

TRIBUNA



Las medidas cautelares en el procedimiento monitorio

Fabio VIRZI

Abogado Procesal, ONTIER

Resumen

La adopción de medidas cautelares en el proceso monitorio ha sido objeto de mucho debate. Para de nuestra jurisprudencia considera que esas medidas son incompatibles con el monitorio atendiendo a la naturaleza jurídica y características de un proceso de ese tipo. Otras, sin embargo, entienden que la adopción de medidas cautelares en un proceso monitorio no sólo son plenamente posibles sino que podrían ser totalmente necesarias. Pues bien, en el presente artículo analizaremos este tema y trataremos de dar una respuesta a esa cuestión.

I. INTRODUCCIÓN

La adopción de medidas cautelares en el proceso monitorio ha sido objeto de mucho debate en múltiples resoluciones judiciales.

Parte de nuestra jurisprudencia considera que esas medidas son incompatibles con el monitorio, atendiendo a la naturaleza y características de un proceso de ese tipo.

Otras (mayoritarias), sin embargo, entienden que la adopción de medidas cautelares en un proceso monitorio no sólo son plenamente posibles sino que podrían ser totalmente necesarias al objeto de

salvaguardar el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24 de nuestra Constitución.

Pues bien, en el presente artículo analizaremos ese tema y trataremos de dar una respuesta a esa cuestión.

No obstante, para entender perfectamente el debate jurisprudencial que se suscita, debemos analizar, con carácter previo, las principales características y la naturaleza jurídica del proceso monitorio. Veámoslo.

II. EL PROCESO MONITORIO: CARACTERÍSTICAS Y NATURALEZA JURÍDICA

El proceso monitorio está regulado en el Título III del Libro IV de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (de ahora en adelante, la «**Ley de Enjuiciamiento Civil**»), relativo a los procedimientos especiales.

La finalidad de ese proceso es constituir un instrumento eficaz para el cobro de deudas dinerarias vencidas, exigibles y documentadas (en alguna de las formas indicadas por la LEC), mediante la creación de un título ejecutivo.

Asimismo, lo que caracteriza, sin lugar a duda, al procedimiento monitorio es su rapidez y sencillez.

Así lo entiende, por ejemplo, **la Audiencia Provincial de Madrid**, que en su **Auto de fecha 23 de enero de 2009** consideró que el proceso monitorio «tiende a conseguir de una manera rápida un título de ejecución, a través del requerimiento de pago realizado al afirmado deudor e interpretando su silencio, de no manifestar oposición alguna, ni atender el requerimiento de pago, como prueba plena de la existencia de la deuda».

En este mismo sentido se ha pronunciado **la Audiencia Provincial de La Rioja**, que en su **Auto de fecha 6 de junio de 2006** estableció que «el procedimiento monitorio se perfila como una de las novedades más significativas de las introducidas en nuestro ordenamiento por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, en la que se concibe como una vía de protección de determinados créditos, dinerarios, líquidos (...). Para dar respuesta a estas peticiones se creó un procedimiento, ya establecido y con excelente aceptación y resultado en un buen número de países de la Europa comunitaria, que se caracteriza por un trámite sencillo y rápido».

La mayoría de autores consideran que el monitorio es un proceso especial

En cuanto a la naturaleza jurídica de dicho proceso, la mayoría de autores consideran que el monitorio es un proceso especial. Así lo entiende, por ejemplo, **Don Francisco García Gómez de Mercado** en su artículo «**Los procesos especiales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil**» publicado en **Actualidad Jurídica Aranzadi (número 467)**.

Asimismo, el autor **Don Pablo Correa Delcasso**, en su artículo «**El proceso monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil**» publicado en **la Revista Xurística Galega (número 26)** estableció que el monitorio es un «proceso especial plenario y rápido que tiende, mediante la inversión de la iniciativa del contradictorio, a la rápida creación de un título ejecutivo con efectos de cosa juzgada en aquellos casos que determina la ley».

