



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

El papel del juez en el Proceso Monitorio

Autor/es

Ignacio Tutor Arroyo

Director/es

Juan Francisco Herrero Perezagua

Facultad de Derecho, 2018-2019.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	3
2. EL PROCESO MONITORIO	4
2.1. Concepto y principales características.....	4
2.2. Ámbito del proceso monitorio.....	5
2.2.1. <i>Deuda dineraria</i>	5
2.2.2. <i>Deuda de cantidad determinada</i>	6
2.2.3. <i>Deuda vencida y exigible</i>	7
2.2.4. <i>Inexistencia de importe mínimo</i>	7
2.2.5. <i>Deuda acreditada documentalmente</i>	8
3. REPARTO DE TAREAS ENTRE EL JUEZ Y EL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.	9
3.1. Competencia	9
3.2. Admisión y examen de la petición inicial	11
3.3. Examen de las cláusulas abusivas	11
3.4. Fin del procedimiento.....	14
4. PROBLEMA TRAS LA REFORMA LLEVADA A CABO POR LA LEY 42/2015.	15
4.1. Examen de la relación entre acreedor y deudor.	15
4.2. Introducción de un incidente contradictorio en la fase inicial del procedimiento.....	16
4.3. Efecto de la resolución judicial sobre las cláusulas abusivas.....	16
4.4. Alternativas a la reforma.	18
5. PROCESO Y COSA JUZGADA.	20
5.1. ¿Puede considerarse como proceso uno en el que no interviene prácticamente el juez?	20
5.2. ¿Puede tener eficacia de cosa juzgada una resolución que emana de un órgano que carece de la potestad jurisdiccional?.....	21
5.3. Encaje en un proceso que respete los límites constitucionales.....	23
6. CONCLUSIONES	26
7. BIBLIOGRAFÍA	27

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es realizar un análisis de la labor que desarrolla el juez en el proceso monitorio y aquella otra de la que ha sido apartado. Desde su implantación en el año 2000, el papel del juez ha ido mutando, pasando de un plano central en sus orígenes a uno subsidiario en la actualidad. Dada la notable importancia que ha adquirido este procedimiento en la vida jurídica de nuestro país, nos parece interesante estudiar cómo es el reparto de tareas en la actualidad entre el letrado de la Administración de Justicia y el juez, así como la problemática y las implicaciones sobre la naturaleza del proceso que han traído consigo las sucesivas reformas. Este último punto es, precisamente, una de las razones principales de la elección del tema. Antes de las reformas quedaba claro que estábamos ante un proceso de naturaleza judicial, sin embargo, en la actualidad, el trasvase de competencias al letrado de la Administración de Justicia ha puesto en duda su concepción como tal.

La estructura del trabajo se compone de cinco grandes apartados. El primero de ellos, está dedicado al concepto y a las principales características del proceso monitorio y así como a su ámbito de aplicación. En el segundo, se analizará el reparto de tareas entre el juez y el letrado de la Administración de Justicia, haciendo especial referencia a cuestiones como la competencia, la admisión de la petición inicial, el examen de las cláusulas abusivas y el fin del procedimiento. En el tercero examinaremos las dificultades que ha traído consigo la reforma llevada a cabo por la ley, los distintos problemas que ha generado y las soluciones que se ofrecen para superarlos. En el cuarto, expondremos cómo estas reformas han ido incidiendo sobre la naturaleza del proceso y sobre la eficacia de cosa juzgada de la resolución que le pone fin. Servirá como contraste un procedimiento de reciente creación con el que comparte semejanzas: el llamado *monitorio notarial*. Se concluirá el trabajo con un último apartado en el que se valorará hacia dónde camina el proceso; si hacia uno en el que se vuelvan a atribuir mayores competencias al juez, o bien hacia uno de jurisdicción voluntaria.

2. EL PROCESO MONITORIO.

2.1. Concepto y principales características

El proceso monitorio aparece regulado en los artículos 812 y ss de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC). Podemos describirlo como un proceso declarativo especial, en el que el acreedor solicita al Tribunal el cumplimiento por parte del deudor de una obligación que, como veremos, consistirá en la entrega de una cantidad de dinero. Lo que convierte al monitorio en un proceso verdaderamente útil en la práctica es que permite obtener un título ejecutivo en un período de tiempo relativamente rápido. En la mayoría de procesos civiles es frecuente que el demandado adopte una actitud pasiva, es decir, no participa en el proceso oponiéndose a la reclamación, pero tampoco paga. Para permitir la rápida satisfacción de estos créditos no controvertidos surge el proceso monitorio. Tras comprobarse que la deuda cumple con los requisitos marcados por la ley, el deudor será requerido de pago, teniendo ante sí tres opciones. Podrá pagar la deuda, satisfaciendo así el interés del acreedor; si considera que la reclamación no es debida, podrá oponerse, iniciándose el correspondiente proceso declarativo que corresponda en función de la cuantía reclamada; y en el caso de que no pague ni se oponga en el plazo establecido para ello (veinte días), el acreedor obtendrá, de manera sencilla y rápida, un título ejecutivo que le permitirá iniciar la ejecución y cobrar su deuda. El objetivo es, por tanto, separar desde el inicio y en un breve período de tiempo aquellos créditos discutidos de aquellos que no lo son, permitiendo que el acreedor pueda cobrar estos últimos de una manera rápida y poco costosa.

