema. Por este motivo, se han buscado materiales y experiencias que enriquezcan el análisis sobre la protección jurisdiccional de los derechos cambiarios en nuestro país. A nuestro entender, el fin que nos hemos propuesto sólo es posible alcanzarlo si estos materiales y experiencias son cercanas y análogas.

II. ITALIA.

1. Presupuestos del ejercicio de la acción cambiaria.

El artículo 49 del Real Decreto de 14 de diciembre de 1933 -norma a la que se refiere la doctrina italiana con el nombre de *Legge cambiaria* (en adelante *Legg. camb.*)-² distingue, expresamente, entre

².- En ejecución de los convenios de Ginebra se dictó, en Italia, el Real Decreto, núm. 1669, de 5 de diciembre de 1933, titulado: "Modificaciones de las normas sobre la

acción cambiaria directa y de regreso. Cada una de ellas está sujeta a una particular disciplina jurídica, de la que solamente destacaremos algunos aspectos formales. Así, del art. 60.1 *Legg. camb.* se infiere que el ejercicio de la acción cambiaria directa no está condicionado al previo levantamiento del protesto. Mientras que para el ejercicio de la acción cambiaria de regreso se precisa, como regla general, la constatación, mediante protesto, del rechazo de la aceptación o del pago (art. 51.1 *Legg. camb.*). Sin embargo, frente a esta norma general estatuye la *Legge cambiaria* determinadas excepciones que tienen su origen, bien en la voluntad de un obligado cambiario de regreso (cláusula "sin protesto", art. 53 *Legg. camb.*), bien directamente en la ley ³. Además de los supuestos indicados de exención de la carga del protesto, la ley prevé que con la conformidad del portador y siempre que el librador no hubiera prescrito sobre el propio título la obligación del protesto, éste puede ser sustituido por una declaración, firmada por el librado, en la que se deniegue la aceptación o el pago (art. 72 *Legg. camb.*). La declaración denegatoria del pago puede ser hecha también por una Cámara de Compensación -*stanza di compensazione*- (art. 43.2 *Legg. camb.*). Estas disposiciones se aplican también al pagaré (art. 102 *Legg. camb.*). Respecto al cheque rige un sistema similar al previsto para la letra de cambio (cfr. arts. 45, 46 y 64 *Legge del assegno* -en adelante *Legg. ass.*-) ⁴.

cambial y el vale cambiario". El texto de dicha norma, que entró en vigor el 4 de enero de 1934, se estructura en cuatro títulos: el título I regula la cambial, el título II el pagaré (*vaglia cambiario*), el título III contiene las disposiciones tributarias y el título IV las disposiciones transitorias.

³.- Son supuestos de dispensa legal del protesto, los contemplados en los artículos siguientes: art. 51.4, en el que se dispone que el protesto por falta de aceptación dispensa del protesto por falta de pago; art. 51. 6, en el que se establece que en caso de quiebra del librado, haya o no aceptado, y en caso de quiebra del librador de una letra de cambio no aceptable, la resolución declarativa de la quiebra basta al portador para ejercitar la acción de regreso; y art. 61.4, en el que se dispensa al portador del protesto en un determinado caso de fuerza mayor.

⁴.- El Real Decreto núm. 1736, de 21 de diciembre de 1933, incorporó la legislación uniforme de Ginebra sobre el cheque al ordenamiento jurídico italiano. La doctrina italiana suele utilizar el nombre *Legge del assegno* cuando se refiere a esta norma.

La clasificación de las acciones cambiarias atendiendo a la legitimación pasiva no es la única acorde con el texto legal citado. Del tenor literal de la *Legge cambiaria* se deduce un criterio distinto del anterior que permite realizar otra clasificación de tales acciones: acción cambiaria declarativa y acción cambiaria ejecutiva. Así, en el art. 63 *Legg. camb.* se dispone que : "La letra de cambio tiene los efectos del título ejecutivo por el capital y los accesorios (...)". A su vez, esta disposición es aplicable al vale cambiario por la remisión que a la misma efectúa el art. 102. *Legg. camb.* El art. 55 *Legg. ass.* otorga también fuerza ejecutiva al cheque bancario. La eficacia de los títulos ejecutivos se manifiesta en el plano del proceso, y de forma más precisa en el de ejecución. De ahí que la cualidad ejecutiva que asiste al título cambiario se proclame, también, por el art. 474 del *Codice di procedura civile (CPC)*, primer artículo que destina el Libro tercero a la regulación del proceso de ejecución y que consagra uno de sus principios básicos: *nulla executio sine titulo* ⁵.

La incidencia de la irregularidad fiscal de los títulos cambiarios en el ejercicio de la acción cambiaria declarativa y ejecutiva viene determinada por los arts. 104 *Legg. camb.* y 118 *Legg. ass.* ⁶. Dichos

⁵.- En el art. 474 se dispone que: "La esecuzione forzata (2910 c.c.) non può avere luogo che in virtù di un titolo esecutivo per un diritto certo, liquido ed esigibile. Sono titoli esecutivi:

1) ...

2) le cambiali, nonchè gli altri titoli di credito e gli atti ai quali la legge attribuisce espresamente la stessa efficacia;"

La letra de cambio no figuraba como título ejecutivo en el *Codice di procedura civile* de 1865. El reconocimiento de la cualidad de título ejecutivo se produjo en el art. 323 del *Codice di commercio* de 1882. Posteriormente, la letra de cambio pasó a formar parte de la relación de títulos ejecutivos efectuada por el art. 474 del *Codice di procedura civile* de 1940. Vid. VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, cit., págs. 18 a 21 y 176 a 180.

⁶.- En el art. 104 *Legg. camb.* se dispone que: "La validez de la letra de cambio y del vale cambiario, incluidos aquellos a la vista o a cierto tiempo vista, no quedan subordinados a las disposiciones de la ley del timbre. Ello no obstante, si no son regularmente timbrados originariamente, o en el tiempo prescrito por la ley, no tiene la cualidad de título ejecutivo.

El portador no puede ejercitar los derechos cambiarios inherentes al título si no ha pagado la tasa de timbre debida y la correspondiente penalidad.

preceptos establecen la suspensión del ejercicio de la acción declarativa hasta el momento de la regularización fiscal del título y la pérdida de la cualidad de título ejecutivo del título-valor que desde el origen ⁷, o, en el tiempo prescrito por las disposiciones fiscales -v. gr. título cambiario emitido en el extranjero-, no diera cumplimiento al requisito del timbre. Pero, en todo caso, la validez del título cambiario no se halla subordinada a la observancia de las disposiciones fiscales⁸.

2. Proceso cambiario.

Las normas de naturaleza procesal contenidas en la *Legge cambiaria*, concretamente en los arts. 64 y 65, han motivado que la doctrina italiana califique de proceso especial al proceso que tiene por objeto la reclamación de un crédito cambiario. No obstante, debe precisarse que la denominación "proceso cambiario", con la que se quiere poner de relieve una cierta especialidad frente al ordinario, no está provocada solamente por la *Legge cambiaria*, sino también por el *CPC*. En efecto, el proceso cambiario, si bien puede adoptar diversas formas -cognición ordinaria, monitorio, ejecutivo-, presenta en todas ellas unas estructuras específicas que lo diferencian de los procesos ordinarios de cognición y de ejecución, y que están encaminadas a una rápida y plena satisfacción del crédito cambiario ⁹. Por este

La ineficacia como título ejecutivo debe ser constatada y pronunciada judicialmente, incluso de oficio".

⁷.- La doctrina italiana entiende que el momento al que se refiere el art. 104 *Legg. camb.* con la expresión "originariamente" coincide con el de la negociación del título; *vid.* por todos, ASCARELLI y BONASI-BENUCCI, voz "Cambiale", en *Novissimo Digesto italiano*, II, Torino, 1958, pág. 742.

⁸.- Los arts. 104 *Legg. camb.* y 118 *Legg. asse.* introducen en el ordenamiento jurídico italiano las disposiciones contenidas en el art. 1 del Convenio de Ginebra relativo al derecho de timbre en materia de letras de cambio y pagarés a la orden, de 7 de junio de 1930; así como las previstas en el art. 1 del Convenio de Ginebra relativo al derecho de timbre en materia de cheques, de 19 de marzo de 1931.

⁹.- *Vid.* al respecto, entre otros, ASCARELLI y BONASI-BENUCCI, voz "Cambiale", *cit.*, *lug. cit.*, pág. 740, AULETTA y SALANITRO, *Diritto commerciale*, settima edizione, Milano, 1991, págs. 323 a 328; ANGELONI, *La cambiale e il vaglia*

motivo en el Derecho italiano no se identifica la acción cambiaria con una acción ejecutiva ¹⁰.

Antes de analizar las citadas normas de la *Legge cambiaria*, haremos una breve referencia a los diferentes procedimientos judiciales puestos a disposición del acreedor cambiario por el Derecho italiano.

A) Vías procesales idóneas para el ejercicio de la acción cambiaria. Especialidades frente a los procesos ordinarios de declaración y ejecución.

De conformidad con el ordenamiento procesal civil italiano, el acreedor cambiario:

a) Puede acudir al proceso ordinario de cognición para obtener una sentencia de condena al pago del principal, intereses y gastos. Sin embargo, no es frecuente que se recurra a este proceso debido a su lentitud, o en palabras de CALAMANDREI, a "la venerable dilación del rito formal". Podría parecer, no obstante, que quien así actúa carece de interés, puesto que incoa un proceso para procurarse un título ejecutivo que ya tiene. Sin embargo, el acreedor cambiario tiene siempre interés en accionar en vía declarativa, pues obtendrá una sentencia de condena, cuyo principal efecto -efecto de cosa juzgada material- le otorga una declaración de certeza mucho más inatacable

cambiario, quarta edizione aggiornata e ampliata, Milano, 1964, págs. 415 a 434; CHIOVENDA, *Instituciones de Derecho procesal civil*, vol. I, cit., págs. 283 a 292; y *Principios de Derecho procesal civil*, cit., tomo II, págs. 757 a 768; PAVONE LA ROSA, *La letra de cambio*, (trad. O.J. Maffia), Buenos Aires, 1988, págs. 693 a 742; GALGANO, *Diritto commerciale*, vol. IV, I contratti di impresa. I titoli di credito. Il fallimento, prima edizione, Bologna, 1980, pág. 52; COTTINO, *Diritto commerciale*, vol. secondo, tomo primo, seconda edizione, Padova, 1992, págs. 331 y 332; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 3. Contratti. Titoli di credito. Procedura concorsuali, 2ª ristampa, Torino, 1992, págs. 271 y 272.

¹⁰.- Cfr. ASCARELLI, *Teoría general de los títulos de crédito*, cit., pág. 69.

que la declaración de certeza contractual. Además, conseguirá la ventaja de poder inscribir hipoteca judicial (art. 2818 *Codice civile*)¹¹.

b) Dispone también del procedimiento *d'ingiunzione*, de naturaleza declarativa y sumaria, cuya finalidad radica en la creación con celeridad del título ejecutivo que se alcanza desplazando la iniciativa del contradictorio del actor al demandado ¹².

¹¹.- Vid. en este sentido, CALAMANDREI, *El procedimiento monitorio*, cit., pág. 148.

En el art. 2818 *Codice civile* se dispone que: "Ogni sentenza che porta condanna al pagamento di una somma o all'adempimento di altra obbligazione ovvero al risarcimento dei danni da liquidarsi succesivamente è titolo per iscrivere ipoteca sui beni del debitore. Lo stesso ha luogo per gli altri provvedimenti giudiziari ai quali la legge attribuisce tale effetto".