La naturaleza especial del proceso monitorio está basada, en primer lugar, por la propia situación del proceso monitorio en el Título III de la LEC (que regula, como hemos visto anteriormente, los

procesos especiales).

Esa especialidad está basada igualmente en la «especial» estructura procedimental que presenta el monitorio con respecto del proceso ordinario. Así lo ha declarado, por ejemplo, **Don Pablo Correa Delcasso** en el artículo al que nos hemos referido anteriormente.

Asimismo, **Don Miguel Ángel Fernández Ballesteros** en su obra «**Comentarios de la LECiv**» publicada por **Irgium Editores**, defiende la especialidad del proceso monitorio no solamente porque presente una particular estructura sino también por tener una finalidad concreta, a saber: la reclamación de deudas dinerarias (líquidas, determinadas, vencidas, exigibles y acreditadas mediante algún documento de los legalmente establecidos en la LEC).

Consiguientemente, la doctrina sostiene pacíficamente que el monitorio (por estar regulado en el Título III de la LEC, por su estructura procedimental y por su finalidad) es un proceso especial.

No obstante, una de las cuestiones que suscita debate es si el monitorio merece la consideración de proceso declarativo.

Como es bien sabido, los juicios declarativos están regulados en los arts. 248 y siguientes de la LEC y son aquellos procesos en los que se pretende, con carácter general, que los Tribunales declaren la existencia de un derecho mediante el dictado de una Sentencia con efectos de cosa juzgada (con la debida contradicción entre las partes y a través de un juicio de cognición por parte del Juzgador).

Pues bien, si atendemos únicamente a lo dispuesto en el art. 248 de la LEC (que regula las clases de procesos declarativos) podríamos concluir que el proceso monitorio no es un declarativo pues ese precepto reserva tal condición al juicio ordinario y al verbal.

Asimismo, si atendemos estrictamente a la definición del juicio declarativo y a sus características (contradicción, cognición y efectos de cosa juzgada) se podría discutir que el monitorio sea un proceso de ese tipo.

Pese a ello, no son pocos los autores y las resoluciones judiciales que consideran que el proceso monitorio merece la condición de declarativo.

A modo de ejemplo citamos a **Don José Bonet Navarro**, que en su obra «**Derecho Procesal Civil**», editada por **Aranzadi**, destaca la naturaleza declarativa o de cognición del proceso monitorio.

Al objeto de fundamentar esa conclusión, ese autor arguye que sí existe un trámite de oposición en el monitorio y que ante la ausencia de oposición del deudor, el Juez dictará una resolución que declarará un derecho de crédito a favor del acreedor (lo que confirma su naturaleza declarativa) y que tendrá efectos de cosa juzgada (pues podrá ser ejecutada).

A su vez, cabe resaltar, en favor de la naturaleza declarativa del proceso monitorio, que en estos procesos el Juez realiza una mínima labor de cognición pues, según el art. 815 de la LEC, el Tribunal deberá valorar si admite (o no) la petición presentada por el acreedor (valorando si los documentos presentados son los que se establecen en el art. 812 LEC), con carácter previo a requerir de pago al deudor.

Consiguientemente, a la vista de lo anterior, considero que hay elementos suficientes para afirmar que el proceso monitorio es un proceso especial (tanto por su finalidad como por su propia estructura procedimental) que merece la consideración de declarativo (por la existencia de cierta contradicción y cognición por parte del Juzgador).

Así se ha pronunciado también nuestra jurisprudencia. En este sentido podemos destacar, por

ejemplo, el **Auto de fecha 23 de enero de 2009** dictado por la **Audiencia Provincial de Madrid**, en el que estableció que «El procedimiento monitorio, de la LEC 1/2000, es un proceso de naturaleza declarativa especial». En este mismo sentido se pronunció esa misma Audiencia en su **Auto de fecha 19 de septiembre de 2008**.

Esa es la misma línea seguida por la **Audiencia Provincial de Barcelona que en su Auto de fecha 14 de octubre de 2003** estableció lo siguiente: «El proceso monitorio de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, ostenta la naturaleza de ser un procedimiento declarativo especial».