La Exposición de Motivos de la LEC recoge que este procedimiento ya había sido aplicado con éxito en numerosos países y que con él se espera que «tenga una protección rápida y eficaz el crédito dinerario líquido de muchos justiciables y, en especial, de profesionales y empresarios medianos y pequeños». Tal y como señala GÓMEZ AMIGO¹, este tipo de empresario, podía llegar a preferir renunciar al cobro de sus deudas o llegar a acuerdos extrajudiciales desfavorables, antes que acudir a un proceso judicial que le iba a resultar más costoso, en términos tanto económicos como de tiempo. Desde su implantación en España su importancia ha ido creciendo, siendo

¹ GÓMEZ AMIGO, L, “La evolución del proceso monitorio. En particular, su reforma por la Ley 42/2015, de 5 de octubre” en *Práctica de Tribunales nº126, Casuística práctica del derecho de desistimiento*, pag 2

cada vez mayor el número de reclamaciones llevadas a través de esta vía. En el año 2017, se registraron un total de 506.076 procesos monitorios en los Juzgados de Primera Instancia, lo que supone, aproximadamente, un 25% del total de asuntos que ingresaron en el orden jurisdiccional civil.²

2.2. Ámbito del proceso monitorio

Como ya se ha expuesto, el proceso monitorio aparece encuadrado dentro de los procesos declarativos especiales. Tal y como señala LÓPEZ SÁNCHEZ³, su especialidad deriva de la forma en la que se presta la tutela declarativa y por el carácter limitado de su objeto. Este, viene recogido en el art. 812 LEC, donde se señala que tendrá acceso al proceso monitorio toda deuda «*dineraria de cualquier importe, líquida, determinada, vencida y exigible*», y que esté acreditada documentalmente.

En este apartado vamos a analizar y a realizar ciertas matizaciones acerca de las principales características que deben cumplir las deudas objeto de reclamación para poder acceder a este proceso.

2.2.1. Deuda dineraria

El concepto de dinerario o líquido viene recogido en el art. 572.1 LEC, el cual define como líquida a «*toda cantidad de dinero determinada, que se exprese en el título con letras, cifras o guarismos comprensibles*». En caso de disconformidad, prevalecerá siempre la cantidad que aparezca expresada en letras. Dentro de este concepto, se incluyen las deudas en moneda extranjera admisible a cotización oficial, dado que para su conversión a euros basta con una simple operación aritmética. Sin embargo, no estarían incluidas aquellas en moneda extranjera no sometida a cotización oficial⁴.

Quedan, por tanto, fuera de este proceso las pretensiones de hacer o no hacer y dar o no dar, excepto dinero. La exclusión de estas pretensiones va relacionada a que se prevé que tengan una complejidad mayor, lo que desvirtuaría la naturaleza de un proceso edificado sobre los pilares de la celeridad, sencillez y eficacia⁵. Esta exclusión resulta

² Consejo General del Poder Judicial, “La Justicia dato a dato”, Madrid, 2017. pags 39 y 65

³ LÓPEZ SÁNCHEZ, J, *El proceso monitorio*, Editorial La Ley, 2000, pag 63

⁴ En este sentido, LÓPEZ SÁNCHEZ argumenta que «sólo puede pretenderse el pago de deudas de cuantía determinada, es decir, líquidas, o cuya liquidación pueda alcanzarse con una simple operación aritmética». Esto es lo que sucede para las deudas en moneda sometida a cotización oficial, pero no para las que no están sometidas a ella, pues se presenta como indeterminada a la hora de establecer su valor equivalente en euros.

⁵ HERRERO PEREZAGUA, JF, “Cinco preguntas sobre la transformación del monitorio” en *Revista General de Derecho Procesal* 45 (2018), pag 11.

llamativa, pues además de que en otros ordenamientos jurídicos como el italiano sí que se permiten este tipo de reclamaciones, la propia Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, establece la técnica monitoria para el desahucio por falta de pago del arrendatario⁶.

2.2.2. Deuda de cantidad determinada

El art. 812 LEC señala que la deuda debe serlo por *cantidad determinada*. Este concepto es interpretado por numerosos autores como sinónimo de líquida, y así resulta de la lectura del art. 572.1 LEC como hemos señalado en el apartado anterior. Se excluyen con este requisito las deudas que deban ser liquidadas en el propio monitorio, como sucede con las deudas de valor o los saldos de cuenta en un contrato de apertura de crédito⁷. En cambio, no afecta a la liquidez del contenido de la obligación que deban realizarse operaciones aritméticas para establecer la cuantía de la deuda, como por ejemplo sucedería a la hora de agregar los saldos de una renta temporal o las remuneraciones por cada bien suministrado u obra realizada⁸.

El principal problema en torno a este aspecto, reside en si son reclamables los intereses devengados y, en caso de que lo sean, qué intereses se pueden reclamar. GABRERÍ LLOBREGAT⁹ se opone a ello, pues considera que, además de que la liquidación de los intereses vencidos añade complejidad a un proceso simple y rápido por naturaleza, añadir estos intereses al principal puede ocasionar la oposición del deudor y hacer más difícil todavía el cobro de la deuda. En cambio, HERRERO PEREZAGUA¹⁰ considera que los intereses moratorios debidos, bien por disposición legal o por acuerdo entre las partes, sí que pueden integrar la cantidad reclamada en el monitorio. Estos abarcan el período de tiempo desde que se incurre en mora hasta la fecha en que el letrado de la Administración de Justicia pone fin al monitorio, por lo que los que se encuentren vencidos en el momento de presentación de la petición inicial sí que podrán formar parte de la cantidad reclamada. Los que se devenguen a lo largo de la tramitación del

⁶ En el apartado III de la Exposición de Motivos de la citada ley se recoge que «se extiende el sistema del juicio monitorio a los juicios de desahucio por falta de pago...»

⁷ HERRERO PEREZAGUA, JF, “Cinco preguntas sobre la transformación del monitorio” en *Revista General de Derecho Procesal* 45 (2018), pag 15.

⁸ LÓPEZ SÁNCHEZ, J, *El proceso monitorio*, Editorial La Ley, 2000, pag 79

⁹ LLOBREGAT GABRERÍ, J, *El proceso monitorio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, S.A. Bosch, 2011, pags 36 y 37.

¹⁰ HERRERO PEREZAGUA, JF, “Cinco preguntas sobre la transformación del monitorio” en *Revista General de Derecho Procesal* 45 (2018), pag 16.

proceso, podrán ser también incluidos siempre que los elementos para calcularlos no excedan de una simple operación aritmética.