¹².- El procedimiento de *ingiunzione* se halla regulado en el Libro Cuarto del *Codice di procedura civile* ("*Dei procedimenti speciali*"), Título I ("*Dei procedimenti sommari*"), arts. 633 a 656. Por sus caracteres y estructura, el procedimiento de *ingiunzione* es expresión legal del tipo de procedimiento que dogmáticamente se conoce como "procedimiento monitorio documental". Vid. en este sentido, CALAMANDREI, *El procedimiento monitorio*, cit., págs. 39 a 46 y 122 a 124.

En cuanto a la naturaleza del procedimiento *d'ingiunzione*, GUTIERREZ-ALVIZ Y CONRADI, (*El procedimiento monitorio*, cit., pág. 38), señala que la mayoría de la doctrina italiana considera que el procedimiento monitorio, en general, y el de *ingiunzione*, en particular, son procesos de declaración. Vid. CHIOVENDA, *Principios de Derecho procesal civil*, tomo I, cit., págs. 250 a 280; e *Instituciones de Derecho procesal civil*, vol. I, cit., pág. 39, quien inserta el procedimiento monitorio (*rectius*, la orden de prestación que en él se dicta), en una categoría más amplia que denomina "declaraciones con predominante función ejecutiva"; otras especies de este género son, según el pensamiento chiovendiano, las condenas con ejecución provisional y las condenas con reserva. Ahora bien, CHIOVENDA entiende que la acción que da lugar a este tipo de resoluciones es una acción especial a la que califica de "acción sumaria", pues permite la formación del título ejecutivo en base a una cognición no definitiva, parcial o superficial. En este mismo sentido, LIEBMAN, *Manual de Derecho procesal civil*, cit., págs. 138 a 140.

La naturaleza declarativa del procedimiento de *ingiunzione* tampoco es discutida por CALAMANDREI. No obstante, este autor rechaza que de la diversidad de formas procesales se derive una acción declarativa especial distinta de la ordinaria. Vid. ob. cit. en esta nota, págs. 73 a 82; y también de este autor, *Instituciones de Derecho procesal civil*, vol. I, (trad. Sentís Melendo), Buenos Aires, 1962, págs. 365 y 366. En esta misma línea, GARBAGNATI afirma que en el procedimiento de *ingiunzione* se ejercita una acción declarativa ordinaria; vid. *Il procedimento d'ingiunzione*, Milano, 1991, págs. 28 a 30.

Hemos dicho que la mayoría de la doctrina procesal italiana estima que el procedimiento monitorio es un proceso de declaración. No obstante, se ha efectuado alguna objeción a esta tesis que debe ser citada. En concreto CARNELUTTI afirma que el procedimiento de *ingiunzione* es una figura intermedia entre el proceso de cognición y el de ejecución (vid. *Instituciones de Derecho procesal civil*, vol. III, cit., pág. 191).

El acceso a dicho procedimiento depende de que se cumplan las condiciones de admisibilidad establecidas en el art. 633 *CPC*. Estas condiciones de admisibilidad se circunscriben a la causa de pedir, objeto mediato del litigio y prueba que de él se ofrezca que, a tenor del art. 634 *CPC*, no puede ser más que documental. Es decir, para obtener un *decreto d'ingiunzione* la ley requiere que se de prueba escrita del crédito. Si el acreedor prueba documentalmente los hechos constitutivos del derecho de crédito afirmado, el juez dicta, *inaudita altera parte*, una resolución motivada (*decreto d'ingiunzione*) en la que se ordena a la otra parte que pague la suma reclamada (art. 641 *CPC*). La orden de pago deviene ejecutiva en defecto de oposición en el plazo establecido (art. 647 *CPC*)¹³.

A las disposiciones comunes que rigen el procedimiento *d'ingiunzione*, establece el art. 642 *CPC* ciertas excepciones. En primer lugar, no siempre goza el deudor del plazo de 20 días, previsto en el art. 641.1 *CPC*, para la satisfacción del débito, sino que, a instancia del acreedor, puede verse obligado a hacerlo inmediatamente (*senza dilazione*). En segundo término, el juez debe, previa solicitud del acreedor y en defecto de pago, autorizar la ejecución inmediata y provisional del *decreto*, fijando un plazo a los solos efectos de la oposición. Los privilegios procesales expuestos consistentes en provocar el pago de la deuda sin dilación y la ejecutoriedad desde el origen, solamente se otorgan en unos casos taxativamente determinados, entre otros, cuando el crédito se funda en un título cambiario ¹⁴.

De modo similar a lo que acontece respecto al proceso ordinario de cognición, uno de los motivos que impulsan al acreedor cambiario a ejercitar la acción cambiaria declarativa por los cauces del procedimiento *d'ingiunzione* -a pesar de ser la letra de cambio, y

¹³.- Vid. por todos, FAZZALARI, *Istituzioni di Diritto processuale*, cit., págs. 180 y 181.

¹⁴.- En el art. 642 se dispone que: "Se il credito è fondato su cambiale, assegno bancario, assegno circolare, certificato di liquidazione di borsa, o su atto ricevuto da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato, il giudice, su istanza del ricorrente, ingiunge al debitore di pagare o consegnare senza dilazione, autorizzando in mancanza l'esecuzione provvisoria del decreto e fissando il termine ai soli effetti della opposizione".

los títulos de crédito equiparados a ella, títulos ejecutivos *ope legis*-radica, según la doctrina italiana, en que el *decreto* declarado provisionalmente ejecutivo es título suficiente para inscribir hipoteca judicial sobre los bienes del deudor (arts. 2818 *Codice civile* y 655 *CPC*), convirtiéndose, de esta forma, en acreedor privilegiado ¹⁵.

c) Por último, puede promover la acción cambiaria en vía ejecutiva sin tener que proveerse de una sentencia de condena o de un *decreto d'ingiunzione*. Pero a diferencia de lo que se dispone en los arts. 475 y 479 *CPC* para la ejecución forzosa en general, la ejecución en base a un título cambiario no requiere ni la copia del título expedida en forma ejecutiva, ni la notificación del título al deudor ¹⁶. En efecto, la ejecución se inicia en estos supuestos con la notificación al deudor del mandamiento (*precepto*) que debe contener la transcripción de la letra de cambio, pagaré o cheque, del protesto y de los otros documentos necesarios que demuestren la suma debida (art.

¹⁵- Vid. CALAMANDREI, *El procedimiento monitorio*, cit., págs. 148 y 149; ANGELONI, *La cambiale e il vaglia cambiario*, cit., pág. 416; AULETTA y SALANITRO, *Diritto commerciale*, cit., págs. 323 Y 324; PAVONE LA ROSA, *La letra de cambio*, cit., pág. 729.

Sobre esta cuestión REDENTI, (*Derecho procesal civil*, tomo II, cit., pág. 228) observa, que puede ocurrir que al acreedor no le urja compulsar directamente al deudor, sino que sólo le interese averiguar si el deudor tiene fundadas excepciones que oponer, antes de intentar la ejecución forzosa. GARBAGNATI, (*Il procedimento d'ingiunzione*, cit., págs. 8 y 9), añade a la razones señaladas, el ser el *decreto*, una vez precluido el momento procesal para interponer oposición, título idóneo para declarar, con eficacia de cosa juzgada, la existencia del derecho resultante del título. Esta fuerza o eficacia de tal resolución es puesta de relieve también por SATTA y PUNZI (*Diritto processuale civile*, cit., pág. 819): "Se non la propone (se refiere a la oposición) il decreto acquista il valore di una sentenza passata in giudicato". No obstante, sobre la eficacia señalada del *decreto*, CARNELUTTI afirma que: "...si la falta de oposición puede ser un indicio de justicia del decreto, en forma que justifique su eficacia ejecutiva, es verdad que fue pronunciado *inaudita altera parte* y, por tanto, hay siempre un salto entre esta hipótesis y la de la sentencia provista de las mayores garantías del proceso ordinario de condena"; *Instituciones del proceso civil*, vol. I, cit., págs. 154 y 155.

¹⁶- La importancia, actual y práctica, de la expedición en forma ejecutiva del título ejecutivo consiste en evitar que el deudor sea sometido por el acreedor a una injustificada pluralidad de ejecuciones. Es por ello que REDENTI, (*Derecho procesal civil*, tomo II, cit., pág. 334), refiriéndose a la letra de cambio, aunque asimismo aplicable al vale cambiario y cheque, dice que la hoja misma en que se extiende la letra de cambio "debe ser usada en original, como título documental (a efectos procesales) por quien sea su legítimo poseedor a los efectos del pago".

63.3 *Legg. camb.*). Mediante este acto se intima al deudor a cumplir la obligación resultante del título ejecutivo en un plazo breve, 10 días (art. 480 *CPC*), transcurrido el cual se puede proceder al embargo (arts. 491 y ss *CPC*) y a la venta forzosa de sus bienes (arts. 501 y ss. *CPC*).

B) Normas procesales en la *Legge cambiaria*. En concreto, análisis de los artículos 65.2 y 64.

a) Artículo 65.2: proceso documental.

Como es sabido, la tutela privilegiada de que goza el tenedor de un título cambiario se manifiesta, especialmente, en el ámbito de los medios de defensa del deudor. La *Legge cambiaria* ha introducido una serie de mecanismos, de carácter sustantivo (art. 65.1)¹⁷ y procesal, con el fin de evitar que la interposición de excepciones constituya un expediente procedimental para retardar la condena. Nos detendremos en el segundo aspecto, que es el que da al proceso cambiario su característica, pues el límite sustantivo responde al alcance mismo de los derechos nacidos de la letra de cambio¹⁸.

De naturaleza procesal es la norma contenida en el párrafo segundo del art. 65 *Legg. camb.*. Este precepto concede al acreedor la facultad de obtener, sobre la base del documento cambiario, un pronunciamiento de condena del deudor con reserva de las

¹⁷.- El art. 65.1 *Legg. camb.* limita la facultad de excepcionar del deudor: "En los juicios cambiarios, tanto de cognición cuanto de oposición a la ejecución, el deudor puede oponer solamente las excepciones de nulidad de la letra en los términos del artículo 2 y las que no estén prohibidas por el artículo 21". El art. 21 de la *Legg. camb.* dispone que: "La persona contra la cual se haya promovido acción cambiaria no puede oponer al portador las excepciones fundadas en sus relaciones personales con el librador o con los portadores precedentes, a menos que el portador haya adquirido la letra a sabiendas en perjuicio del deudor".

¹⁸.- *Vid.* CHIOVENDA, *Instituciones de Derecho procesal civil*, vol. I, cit., pág. 286.

excepciones que se consideran de "larga investigación" (*eccezioni di lunga indagine*). Así, a tenor de lo dispuesto en el art. 65.2 *Legg. camb.*, en los juicios cambiarios, tanto de cognición cuanto de oposición a la ejecución, "si las excepciones son de larga investigación el juez, a instancia del acreedor, debe dictar sentencia provisional de condena, con caución o sin ella". De acuerdo con lo establecido por el precepto transcrito, el acreedor puede conseguir en tiempo breve una resolución judicial que haga viable la ejecución: sentencia provisional de condena (*sentenza provvisoria di condanna*)¹⁹.

Las particularidades procesales que establece el art. 65.2 *Legg. camb.* han determinado que se otorgue la calificación de *proceso documental* al proceso cambiario, cuya característica principal es el fraccionamiento del conocimiento, de tal manera que algunas excepciones del deudor son examinadas una vez se haya condenado al pago -condena con reserva-²⁰. Con otras palabras: estamos en presencia de una condena sin que conste el derecho a la prestación. Únicamente le consta al juez, en el momento de pronunciar sentencia de condena con reserva, la existencia de los hechos constitutivos y la falta de determinados hechos impeditivos y extintivos; respecto a otros hechos impeditivos y extintivos aplaza el examen²¹.

¹⁹.- Denominación que CHIOVENDA considera equívoca, pues, puede dar lugar a confusión con la sentencia de condena provisionalmente ejecutiva. Por esto, y a pesar de la dicción legal (art. 65.2 *Legg. camb.*), designa a aquella resolución con el nombre de "sentencia de condena con reserva"; *vid. Instituciones de Derecho procesal civil*, vol. I, cit., pág. 286.

²⁰.- *Vid. CHIOVENDA, Principios de Derecho procesal civil*, tomo II, cit., págs. 757 y ss.

Se ha señalado al respecto que "il processo cambiario appartiene al tipo del processo *documentale* nel quale ha luogo, come si suol dire, un frazionamento della cognizione. Il processo si divide, cioè, in due fasi: nella prima non si tiene conto di determinate eccezioni che vengano opposte dal debitore dirette a paralizzare l'azione contro di lui promossa dal portatore del titolo, e il giudice pronuncia una *condanna* con riserva; nella seconda, che rappresenta la prosecuzione della prima ha luogo la cognizione delle eccezioni riservate"; ASCARELLI y BONASI-BENUCCI, voz "Cambiale", cit., lug cit., pág. 740.

²¹.- *Vid. CHIOVENDA, Instituciones de Derecho procesal civil*, vol. I, cit., pág. 288.

La justificación, desde una óptica jurídico-legislativa, de la emisión de una sentencia de condena tras un conocimiento sumario e incompleto, en cuanto parcial, reside, en primer lugar, en exigir la institución de la letra de cambio un procedimiento rápido para alcanzar el fin previsto en el momento de su emisión; y, en segundo lugar, en el principio de normalidad jurídica (*id quod plaerumque accidit*): el portador de la letra es frecuentemente acreedor cambiario²².

El deudor cambiario debe proponer con anterioridad a la condena todas las excepciones que pretenda hacer valer (sistema de reserva determinada). En la hipótesis de que el juez, tras un primer examen, entienda que una o más de las excepciones propuestas son de "larga investigación", está obligado, si el acreedor así lo requiere, a emitir "sentencia provisional de condena", reenviando la cognición de aquellas excepciones, y la recepción de las pruebas pertinentes, a una fase ulterior del juicio e imponiendo al acreedor, si lo estima oportuno, una caución²³.

La sentencia de condena con reserva tiene fuerza de cosa juzgada material sobre los puntos decididos y las excepciones no propuestas. Genera, además, los efectos propios de toda sentencia: acción ejecutiva e hipoteca judicial; debe contener también condena en costas. A partir de este momento procesal, el procedimiento continúa exclusivamente para la discusión de las excepciones de "larga investigación".

El criterio de clasificación de las excepciones que se infiere del art. 65.2 *Legg. camb.*, y que permite distinguir entre excepciones de *larga* o *inmediata investigación*, no se funda en las cualidades

²².- *Vid.* CHIOVENDA, *Principios de Derecho procesal civil*, tomo I, cit., pág. 254.

²³.- Al respecto dice ANGELONI: "..., la cauzione a carico del creditore è facoltativa, perchè si tratta soltanto di concedere anticipatamente al creditore una sentenza favorevole, a cui con molta probabilità avrà diritto anche dopo la valutazione delle eccezioni del debitore" (*La cambiale e il vaglia cambiario*, cit., pág. 430).

intrínsecas de las mismas, pues, en principio son reservables tanto las excepciones personales, cuanto las absolutas o reales, sino en los medios de prueba propuestos por el deudor respecto a sus hechos fundamentales ²⁴. Así, se consideran de "larga investigación" las excepciones cuya prueba requiere una amplia instrucción ²⁵. Una valoración en este sentido, no puede efectuarse en abstracto, pues está deferida a la libre apreciación del juez ²⁶.

Si las excepciones propuestas son de "larga investigación", la sentencia de condena con reserva puede ser emitida, a tenor de lo dispuesto en el art. 65.2 *Legg. camb.*, tanto en los juicios cambiarios de cognición -quedando comprendido en ellos el proceso de *ingiunzione*-, cuanto en el juicio de oposición a la ejecución ²⁷. Esta previsión normativa ha generado ciertas controversias en la doctrina italiana en las que no vamos a entrar en profundidad. Tan sólo destacaremos que el disenso doctrinal se centra, en líneas generales, en si realmente el acreedor cambiario tiene interés en conseguir un

²⁴.- Cfr. FARIEN GUILLEN, "Algunas notas sobre la protección de la letra de cambio -cambiale- en España", en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLV, fasc. II, abril-junio 1992, pág. 488.

No obstante, en la distinción intervienen elementos de otra naturaleza. Así, PAVONE LA ROSA, (*La letra de cambio*, cit., págs. 721 a 723), subraya que no pueden considerarse de "larga investigación" las excepciones relativas a la existencia o validez de la declaración cambiaria -v. gr. negación de la autenticidad de la firma- pues, siendo discutida la existencia de la obligación, no puede justificarse la condena del deudor. A esta misma conclusión llega CHIOVENDA, (*Instituciones de Derecho procesal civil*, vol. I, cit., pág. 287), aun cuando su argumentación es técnicamente más correcta pues, se fundamenta en la limitación del concepto de "excepción". Así, afirma que la simple negación de la acción no puede dar lugar a una sentencia de condena con reserva porque, sencillamente, no se trata de una verdadera excepción: "El desconocimiento de la firma no es una excepción y mucho menos una excepción de nulidad: obliga al actor a probar la autenticidad de la firma".

²⁵.- *Vid.* por todos, ANGELONI, *La cambiale e il vaglia cambiario*, cit., págs. 428 y 429.

²⁶.- *Vid.* en este sentido, ASCARELLI y BONASI-BENUCCI, voz "Cambiale", cit., lug. cit., pág. 741.

²⁷.- En la oposición a la ejecución se dictará una sentencia provisional de repulsa de la oposición a la ejecución -*sentenza provvisoria di rigetto sull'opposizione all'esecuzione*-. *Vid.* sobre el particular, ANGELONI, *La cambiale e il vaglia cambiario*, cit., pág. 431; ASCARELLI y BONASI-BENUCCI, ob. cit, nota anterior, pág. 741; y PAVONE LA ROSA, *La letra de cambio*, cit., pág. 717.

pronunciamiento de condena provisional en la oposición al *decreto d'ingiunzione*, así como en la oposición a la ejecución.

En primer lugar, y por lo que se refiere al procedimiento de *ingiunzione*, la falta de interés se ha fundamentado en la identidad sustancial de funciones que el *decreto d'ingiunzione* provisionalmente ejecutivo (art. 642 *CPC*) y la sentencia de condena con reserva cumplen: posibilidad de proceder inmediatamente a la ejecución sobre los bienes del deudor, y facultad de inscribir hipoteca judicial de los bienes inmuebles del mismo ²⁸. Y, con respecto a la oposición a la ejecución, se ha restado importancia a la norma del art. 65.2 *Legg. camb.*, aunque se ha precisado que puede "... valer como una amonestación legislativa a no conceder o a no mantener en firme la suspensión de la ejecución, cuando presenten tales caracteres (de larga investigación) las excepciones propuestas como motivos de oposición" ²⁹.

Hemos señalado que sobre esta cuestión la doctrina italiana no se pronuncia de manera uniforme. Así, un sector doctrinal afirma que la identidad de funciones que llevan a cabo el *decreto d'ingiunzione* y la sentencia de condena con reserva no deriva en una incompatibilidad de ambas resoluciones. Desde esta perspectiva, se señala que la norma del art. 65.2 *Legg. camb.* es aplicable a todos los procesos en los que se ejercite una acción cambiaria, sea declarativa, sea ejecutiva ³⁰.

²⁸.- En este sentido, REDENTI (*Derecho procesal civil*, tomo II, cit., pág. 229) afirma que "en el caso de que el acreedor cambiario elija la vía del decreto de inyunción, es ese decreto el que sustituye a la sentencia de condena con reserva".

²⁹.- REDENTI, ob. cit., nota anterior, pág. 499.

³⁰.- Vid. en este sentido, ANGELONI, *La cambiale e il vaglia cambiario*, cit., págs. 430 y 431; PAVONE LA ROSA, *La letra de cambio*, cit., págs. 717 a 719; CHIOVENDA, *Instituciones de Derecho procesal civil*, vol. I, cit., págs. 291 y 292. Este último autor, en base a una interpretación sistemática de los arts. 63 y 65 *Legg. camb.*, afirma que el acreedor cambiario tiene a su disposición ocho acciones: 1ª. acción ordinaria de condena; 2ª. acción ordinaria de condena con ejecución provisional; 3ª. acción de condena con reserva; 4ª. acción de condena con reserva, con ejecución provisional; 5ª. acción ejecutiva con fraccionamiento de las excepciones; 6ª. acción ejecutiva con renuncia al

b) Artículo 64: suspensión de la ejecución.

El motivo que impone el presente análisis se halla en la *ratio* del art. 64 *Legg. camb.*, esto es, la atenuación de la eficacia de un título ejecutivo extrajurisdiccional, que también preside la configuración del art. 68 de nuestra LCCH. Por otra parte, al basarse la LCCH en la Ley cambiaria italiana nos atrevemos a afirmar que el art. 64 de esta Ley es el antecedente legislativo inmediato del art. 68 LCCH ³¹. Debe señalarse, no obstante, que la *Legge cambiaria* es menos perturbadora en esta cuestión que la LCCH, puesto que al prever la suspensión de la ejecución como una posible consecuencia de la oposición al *precetto* elude las dificultades que de toda índole genera en nuestro Derecho procesal el incidente de alzamiento del embargo.

La norma del art. 64 *Legg. camb.* debe enmarcarse en su contexto que es el proceso de ejecución; en concreto, en la oposición a la ejecución y su suspensión. En el citado artículo se dispone lo siguiente:

"La oposición al mandamiento (*precetto*) no suspende la ejecución; pero el presidente del tribunal, o el pretor competente por la cuantía, en virtud de recurso del oponente que desconozca la propia firma o la representación o bien, que aduzca graves y fundados motivos, puede, con resolución motivada, examinados los documentos aportados, suspender en todo o en parte los actos ejecutivos, exigiendo caución idónea" ³².

fraccionamiento; 7ª. acción de apremio, (debe entenderse la acción ejercitada en el procedimiento *d'ingiunzione*), con fraccionamiento de excepciones; 8ª. acción de apremio con renuncia al fraccionamiento.

³¹.- La legislación uniforme de Ginebra no contiene ninguna norma que regule el proceso cambiario.

³².- Con el fin de favorecer la recta inteligencia del art. 64 transcribimos a continuación el primer párrafo del art. 480 *Cpc*: "El *precetto* consiste en la intimación a cumplir la obligación resultante del título ejecutivo dentro de un término no superior a diez días, salvo la autorización del art. 482, con la advertencia de que en su defecto se procederá a la ejecución forzada".