A la misma conclusión ha llegado, por ejemplo, **la Audiencia Provincial de Cádiz que en su Auto de fecha 30 de julio de 2003** estableció «Que, el proceso monitorio introducido en nuestro ordenamiento procesal civil por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Capítulo I, título III del Libro IV, arts. 812 a 817, ha sido definido por la doctrina procesalista como aquel proceso especial declarativo».

III. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO MONITORIO

Pues bien, vistas las principales características y la naturaleza jurídica del monitorio ¿cabe proponer y adoptar una medida cautelar en el marco de un proceso de ese tipo? Veámoslo a continuación.

Como es bien sabido, las medidas cautelares están reguladas en los arts. 721 y siguientes de la LEC.

Según el art. 721 de nuestra Ley de Ritos, «bajo su responsabilidad, todo actor, principal o reconvenional, podrá solicitar del Tribunal, conforme a lo dispuesto en este título, la adopción de medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dicte».

Las medidas cautelares han sido definidas por el auto del Tribunal Supremo de fecha 26 de junio de 2009 como «un proceso de facilitación cuya finalidad es remover los obstáculos que puedan oponerse a la eficacia de un proceso principal. En este sentido, el proceso cautelar se puede definir como aquél que tiene por objeto facilitar otro proceso principal garantizando la eficacia de sus resultados. Por ello, podemos afirmar que desempeñan una función meramente instrumental, esto es, se dan porque están en función de un proceso principal ya iniciado o por iniciar y sólo tienen sentido y razón de ser en aras a ese proceso».

Las principales características de las medidas cautelares están reguladas en el art. 726 de la LEC, que establece que dichas medidas deben «ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente» añadiendo que esas medidas no pueden ser susceptibles de sustitución por otra medida igualmente eficaz pero menos gravosa o perjudicial para el demandado.

Asimismo, para la adopción de esas medidas el art. 728 de la LEC exige la concurrencia de los siguientes presupuesto: (i)

Existen varios argumentos esgrimidos para negar la posibilidad de que se adopten medidas cautelares en este proceso

que de no adoptarse las medidas solicitadas se podrían producir situaciones durante la pendencia del procedimiento principal que impidieran o dificultaran la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria (el conocido como *periculum in mora*); (ii) que concurra una apariencia de buen derecho (juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de la pretensión formulada por el demandante) y (iii) que se otorgue caución.

Pues bien, atendiendo a lo anteriormente indiciado, los principales argumentos que se esgrimen por algunos autores y algunas resoluciones judiciales para negar la posibilidad de que se adopten medidas cautelares en el proceso monitorio son las siguientes:

— La naturaleza no declarativa del proceso monitorio. Aunque hemos establecido que el monitorio es un proceso declarativo especial, hay cierta jurisprudencia que se opone a tal conclusión y, sobre esa base, concluye que el proceso monitorio es incompatible con la adopción de medidas cautelares. Así, ese es el ejemplo del **Auto dictado por la Audiencia Provincial de Ciudad Real de fecha 16 de noviembre de 2009** que concluye que no es posible la adopción de medidas cautelares pues «no podemos compartir tal posición doctrinal que parte de una equiparación del juicio monitorio a los procedimientos declarativos cuando evidentemente el juicio monitorio no consiste en un requerimiento de pago, sin posibilidad de contradicción y, por tanto, de verdadera fase declarativa». Añade dicha resolución que «su finalidad declarada es precisamente evitar el proceso, buscando el reconocimiento y pago de la deuda o la constitución de un título ejecutivo» concluyendo que «en definitiva, el monitorio no es sino una posibilidad más que se le ofrece al acreedor, que o bien puede acudir a él si pretende crear rápidamente un título ejecutivo, o bien puede acudir al procedimiento declarativo correspondiente pidiendo medidas cautelares, pero lo que no cabe es mezclar las posibilidades de ambos procedimientos desnaturalizando el proceso monitorio».