2.2.3. Deuda vencida y exigible

Para que una deuda sea exigible debe estar, en primer lugar, vencida. Según el art. 1125 del CC, las obligaciones sometidas a plazo serán exigibles cuando llegue el día del vencimiento. Sin embargo, caben algunos supuestos en los que la ley adelanta el vencimiento de las obligaciones, deviniendo exigibles antes del citado plazo. Por ejemplo, podemos señalar el vencimiento anticipado de las deudas del concursado o supuestos de vencimiento anticipado en caso de pacto entre las partes. Será el letrado de la Administración de Justicia a la hora de examinar la petición inicial el encargado de verificar el cumplimiento de esta circunstancia.

Por otro lado, cabe preguntarse si es posible reclamar los plazos que vayan venciendo durante la tramitación del monitorio. HERRERO PEREZAGUA¹¹, en palabras de GASCÓN, señala que no es posible la «obtención de algo análogo a una condena de futuro a través de los cauces del proceso monitorio, pues el art. 812.1 LEC exige que la deuda reclamada por tal vía sea vencida y exigible». En esta línea, se exige que la obligación esté vencida y sea exigible cuando se realice la petición inicial, por lo que no cabría reclamar estas cantidades. Sin embargo, el art. 440.3 LEC establece una excepción a lo que acabamos de señalar, pues dentro de un supuesto de desahucio por falta de pago, si el deudor ni paga ni se opone, permite incluir en el decreto que pone fin al monitorio las rentas debidas desde la presentación de la demanda hasta la entrega de la finca.

2.2.4. Inexistencia de importe mínimo

Cuando se incorpora el proceso monitorio al ordenamiento jurídico español en la LEC en el año 2000, se hace con una limitación cuantitativa. Sólo las deudas que no excediesen de 5 millones de pesetas¹² podían ser reclamadas a través de él. Este importe máximo permanece inalterado hasta el año 2009, cuando la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial lo eleva a 250.000 euros. La justificación viene recogida en la Exposición de Motivos de la citada ley, la cual señala que se ha decidido aumentar la

¹¹ HERRERO PEREZAGUA, JF, “Cinco preguntas sobre la transformación del monitorio” en *Revista General de Derecho Procesal* 45 (2018), pag 19.

¹² Esta cuantía se adaptaría a 30.000 euros en el año 2001, con la entrada en vigor de la moneda.

cuantía máxima para dar más cobertura al proceso, dado el éxito que había tenido hasta entonces. La ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal termina por suprimir esta limitación, permitiendo que cualquier deuda que cumpla las características ya comentadas pueda ser reclamada a través de un monitorio. El monitorio se había postulado como un instrumento verdaderamente eficaz para el cobro de créditos y como uno de los procedimientos a los que más se recurría dentro del ordenamiento español, por lo que se pretende aumentar todavía más su campo de actuación. Además, esto permite solucionar los problemas que se presentaban en la práctica, cuando se fraccionaban las deudas mayores de 250.000 euros para poder acceder al procedimiento¹³.

2.2.5. Deuda acreditada documentalmente

Por último, el art. 812 exige que la deuda se acredite de alguno de los modos que en él se señalan. Las distintas posibilidades que ofrece son las siguientes: documentos o cualquier soporte físico, firmados o sellados por el deudor; o facturas, albaranes de entrega, certificaciones, telegramas, telefax o cualquier otro tipo de documento.

En palabras de LÓPEZ SÁNCHEZ¹⁴, no se exige un principio de prueba «de todos o alguno de los hechos constitutivos de la obligación del deudor, sino que basta la acreditación de cualquier hecho del que pueda deducirse, en virtud de un principio de normalidad, la existencia de una relación jurídica obligacional». Además, en su apartado segundo, el citado artículo recoge que podrá también acudir al proceso monitorio: «cuando, junto al documento en que conste la deuda, se aporten documentos comerciales que acrediten una relación anterior duradera» y «cuando la deuda se acredite mediante certificaciones de impago de cantidades debidas en concepto de gastos comunes de Comunidades de propietarios de inmuebles urbanos».

¹³ PILLADO GONZÁLEZ, E, “Problemática del juicio monitorio tras la Ley 42/2915, de 5 de noviembre de modificación de la LEC” en *Práctica de Tribunales nº127, Casuística práctica en materia de actos de comunicación*, pag 6

¹⁴ LÓPEZ SÁNCHEZ, J, *El proceso monitorio*, Editorial La Ley, 2000, pag 110

3. REPARTO DE TAREAS ENTRE EL JUEZ Y EL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

Como ya ha sido expuesto, el proceso monitorio se incorpora al ordenamiento jurídico español en la LEC en el año 2000. En lo relativo a la competencia, antes de las sucesivas reformas a las que se ha visto sometido, el art. 813 señalaba la competencia exclusiva del juez de Primera Instancia del domicilio o residencia del deudor o del lugar en el que este pudiera ser hallado. Este era el encargado de recibir la petición inicial y los documentos probatorios junto a los que fuera acompañada y de examinar que la deuda cumpliera con los requisitos que entonces marcaba la ley (deuda dineraria, vencida y exigible). En este caso, era el juez el que dictaba la providencia requiriendo al deudor el pago en plazo de veinte días o su oposición. Si el deudor ni comparecía ni efectuaba el pago, el art. 816 establecía que sería también el juez el encargado de dictar auto por el que se despacharía ejecución.

Se otorgaba por tanto un papel central al juez, pues era este el encargado de dirigir el proceso y realizar las actuaciones principales. De este modo, el procedimiento no suscitaba las dudas que expondremos posteriormente; era un procedimiento judicial en toda regla y el auto que le ponía fin e iniciaba la ejecución tenía eficacia de cosa juzgada.

Sin embargo, el proceso ha sufrido importantes reformas, afectado especialmente por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficial judicial y por la Ley 14/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. De la lectura de los actuales artículos 812-818 LEC podemos extraer cómo es el reparto de tareas entre el letrado de la Administración de Justicia y el juez en la actualidad. Como veremos, el letrado de la Administración de Justicia tiene ahora atribuidas las funciones principales del procedimiento, llevando a cabo el juez un papel más secundario, relacionado sobre todo con cuestiones sobre el fondo del asunto.

3.1. Competencia

La competencia para conocer del procedimiento ya no reside en el juez de Primera Instancia, sino que pasa a residir en el *Juzgado* de Primera Instancia del domicilio o residencia del deudor, o si estos nos fueran conocidos, en el del lugar en que pudiera ser encontrado a efectos de realizar el requerimiento de pago. El encargado de llevar a cabo

las averiguaciones necesarias para conocer la localización del deudor es el letrado de la Administración de Justicia y en el caso de que estas resulten infructuosas o se localice al deudor en otro partido judicial, será el juez el que, a través de auto, dé por terminado el procedimiento. Esta modificación se introdujo puesto que, anteriormente, cuando no era posible encontrar al deudor a la hora de notificar el requerimiento de pago, era frecuente que el Juzgado se inhibiera en favor del de otro partido donde considerase que fuese posible encontrar al deudor, teniendo lugar una “cadena de inhibiciones” en busca del deudor de un partido judicial a otro. Por ello, se introduce en el art. 813 un nuevo apartado, en el que se recoge la doctrina del “deudor volátil”, asentada por el TS en el Auto de 5 de enero del 2010. GONZÁLEZ GARCÍA¹⁵ resume esta doctrina de la siguiente forma: cuando el tribunal considere que no es posible llevar a cabo el requerimiento de pago al ser imposible localizar al deudor en ninguno de los domicilios señalados, debe archivar las actuaciones para que el acreedor averigüe por sus propios medios el domicilio del deudor antes de presentar una nueva petición en el juzgado en cuestión, o bien lleve su reclamación por los cauces del declarativo ordinario que corresponda. De este modo, se añade el siguiente párrafo al art. 813 solucionando así la controversia: *«Si, tras la realización de las correspondientes averiguaciones por el letrado de la Administración de Justicia sobre el domicilio o residencia, éstas son infructuosas o el deudor es localizado en otro partido judicial, el juez dictará auto dando por terminado el proceso, haciendo constar tal circunstancia y reservando al acreedor el derecho a instar de nuevo el proceso ante el Juzgado competente».*

Aquí surge una de las incongruencias en las que se ve envuelto el monitorio. El encargado de valorar si la petición inicial ha sido depositada ante el órgano correcto es el letrado de la Administración de Justicia. En cambio, el art. 813 señala que es el juez el que deberá poner fin al proceso cuando no haya sido posible localizar al deudor o haya sido localizado en otro partido. HERRERO PEREZAGUA¹⁶ explica el porqué de esta atribución al juez, ya que «se trata de una decisión que afecta al derecho de acceso a la justicia que, a su vez, forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva» que debe reservarse a los jueces y tribunales. Esto, a su vez, afecta a la concepción del proceso monitorio como proceso jurisdiccional, cuestión que trataremos más adelante.

¹⁵ GONZÁLEZ GARCÍA, JM, Comentario del Auto del TS de 5 de enero de 2010: “Consecuencias procesales de la imposibilidad de señalar en el proceso monitorio el fuero determinante de la competencia territorial en los supuestos de deudor volátil”

¹⁶ HERRERO PEREZAGUA, JF, “Cinco preguntas sobre la transformación del monitorio” en *Revista General de Derecho Procesal* 45 (2018), pag 24

3.2. Admisión y examen de la petición inicial

En lo relativo a la petición inicial, es el letrado de la Administración de Justicia el que debe realizar el examen de los documentos aportados con ella, asegurándose de que cumplan con los requisitos del art. 812.2 LEC o bien constituyan principio de prueba del derecho del peticionario. Si considera que se da alguna de estas dos condiciones, será él quien emita el requerimiento de pago al deudor, mientras que en caso contrario dará cuenta al juez, que resolverá sobre la admisión a trámite o no de la petición inicial. También deberá controlar el letrado que, dada la documentación recibida, la cantidad reclamada sea la correcta. En caso de que considere que no lo es, debe dar traslado al juez, el cual podrá plantear al acreedor mediante auto una cantidad corregida por importe inferior a la original. Este podrá aceptarla o rechazarla, pero, si en el plazo de diez días no responde, se le tendrá por desistido. Es importante resaltar que el control que debe realizar el letrado de la Administración Judicial es un control estrictamente formal; es decir, simplemente ateniéndose a la documentación presentada, sin entrar a valorar cuestiones de fondo, no sustituyendo así al que podrá llevar a cabo el deudor en su oposición.¹⁷

Es, como vemos, el letrado de la Administración de Justicia el encargado de dirigir el procedimiento en su fase inicial. La Ley 13/2009 entrega al letrado la competencia para admitir la demanda, puesto que, citando el propio preámbulo, «la Ley sólo exige la comprobación de ciertos requisitos formales [...] y el examen de la jurisdicción y competencia objetiva y territorial, lo que, en la mayoría de los supuestos no es más que una mera comprobación material». Tiene sentido, por tanto, encargarle también todo lo relacionado con la admisión del escrito inicial en el proceso monitorio, dejando para el juez aquellas tareas que se excedan de meras comprobaciones formales y requieran una valoración más profunda.

3.3. Examen de las cláusulas abusivas

Una de las novedades introducidas por la Ley 42/2015 es la atribución al letrado de la Administración de Justicia del deber de examinar la relación entre el acreedor y el deudor antes del requerimiento de pago, pues tendrá que dar cuenta al juez cuando esta sea entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario. En estos casos, este

¹⁷ PILLADO GONZÁLEZ, E, “Problemática del juicio monitorio tras la Ley 42/2015, de 5 de noviembre de modificación de la LEC” en *Práctica de Tribunales nº127, Casuística práctica en materia de actos de comunicación*, pag 5

deberá examinar de oficio la abusividad de las cláusulas que constituyan fundamento de la pretensión o determinen la cantidad reclamada y resolver sobre ello mediante auto. Antes de la reforma, sin embargo, existían dos posturas jurisprudenciales dentro de las Audiencias Provinciales en torno a cómo debía producirse el control judicial de este tipo de cláusulas tal y como recogen HERRERO PEREZAGUA¹⁸ y PILLADO GONZÁLEZ¹⁹. Un sector consideraba improcedente llevar a cabo este control, pues implicaba realizar un examen sobre el fondo del asunto y entendían que era el deudor el que debía alegar la abusividad en su oposición. Otro sector sí que lo consideraba procedente ya que, como afectaba a la exigibilidad o inexigibilidad de la deuda, debía realizarse un control por parte del juez en el momento de la admisión a trámite de la petición inicial.

La necesidad de reforma de este aspecto aparece tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), de 14 de junio de 2012, en el asunto Banco Español de Crédito, C-618/10 (ECLI:EU:C:2012:349), en la que se llega a la conclusión de que la regulación española del monitorio incumple lo establecido por la Directiva 93/13. Esto se debe a que, en palabras de la sentencia, «no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando ya disponga de todos los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio —*in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento— el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición.»²⁰ Dicho de otro modo, sólo se procedía a examinar la abusividad de las cláusulas si el consumidor formulaba oposición. El Tribunal considera que existe un riesgo alto de que el consumidor no lleve a cabo esta oposición, bien por el reducido plazo que se da para ello (solo veinte días), por los costes que puede suscitarle la reclamación en relación con la cuantía de la deuda, porque simplemente ignoran sus derechos o bien por el carácter limitado de la demanda.²¹ Bastaría por tanto con que los profesionales acudiesen a un monitorio en lugar de al declarativo ordinario que corresponda para menoscabar la protección que se

¹⁸ HERRERO PEREZAGUA, JF, “Cinco preguntas sobre la transformación del monitorio” en *Revista General de Derecho Procesal* 45 (2018) pag 29

¹⁹ PILLADO GONZÁLEZ, E, “Problemática del juicio monitorio tras la Ley 42/2015, de 5 de noviembre de modificación de la LEC” en *Práctica de Tribunales nº127, Casuística práctica en materia de actos de comunicación*, pag 12.

²⁰ Apartado 53 de la Sentencia

²¹ Apartado 54 de la Sentencia

otorga a los consumidores²². Por ello, se concluye que la regulación española de los procesos monitorios no ofrece una protección al consumidor acorde a la que exige la norma europea.

Para solventar este problema se introduce un apartado cuarto en el art. 815 de la LEC. Este nuevo apartado regula, tal y como hemos dicho, un trámite de control judicial de oficio de las cláusulas abusivas. Así, cuando la reclamación se base en un contrato entre un empresario y un consumidor o usuario, el letrado de la Administración de Justicia posee la obligación de dar cuenta al juez para que este examine el carácter abusivo de las cláusulas.

En caso de detectar que alguna de estas cláusulas puede ser calificada como abusiva, el juez dará audiencia a las partes en el plazo de los cinco días siguientes. Es importante destacar que ha de analizar sólo aquellas que sirvan como fundamento de la pretensión o determinen la cantidad. Con buen criterio, MORENO GARCÍA²³ señala que no tendría sentido que el juez pudiera analizar la abusividad de cualquier cláusula, con la consiguiente audiencia a las partes, lo que desvirtuaría la naturaleza del proceso e impediría alcanzar su finalidad. Para este trámite no se precisa ni de abogado ni de procurador, lo que esta misma autora califica como criticable, pues puede suponer un perjuicio para el consumidor.

Tras este plazo de audiencia, el juez resolverá mediante auto en el plazo de cinco días que será recurrible en apelación. Esta resolución tendrá lugar, en cualquier caso; es decir, tanto si considera que existe alguna cláusula abusiva como si no. Si se da este primer caso, en el auto se deberán señalar las consecuencias de esta consideración: si la cláusula es fundamental para el ejercicio de la petición el proceso no podrá continuar, mientras que si puede continuar se tendrá simplemente por no puesta y el proceso continuará su tramitación. Si por el contrario se considera que no existe ninguna cláusula abusiva, continuará el letrado de la Administración de Justicia realizando el requerimiento de pago al deudor.

²² Apartado 55 de la Sentencia

²³ MORENO GARCÍA, L, "Cláusulas abusivas y proceso monitorio: tratamiento procesal en España e Italia" en *Práctica de Tribunales n°125, Las diligencias preliminares del art.256 LEC*, pag 4.

3.4. Fin del procedimiento.

Por último, el encargado de poner fin al procedimiento es siempre el letrado de la Administración de Justicia: dictará decreto terminando el proceso cuando el deudor ni realice el pago ni se oponga, instando al acreedor a despachar ejecución, acordará el archivo de las actuaciones cuando efectúe el pago y, en caso de oposición, dictará decreto poniendo fin al monitorio para que se inicie el procedimiento que por cuantía corresponda. Se unifican así los modos de terminación del proceso y se consigue, tal y como señala GÓMEZ AMIGO²⁴, realizar una distinción entre el monitorio como tal y la posterior ejecución, y entre el monitorio y el declarativo que corresponda en caso de oposición.

Todas estas atribuciones de tareas al letrado de la Administración de Justicia se enmarcan dentro de un proceso de *desjudicialización* del sistema judicial. El principal objetivo que se persigue es que «los Jueces y Magistrados dediquen todos sus esfuerzos a las funciones que les vienen encomendadas por la Constitución: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado»²⁵. Para ello, se les descarga de todas las tareas que no estén relacionadas con estas funciones, atribuyéndose a otros funcionarios. Se entiende que para dinamizar el sistema judicial es preciso atribuir a los letrados de la Administración de Justicia «no sólo las funciones de impulso formal del procedimiento que tenían hasta ahora, sino también otras funciones que les permitirán adoptar decisiones en materias colaterales a la función jurisdiccional pero que resultan indispensables para la misma» tal y como se recoge en el Preámbulo de la Ley 13/2009. Precisamente por esto, resulta especialmente llamativa la manera en la que se ha introducido el control de oficio por parte del juez de las cláusulas abusivas, ya que todas las reformas hasta la fecha habían llevado la dirección opuesta: quitarle competencias.

²⁴ GÓMEZ AMIGO, L, “La evolución del proceso monitorio. En particular, su reforma por la Ley 42/2015, de 5 de octubre” en *Práctica de Tribunales nº126, Casuística práctica del derecho de desistimiento*, pag 3.

²⁵ Apartado I del Preámbulo de la Ley 13/2009

4. PROBLEMA TRAS LA REFORMA LLEVADA A CABO POR LA LEY 42/2015.

4.1. Examen de la relación entre acreedor y deudor.

En primer lugar, debemos detenernos ante la nueva función encomendada al letrado de la Administración de Justicia: examinar la relación existente entre el acreedor y el deudor para ver si se trata de una entre un empresario y un consumidor o usuario, la cual, eventualmente, puede no ser sencilla de calificar. LAFUENTE TORRALBA²⁶ recoge algunos *supuestos fronterizos*, en los que la delimitación se torna complicada al aplicar la ley al caso concreto pues son deudores a los que es difícil encajar en el concepto de consumidor. Resulta problemática la calificación en el caso del *consumidor «camuflado»*, que es aquel que administra una sociedad limitada y compra un bien inmueble a través de la sociedad, pero para utilizarlo como residencia habitual. Lo mismo sucede con el *consumidor mixto*, el cual utiliza el bien financiado mediante préstamo hipotecario para fines empresariales y particulares. También es posible incluir dentro de estos supuestos fronterizos al consumidor que se subroga en un préstamo hipotecario contraído por una empresa promotora cuando compra el piso y al particular que garantiza una obligación contraída por una sociedad mercantil. Aunque no vamos a entrar a valorar en profundidad estos supuestos, para resaltar su complejidad es necesario señalar que en numerosas ocasiones ha sido necesaria la intervención del TJUE, como en los famosos casos *Gruber* o *Feichter*.

HERRERO PEREZAGUA²⁷ entiende que, aunque lo que está realizando el letrado es un juicio subordinado al que llevará a cabo el juez posteriormente, no deja de ser por ello una actividad enjuiciadora, que está siendo ejercitada por alguien a quien no debería haber sido atribuida esta competencia. Lo que se venía solicitando desde el TJUE es una mayor protección del consumidor, y para eso es para lo que se efectúa la reforma. Sin embargo, el juez solo entrará al examen de las cláusulas abusivas si el letrado de la Administración de Justicia considera que está ante un contrato entre un empresario y consumidor. Si por el contrario no califica la relación contractual como tal de forma errónea, no serán trasladadas las actuaciones al juez y se conseguirá,

²⁶ LAFUENTE TORRALBA, AJ, “Los obstáculos para el examen de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución: puntos ciegos y zonas de desprotección en el régimen vigente” en *Revista de Derecho Civil* vol. II, núm. 2 (abril – junio, 2015), págs. 189 y ss.

²⁷ HERRERO PEREZAGUA, JF, “Cinco preguntas sobre la transformación del monitorio” en *Revista General de Derecho Procesal* 45 (2018) Pag 31

precisamente, el objetivo contrario al perseguido: una desprotección del deudor consumidor.

4.2. Introducción de un incidente contradictorio en la fase inicial del procedimiento.

En segundo lugar, nos planteamos los problemas que puede suscitar introducir un incidente contradictorio en esta fase. El examen de las cláusulas abusivas tiene lugar antes de emitir el requerimiento al deudor, en una parte del proceso que está destinada únicamente a valorar si la deuda cumple con los requisitos establecidos por la ley para acceder a este procedimiento. Es decir, se está dando audiencia al deudor en un proceso en el que todavía no es parte, pues no ha sido todavía requerido de pago, y además en una fase que se debe desarrollar sin contradicción, tal y como señala GÓMEZ AMIGO²⁸. Además, también existen dudas de la manera de proceder cuando el deudor no sea hallado en su domicilio o lugar indicado por el acreedor. ¿Debe seguir sustanciándose el incidente sin su presencia o se deben archivar las actuaciones del mismo modo en el que señala el art. 813 de la LEC? Por último, para esta audiencia no resulta preceptiva la intervención de abogado ni de procurador. Esto, que lo que pretende es agilizar el proceso, pone a las partes en una situación comprometida: Por un lado, la complejidad de la situación puede hacer conveniente la asistencia letrada (como además se demuestra en la práctica, ya que las partes suelen acudir al asesoramiento de profesionales), sin embargo, deben sopesar si le merece la pena correr con estos gastos ya que no podrán ser incluidos en la eventual condena en costas.²⁹

4.3. Efecto de la resolución judicial sobre las cláusulas abusivas.

En tercer lugar, hay que cuestionarse el efecto que tiene la resolución judicial acerca de las cláusulas abusivas. El art. 815.4 LEC solamente se pronuncia sobre la continuación o terminación del monitorio³⁰. En cambio, se dejan en el aire otras cuestiones de importante relevancia.

²⁸ GÓMEZ AMIGO, L, “La evolución del proceso monitorio. En particular, su reforma por la Ley 42/2015, de 5 de octubre” en *Práctica de Tribunales nº126, Casuística práctica del derecho de desistimiento* pag 7

²⁹ PILLADO GONZÁLEZ, E, “Problemática del juicio monitorio tras la Ley 42/2015, de 5 de noviembre de modificación de la LEC” en *Práctica de Tribunales nº127, Casuística práctica en materia de actos de comunicación*. pag 13

³⁰ Art. 815 4º LEC: «De estimar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas contractuales, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal consideración acordando, bien la improcedencia de la pretensión, bien la continuación del procedimiento sin aplicación de las consideradas abusivas».

¿Puede alegar el deudor la abusividad de una cláusula ya examinada en la posterior oposición? Aunque el texto normativo guarda silencio en torno a esta cuestión, el preámbulo de la Ley 42/2015 sí que señala que el juez debe pronunciarse respecto a las cláusulas abusivas en contratos entre empresarios y consumidores «sin que ello produzca efecto de cosa juzgada». HERRERO PEREZAGUA³¹ duda sobre que esto sea realmente así, pues a su parecer, «si el juez ha examinado y desestimado el carácter abusivo de una determinada cláusula, el deudor no podrá alegar en la oposición esa misma causa, de modo que, si este fuera el único contenido de su oposición, habrá de ser inadmitida y darse por concluido el monitorio quedando expedito el acceso a la ejecución». El hecho de que se pudiera alegar otra vez esta misma causa en la oposición carecería de sentido puesto que la cláusula sería examinada por el mismo juez que ya consideró en su momento que no era abusiva. Nada le impide, en cambio, objetar la abusividad de cualquier otra cláusula no examinada. El propio art. 815 en su párrafo quinto señala que el cauce para combatir estas resoluciones es el recurso de apelación. Por ello, si el deudor no está de acuerdo con la calificación llevada a cabo por el juez, debe alegarlo a través de este trámite y no utilizándolo como causa de oposición posteriormente. En caso de no hacerlo dentro del plazo establecido, este mismo autor entiende que habrá precluido su oportunidad y que la resolución poseerá autoridad de cosa juzgada, vinculando al juzgado que la ha emitido.

Una vez visto que no es posible utilizar como causa de oposición dentro del proceso monitorio la abusividad de una cláusula ya examinada por el juez, cabe preguntarse si es posible hacerlo en la ulterior ejecución. La respuesta sigue la misma línea que la dada para la cuestión anterior. El art. 556 LEC recoge las causas de oposición a la ejecución, dentro de las cuales no está el carácter abusivo de alguna de las cláusulas por la sencilla razón de que este aspecto ya ha sido tratado en el proceso previo a la ejecución.

La última duda sobre esta cuestión gira en torno a la posibilidad de discutir el carácter abusivo de una cláusula sobre la que ya se ha decidido en un proceso monitorio anterior. La respuesta a esto está más discutida, encontrando argumentos a favor y en contra de que la resolución produzca o no efecto de cosa juzgada. Algunos autores consideran que este trámite funciona tan solo como un mero control preventivo para defender los intereses de los consumidores, pero que no debe impedir que la cuestión sea discutida

³¹ HERRERO PEREZAGUA, JF, “Cinco preguntas sobre la transformación del monitorio” en *Revista General de Derecho Procesal* 45 (2018), pag 32

en un proceso declarativo posterior. En mi opinión, esto puede generar problemas puesto que ante supuestos dudosos, no es para nada raro que dos jueces valoren un hecho de forma distinta. Si consideramos que esta resolución no tiene efecto de cosa juzgada, estamos dejando abierta la posibilidad de que en un proceso posterior el juez pueda valorar de forma distinta algo que, aunque de oficio, ya ha sido enjuiciado. Me parece más adecuada, por tanto, la opinión que dan autores como GÓMEZ AMIGO o HERRERO PEREZAGUA, al considerar que este auto judicial debe tener efecto de cosa juzgada y que por ello no deben poder plantearse posteriormente las cuestiones en él decididas, ni en la oposición, ni en el declarativo que sigue a esta y ni en otro proceso diferente.

De lo expuesto hasta este punto, podemos deducir que la reforma, aunque ha cumplido con las exigencias del TJUE en lo que a protección del consumidor se refiere, ha incorporado al proceso numerosas dificultades. En concreto, el abogado general del TJUE señalaba en sus conclusiones del asunto C-618/2010 el peligro que podría suponer la introducción de un trámite contradictorio convirtiéndose así el monitorio «en una mera copia del procedimiento contradictorio y perdiendo precisamente una de sus ventajas esenciales en términos de eficiencia»³². Por ello, cabe preguntarse si habría sido posible cumplir con estas exigencias de un modo en el que no se comprometiese las principales virtudes de estos procedimientos: satisfacer créditos dinerarios rápidamente y descargar de trabajo a los órganos judiciales.³³

4.4. Alternativas a la reforma.

A continuación, vamos a recoger algunas de las posibilidades que han planteado diversos autores. GÓMEZ AMIGO³⁴ considera la posibilidad de utilizar el trámite del art. 815.3 LC para llevar a cabo el control de las cláusulas abusivas. A través de él, si el letrado de la Administración de Justicia considera que la cantidad reclamada no es correcta, da traslado al juez que podrá realizar una propuesta inferior al acreedor mediante auto. Según este autor, se podría haber articulado este trámite para controlar en él las cláusulas abusivas sin tener que dar audiencia al deudor y solventándose las

³² Apartado 54

³³ Apartados 55 y 56

³⁴ GÓMEZ AMIGO, L, “La evolución del proceso monitorio. En particular, su reforma por la Ley 42/2015, de 5 de octubre” en *Práctica de Tribunales nº126, Casuística práctica del derecho de desistimiento* pág 8

dificultades ya señaladas. PILLADO GONZÁLEZ³⁵, en cambio, se posiciona en contra, de esta solución, pues considera que el trámite del art. 815.3 LEC está enfocado a la solución de errores aritméticos o de cálculo a la hora de establecer la deuda, siendo difícil hacer encajar en él el control que se quiere llevar a cabo.

HERRERO PEREZAGUA³⁶ valora como la mejor alternativa la propuesta por BANACLOCHE PALAO, a la que yo también me adhiero. Este, valora tres posibles supuestos. Si el deudor paga tras el requerimiento, la situación es la misma a la que se habría llegado si no hubiese habido actuación judicial alguna. Si se opondrá, el posible carácter abusivo será examinado por el juez en el declarativo correspondiente, aunque esto no sea alegado por el deudor. Y, en el caso de que ni se oponga ni pague, sería el único momento en el que el juez tendría que entrar a valorar si existen cláusulas abusivas o no, reduciéndose mucho los supuestos en los que esto tendría que llevarse a cabo y manteniendo en gran medida las virtudes del procedimiento.

Una última posibilidad sería posponer el examen de las cláusulas abusivas al proceso de ejecución. Sin embargo, esto implicaría dar al decreto que pone fin al monitorio el tratamiento propio de un título extrajudicial; es decir: sería necesario hacer una nueva excepción al art. 556 LEC para que cupiese el examen de oficio que dispone el art. 552.1.2 LEC y fuese de aplicación el art. 557 LEC donde se recogen los motivos de oposición. Además, debería modificarse también el art. 816 LEC. PILLADO GONZÁLEZ se posiciona en contra de posponer este examen a la ejecución, pues se estaría contradiciendo a la jurisprudencia europea al no controlarse la posible abusividad de una cláusula dentro del proceso monitorio, sino en la ejecución que le sigue.