Aunque el art. 64, así como los párrafos tercero y cuarto del art 65 *Legg. camb.*, han sido concebidos en base al esquema general previsto en el *Codice di procedura civile* para la oposición a la ejecución -es decir, oposición preventiva u oposición al *precetto* (arts. 615.1 *CPC* y 64 *Legg. camb.*) y oposición sucesiva u oposición a la ejecución ya iniciada (arts. 615.2 *CPC* y 65 *Legg. camb.*)³³-, no podemos dejar de señalar que se ha cuestionado la vigencia de los arts. 64 y 65 *Legg. camb.* Ambos artículos fueron redactados conforme a los preceptos que, el *Codice di procedura civile* de 1865, destinaba a la regulación de la ejecución (oposición, suspensión, ...). El nuevo *Codice di procedura civile*, en vigor desde el 21 de abril de 1942, regula íntegramente la oposición a la ejecución y la suspensión. Esta disciplina diverge, en parte, de la establecida en la *Legge cambiaria*. Surge, pues, el problema de establecer la relación entre las nuevas normas procesales y los preceptos de los arts. 64 y 65 *Legg. camb.* La solución a la cuestión planteada parece ser que se halla en la compatibilidad o "coordinación" de las disposiciones de la *Legge cambiaria* y las del *Codice di procedura civile*: sin entender derogados en su totalidad los arts. 64 y 65 *Legg. camb.* (entre otras razones, por la especialidad de dicha Ley y porque el proceso cambiario reclama ciertas particularidades frente al ordinario) deben aplicarse los preceptos del *Codice di procedura civile*, relativos a la oposición a la ejecución (arts. 615 y ss.) y a la suspensión a la ejecución (arts. 623 y ss.), en todo aquello no expresamente regulado por la *Legge cambiaria*. En definitiva, la línea de coordinación se trazaría entre la *estructura y forma* del procedimiento, sujeta a las normas procesales, y los *presupuestos y contenido* de las decisiones,

La notificación del título ejecutivo y del *precetto* (art. 479 *Cpc*) es una formalidad preliminar o preparatoria de la ejecución y, por tanto, previa a su apertura; *vid.* al respecto, REDENTI, *Derecho procesal civil*, tomo II, cit., págs. 337 a 346.

³³.- *Vid. supra*, Capítulo Primero, pág. 82.

para los cuales valdrán los preceptos cambiarios al responder más adecuadamente a las exigencias de la acción cambiaria ³⁴.

Desde esta perspectiva, y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 64 *Legg. camb.* la oposición al *precetto* -previa, pues, al inicio de la ejecución- puede dar lugar, a instancia del deudor, a la suspensión de la ejecución ³⁵. La suspensión de la ejecución está subordinada a una doble condición: de un lado, a la naturaleza, gravedad y fundamento de los motivos que se alegan; y, de otro, a la prestación de una caución, que debe ser idónea, por parte del oponente. La imposición de la caución es una garantía que se da al acreedor por no estar advertido de la petición del deudor -ausencia de contradictorio-. Además su carácter obligatorio deriva del hecho de que se trata de suspender la ejecución contra la regla general: la oposición al *precetto* no tiene efecto suspensivo (art. 624 *CPC*).

Los motivos que determinan la suspensión de la ejecución son los siguientes: el desconocimiento de la propia firma o la del representante (falsedad), o bien que el oponente niegue ser la persona a la cual se refiere la firma (homonimia); el desconocimiento de la representación, el deudor niega que la persona que ha firmado como su representante ostenta el poder de asumir por él aquella obligación cambiaria; y cualquier otra excepción que se manifieste grave y fundada.

³⁴.- *Vid.* en este sentido, REDENTI, *Derecho procesal civil*, tomo II, cit., pág. 498; PAVONE LA ROSA, *La letra de cambio*, cit., págs. 734 a 738; ANGELONI, *La cambiale e il valglia cambiario*, cit., pág. 422; VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, cit., págs. 389 y 390.

En cambio, ASCARELLI y BONASSI-BENUCCI (voz "Cambiale", cit., lug. cit., pág. 743) consideran que los arts. 64 y 65 *Legg. camb.* han sido derogados por las normas del *Codice di procedura civile* referentes a la oposición y suspensión de la ejecución. Fundamentan su posición en el art. 15 del *Codice civile* que dispone lo siguiente: "Le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore, o per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore".

³⁵.- Cfr. AULETTA y SALANITRO, *Diritto commerciale*, cit., págs. 327 y 328.

Concurriendo tales circunstancias, el juez, *inaudita altera parte*, suspende total o parcialmente los actos ejecutivos por *decreto* motivado no sujeto a impugnación, pero revisable en un momento procesal ulterior ³⁶.

La decisión sobre la suspensión de la ejecución se adopta, según establece la Ley, en base a pruebas preconstituidas (documentos), no pudiéndose admitir en un incidente sin contradictorio la producción de prueba oral. Debido al carácter urgente de la resolución y a su provisionalidad, una documentación que sea incompleta, irregular o en vía de regularización puede fundar la adopción de la medida prevista en el art. 64 *Legg. camb.* ³⁷.

Con respecto a la caución, dice la *Legge cambiaria* que ha de ser idónea, por tanto, proporcionada al fin que está destinada a satisfacer ³⁸. La determinación de la cuantía queda deferida a la discrecionalidad del juez, aunque se apuntan algunos criterios que pueden orientar la labor del órgano jurisdiccional. Entre estos criterios cabe señalar: el importe de la suma cambiaria, la gravedad de

³⁶.- Vid. ANGELONI, *La cambiale e il vaglia cambiario*, cit., pág. 421. La inimpugnabilidad del *decreto* que acuerda la suspensión de la ejecución, no impide que, posteriormente, en el juicio de oposición a la ejecución el juez competente para conocer de la controversia, reexaminando la suspensión concedida, pueda mediante sentencia confirmar o revocar tal medida (art. 65.4 *Legg. camb.*). Es decir, la eficacia del *decreto* concediendo o denegando la suspensión de la ejecución es provisional.

El *decreto* es la forma más simple y elemental de providencia judicial. Se emplea de ordinario cuando no hay contradictorio (v.gr. decreto de inyunción que se pronuncia *inaudita parte*, art. 641 *Cpc*). El *decreto* se pronuncia de oficio o a instancia de parte (*recurso*); puede solicitarse incluso verbalmente. Si se dicta en virtud de *recurso*, se consigna el *decreto* al pie del mismo. Cuando la petición se efectúa verbalmente, se extiende acta y el *decreto* se inserta en ella. El *decreto* no debe ser motivado, salvo que la motivación sea prescrita expresamente por la ley. Debe hacerse constar en él la fecha y ser firmado por el Juez o, cuando el órgano jurisdiccional es colegiado, por el presidente, además de por el secretario. De ordinario, el *decreto* no es revocable ni impugnabile. Sobre este tipo de resolución judicial, *vid.* por todos, LIEBMAN, *Manual de Derecho procesal civil*, cit., pág. 184; SATTA y PUNZI, *Diritto processuale civile*, cit., pág. 232.

³⁷.- Cfr. ANGELONI, ob. cit., nota anterior, pág. 424.

³⁸.- Vid. al respecto, ASCARELLI y BONASI-BENUCCI, voz "Cambiale", cit., lug. cit., pág. 743.

los motivos de la oposición y la solvencia del oponente³⁹. La efectiva prestación de la caución es condición indispensable para obtener del órgano judicial competente la efectiva suspensión de la ejecución en los términos establecidos en el *decreto*.

III. ALEMANIA.

1. Presupuestos del ejercicio de la acción cambiaria.

La regulación por el Derecho procesal alemán de un proceso cambiario, al que nos referiremos en el siguiente epígrafe, preordenado al ejercicio de las acciones cambiarias, nos obliga a realizar una breve exposición de los presupuestos exigidos por la *Wechselgesetz* (en adelante *WG*), y la Ley del Cheque (*Scheckgesetz*, en adelante *SG*), con el objeto de procurar la conservación de las mismas⁴⁰.

La acción cambiaria directa -que se ejercita contra el aceptante (*Annehmer*) y su avalista (*Wechselbürger*)- no depende del levantamiento del protesto, ni se perjudica por la inobservancia de los plazos establecidos para la presentación de la letra al cobro el día del vencimiento (art. 53 *WG*). Por otra parte, el aceptante tiene reconocida la facultad (art. 42 *WG*) de consignar la suma cambiaria

³⁹- Vid. ANGELONI, *La cambiale e il vaglia cambiario*, cit., pág. 425.

⁴⁰- Como consecuencia de la ratificación de los Convenios de Ginebra de 1930 y 1931, la República Federal de Alemania publicó, el 21 de junio de 1933, la nueva Ley Cambiaria (*Wechselgesetz*), y el 14 de agosto de 1933, la Ley del Cheque (*Scheckgesetz*). Sin embargo, no debe olvidarse que, la legislación uniforme de Ginebra y el Reglamento uniforme de La Haya de 1912, se inspiran, fundamentalmente, en el Derecho alemán, concretamente en la Ordenanza Cambiaria de 1848, convertida en ley del Imperio en 1871. El fundamento del sistema cambiario alemán es la protección del tráfico jurídico, haciendo abstracta la obligación del aceptante y de los demás responsables; esto es, desconectando la obligación cambiaria de su causa.

por cuenta y riesgo del tenedor (*Inhaber*). Esta acción nace exclusivamente por falta de pago, ya que presupone que la letra de cambio ha sido aceptada.

En cuanto a la acción de regreso se distinguen tres tipos ⁴¹:

a) una vez vencida la deuda cambiaria: acción de regreso por falta de pago, art. 43.1 *WG*;

y, antes del vencimiento:

b) acción de regreso por falta de aceptación, art. 43.2.1 *WG*.

c) acción de regreso por inseguridad en la situación del deudor, art. 43.2.2 y 3 *WG*. Aquí se incluyen los casos de suspensión de pagos, quiebra, concurso, sobreseimiento de pagos y embargo infructuoso de los bienes del deudor.

Para poder ejercitar la acción cambiaria en vía de regreso, el tenedor debe, como regla general, levantar protesto acreditando, de esta forma, la existencia de la situación fáctica que funda alguno de los tipos de regreso señalados (art. 44.1 *WG*) ⁴².

A esta regla general se formulan excepciones y, de este modo, el protesto resulta innecesario en el caso de suspensión de pagos, quiebra o concurso, puesto que es suficiente, para el regreso, la presentación de la resolución judicial de apertura de la quiebra o de la suspensión de pagos, art. 44.6 *WG* ⁴³. Otra excepción la establece el art. 44.4 *WG*, en el sentido de que el protesto por falta de aceptación hace innecesaria, tanto la presentación al pago como el protesto por falta de pago. Tampoco se pierden las acciones de regreso cuando la realización del protesto no hubiera sido posible por causa de fuerza

⁴¹.- *Vid.* HUECK y CANARIS, *Derecho de los títulos-valor*, cit., págs. 178 y 179.

⁴².- En el art. 44.1 *WG* se dispone que: "Die Verweigerung der Annahme oder der Zahlung muß durch eine öffentliche Urkunde (Protest mangels Annahme oder mangels Zahlung) festgestellt werden".

⁴³.- En términos del art. 44.6 *WG* el protesto se sustituye por "der gerichtliche Beschluss über die Eröffnung des Konkurses oder des gerichtlichen Vergleichsverfahrens".

mayor (art. 54.4 *WG*). Por último, pueden conservarse las acciones en vía de regreso, sin haber levantado protesto, cuando cualquiera de los obligados en vía de regreso hubiera anotado, en la letra de cambio, la cláusula "sin gastos", "sin protesto" u otra equivalente (art. 46.1 *WG*).

El art. 77 *WG* declara aplicables al pagaré (*eigener Wechsel*), casi de forma genérica, las normas relativas a la letra de cambio, exceptuándose de la mencionada remisión, aquellos preceptos incompatibles con la naturaleza de aquel título-valor. En concreto, y por lo que aquí nos interesa, el régimen jurídico del ejercicio de las acciones cambiarias derivadas del pagaré es similar al establecido para la letra de cambio, teniendo en cuenta, en primer lugar, que el librador es el deudor principal (art. 78.1 *WG*), por lo que para conservar las acciones contra él y sus avalistas no es necesaria ni la presentación del título ni el levantamiento del protesto; y, en segundo término, que no existe acción de regreso por falta de aceptación.

En relación con el cheque, debe puntualizarse que el protesto no es imprescindible para la conservación de las acciones de regreso⁴⁴. Para ello, basta con una declaración escrita y fechada del librado en el cheque, en el cual, además de la fecha de presentación, se señale que el cheque fue presentado y no pagado; o, en su caso, la declaración de una Cámara de Compensación (*Abrechnungsstelle*) en la que se haga constar que el cheque fue presentado a tiempo y no pagado (art. 40 *SG*). Se prevén, también, en la *Scheckgesetz* supuestos de exclusión legal y voluntaria del protesto: fuerza mayor (art. 48.4) y cláusula "sin protesto" (art. 43.1).

La letra de cambio y el pagaré están sometidos a un impuesto regulado en la Ley sobre el impuesto cambiario, de 24 de julio de 1959, (*Wechselsteuergesetz, WstG*). El importe de dicho impuesto es

⁴⁴.- Esta es una de las diferencias que presenta el cheque respecto a la letra de cambio. Sobre las diferencias esenciales entre la letra de cambio y el cheque, *vid.* HUECK y CANARIS, *Derecho de los títulos-valor*, cit., págs. 241 a 245.

de 15 *pfennigs* por cada 100 marcos, o una fracción del mismo (§ 8 *WstG*). El pago del mencionado impuesto se realiza mediante timbres móviles que se colocan en el dorso de la letra de cambio y del pagare, y deben ser inutilizados. Por el contrario, el cheque que cumple las prescripciones de la SG no se halla sujeto a dicho impuesto. Debe puntualizarse, no obstante, que el pago del impuesto cambiario no influye en la validez del título cambiario ⁴⁵; no es por tanto un plus que debe concurrir para la plena existencia y posterior eficacia, material y procesal, de aquél. Las únicas consecuencias que del impago se derivan son sanciones de carácter fiscal originadas por la defraudación del mencionado impuesto.

2. Proceso cambiario.

A) Notas previas.

La *Zivilprozeßordnung* (*ZPO*), admitiendo que el proceso ordinario (*ordentliches Verfahren*) es un proceso largo como consecuencia de la extensa serie de trámites y formalidades inherentes a su sustanciación, prevé, para la protección de determinados bienes jurídicos, dos cauces procesales con los que puede alcanzarse, sin excesivas dilaciones, una tutela provisional o interina. Estos procedimientos son el proceso documental y cambiario (*Urkunden- und Wechselprozeß*) y el procedimiento monitorio (*Mahnverfahren*). Según los preceptos de la *ZPO*, ambos procedimientos son susceptibles de proporcionar al demandante, del modo más rápido posible, un título ejecutivo (*vollstreckbarer Titel*) ⁴⁶. La obtención de un título ejecutivo con mayor celeridad que en el proceso ordinario se

⁴⁵.- Vid. WAIDELICH, *Wechsel und Scheck*, Stuttgart, München, Hannover, 1978, pág. 19.

⁴⁶.- Esta es su peculiaridad más esencial; cfr. HARTMANN, *Zivilprozeßordnung*, (con BAUMBACH, LAUTERBACH, y ALBERS), 53. neubearbeitete Auflage, München, 1995, págs. 1498 y 1622.

consigue a través de dos medios distintos: en el proceso documental, mediante el carácter incompleto de la cognición; y, en el monitorio, merced a la inversión de la iniciativa del contradictorio.

Además del fin que están destinados a cumplir, que es su rasgo esencial, el proceso documental y el monitorio, presentan otros caracteres comunes. Por una parte, la *ZPO* requiere unas condiciones especiales para su admisibilidad, que se articulan como presupuestos procesales propios de los citados procedimientos y que se manifiestan, básicamente, en su ámbito de aplicación. Este es el motivo por el que la doctrina procesal alemana los encuadra en la categoría de procesos especiales (*besondere Prozeßarten*), subrayando la sumariedad -limitación del debate a las alegaciones de las partes que puedan probarse inmediatamente- del proceso documental⁴⁷. Y, por otra, se señala su carácter dispositivo. Es decir, corresponde al demandante la elección entre el procedimiento ordinario y uno de aquellos procedimientos para hacer valer las pretensiones reservadas a estos últimos, sin que exista, por tanto, obligación de seguirlos⁴⁸.

Al no ser la letra de cambio, el pagaré y el cheque títulos ejecutivos⁴⁹, y al ser el ejercicio de la acción cambiaria en vía declarativa ordinaria contrario al rigor cambiario (*Wechselstrenge*)⁵⁰,

⁴⁷.- Vid. entre otros, GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, cit., págs. 457 y ss.; KISCH, *Elementos de Derecho procesal civil*, cit., págs. 384 y ss.; ROSENBERG, *Tratado de Derecho procesal civil*, (trad. Romera Vera), tomo II, Libro segundo: El procedimiento de sentencia, Buenos Aires, 1955, págs. 519 y ss.; SCHOENKE, *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1950, págs. 334 y ss.; ZEISS, *Zivilprozeßrecht*, 8. Auflage, Tübingen, 1993, págs. 274 y ss.; ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, *Zivilprozeßrecht*, 15. Auflage, München, 1993, págs. 984 y ss.

⁴⁸.- Vid. por todos, SCHOENKE, *Derecho procesal civil*, cit., págs. 335 y 363; y HARTMANN, *Zivilprozeßordnung*, cit., pág. 1499.

⁴⁹.- En Derecho procesal alemán sólo son títulos ejecutivos los documentos públicos. Vid. por todos, LACKMANN, *Zwangvollstreckungsrecht. Eine Einführung in Recht und Praxis*, cit., págs. 15 y 16.

⁵⁰.- La necesidad de una tramitación específica para el ejercicio de la acción cambiaria, que reúna las notas de rapidez y sumariedad, es puesta de relieve por WAIDELICH, *Wechsel und Scheck*, cit., pág. 9, donde se lee: "Eine weitere Besonderheit des Wechsels ist die sogenannte Wechselstrenge. Die Durchsetzung von Wechselforderungen erfolgt

el procedimiento documental y el procedimiento monitorio constituyen los trámites propios del Derecho cambiario. En las líneas que siguen analizaremos brevemente ambos procedimientos.

B) Proceso documental. Especialidad en materia cambiaria: *Wechsel- und Scheckprozeß*.

El Libro Quinto de la *ZPO* está enteramente dedicado a la regulación del proceso documental y cambiario (§§ 592 a 605.a). La admisibilidad de la demanda, en la que se ha de hacer constar la declaración de que se incoa un proceso documental (§ 593.1), está sometida a la concurrencia de dos presupuestos: uno, relativo a la naturaleza de la pretensión; y, otro, como indica el nombre del proceso, a los medios de prueba que en él pueden practicarse (§ 592). Respecto al primero de los presupuestos indicados, se dispone que únicamente puede interponerse, en el proceso documental, una acción de condena al pago de una suma líquida de dinero o a la entrega de una cantidad determinada de otras cosas fungibles o títulos valores⁵¹. Al ser el *Urkundenprozeß* un proceso especial y sumario, el demandado no puede formular reconvencción⁵². Y, por lo que se refiere al segundo, todos los hechos, que funden el derecho del demandante a la tutela que solicita, han de ser probados, exclusivamente, mediante la exhibición o presentación (*Vorlegung*) de documentos (§ 595.3). Estos deberán acompañarse, en original o en copia (*Abschrift*), a la demanda o a un escrito posterior (§ 593.2).

im Wechselprozeß, der in die Gruppe der Urkundenprozesse einzuordnen ist. Sinn des Wechselprozesses ist es, das Verfahren zu beschleunigen, d.h. ein schnelles Urteil und damit einen vollstreckbaren Titel gegen den Wechselschuldner zu erreichen".

⁵¹.- Se admiten en este proceso, contrariamente a lo que acontece en el procedimiento monitorio, demandas para reclamar derechos que dependen de una contraprestación (*Gegenleistung*); *vid.* en este sentido ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, *Zivilprozeßrecht*, cit., pág. 985; KISCH, *Elementos de Derecho procesal civil*, cit., págs. 400 y 401.

⁵².- § 595.1 *ZPO*: "Widerklagen sind nicht statthaft". ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD (ob. cit., nota anterior, pág. 988) mantienen que en el proceso documental ordinario pueden plantearse pretensiones de indemnización por daños y perjuicios.

Si bien, la autenticidad o falsedad de un documento, así, como las demás categorías de hechos jurídicos, pueden probarse, además de por documentos, por solicitud de interrogatorio de parte (*Antrag auf Parteivernehmung*, § 595.2) ⁵³.

La limitación de los medios probatorios se extiende, obviamente, a las excepciones propuestas por el demandado (§ 598). Ahora bien, si el demandado se opone a la acción, alegando excepciones que no puede probar documentalmente, se considera que "sería injusto privarle definitivamente de defensa, y lo que se hace es condenarle por medio de una sentencia con reserva de sus derechos"⁵⁴. La sentencia con reserva (*Vorbehaltssurteil*), prevista en el § 599, no pone fin a la instancia que continúa en forma de proceso ordinario -la litispendencia excluye un proceso independiente para hacer valer la reserva-, y sin las limitaciones del proceso documental; esto es, el demandado puede defenderse con todos los medios de prueba, y puede reconvenir ⁵⁵. En el procedimiento posterior (*Nachverfahren*, § 600), que es una continuación del proceso documental y forma con él una unidad⁵⁶, puede el demandado plantear las objeciones (*Einwendungen*) que en la sentencia de reserva fueron rechazadas como inoportunas, o como no concluyentemente fundadas o no plenamente probadas, o que hayan nacido después -reserva indeterminada-; pero no puede discutir lo que antes no discutió por olvido ⁵⁷. Tampoco puede volver a reproducir aquellas

⁵³.- Vid. en este sentido y por todos, ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, *Zivilprozeßrecht*, cit., pág. 985.

⁵⁴.- KISCH, *Elementos de Derecho procesal civil*, cit. pág. 403.

⁵⁵.- Para ROSENBERG, la sentencia con reserva es una "sentencia interlocutoria de clase especial"; categoría intermedia entre la sentencia final y la interlocutoria. Coincide con la primera en que realiza el acto de tutela jurídica exigida por el actor: condena al demandado; y con la segunda, en que no agota la instancia, ya que se resolverá sobre las excepciones reservadas en el procedimiento posterior de la misma instancia. Vid. *Tratado de Derecho procesal civil*, (trad. Romera Vera), tomo I, Introducción. Libro primero: Teoría general, Buenos Aires, 1955, pág. 331.

⁵⁶.- "Das Nachverfahren bildet mit dem Vorverfahren einen einheitlichen Prozeß" (HARTMANN, *Zivilprozeßordnung*, cit., pág. 1506).

⁵⁷.- Vid. GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, cit., pág. 460.

objeciones que se desestimaron definitivamente en la sentencia con reserva, ni "puede atacar aquellos fundamentos de la demanda sin cuya afirmación no habría podido dictarse la sentencia con reserva"⁵⁸.

La sentencia con reserva es considerada como definitiva a los efectos de la ejecución forzosa (§ 599.3). En efecto, puede solicitarse, con una copia ejecutoria de la misma, su ejecución provisional (§ 704), sin necesidad de prestar fianza o caución (*ohne Sicherheitsleistung*, § 708.5).

Las acciones derivadas de letras de cambio, pagarés y cheques pueden ejercitarse por los cauces del proceso documental, como se desprende del tenor literal de los §§ 602 y 605.a ZPO⁵⁹. En este supuesto, el proceso documental pasa a denominarse proceso cambiario (*Wechselprozeß*)⁶⁰ o, en su caso, proceso del cheque (*Scheckprozeß*). Aunque se les considera subespecies del proceso documental y, por tanto, deben adecuarse a la mayoría de preceptos reguladores de este último⁶¹, están sujetos a unas particularidades contempladas en los §§ 602 a 605 ZPO:

1ª) La primera particularidad a señalar, que además es la que les otorga nombre propio, reside en el *tipo de pretensión* que en ellos puede deducirse. No podemos ni queremos entrar a fondo en la polémica que sobre este punto se ha suscitado en la doctrina alemana, ni tampoco en un análisis casuístico de las posibles acciones que puede ejercitar el tenedor de una letra de cambio, pagaré o cheque, tan

⁵⁸.- ROSENBERG, *Tratado de Derecho procesal civil*, tomo I, Libro primero, cit., pág. 329.

⁵⁹.- Asimismo, este proceso puede seguirse cuando se trate de una letra de cambio extranjera; *vid.* en este sentido, ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, *Zivilprozeßrecht*, cit., pág. 991.

⁶⁰.- Con el término genérico *Wechsel* se hace referencia a dos títulos valores distintos: a la letra de cambio (*gezogener Wechsel*) y al pagaré (*eigener Wechsel*). Así, en el § 4.1 de la Ley sobre el impuesto cambiario (*Wechselsteuergesetz*), de 24 de julio de 1959, se dispone: "Wechsel sind gezogene und eigene Wechsel".

⁶¹.- *Vid.* en este sentido y por todos, ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, *Zivilprozeßrecht*, cit., pág. 991.

sólo constataremos lo que, en términos generales, dicen los autores alemanes: el proceso cambiario y el de cheque se emplean para el ejercicio de las acciones derivadas de los títulos cambiarios; que, por otra parte, es lo que disponen los §§ 602 y 605.a ⁶².

2ª) La demanda debe contener la declaración de que se interpone un proceso cambiario (§ 604.1).

3ª) Es un proceso más rápido que el documental, pues, los plazos de personación y citación son más cortos (§ 604.2 y 3).

4ª) La producción de la prueba es más sencilla que en el documental. Así, la presentación de la letra de cambio a la aceptación, en cuanto sea necesaria para determinar el vencimiento, puede probarse, en aquellos supuestos en los que la Ley Cambiaria alemana (*Wechselgesetz*) no exige la formalización del protesto, mediante interrogatorio de parte (§ 605.1). Por otra parte, para que pueda proveerse sobre créditos accesorios (intereses, gastos, costas, etc.) basta con que simplemente se acrediten o justifiquen (§ 605.2) ⁶³.

5ª) Debe dictarse sentencia con reserva, además de en aquellos supuestos en los que se proponga un medio de prueba no admitido en el proceso documental (§ 595) ⁶⁴, cuando las excepciones se funden

⁶².- En los §§ 602 y 605.a se habla de "pretensiones derivadas de letras de cambio y cheques según el espíritu de la Ley cambiaria y la del cheque", (*Ansprüche aus Wechseln/Schecks im Sinne des Wechselgesetzes/Scheckgesetzes*).

Un ejemplo de la diversidad de criterios se observa con respecto a la acción de enriquecimiento (*Bereicherung*). En la obra de ROSENBERG, SCHWAB y GOTTWALD (*Zivilprozeßrecht*, cit., pág. 991) se afirma que no son admisibles en el proceso cambiario las pretensiones que no derivan exclusivamente de una letra de cambio, sino de hechos extraños a ese documento (*wechselfremde Tatsachen*), excluyendo de su ámbito de aplicación la demanda de enriquecimiento prevista en el art. 89 WG. HUECK y CANARIS (*Derecho de los títulos-valor*, cit., págs. 208 y 209) si bien señalan que la calificación dogmática de la acción de enriquecimiento injusto es discutida, y que el tenor literal del art. 89 WG "es todo menos claro" (se dice en él que el aceptante y el librador continúan obligados con el tenedor y, a la vez, que la obligación se ha extinguido), concluyen que en el art. 89 WG se regula "una forma especial de acción de enriquecimiento del Derecho civil general".

En sentido contrario se pronuncia SCHOENKE, (*Derecho procesal civil*, cit., pág. 338), pues, sostiene que en el proceso cambiario y en el de cheque pueden ejercitarse todas las acciones "derivadas de una letra de cambio tal como la regula la Ley cambiaria y la de cheques, es decir, por ejemplo, acciones de enriquecimiento".

⁶³.- Vid. al respecto, GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, cit., pág. 461.

⁶⁴.- Cfr. WIEDEMANN, *Wertpapierrecht*, 6. Auflage, München, 1994, pág. 126.

en las diversas vicisitudes operadas en el negocio jurídico subyacente⁶⁵.

C) Proceso monitorio. Especialidad en materia cambiaria: *Wechsel- und Scheckmahnbescheid*.

Los cauces del proceso documental no son los únicos que la ZPO ofrece al acreedor cambiario para hacer valer las acciones cambiarias que le correspondan. El § 703.a prevé la posibilidad de solicitar un mandato de pago en base a documentos, títulos cambiarios y cheque (*Urkunden-, Wechsel- und Scheckmahnbescheid*). La obtención del mandato de pago constituye el objeto inmediato del procedimiento monitorio (*Mahnverfahren*), regulado en los §§ 688 a 703.d, que forman el Libro Séptimo de la ZPO, con las modificaciones originadas por la *Vereinfachungsnovelle* de 3 de diciembre de 1976.

La sustanciación del procedimiento monitorio tiende a procurar al titular de un derecho de crédito de naturaleza pecuniaria, que presumiblemente no será discutido, un título ejecutivo sin necesidad de contradictorio y en base a una afirmación unilateral y no probada⁶⁶. Esta finalidad únicamente se alcanza si el deudor permanece inactivo, supuesto en el que el acreedor puede obtener el mandamiento de ejecución, el cual se equipara *ope legis* a una sentencia contumacial provisionalmente ejecutiva (§ 700). Pero si el deudor se opone, el mandato de pago pierde su valor, el procedimiento monitorio decae y se sustancia según los trámites del procedimiento ordinario.

En el § 688 se contienen los requisitos para la admisibilidad del procedimiento monitorio. En el párrafo primero se dispone que la acción que se haga valer en dicho procedimiento debe perseguir el

⁶⁵.- Cfr. WAIDELICH, *Wechsel und Scheck*, cit., pág. 37.

⁶⁶.- Vid. ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, *Zivilprozeßrecht*, cit., pág. 992.

pago de una cantidad determinada de dinero en moneda nacional (marco alemán). Además, el crédito no debe depender de una contraprestación todavía no realizada ⁶⁷ y, por otra parte, la notificación del mandato de pago no puede tener lugar por medio de edictos; esto es, debe ser conocido el domicilio del deudor. Estas dos normas de naturaleza tan dispar se hallan en el párrafo segundo del § 688 ⁶⁸. Y por último, el párrafo tercero del § 688 amplía el objeto de la acción al establecer que el pago, además de en moneda alemana, puede ser también en moneda extranjera, si la notificación del mandato de pago hubiera de realizarse en un Estado miembro de la UE, en Israel, Noruega y restantes Estados de la EFTA ⁶⁹.

La *ZPO* no exige, a diferencia del Derecho italiano ⁷⁰ y francés⁷¹, que el derecho de crédito que haga valer el acreedor se apoye, necesariamente, en una prueba escrita.

El procedimiento se inicia mediante una solicitud (*Mahntrag*), cuyo contenido viene taxativamente determinado por el § 690, dirigida a que se dicte un mandato de pago (*Mahnbescheid*). La *ZPO* no prescribe una forma especial para la solicitud (§ 702), solamente se exige que lleve manuscritas las firmas (§ 690.2) ⁷². No podemos dejar de señalar que, en base a la autorización legal contenida, entre otros, en los §§ 689.1, 690.3, 691.3 y 696.2, se han

⁶⁷.- Según LORCA NAVARRETE (*El procedimiento monitorio civil*, San Sebastián, 1988, pág. 45) la exclusión de los créditos sujetos a contraprestación obedece a que el procedimiento monitorio ha de ser aplicado sólo a los supuestos en los que el contencioso sea relativamente simple. En la obra citada, LORCA NAVARRETE realiza un estudio de Derecho comparado del procedimiento monitorio civil, proyectándolo hacia una proposición de bases para una futura introducción del mismo en nuestro ordenamiento jurídico.

⁶⁸.- A partir del 1.1.92, las pretensiones derivadas de contratos sujetos a la Ley de crédito al consumidor (*Verbraucherkreditgesetz*), sólo podrán ventilarse por los cauces del *Manhverfahren* si el interés anual efectivo, fijado en la conclusión del contrato, no excede en más de un 12% el tipo del interés descuento (*Diskontsatz*) del Banco Central alemán.

⁶⁹.- Vid. ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., pág. 993.

⁷⁰.- Vid. *supra*, pág. 94.

⁷¹.- Vid. *infra*, pág. 122.

⁷².- Vid. sobre el particular, ZEISS, *Zivilprozessrecht*, cit., págs. 276 y 277.

elaborado modelos impresos de solicitudes de mandatos de pago cuya lectura se hace de forma mecanizada. En los mismos, además de especificarse la información enumerada en el § 690, se indica al interesado la forma de rellenarlo y ante quién ha de presentarse. Esta medida ha contribuido a soslayar las complicaciones lógicas de elaboración que comporta todo escrito judicial, con lo que se ha favorecido el acceso del justiciable al procedimiento monitorio ⁷³.

La solicitud de mandato de pago puede contener la petición de señalamiento de audiencia para el caso de que el deudor plantee oposición, y para el supuesto de que no se oponga, la súplica de que se dicte mandamiento de ejecución (*Vollstreckungsbescheid*) § 696 ⁷⁴. Sin embargo, cuando el procedimiento monitorio se tramita por medios mecánicos, no pueden acumularse dichas peticiones a la solicitud de emisión del mandato de pago (§ 699).

Puesto que el *Mahnverfahren* alemán no exige que el derecho de crédito que se haga valer se apoye en una prueba escrita, *a fortiori*, no se requiere que el actor presente documentos que prueben cumplidamente la certeza de la pretensión. Ahora bien, si se parte de la premisa de que la aportación de documentos es una práctica frecuente, ya que la técnica monitoria exige una fuerte probabilidad de la existencia del crédito, bastará que de los mismos se desprenda una apariencia de verosimilitud suficiente de la existencia de la deuda para que pueda dictarse el mandato de pago ⁷⁵. Por esto, el mandato de pago, que se dicta *inaudita altera parte* tras un examen de los presupuestos procesales de carácter general y de las condiciones de admisibilidad específicas del procedimiento monitorio (§§ 688, 689, 690, y 703.c.2), no presupone un enjuiciamiento sobre la

⁷³.- En este sentido, *vid.* LORCA NAVARRETE, *El procedimiento monitorio civil*, cit., págs. 36 a 39.

⁷⁴.- *Vid.* ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, *Zivilprozeßrecht*, cit., pág. 994.

⁷⁵.- *Vid.* al respecto LORCA NAVARRETE, *El procedimiento monitorio civil*, cit., págs. 47 a 51 y 57; y GUTIERREZ-ALVIZ CONRADI, "Actualidad del procedimiento monitorio civil", en *Justicia* 90, núm.1, pág. 29.

cuestión de fondo ⁷⁶. Una advertencia en tal sentido debe incluirse, según el § 692.1.2, en el mandato de pago. La constitución en mora del deudor y la interrupción de la prescripción son dos de las consecuencias jurídicas más relevantes del mandato de pago.

Contra el mandato de pago el deudor puede plantear oposición (*Widerspruch*) de acuerdo con lo dispuesto en el § 694, impidiendo, en este caso, que aquel pronunciamiento adquiera eficacia ejecutiva⁷⁷. Así, pues, la oposición hace imperfecto el procedimiento monitorio impidiendo que éste alcance el fin que lo caracteriza, ya que a partir de aquélla el procedimiento continúa, si una parte así lo solicita, como ordinario (§§ 696 y 697). El proceso ordinario "no se dirige a decidir si la orden de pago debe ser revocada o mantenida, sino a decidir *ex novo* sobre la originaria acción de condena, como si la orden de pago no hubiera sido nunca emitida" ⁷⁸.

No presentándose oposición, y resultando inatendido el mandato de pago, se dicta mandamiento de ejecución (*Vollstreckungsbescheid*) a solicitud del acreedor (§ 699); a dicha resolución otorga, de forma expresa, el § 794.4 la condición de título ejecutivo judicial. El mandamiento de ejecución se asimila, en cuanto a la impugnabilidad y eficacia de cosa juzgada, a una sentencia definitiva dictada en rebeldía y declarada provisionalmente ejecutiva (§ 700) ⁷⁹. Sólo se requiere copia ejecutoria cuando la ejecución tenga lugar por o contra personas distintas de las designadas en el mandamiento de pago (§ 796.1).

⁷⁶.- Este mandato de pago sólo autoriza al acreedor a utilizar el procedimiento monitorio. Vid. ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, *Zivilprozeßrecht*, cit., pág. 995.

⁷⁷.- Cfr. HARTMANN, *Zivilprozeßordnung*, cit., pág. 1638.

⁷⁸.- CALAMANDREI, *El procedimiento monitorio*, cit., pág. 33. Vid. en este mismo sentido, ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, ob. cit., nota anterior, págs. 997 a 1000.

⁷⁹.- Vid. ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, *Zivilprozeßrecht*, cit., pág. 1002; ZEISS, *Zivilprozeßrecht*, cit., pág. 211.

La *ZPO* regula, en el § 703.a, una especialidad del procedimiento monitorio, que en realidad es la que a nosotros nos interesa, determinada por el hecho de que el mandato de pago no se emite en base a una mera afirmación de la existencia del crédito y de atribución de legitimación activa y pasiva, o "mandamiento de pago simple" ⁸⁰, sino que la solicitud de mandato de pago debe fundarse en la reclamación de una deuda contenida en un documento o en una letra de cambio, pagaré o cheque. A este procedimiento, que recibe el nombre de procedimiento monitorio en materia documental y cambiaria (*Urkunden-, Wechsel- und Scheckmahnbescheid*), le son aplicables las disposiciones generales que acabamos de exponer con las siguientes especialidades:

1ª) En el escrito (solicitud) con que se inicia el procedimiento se ha de hacer constar que su objeto es obtener un mandato de pago en vía documental o cambiaria (§ 703.a.1).

2ª) En la solicitud debe hacerse referencia a los títulos (v.gr. letra de cambio) base de la reclamación (§ 703.a.2.2).

3ª) A su vez, en el mandato de pago se consigna su naturaleza; esto es, mandato de pago por letra de cambio o cheque (§ 703.a.1).

4ª) No debe examinarse la admisibilidad de la clase de proceso elegido (§ 703.a.2.3); es decir, no se analiza si pueden probarse por documentos todos los hechos que fundan la pretensión. De esta prescripción legal se infiere que, de conformidad con uno de los principios básicos de la técnica monitoria, no debe llevarse a cabo un previo análisis de los documentos que se adjuntan a la solicitud de mandato de pago. Ya hemos apuntado que es únicamente a través de la oposición, con la cual el demandado abre el contradictorio, que se entra a enjuiciar la adecuación a derecho de la pretensión deducida.

5ª) La oposición puede presentar una doble vertiente:

a) si se formula sin ninguna limitación, el *Mahnverfahren* se convierte en documental o cambiario ordinario (§ 703 a 2.1).

⁸⁰.- Expresión utilizada por ROSENBERG (*Tratado de Derecho procesal civil*, tomo II, Libro segundo, cit., pág. 530).

b) si el deudor, en la oposición, se limita a pedir la reserva del ejercicio de sus derechos, no impide que se otorgue el mandamiento de ejecución, que se emite, eso sí, con tal reserva. Al procedimiento ulterior le son aplicables, por analogía, las normas del § 600 (*Nachverfahren*)⁸¹.

IV. FRANCIA.

1. Ejercicio de la acción cambiaria derivada de letras de cambio y pagarés.

A) Presupuestos del ejercicio de la acción.

Ni la letra de cambio, ni el pagaré tienen, en el Ordenamiento jurídico francés, la consideración de título ejecutivo⁸². Por consiguiente, la acción cambiaria derivada de letra de cambio o pagaré, sólo podrá deducirse en vía declarativa siempre que, previamente, se hayan observado determinadas formalidades; en particular la confección del protesto⁸³.

⁸¹.- *Vid.* SCHOENKE, *Derecho procesal civil*, cit., pág. 369.

⁸².- En Derecho francés se distinguen dos clases de títulos ejecutivos. Una de ellas comprende aquellos actos, de naturaleza judicial y extrajudicial, que necesariamente deben hallarse provistos de la cláusula ejecutiva para tener aparejada ejecución (art. 502 *nouveau Code de procédure civile*, en adelante *n. CPC*). Como ejemplos pueden citarse, las sentencias declarativas de condena, el acta de lo convenido en el proceso verbal de conciliación (art. 131 *n. CPC*), el mandamiento de pago dictado en el procedimiento *d'injonction de payer* (art. 1422 *n. CPC*) y los actos notariales. Forman parte de la otra clase de títulos ejecutivos los actos administrativos que, al emanar directamente del Poder ejecutivo, tienen por sí mismos fuerza coactiva y, por tanto, están dispensados de la cláusula ejecutiva. *Vid.* VINCENT y PREVAULT, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, cit., págs. 25 a 28.

⁸³.- El carácter obligatorio del protesto viene establecido en los arts. 148.A y 185 del *Code de commerce* de 1807, según la redacción dada por el Decreto-Ley de 30 de octubre de 1935 que integró, salvo en los supuestos en que el legislador francés hizo uso

El art. 1840 T bis del *Code général des impôts* se suma al formalismo imperante en materia cambiaria al disponer que la falta de timbre priva al portador de una letra de cambio, o de cualquier otro efecto sujeto a timbre, hasta el pago de los derechos de timbre y de las multas en las que haya incurrido, del ejercicio de las acciones que de ella se deriven contra el librador, endosantes y demás obligados ⁸⁴.

La competencia *ratione materiae* para conocer de las acciones procedentes de una letra de cambio inatendida (sea por falta de aceptación o de pago) viene atribuida por el *Code de commerce* a los Tribunales de comercio. El art. 631.3 del citado cuerpo legal dispone que los Tribunales de comercio conocerán de cualquier litigio relativo "a los actos de comercio entre toda persona". A continuación, el art. 632 enumera los actos que el *Code* reputa "de comercio", entre los cuales figura la letra de cambio.

A diferencia de la letra de cambio, el pagaré (*billet à ordre*) no se considera acto de comercio por la forma ⁸⁵. Sin embargo, las

de su derecho de reserva, las disposiciones de la Convención de Ginebra relativas a la letra de cambio y pagaré en dicho Código (arts. 110 a 189). Al carácter obligatorio del protesto, formula el *Code de commerce* una serie de excepciones de carácter legal (arts. 148.A.4 y 6; y 157.4) y convencional (art. 150). No obstante, el tenedor negligente conserva su acción cambiaria contra el aceptante y el librador que no justifique haber hecho provisión de fondos antes del vencimiento (art. 156). Esta última norma es consecuencia del carácter causalista que preside el sistema cambiario francés.

⁸⁴.- En el art. 1480 T bis del *Code général des impôts* se dispone lo siguiente: "Le porteur d'une lettre de change non timbrée ou non visée pour timbre, conformément aux articles 910 et 911, ne peut, jusqu'à l'acquittement des droits de timbre et des amendes encourues, exercer aucun des recours qui lui sont accordés par la loi contre le tireur, les endosseurs et les autres obligés. -Est également suspendu jusqu'au payement des droits de timbre et des pénalités encourues l'exercice des recours appartenant au porteur de tout autre effet sujet au timbre et non timbré ou non visé pour timbre, conformément aux mêmes articles. -Toutes stipulations contraires sont nulles".

⁸⁵.- La doctrina francesa no encuentra, hoy en día, justificación a esta diferencia, pues, si la mercantilidad de la letra de cambio está ligada a la forma del título, el pagaré es también, como consecuencia de la adaptación de su régimen jurídico a la legislación uniforme de Ginebra, un documento eminentemente formal; además de ser utilizado como un medio de crédito. Sobre este particular, *vid.* entre otros, ROBLOT, *Traité de Droit commercial*, de G. Ripert, douzième éd., tome II, Paris, 1990, pág. 236; JUGLART y IPPOLITO, *Droit commercial*, premier volume, I, "Actes de commerce et entreprise.

normas contenidas en los arts. 637 y 638 del *Code de commerce*, determinan que sean los Tribunales de comercio los que resuelvan, en la mayoría de los casos, los litigios relativos a los pagarés. Incluso en el supuesto de que en el pagaré sólo consten firmas de personas no comerciantes, el Tribunal de comercio no debe abstenerse de oficio puesto que su incompetencia no es de orden público ⁸⁶.

B) Proceso de declaración: *procédure d'injonction de payer*.

Como ya es sabido, dos de las manifestaciones del rigor cambiario se concretan, en primer lugar, en la obligatoriedad de la constatación solemne del incumplimiento del deudor (a la que ya hemos hecho referencia); y, en segundo lugar, en la previsión de un procedimiento especial, en el que se conjuguen las notas de rapidez y sencillez, para facilitar el cobro de las deudas cambiarias. Al estudio de este procedimiento dedicaremos las líneas siguientes.

El Decreto-Ley de 25 de agosto de 1937 creó un procedimiento simplificado -respecto del proceso ordinario civil y comercial- para la reclamación de cantidades líquidas provenientes de créditos mercantiles. Este procedimiento recibió el nombre de *procédure d'injonction de payer*. La ley de 4 de julio de 1957 extendió el ámbito

Commerçants et fonds de commerce. Principes de comptabilité", troisième éd., Paris, 1979, pág. 190; JEANTIN, *Droit commercial*, (Instruments de paiement et de crédit. Entreprises en difficulté), 2 éd., Paris, 1990, pág. 209.

⁸⁶.- A esta conclusión llega JEANTIN (ob. cit., nota anterior, pág. 290) después de analizar el contenido de los arts. 636 y 637 del Código de comercio francés. En los citados artículos se dispone lo siguiente, art. 636: "Lorsque les billets à ordre ne porteront que des signatures d'individus non négociants et n'auront pas pour occasion des opérations de commerce, trafic, change, banque ou courtage, le tribunal de commerce sera tenu de renvoyer au tribunal de grande instance, *s'il en est requis par le défendeur*" (la cursiva es nuestra); y art. 637: "Lorsque ces billets à ordre porteront en même temps des signatures d'individus négociants et d'individus non négociants, le tribunal de commerce en connaîtra". En el mismo sentido, se manifiestan GAVALDA y STOUFFLET, *Droit du crédit*, 2, "Chèques, Effets de commerce, Cartes de crédit et de paiement", deuxième éd., Paris, 1991, págs. 189 y 190; GUYENOT, *Cours de Droit commercial*, II, Paris, 1977, pág. 963.

de aplicación del citado procedimiento a los créditos de carácter civil y a las obligaciones resultantes de una letra de cambio aceptada o de un pagaré (pero no de un cheque) ⁸⁷. En la actualidad, la *procédure d'injonction de payer* está regulada en los arts. 1405 a 1425 del *n. CPC* ⁸⁸. La ventaja del mencionado procedimiento consiste en obtener rápidamente, y de forma unilateral, un título ejecutivo.

De conformidad con lo que se dispone en el art. 1405.2 del *n. CPC*, el tenedor de una letra de cambio o de un pagaré ⁸⁹, puede valerse -pues, es para él una simple facultad- además de la *procédure de droit comun*, de los cauces privilegiados del procedimiento *d'injonction de payer* para reclamar, a cualquier obligado cambiario y sin límite de valor, el cumplimiento de la obligación cambiaria ⁹⁰.