— Otro de los argumentos que se utilizan para rechazar la adopción de medidas cautelares en el monitorio es la brevedad de ese proceso que debilitaría el presupuesto del *periculum in mora*. Se considera, en este sentido, que si para adoptar una medida cautelar ésta tiene que tender a garantizar la efectividad de la tutela judicial que se pretende durante el largo tiempo que suelen durar los procedimientos ordinarios, ese presupuesto no se cumpliría en un proceso monitorio (que se caracteriza por su rapidez).

— Finalmente, otro de los argumentos que se exponen por los detractores de las medidas cautelares en el proceso monitorio, son los arts. 721 y 726 de la LEC en los que se condiciona la adopción de cualquier medida cautelar a hacer posible la efectividad de la tutela que se contenga en una sentencia estimatoria cuando en el proceso monitorio no se dicta ninguna resolución de ese tipo.

Pese a ello, considero que son más sólidos los argumentos que se esgrimen para defender la adopción de medidas cautelares en el proceso monitorio.

Así, el primer razonamiento que se utiliza en ese sentido es que el monitorio es un proceso declarativo pues no parte de un título ejecutivo sino que tiende a crearlo y que, como tal proceso declarativo, no posee ningún privilegio especial respecto a los juicios declarativos (ordinario y verbal) en la primera fase de su desarrollo, resaltando asimismo las similitudes existentes entre el proceso monitorio y el cambiario (en el cual sí se prevé expresamente una concreta medida

cautelar, el embargo preventivo). En este sentido se ha pronunciado el **Auto dictado por la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 8 de noviembre de 2002.**

Se argumenta, asimismo, que existen razonamientos de naturaleza sistemática que apoyan la tesis favorable a la adopción de medidas cautelares en el proceso monitorio. En este sentido, se sostiene que las medidas cautelares se encuentran reguladas en un libro independiente y que por ello no existe razón alguna para pensar que solo sean aplicables a los procesos declarativos tipo. De hecho, en la propia Exposición de Motivos de la LEC se expone que «en cuanto a las medidas cautelares, esta Ley las regula en un conjunto unitario de preceptos, del que solo se excluyen los relativos a medidas específicas de algunos procesos civiles especiales». Siendo que en el proceso monitorio no se prohíbe expresamente la adopción de medidas cautelares, se entiende que su adopción es perfectamente posible en un proceso de esa naturaleza.

Asimismo, y contrariamente a lo que sostienen los detractores a la adopción de medidas cautelares en el proceso monitorio, entendemos que el presupuesto del *periculum in mora* (que debe concurrir para adoptarse una medida cautelar de conformidad con el art. 728 de la LEC) concurriría también en un proceso monitorio puesto que el plazo de 20 días que tiene el deudor para presentar un escrito de oposición es más que suficiente para hacer inefectiva la resolución definitiva que se dicte. En esta misma línea se ha situado, por ejemplo, el **Auto dictado por la Audiencia Provincial de Valencia en fecha 23 de marzo de 2012.**

Aunque exista jurisprudencia contradictoria nada impide que se soliciten y acuerden medidas cautelares en un proceso monitorio

Si a esto último se le añade que el Tribunal Constitucional ha considerado las medidas cautelares como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, y así, en su Sentencia número 238/1992, de 17 de diciembre, declara que las medidas cautelares responden a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional (esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia), puede concluirse que la adopción de una medida cautelar en un proceso monitorio no es sólo perfectamente posible sino que puede llegar a ser incluso necesaria (cuando concurren los presupuestos establecidos legalmente).

Por todo ello, considero que, aunque existan pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios, nada impide que se soliciten y se acuerden medidas cautelares en un proceso monitorio. De hecho, considero que existen razones de peso (expuestas anteriormente) que permiten defender la adopción de esas medidas en un proceso de tal naturaleza y cuyo único fin será el garantizar la efectividad de la resolución que se dicte (lo cual es, además, parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva).