

junio de 1980, entre otros fallos de diversas instancias) que se ha concluido *que por el incuestionable interés directo QUE EN RECOPE TIENE EL ESTADO*, en su condición de propietario del capital social de la empresa, la competencia para resolver sus conflictos recae en la Autoridad Judicial contencioso administrativa.

Véase que por vía jurisprudencial se ha llegado a establecer una regla definitiva, y actualmente RECOPE S.A. siendo una persona jurídica creada y regulada por el derecho privado (mercantil) se somete a la jurisdicción propia de los organismos públicos, lo que refleja una vez más el carácter jurídico mixto de este tipo de empresa. El interés directo que sobre RECOPE tiene el Estado ha sido el criterio fundamental que llevó a los Tribunales de la República a habilitar esta vía jurisdiccional para esta empresa; criterio muy interesante y aceptado, pero que no es más que producto de la laguna jurídica que en materia de empresas estatales existe en Costa Rica, que ha generado una improvisación casuística en esta materia regulada y tratada en muchos países.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL PROCESO EJECUTIVO EN COSTA RICA

Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo

Profesora Asociada de la Universidad de Costa Rica
Vice-Decano Facultad de Derecho

Introducción

En Costa Rica los temas de Derecho Procesal Civil son poco frecuentes en la literatura jurídica. Ello parece obedecer al poco interés que desde varios años, despierta el estudio de esa rama del Derecho aún cuando se pueden hacer muchas y variadas reflexiones.

Es así como queremos en este breve escrito, comunicar algunas reflexiones en lo relativo al proceso ejecutivo, figura que se trata como un instituto de poca relevancia aún cuando es de todos conocido, que es un procedimiento al que se acude muy a menudo en especial en un medio como el nuestro en que los créditos se suceden unos a otros y de ello resulta un respetable número de prendas, hipotecas y sobre todo pagarés así como por efecto, la constitución de otros títulos valores que luego no son satisfechos⁽¹⁾.

Precisamente, porque creemos que el procedimiento ejecutivo, es un instrumento jurídico-procesal que podríamos denominar de "tipo popular", hemos efectuado un estudio que persigue dar una concepción general y su descripción ilustrada en gran parte con la jurisprudencia nacional y alguna bibliografía y finalmente se hace un análisis de la conformación del procedimiento y su adaptación al fenómeno real del mismo en la vida diaria del país, su función práctica y el respeto al principio del contradictorio.

No es nuestro afán afirmar como válidas nuestras reflexiones más que en la medida de un enfoque tendiente a proponer un análisis de un punto de vista que pueda tener interés para algunos lectores en función de manifestar inquietudes sobre nuestras figuras procesales en lo civil tan venidas a menos y en especial, cuando se habla de juicios sumarios a los cuales se les tiene en poca consideración dado que en principio, se utilizan para ventilar causas de escasa cuantía.

Queremos pues lanzar unas ideas sobre el tema y tal vez, oír una réplica que enriquezca esta reflexión.

Generalidades sobre el proceso ejecutivo:

(1) De acuerdo al informe anual emitido por el Departamento de Estadística del Poder Judicial para el año 1987 hubo un movimiento de 1792 ejecutivos distribuidos en todo el país. En concreto se trata de 19.830 Ejecutivos Simples; 9.070 Prendarios; 3.516 Hipotecarios. En 1988, 20.598 Ejecutivos Simples; 10.643 Prendarios; 3.769 Hipotecarios. La información corresponde al total por tipo de ejecutivo en todo el país. Obsérvese cómo de un año a otro la diferencia en aumento es respetable.

En lo fundamental, la definición de este tipo de procedimiento, se hace a partir de su carácter precisamente, *ejecutivo* es decir de su función de *actuar o materializar* derechos en virtud de la preexistencia de éstos y por su condición de derecho subjetivo "*indiscutible*" sea porque ya ha pasado por una previa fase de *discusión* y por ende, de *confirmación* en un proceso declarativo anterior. El carácter de título ejecutivo que se le da en nuestra legislación al dictado jurisdiccional de condena, proviene de aquella española tomada del Derecho Común italiano que confería esa condición a la sentencia. No obstante, hoy día las legislaciones procesales modernas, han creado procedimientos separados para el caso concreto de las sentencias sin dar la opción de realizar la ejecución de las mismas por la vía ejecutiva como lo tenemos en nuestro proceso civil costarricense⁽²⁾. En virtud de estas transformaciones, el proyecto de Código Procesal Civil de 1983, pretende realizar dicha separación y así habla de *proceso de ejecución*, no utilizando el nombre de proceso ejecutivo, en tratándose de decisiones jurisdiccionales. Sin embargo, al señalar los títulos ejecutivos, incluye la ejecutoria de sentencia así, como acuerdos conciliatorios, transacciones aprobadas por juez, el laudo firme agregando los créditos hipotecarios y prendarios con renuncia de trámites, artículos 629 ss. y 692 ss. del proyecto del 83 según el dictamen unánime de la Asamblea Legislativa.

Por su parte el Proyecto del 83 da su forma propia al proceso ejecutivo, incluyéndolo dentro de los procesos sumarios.

Volviendo a la caracterización que veníamos haciendo del procedimiento ejecutivo, debemos agregar que el típico título ejecutivo es aquel al cual la ley le confiere ese atributo: ser ejecutivo de *motu proprio*. Es así como encontramos en el artículo 425 de c.p.c. vigente toda una gama de ellos, que por lo que señala su inciso 7°, sea que remite a otras leyes, podríamos localizarlos en múltiples normas. Así tenemos en el Código de Comercio una gran cantidad de ellos como son los títulos valores tal y como se estipula en el artículo 667. Entre éstos aparece la factura comercial contenida en el artículo 460; el pagaré artículo 799, la letra de cambio artículo 727 ss.; el cheque artículo 803 ss.⁽³⁾; la prenda, artículo 564. De igual manera,

(2) Nuestro 425 c.p.c. parece responder a la distribución entre títulos ejecutivos *judiciales* y *extrajudiciales*.

SATTA (S), *Diritto Processuale Civile*, Padova 1973, pp. 476 ss.

(3) El cheque en nuestro medio resulta ser un título "sobretutelado", toda vez que constituye un crédito cobrable tanto por vía penal al haberse creado la figura del libramiento de cheque sin fondos y la estafa mediante cheque, arts. 243 y 221 del c.p. respectivamente.

existen casos concretos en otras leyes tal es el caso del artículo 53 párrafo penúltimo de la Ley Constitutiva de la Caja del Seguro Social. La Ley de Tránsito que en su artículo 27 establece un gravamen privilegiado sobre el vehículo con el que se cauce un daño; el artículo 13 de la Ley de Asociaciones Cooperativas en lo relativo a certificaciones emitidas por el gerente de una cooperativa; el artículo 21 del Decreto - Ley No. 449 del 8 de abril de 1949, que contempla la certificación emitida por el jefe de contabilidad del ICE como título ejecutivo y en consecuencia, el recibo de la cuenta telefónica caería dentro de esta categoría⁽⁴⁾.

Ahora bien, la actividad que se despliega en el juicio ejecutivo, como función específica del procedimiento en estudio, se realiza además, en forma *sumaria* justamente porque en esta vía se persigue de manera primordial esa *actuación* de que hablamos antes, más que una amplia cognición pues como ya se dijo, estamos aquí frente a situaciones sustanciales confirmadas y no meramente afirmadas. Es así como entonces este procedimiento es de *ejecución* y *sumario*⁽⁵⁾. Vale decir además, que es un procedimiento especial frente al esquema ordinario de cognición en el cual la actividad procesal va dirigida a la búsqueda de la veracidad o certeza de situaciones jurídicas sustanciales, puestas en discusión ante el órgano jurisdiccional.

Otra característica que vemos en el procedimiento ejecutivo es su carácter esencialmente *documental*, ya que el mismo se genera gracias a la preexistencia de un *título ejecutivo*, documento que, descrito en forma breve, contiene un *derecho cierto y determinado* pero en el caso concreto inactuado o insatisfecho en virtud del incumplimiento del obligado en la situación jurídica sustancial, *rectius*: relación jurídica y de ahí que el título ejecutivo lleve implícitos tanto la legitimación como la prueba de quien su titularidad alega; lo que a su vez implica que puede bastarse asimismo sin

(4) La jurisprudencia así lo ha sostenido.

(5) El punto reviste un gran interés si pensamos que el procedimiento ejecutivo a su vez, participa de un carácter ordinario pues el mismo conlleva la constatación mediante la investigación de la obligación que se va a ejecutar y contenida en el título. Mientras que el procedimiento sumario puro, tiene otras condiciones, ya que esencialmente es el mero cumplimiento de un modelo normativo (lo que significa un simple trámite). Para resumir podríamos decir que el elemento básico para distinguir el procedimiento ejecutivo del ordinario, reside en su *modelo* y *función* antes que en su categoría frente al modelo ordinario. Una excelente exposición del tema en SATTA (S), *Diritto Processuale Civile*, Padua 1973, pp. 471-472-618 ss.

necesidad de mayores constataciones. Es por ello que la intervención del patrimonio del deudor se hace de manera directa⁽⁶⁾.

Las características descritas que informan el proceso ejecutivo, unidas a una óptica conservadora: netamente patrimonial, conque se enmarca el proceso civil, han hecho del mismo una figura bastante burocrática y en extremo mecánica razón por la cual incluso, forma parte de los llamados, en la jerga popular-forense-nacional, "procedimientos machoteros".

Es indudable que este estereotipo tiene su origen en la realidad misma y en el espíritu con que funciona y fue creado este procedimiento. Prueba de ello es que se le ha hecho *especial y sumario* con el fin de acortar tiempos y evitar trabajos innecesarios.

Ahora bien, es lógico que un trámite tal, depare más ventajas que desventajas. Sin embargo, si colocamos el paradigma normativo del proceso ejecutivo, dentro del cuadro de principios que caracterizan la actividad jurisdiccional manifestada a través del crisma del proceso, notamos que se dan algunos contrastes entre ambos, específicamente en tema del *principio del contradictorio*. Una hipótesis de esta naturaleza como se habrá intuido, solo podemos constatarla por medio de una breve panorámica de nuestro juicio ejecutivo.

El proceso ejecutivo en Costa Rica

El Código Procesal Civil Costarricense de 1987 -vigente-, regula la figura en los artículos 425 y ss., contemplado básicamente un proceso llamado *juicio ejecutivo simple o común*, con lo cual regula un procedimiento para aquellos casos en que las partes de común acuerdo han constituido un título ejecutivo ya sea con garantía fiduciaria o real en relación a una suma de dinero. Por lo general, cuando se trata de títulos ejecutivos cuya garantía es real: hipoteca o prenda, amparadas en la ley las partes optan por renunciar al trámite "ordinario" y así evitar el *iter* común

(6) En este sentido también se ha manifestado nuestra jurisprudencia en los últimos 14 años. Ver, Resolución del Tribunal Superior Civil, No. 556 de las 10:00 hrs. del 18 de julio de 1975. Diligencias de embargo preventivo de M.V.C. c/C.N.R. Además, dice nuestra jurisprudencia en cuanto al valor y eficacia del título, que si la exigencia de la obligación se remitiera a lo alegado y probado en otro juicio, el título deja de ser suficiente por sí mismo y pierde su idoneidad para apoyar en él la ejecución, Trib. Sup. Civ. No. 570 de las 8:02 hrs. del 7 de mayo de 1974. ejecutivo de W.E.F. c/I.R.R.

para llegar directamente al apremio: ejecución directa que se traduce en un privilegio más de este tipo de títulos. Es oportuno agregar que precisamente por existir un convenio de partes desde el acto de constitución del título para no utilizar el trámite común del ejecutivo, la interposición de excepciones queda precluida. No obstante, de *ex* artículo 392 pfo. 2º, del c.p.c. y 565 del C. com., es posible promover la *excepción de pago* por la vía incidental. De igual manera, por jurisprudencia, se admite también el *incidente de prescripción* por tratarse de una excepción con efecto extintivo de la obligación⁽⁷⁾.

En consecuencia, en los casos en que la ley no autoriza la renuncia de trámites, el procedimiento que se sigue es el descrito por el c.p.c.:

- a) entablar la demanda en los mismos términos generales acordados para cualquier otro proceso civil (arts. 436 en relación con el 208 c.p.c.);
- b) hecha la comprobación por parte del órgano jurisdiccional, de la "validez formal" del título, (*rectius*): condiciones de fácil verificación como son: una suma líquida o liquidable, obligación cierta y exigible (arts. 426 y ss. c.p.c.). Se excluye la "cognición" sobre hechos constitutivos, modificativos y extintivos del crédito por el que se procede: básicamente la labor del juez en este promonto, se reduce a una neta comprobación de las condiciones del título: su *literalidad y contenido*. Nuestra jurisprudencia corrobora estas afirmaciones al prescribir que al juzgador le corresponde aquí ponderar la calidad del título ejecutivo y si no tiene la condición de título ejecutivo, no podrá despachar la ejecución y por error si lo hiciere, deberá ser deshechado en sentencia aún si no se hubiere opuesto el demandado⁽⁸⁾. Aquí debemos advertir que hay casos que se localizan en el resto del articulado, en los cuales por su naturaleza, no pueden ser tramitados por la vía común, tales como las deudas que

(7) Trib. Sup. Civ., No. 647, 9 hrs., 14-8-1975, hipotecario de T.S.A. c/R.L.P.B.; Trib. Sup. Civ., No. 607, 16:30 hrs., 11-9-1973, hipotecario de "I.M.O.S.A." c/O.P.S.; Trib. Sup. Civ., No. 99, 15:30 hrs. 7-3-1975, prendario de E.S.V. c/H.Q.H. También el P. 83, la incorpora como una excepción más a este tipo de procedimiento.

(8) Trib. Sup. Civ., No. 586, 14 hrs., 6-9-1973, ejecutivo de S.T.S.A. c/V. y M. Ltda.; Trib. Sup. Civ. Alajuela, No. 570 de 8:02 hrs., 7-5-1974, ejecutivo de W.F.F. c/I.R.R.

consisten en especies que se miden, pesan o cuentan (art. 428 c.p.c.) o cuando la obligación sea de *hacer o no hacer* (art. 429 c.p.c.) razón por la que se hace necesario, remitir también de manera directa al procedimiento de ejecución de sentencias condenatorias y de igual manera se procede con las ejecutorias (art. 432 c.p.c. en relación con el 989 y ss. del c.p.c.). Lo mismo se aplica en tratándose de sumas por intereses o perjuicios que integran la deuda reclamada pero no liquidados al ordenarse la ejecución (art. 430 c.p.c.). En cuanto a la exigibilidad o vencimiento es bueno recordar que conforme lo señala el Código de Comercio en su artículo 420, en relación con los artículos 425 inc. 7, 426-437, la deuda comercial puede exigirse al incumplirse el abono mensual a que se obliga el deudor⁽⁹⁾;

- c) verificada la "ejecutividad" del título, se procede a *despachar la ejecución*. Interesante es puntualizar que al resolverse el "mérito" del título para proceder a la ejecución, el juez consigna en el mismo proveído, la orden de embargo de bienes suficientes para cubrir la deuda y el 50% más para cubrir intereses y costas (art. 437 c.p.c.).

Ahora bien, el despacho de la ejecución junto con las medidas del decreto de embargo, se notifica al demandado que tendrá la oportunidad para oponerse a aceptar la ejecución dentro de cinco días (art. 439 c.p.c.).

Este acto es el que se denomina *auto de precepto solvendo*. El significado de tal expresión responde al origen que tuvo el procedimiento ejecutivo en el Derecho Común, por cuanto el *precepto* era una prevención que el juez hacía a solicitud del acreedor, al deudor para que atendiera el pago del crédito por eso su origen lo constituye el *mandatum de solvendo*⁽¹⁰⁾ y que tiene a su vez, relación con la normativa procesal de la época que daba carácter ejecutivo a las letras de cambio y actas notariales como instrumentos de tutela inmediata del acreedor.

Resulta evidente entonces, que antes de dársele trámite a la ejecución, el "ejecutado" no es prevenido para que pueda intervenir evitando la eje-

(9) Así nuestra jurisprudencia de Trib. Sup. Civ., No. 675, 14 hrs., 2-10-1973, ejecutivo de C.A.G.Z. c/E.V.Ch. En cuanto a las condiciones del título. Ver jurisprudencia de Trib. Sup. Civ., No. 556 de 10 hrs., 18-7-1975, embargo preventivo de M.V.C. c/C.N.R.; Trib. Sup. Civ. Alajuela, No. 570 de 8:02 hrs., 7-5-1974, ejecutivo de W.F.F.c/I.R.R.; Trib. Sup. Civ., No. 830 de 15:30 hrs., 30-11-1973, ejecutivo de S.C.S.A. c/C.A.S.A.

(10) SATTA (S), *Diritto...* pp. 482-483.

ción, situación que nos ha llevado a pensar que nuestro Código no utiliza el *mandatum de solvendo* y en consecuencia la denominación de esa primera resolución no es correcta pues esa no constituye un *precepto solvendo (rectius)*: una intimación al deudor efectuada mediante, el órgano jurisdiccional, para actuar —en vía preventiva— el crédito reclamado, sin recurrir *necesariamente*, a una intervención *manus militari* del patrimonio del deudor.

Es claro, que el *precepto* ordena el cumplimiento previo con el fin de evitar la ejecución forzada. En nuestro sistema no encontramos expresa la denominación, más bien se reconoce a través de la jurisprudencia⁽¹¹⁾.

En otras palabras, la orden de ejecución se realiza de manera *ex abrupta* para que el deudor —suponemos—, no tenga posibilidad de "manipular" su patrimonio en perjuicio del acreedor ya que podría disponer de sus bienes: enajenándolos, donándolos u ocultándolos de alguna otra manera (sobre todo tratándose de muebles), burlando así el crédito del ejecutante. De ahí esa concurrencia del despacho de la ejecución y el decreto de embargo, resolución que contiene además, la comunicación para la fase de oposición mediante la interposición de *excepciones ex* artículo 441 c.p.c. que para el ejecutivo común serán las mismas alegables en el proceso ordinario sea aquellas *perentorias* (pago, compensación, prescripción, cosa juzgada, transacción, etc., art. 224 c.p.c.) sean de *forma*: incompetencia, falta de legitimación *ad agere* del actor, del abogado del actor y la litispendencia (art. 214 c.p.c.).

Se trata así de un procedimiento que da inicio a su dinámica con una intimación al deudor para que se oponga directamente a la ejecución dentro de un breve plazo: cinco días (art. 439). Este mecanismo da lugar a la fase sucesiva que podemos considerar como una *cognición "rudimentaria"*⁽¹²⁾ ya que se realiza dentro de un arco muy corto de tiempo como hemos señalado

(11) Ver, Trib. Sup. Civ., No. 973 de 9:15 hrs., 7-11-1975, ejecutivo de "M. y T." c/ "T.S.A."; Trib. Sup. Civ., No. 877 de 16 hrs., 9-10-1975, ejecutivo de "H.S.C.A.S.A." c/ "P.S.A.". Es interesante observar como no se da exactamente una definición de la prevención pero se deduce del contenido de la resolución, en especial, de la primera resolución. Veamos: "No puede decirse que la parte demandada se dio por notificada del *auto de precepto solvendo*, desde el momento en que se presentó a estrados judiciales con un memorial haciéndose sabedor de ese auto ya que se le debió haber notificado del mismo personalmente o en su casa de habitación por tratarse de una resolución de las que llaman a juicio y si bien la parte se presentó a estrados lo hizo movido por una información que le llegó del Banco y no por la notificación que nunca se le hizo.

(12) MONTESANO (L), "Luci e ombre in leggi e proposte di 'tutela differenziate', nei processi civili", *Riv. Dir. Proc.*, 1979 No. 4, p. 595.

pero que constituye una etapa de *cognición especial* si vemos que la oportunidad que se confiere a las partes de proponer excepciones y sus respectivas pruebas. Claro está, se trata de evitar amplias discusiones porque ello iría contra el espíritu de la técnica procesal aplicada al juicio ejecutivo que debe caracterizarse por su condición sumaria especial para satisfacer al titular del título ejecutivo en el menor tiempo posible.

Ahora bien, contemplando la figura en cuestión, podemos afirmar que estamos ante una controversia dotada de los instrumentos básicos para garantizar un debido proceso puesto que como se indicó, el demandado a igual que el actor, oponen sus excepciones.

Por otro lado, debemos señalar que la aparición del juicio ejecutivo debe encontrar sus raíces en la formación del Derecho Comercial⁽¹³⁾ y precisamente su función va dirigida a la tutela de una posición de derecho sustancial que por su relevancia en el campo económico, amerita de una fácil y eficaz acción por parte de los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, un análisis más detenido de esa estructura procedimental en nuestro medio; permitirá determinar que en ella se da una suerte de "mutilación" de las garantías procesales del *debido proceso*, al efectuarse una omisión aún cuando parcial, de la igualdad procesal, entendida como la "paridad de armas" que redundaría en una potencial desventaja para la parte llamada a juicio (ejecutado).

El punto adquiere mayor trascendencia si lo enfocamos desde la óptica constitucional, específicamente al establecerse en la Carta Magna el derecho de "ser oído y convencido en juicio" (art. 39 c.p.). Sea el ya muy conocido *principio del contradictorio*⁽¹⁴⁾.

Ciertamente, dentro del esquema analizado para el proceso ejecutivo costarricense, las cosas parecen encontrarse en orden puesto que al ejecutado se le concede el derecho a oponerse a la ejecución, pero si pensamos en el momento y la forma en que se confiere esa facultad todo tiende a indicar que dada la "peligrosidad" del deudor, el modelo procesal está orientado a impedir cualquier acción eventual que realice éste para perjudicar el derecho del acreedor, tutela que conlleva evidentemente, una protección casi exclusiva para el acreedor.

(13) KOZOLCHYK (B) TORREALBA (O), *Curso de Derecho Mercantil*, San José, 1983, pp. 32-33.

(14) LUISO, (F.P.), *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza*, Milano 1981, p. 16. Cita el autor además, otros importantes estudiosos de los cuales daremos noticia, en páginas posteriores. Señala el concepto de acuerdo a la doctrina más reciente que lo considera como *participación paritaria* para influir en el proveído que se va a emanar.

La garantía del principio del contradictorio en el proceso ejecutivo:

Ya señalamos el artículo 39 de la Constitución Política Costarricense como aquel que consagra la obligatoriedad de los órganos jurisdiccionales, de oír a las partes antes de emitir sus pronunciamientos. En otras palabras, el respeto al principio del contradictorio que se ha definido como una *paritaria participación*, en la fase de debate entre quienes recibirán los efectos de proveído final⁽¹⁵⁾ de modo tal que con ello influirán o contribuirán además en la formación del criterio del órgano jurisdiccional⁽¹⁶⁾. Es así como el contradictorio constituye la forma de actuar el derecho de defensa universalmente aceptado en función del carácter democrático que es connatural al proceso moderno, al darse un debate con igualdad de armas.

Expresado en el adagio latino *audiatur et altera pars*, el principio del contradictorio, viene a ser hoy en día, el pilar básico del debido proceso ya que es la oportunidad de *decir y contradecir*, de *oír y ser oído*, de *convencer y ser convencido*.

Para el caso que nos ocupa, la interrogante que nos hemos planteado acerca del respeto de esta importante garantía, creemos que en el mismo, la oportunidad del deudor para ejercer su defensa queda postergada a un momento procesal en que las medidas más serias ya han sido tomadas, pues el juez ya ha ordenado el embargo por la suma cobrada y un 50% adicional para intereses y costas (art. 437 c.p.c.), no ofreciéndosele mecanismo alguno para evitarlas por lo que podríamos concluir que la primera fase del proceso, se celebra de forma *unilateral*, (*rectius: inaudita altera parte: actor-juez*). Dijimos antes que ello obedece a una presunción de "peligrosidad" que se tiene sobre el deudor y en particular en nuestro medio, donde es común burlar al acreedor mediante maniobras de traspasos y demás negocios simulados. No obstante creemos que no es esa la forma de atacar esta predisposición del deudor costarricense en algunos casos. En el proceso ejecutivo como bien lo señaló Carnelutti, es tan preciosa la participación de

(15) FAZZALARI (E), *Istituzioni di diritto processuale*, Padova 1986, Siguiendo esta posición, LUISO (F.P.) op. cit. p. 6.

(16) FAZZALARI (E), Idem. También de FAZZALARI, "Proceso (Teoría general)" en *Novissimo Digesto Italiano*, T.XII, Turín, 1968. Versión en español del profesor Walter Antillón en Antología para el curso de Teoría General del Proceso, Universidad de Costa Rica, 1989.

la contraria a la acción como en el proceso de cognición⁽¹⁷⁾ ya que el deudor no debe ser considerado únicamente como parte en sentido sustancial sino también en sentido procesal. De ahí que no es justificable sacrificar tan relevante garantía si existen otros medios para proteger al acreedor de la maniobra del deudor. Podríamos pensar que nuestro proceso ejecutivo lleva en sí la condición de oportunidad de *oír y ser escuchado*, cuando el artículo 439 y ss. del c.p.c., autoriza una fase de oposición en donde como dijimos, se pueden formular todas las excepciones acordadas para el ordinario (art. 441 c.p.c.) pero que esa garantía se desplaza al momento en que ya el deudor ha sido "embargado" aún cuando solo exista el decreto de embargo (art. 453 c.p.c.). Para el momento anterior no es prevenido de ahí que el citado principio se rompe o debilita. Por otro lado creemos, que la advertencia acerca del embargo con despacho de la ejecución desnaturaliza la figura original del proceso ejecutivo además de restarle agilidad. Lo propio sería que el deudor tenga ante el órgano jurisdiccional, la oportunidad de hacer efectivo el título con la oportunidad de evitar que se celebre la ejecución. La presunta peligrosidad del acreedor puede resolverse creando la nulidad de los actos de disposición que el deudor efectúe una vez prevenido. Nulidad que operará de *pleno derecho*: sin que se requiera de otro trámite para declararla más que el hecho de perpetrarla dentro del plazo preclusivo. La propuesta puede despertar dudas y posiciones negativas pero si nos proyectamos a nuestros antepasados, comprobaremos que la prevención de marras, se daba como parte natural de este tipo de procedimiento. Aunque repetimos todavía hoy nuestro, sistema da lugar a una posibilidad de contradictorio, aún cuando parcial, desde el punto de vista procesal y justo. En el Código General de Carrillo se trataba con mayor sentido práctico y en su Capítulo IV al referirse al juicio ejecutivo nos señala en el artículo 427 y ss. que el ejecutante deberá demandar pidiendo el cumplimiento de la obligación. Acto seguido (art. 427) y comprobada la legitimación del demandante, ordenará se cumpla con la obligación dentro de tres días con apercibimiento del embargo, costas y prisión si así se ha

(17) TARZIA (G), "Il contraddittorio nel processo esecutivo", *Riv. dir. proc.*, 1978, No. 2, pp. 199 ss., el autor contrapone la posición de CARNELUTTI, *Lezioni di diritto proc. civ., Processo di esecuzione*, I, Padova 1969, No. 32 (426) pp. 64-66 a aquella de SATTA, *L'esecuzione forzata*, Milano 1937, pp. 99-101, quien sostiene que el proceso ejecutivo debe realizarse *inaudita altera parte* pues el contradictorio en él es innecesario ya que tiene carácter unilateral por tratarse de una acción inmediata en el patrimonio del deudor quien es un mero sujeto pasivo de la ejecución al ser portador de un interés económico y no ser parte de un conflicto jurídico.

pedido en la demanda. El 428 señala que vencido ese plazo, y si el reo (demandado) no cumplió lo mandado, el juez a petición del actor, ordenará decretar el embargo y la prisión.

Por su lado, en la legislación extranjera tenemos por una parte, el Código de Procedimientos Civiles Italianos de 1942 que señala en su artículo 480, el *precepto* como una intimación al deudor para que se cumpla la obligación que resulta del título ejecutivo dentro de diez días, caso de no cumplirse lo mandado, se procederá a la ejecución forzada. El 481, establece que el *precepto* no satisfecho, caducará a los noventa días de notificado, si no se inicia la ejecución⁽¹⁸⁾. Por otro lado, para citar un caso más encontramos el Código Procesal Civil Austríaco que encuadra la figura dentro del *procedimiento por mandato*. El artículo 548 lo define como procedimiento que se da en virtud de una petición producida para hacer valer un crédito en dinero o de *otras cosas* fungibles en el que el actor puede hacer la propuesta para que se dicte contra el demandado, un precepto de pago (mandato) en relación a los hechos en que se fundamenta la pretensión principal del actor y los accesorios sean probados mediante documentos que deben ser originales.

En el artículo 550 pfo. 2 señala que en el precepto de pago se deberá advertir que el demandado debe satisfacer dentro de 14 días desde la intimación del precepto de pago, caso contrario, se celebrará la ejecución.

Con estas breves pero valiosas referencias, podemos concluir que no es un absurdo hablar de una fase de *defensa preventiva* para el deudor en el juicio ejecutivo ya que ello no solo viene a plantear la posibilidad de un pago forzado —pero espontáneo, aunque parezca contradictorio— del capital adeudado prescindiendo del trámite "ordinario" del mismo, así como sin entorpecer la prontitud en la administración de justicia. Así se ofrecen todas las garantías a ambas partes, además de que el acreedor, siempre conservará la alternativa de continuar con el trámite "ordinario" del ejecutivo. Es evidente, que estaríamos en presencia de un procedimiento ampliado en relación al que hoy nos rige pero que podría ofrecer la oportunidad de una cancelación del capital cobrado más rápido (dada la presión que comúnmente ejerce un conflicto judicial sobre el obligado) y la virtual extinción de la fase posterior del mismo lo cual se traduciría en una mayor celeridad y justicia. Por su lado, la experiencia cotidiana da muestras de la eficacia de un sistema de requerimiento de pago. Es de todos sabido que los Bancos Comerciales del país constantemente, realizan tales requerimientos

(18) Un amplio estudio de la temática en SATTA (S), *L'esecuzione forzata*, Torino 1963, pp. 59 ss.

al enviar notas de cobro preventivo en que se propone el pago antes de iniciar el cobro judicial. Este requerimiento produce una reacción inmediata del deudor que en la mayoría de los casos, lo induce a cumplir con la obligación a entrar en un arreglo de pago, salvando así el trámite judicial y sus consecuencias patrimoniales. Una muestra nos puede servir de ilustración y es la citada jurisprudencia del T.S.C.⁽¹⁹⁾, en donde claramente se describe a un deudor que atemorizado por el memorial que le envía una entidad bancaria, comparece presuroso a los estrados judiciales.

Es claro también, que no se trata aquí de promover una actuación oficiosa del órgano jurisdiccional pues es obvio que ello violaría el principio de la demanda inherente también a todo proceso jurisdiccional, por cuanto el órgano jurisdiccional no puede intervenir si no por promoción de parte: (*nemo iudex sine actione agit*), (art. 8 L.O.P.J.) más bien estamos pensando en un "requerimiento judicial" de los previstos por la Ley sea, aquellos que reclama un actor.

Un vestigio o semejanza de este sistema lo podemos encontrar en el actual proceso ejecutivo costarricense (art. 428). Aquí se habla de un plazo que el juez dará para el caso del reclamo en la vía ejecutiva común, de una obligación estipulada en especies que se cuentan o miden con efectos de comercio. El mismo artículo señala que caso de no reintegrarse tales especies o efectos de comercio, se procederá a reducir las a dinero y a despachar la ejecución.

Se trataría pues de rescatar un procedimiento que permitiría al deudor y al acreedor una alternativa más, sin el riesgo de maniobras, dada la intrínseca nulidad con que se gravarían las mismas (*rectius*: nulidad formal) a fin de dotar el sistema de un total respeto por el principio del *debido proceso* y evitar -tal vez- las funestas consecuencias de una ejecución forzosa del patrimonio del deudor sin menoscabo a su vez, del interés del acreedor.

(19) Ver nota 10 *retro*. También CALAMANDREI (P), *Estudios sobre el proceso civil*, "El proceso como juego", Buenos Aires, 1961, pp. 259 ss. El enfoque dado por el A. resulta sumamente interesante por cuanto nos pone a pensar en el fenómeno psicológico que desencadena el proceso desde diferentes ángulos entre ellos el de servir como instrumento preventivo para compeler al cumplimiento de un deber jurídico.

CONCLUSIONES

Esperamos que nuestra posición aún cuando un poco atrevida, haya sido captada por el lector toda vez que ya ubicados dentro de esquemas tan arraigados como es el que nos rige en cuanto al carácter altamente rígido para el proceso ejecutivo simple o común, es difícil concebir otras alternativas tendientes a ampliar las posibilidades del deudor dentro del mismo.

Nuestro propósito ha sido únicamente aquel de cuestionar un poco la existencia o no del principio del contradictorio en el proceso ejecutivo toda vez que dada la evolución que ha determinado el modelo procesal con que hoy contamos, pareciera que ha restringido tal principio en aras de otorgar mayores garantías al acreedor y partiendo de una posición de aparente temor por parte del legislador: temor que muy posiblemente, derive de las "tribulaciones" vividas por algunos acreedores que con el sistema anterior, se vieron afectados con maniobras de mala fe por parte del deudor.

Sin desconocer ese carácter podríamos decir "muy costarricense", creemos que el principio del contradictorio no debe sacrificarse sin antes buscar una solución que en cierto modo concilie intereses entre las partes involucradas y el respeto al mismo. De ahí que hablemos en este trabajo de la restitución del llamado *auto de precepto solvendo*, ya que hoy el Código de Procedimientos Civiles lo omite en su verdadero sentido, sea: como una prevención de pago antes de despachar la ejecución a fin de que se abra una oportunidad más para que el deudor pueda cumplir sin llevar a cabo el resto del trámite del proceso ejecutivo y desde luego sin perjuicio de que ante el incumplimiento, se despache la ejecución de inmediato, pero advirtiéndose que cualquier acto de disposición del patrimonio dentro del plazo conferido será nulo.

Tal propuesta se hace en aras de un mejoramiento de los procedimientos que permita una virtual economía procesal y perjuicios innecesarios en el patrimonio del deudor así como una ventaja para el acreedor en caso de que el deudor cancelara dentro del plazo conferido.

BIBLIOGRAFIA

CALAMANDREI (P). "El proceso como juego" en *Estudios sobre el Proceso Civil*, Buenos Aires, 1961.

CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale Civile*. Processo di esecuzione, I, Padova 1969, No. 32.

FAZZALARI (E), *Istituzioni di Diritto Processuale*, Padova, 1986.

FAZZALARI (E), "Proceso" (Teoría General) en *Novissimo Digesto Italiano*, T. XIII, Torino, 1968. Versión en español del Prof. Walter Antillón, pp. 1 a 6 en Antología de Teoría General del Proceso, Universidad de Costa Rica, 1989.

KOZOLCHYK (B), TORREALBA (O), *Curso de Derecho Mercantil*, San José, 1983.

LUISO (F.P.), *Principio del contraddittorio e efficacia della sentenza*, Milano, 1981.

SATTA (S), *Diritto Processuale Civile*, Padova 1973. MONTESANO (L), "Luci e ombre in leggi e proposte di" tutela differenziata, "nei processi civile", *Riv. Dir. Proc.*, 1979, No. 4.

SATTA (S), *L'esecuzione forzata*, Milano 1937.

SATTA (S), *L'esecuzione forzata*, Torino, 1963.

TARZIA (G), "II contraddittorio nel processo esecutivo", *Riv. Dir. Proc.*, 1978, No. 2.

CODIGOS Y LEYES

Código de Procedimientos Civiles de Costa Rica.

Código Penal de Costa Rica.

Código de Procedimientos Civiles Austríaco.

Ley Orgánica del Poder Judicial.

Proyecto de Código Procesal Civil de 1983. Costa Rica.

OTROS DOCUMENTOS

Informes de la Oficina de Estadística de la Corte Suprema de Justicia de los años 1987-1988.

JURISPRUDENCIA:

Resolución del Tribunal Superior Civil, No. 556 de las 10:00 hrs. del 8 de julio de 1975.

Tribunal Superior Civil, No. 647, 9 hrs. del 14 de agosto de 1975.

Tribunal Superior Civil, No. 607, 16:30 hrs. del 11 de agosto de 1973.

Tribunal Superior Civil, No. 99 de las 15:30 hrs., del 7 de marzo de 1975.

Tribunal Superior Civil, No. 586, 14 hrs. del 6 de setiembre de 1973.

Tribunal Superior Civil (Alajuela), No. 570 de 8:02 hrs., del 7 de mayo de 1974.

Tribunal Superior Civil, No. 675, 14 hrs. del 2 de octubre de 1973.

Tribunal Superior Civil, No. 570 de las 8:02 hrs. del 7 de mayo de 1974.

Tribunal Superior Civil, No. 556 de 10 hrs. del 18 de julio de 1975.

Tribunal Superior Civil (Alajuela), No. 570 de 8:02 hrs. del 7 de mayo de 1974.

Tribunal Superior Civil, No. 830 de 15:30 hrs. del 30 de noviembre de 1973.

Tribunal Superior Civil, No. 973 de 9:15 hrs. del 7 de noviembre de 1975.

Tribunal Superior Civil, No. 877 de 16 hrs. del 9 de noviembre de 1975.