La estructura del procedimiento *d'injonction de payer* viene determinada por su función: facilitar al acreedor la rápida obtención de un título ejecutivo. El procedimiento comienza por un escrito, dirigido al presidente del Tribunal de comercio en cuyo ámbito territorial tiene su domicilio el deudor, que contendrá: nombres y apellidos, profesión y domicilio del acreedor y del deudor; la indicación de la suma reclamada y el fundamento del crédito. Se hará constar en dicho escrito la pretensión, esto es, que el presidente expida una orden de pago contra el deudor. A este escrito deben acompañarse los documentos justificativos de la existencia y la cuantía de la pretensión (art. 1407 *n. CPC*). Si a la vista de los documentos aportados, considera el presidente que la demanda está

⁸⁷.- Vid. VINCENT y GUINCHARD, *Procédure civile*, cit., pág. 487; LORCA NAVARRETE, *El procedimiento monitorio civil*, cit., pág. 61.

⁸⁸.- La redacción de estos artículos es el resultado de diversas modificaciones. Se cuentan entre las más importantes, las producidas por los Decretos de 28 de agosto de 1972, de 12 de mayo y de 9 de septiembre de 1981, y de 4 de marzo de 1988.

⁸⁹.- Al ejercicio de la acción cambiaria por falta de pago de un cheque nos referiremos más adelante, *vid. infra*, págs. 125 a 127.

⁹⁰.- En el art. 1405.2 *n. Cpc* se dispone: "Le recouvrement d'une créance peut être demandé suivant la procédure d'injonction de payer lorsque: 2° L'engagement résulte de l'acceptation ou du tirage d'une lettre de change, de la souscription d'un billet à ordre, de l'endossement ou de l'aval de l'un ou l'autre de ces titres (...)".

fundada en derecho, dicta una resolución conminatoria al pago (*ordonnance portant injonction de payer*). Si rechaza la demanda, el procedimiento *d'injonction* termina y deberá seguirse el procedimiento ordinario en materia comercial (arts. 853 a 878 *n. CPC*), pues, frente a la resolución judicial el acreedor no puede interponer ningún recurso (art. 1409 *n. CPC*).

Una copia certificada de la resolución conminatoria se notifica, a iniciativa del acreedor, al deudor (art. 1411 *n. CPC*). Desde la notificación, el deudor tiene el plazo de un mes para formular oposición que se sustanciará ante el mismo Tribunal de comercio que dictó la orden de pago (art. 1415 *n. CPC*). El fallo del Tribunal, en el que se pronuncia sobre la oposición, sustituye a la orden de pago (art. 1420 *n. CPC*).

Vemos, pues, como en el procedimiento *d'injonction de payer* se cumplen las notas peculiares del proceso monitorio documental: no basta la simple afirmación del acreedor para iniciar el procedimiento especial, sino que es necesario que los hechos constitutivos de la pretensión sean probados mediante documentos; y, la oposición no motivada del deudor no hace ineficaz la orden de pago, sino que produce el efecto de abrir un incidente contradictorio para resolver si aquélla debe ser mantenida o revocada ⁹¹.

Ante la falta de oposición, o en caso de desistimiento del deudor que ha formulado oposición, el acreedor puede solicitar, al secretario judicial (*secrétariat-greffe*) la consignación en la orden de pago de la fórmula ejecutiva. Dicha solicitud debe presentarse en el plazo de un mes a contar desde la expiración del plazo de oposición o desde el desistimiento del deudor (art. 1423 *n. CPC*). La aposición de la fórmula ejecutiva otorga a la orden de pago la autoridad de cosa juzgada. Por otra parte, la orden de pago producirá los mismos efectos

⁹¹.- Vid. GUTIERREZ-ALVIZ Y CONRADI, *El procedimiento monitorio. Estudio de Derecho comparado*, cit., págs. 43 y 44.

que una sentencia pronunciada tras un juicio contradictorio (art. 1422 *n. CPC*). El acreedor, finalmente, tiene en sus manos un título con el que puede iniciar la ejecución ordinaria.

Sin embargo, no todo son "luces" en este procedimiento; también se advierten en él algunas "sombras". Así, se señala que el procedimiento *d'injonction de payer* no se adapta perfectamente al rigor del Derecho cambiario, ya que en caso de oposición, el procedimiento se convierte en ordinario y el Tribunal de comercio puede acordar todo tipo de medidas de instrucción; posibilidad a la que seguramente se acogerá el deudor con la sola intención de retardar el pago⁹². Para soslayar los peligros ocasionados por las eventuales dilaciones procedimentales provocadas por el deudor y, en general, para asegurar la eficacia de la acción cambiaria, el art. 158 del *Code de commerce* permite al tenedor de una letra de cambio o de un pagaré que solicite al presidente del Tribunal de comercio el secuestro (*saisie conservatoire*) de los bienes muebles del demandado⁹³. La adopción de esta medida cautelar sólo es posible si la letra o el pagaré han sido protestados por falta de pago.

⁹².- *Vid.* ROBLOT, *Traité de Droit commercial*, tome II, cit., pág. 228. Ante este peligro, manifiesta el citado autor que si la existencia de la obligación cambiaria no es seriamente discutida por el deudor, sería más adecuado acudir al *référé-provision* previsto en el art. 873.2 *n. CPC*. Dicho expediente procesal, de carácter provisional, se traduce en la posibilidad de que el presidente del Tribunal de comercio acuerde otorgar al acreedor una provisión u ordene la ejecución de la obligación: "... il peut accorder une provision au créancier, u ordonner l'exécution de l'obligation". Con el *référé-provision* puede conseguirse una resolución que excede del simple aseguramiento del resultado del proceso principal, pues, produce una satisfacción anticipada del derecho del solicitante.

En cuanto a las atribuciones del presidente del Tribunal de comercio, puede consultarse VINCENT y GUINCHARD, *Procédure civile*, cit., págs. 171 y 172. Y por lo que se refiere a determinados mecanismos de tutela cautelar en Derecho francés, *vid.* CALDERON CUADRADO, "Una solución del Derecho francés a la duración del proceso civil: tutela cautelar indeterminada en las *ordonnances des référés* y *sur requête*", en *Revista General de Derecho*, núms. 568-69, enero-febrero 92, págs. 33 a 51.

⁹³.- En el art. 158 se establece que: "Indépendamment des formalités prescrites pour l'exercice de l'action en garantie, le porteur d'une lettre de change protestée faute de paiement peut, en obtenant la permission de juge, saisir conservatoirement les effets mobiliers des tireurs, accepteurs et endosseurs". La *saisie conservatoire* "empêche le débiteur saisi de soustraire ses meubles (exclusivement) à l'action du porteur, mais le requérant ne peut pas procéder à la vente des biens saisis parce qu'il n'a pas encore de titre exécutoire", ROBLOT, *Traité de Droit commercial*, tome II, cit., pág. 229.

2. Ejercicio de la acción cambiaria derivada de cheques.

A) Presupuestos del ejercicio de la acción.

No podemos finalizar el análisis del ejercicio judicial de la acción cambiaria en el Derecho francés, sin efectuar, antes, unas breves consideraciones acerca de las acciones cambiarias emanadas de la falta de pago del cheque.

El Decreto-Ley de 30 de octubre de 1935 también supuso la adecuación de la legislación francesa, en materia de cheques, a los convenios de Ginebra. Las disposiciones, que dicho Decreto-Ley destina a la regulación del protesto, formulan un sistema idéntico al de la letra de cambio y pagaré ya analizado. En efecto, el art. 40 exige al portador de un cheque la constatación, mediante protesto, de la falta de pago para poder ejercitar sus acciones. Por su parte, los arts. 43 y 48.4 establecen, respectivamente, excepciones de carácter convencional y legal a la obligatoriedad del protesto. Y, por lo que respecta a los requisitos fiscales, desde el 1 de abril de 1979, los cheques que no estén cruzados y aquellos que sean transmisibles por endoso (excepto si se transmiten a un Banco, Caja de ahorros o establecimiento asimilado) están sujetos a un derecho de timbre, cuyo incumplimiento suspende el ejercicio de las acciones que, de conformidad con lo regulado en el Decreto-Ley de 1935, le corresponden al acreedor cambiario⁹⁴.

B) En especial, proceso de ejecución.

Dos son las razones que, a nuestro entender, han aconsejado exposición separada respecto de la letra de cambio y pagaré:

⁹⁴.- Vid. al respecto, ROBLOT, *Traité de Droit commercial*, tome II, cit., págs. 247 y 251; GAVALDA y STOUFFLET, *Droit du crédit*, 2, cit., págs. 415 y 416.

Primera. El titular de un cheque impagado por falta de provisión de fondos dispone de un medio procesal más rápido y eficaz para obtener del *librador* el cobro. Este medio se traduce en la innecesariedad de acudir a un procedimiento declarativo para la producción de un título ejecutivo. El art. 65.3 del Decreto-Ley de 30 de octubre de 1935, modificado por la Ley núm. 85-695, de 11 de julio de 1985, permite al portador de un cheque conseguir del Banco librado un certificado de falta de pago. En el supuesto de que el pago no se efectúe en un plazo de quince días a contar desde la notificación del certificado -que equivale a un mandamiento de pago, art. 65.3.4 Decreto-Ley de 1985-, el ejecutor (*huissier de justice*) expide un título ejecutivo⁹⁵. Este título ejecutivo permite practicar cualquier forma de *saisie*⁹⁶.

Segunda. La enumeración restrictiva del art. 1405.2 *n. CPC* no posibilita la incoación de un procedimiento *d'injonction de payer* cuando la aportación documental se reduzca al cheque. Ahora bien, al ser el cheque un medio de pago, el portador del mismo puede utilizar la vía de la técnica monitoria acompañando el documento en el que conste el contrato para cuyo cumplimiento se emitió el cheque (art. 1405.1 *n. CPC*)⁹⁷.

⁹⁵.- Vid. COUCHEZ, *Voies d'exécution*, cit., pág. 42; PEROCHON, *Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement*, Paris, 1992, pág. 431.

La obtención del certificado de falta de pago no exime al portador, que quiera conservar sus acciones, de levantar protesto (art. 40 del Decreto-Ley de 1935). Aunque de conformidad con lo establecido en los arts. 3.3 y 52.3, de la norma citada, el portador negligente conserva su acción contra el librador si demuestra que la provisión de fondos no existía en el momento de la emisión del cheque. Vid. en este sentido, JEANTIN, *Droit commercial*, cit., pág. 64; GAVALDA y STOUFFLET, *Droit du crédit*, 2, págs. 348 y 349.

⁹⁶.- Sobre las diferentes *saisies* reguladas en el Derecho procesal francés, *vid. supra*, Capítulo Primero, pág. 86.

⁹⁷.- En el art. 1405.1 se dispone que: "Le recouvrement d'une créance peut être demandé suivant la procédure d'injonction de payer lorsque: 1° La créance a une cause contractuelle ou ...".

Cuando el tenedor de un cheque no tenga más remedio que acudir al procedimiento ordinario para poder ejercitar su acción cambiaria, puede solicitar el secuestro (*saisie conservatoire*) de los bienes muebles de un co-obligado distinto del librador (art. 63 del Decreto-Ley de 1935). Con esta medida, similar a la prevista por el art. 158 del Code de commerce ⁹⁸, se intenta evitar el peligro que para la satisfacción del crédito del acreedor supone la mera sustanciación del proceso de declaración.

La competencia será civil o mercantil según la cualidad del librador y la naturaleza del crédito, pues el cheque, al igual que el pagaré, no es un acto de comercio objetivo o por la forma ⁹⁹.

⁹⁸.- *Vid. supra*, pág. 124.

⁹⁹.- La emisión de un cheque constituye un acto de comercio si se emite por un comerciante para la realización de operaciones económicas inherentes a su comercio. ROBLOT, (*Traité de Droit commercial*, tome II, cit., pág. 247), critica esta situación jurídica, considerándola ilógica, si se tiene en cuenta que el cheque ha devenido un título bancario.