³⁵ PILLADO GONZÁLEZ, E, “Problemática del juicio monitorio tras la Ley 42/2915, de 5 de noviembre de modificación de la LEC” en *Práctica de Tribunales nº127*, Casuística práctica en materia de actos de comunicación, pag 14

³⁶ HERRERO PEREZAGUA, JF, “Cinco preguntas sobre la transformación del monitorio” en *Revista General de Derecho Procesal 45 (2018)*, pag 34

5. PROCESO Y COSA JUZGADA.

La *desjudicialización* del proceso monitorio, con la atribución de las principales actuaciones del proceso al letrado de la Administración de Justicia plantea problemas en torno a la consideración del monitorio como proceso judicial y a la eficacia de cosa juzgada de las resoluciones derivadas de este. Debido a ello, aparecen en la actualidad preguntas de no fácil respuesta, y a las que trataremos de contestar en este apartado

5.1. ¿Puede considerarse como proceso uno en el que no interviene prácticamente el juez?

Siguiendo la argumentación de HERRERO PEREZAGUA³⁷ y BONET NAVARRO³⁸, vemos que la LEC denomina al monitorio como proceso de forma clara. En el apartado XIX de su Exposición de Motivos ya aparece denominado como *proceso* monitorio, y lo reconoce como un instrumento de tutela jurisdiccional. Aparece regulado en el libro IV, dedicado a los *procesos* especiales, y dentro de él en el título III, de los *procesos* monitorio y cambiario. Es decir, el legislador concibe dos instrumentos de tutela del crédito: para el dinerario el proceso monitorio y para el documentado en pagarés, letras de cambio y cheques el cambiario. Además, en el propio texto de los artículos 812, 813 y 816 se refiere a él como *proceso* monitorio.

La regulación original del monitorio no suscitaba ningún problema a este respecto: era un proceso jurisdiccional llevado a cabo por el juez de principio a fin. Sin embargo, las sucesivas reformas y la *desjudicialización* que han traído consigo, han dificultado esta concepción. Tal y como señala LÓPEZ SÁNCHEZ³⁹, en el monitorio se practican «actividades de enjuiciamiento que entrañan cometidos claramente jurisdiccionales». Por ejemplo, la admisión o inadmisión de la petición inicial implica realizar una valoración de los documentos y requisitos de la obligación que sirve como fundamento a la pretensión lo que, unido a las consecuencias de la inactividad del deudor, resulta una función jurisdiccional que tendría que estar reservada a la jurisdicción.

³⁷ HERRERO PEREZAGUA, JF, “Cinco preguntas sobre la transformación del monitorio” en *Revista General de Derecho Procesal* 45 (2018), pag 6.

³⁸ BONET NAVARRO, J, “El monitorio notarial y otras carcomas de la potestad jurisdiccional” en *Diario La Ley*, nº9167, Sección Doctrina, 27 de marzo de 2018, pag 6

³⁹ LÓPEZ SÁNCHEZ, J, “Naturaleza jurídica de los procesos monitorio y cambiario” en *Estudios Jurídicos, Secretarios Judiciales, VII-2001*, Madrid, 2001, pag 575-6

5.2. ¿Puede tener eficacia de cosa juzgada una resolución que emana de un órgano que carece de la potestad jurisdiccional?

Por otro lado, el art. 816, al hablar de las consecuencias de la incomparecencia del deudor reconoce en su apartado 2 que, «*despachada ejecución, proseguirá ésta conforme a lo dispuesto para la de sentencias judiciales, pudiendo formularse la oposición prevista en estos casos, pero el solicitante del proceso monitorio y el deudor ejecutado no podrán pretender ulteriormente en proceso ordinario la cantidad reclamada en el monitorio o la devolución de la que con la ejecución se obtuviere*». Lo que está reconociendo aquí el legislador es el efecto negativo de la cosa juzgada, estableciendo el mismo efecto que reconoce en el art. 222.1 LEC para las sentencias firmes: la exclusión de un posterior proceso que tenga el mismo objeto que uno que ya ha sido juzgado. Vemos, sin embargo, que al regular el monitorio no se utiliza la expresión *cosa juzgada*. La explicación la recoge HERRERO PEREZAGUA⁴⁰ citando a LÓPEZ SÁNCHEZ, el cual señala que, el silencio del deudor impide que se pueda reclamar de nuevo ese crédito, pero esto no prejuzga los fundamentos de hecho o de derecho de la reclamación. Es decir, reconoce el efecto negativo de la cosa juzgada pero no el positivo, por lo que en un proceso posterior el juez que conozca no estará vinculado a lo que se decidió en el monitorio. No producirá, por tanto, el efecto del art. 222.4 LEC: «*lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.*»

La ejecución que sigue se proyecta de idéntico modo a la de las sentencias, solo pudiendo oponer el deudor los motivos previstos en el art.556. Al contrario que sucede para los títulos no judiciales o arbitrales, en la ejecución que sigue al monitorio no cabrá discusión alguna relativa al fondo del asunto, pues esto ya ha sido enjuiciado.

Hemos visto que a lo largo del monitorio se llevan a cabo actividades de enjuiciamiento, que la resolución que le pone fin tiene eficacia de cosa juzgada y que de él deriva una ejecución como si se tratase de una sentencia, por lo que no cabe entender otra cosa distinta de que el monitorio es realmente un proceso.

⁴⁰ HERRERO PEREZAGUA, JF, “Cinco preguntas sobre la transformación del monitorio” en *Revista General de Derecho Procesal* 45 (2018), pag 7.

El problema reside en que la actividad de enjuiciamiento solo puede ser realizada por los jueces y tribunales, cuando en realidad está siendo ejercitada a lo largo de todo el monitorio por el letrado de la Administración de Justicia, por lo que la regulación a la que está sometida el procedimiento resulta contradictoria. El objetivo de la Ley 13/2009 era descargar a los jueces y Magistrados de todas aquellas tareas que no fuesen juzgar y ejecutar lo juzgado, para que pudieran precisamente centrarse en estas últimas. Sin embargo, tal y como vemos, se les ha desprendido de algunas de estas funciones para otorgárselas a aquellos que no poseen la capacidad para ello, lo que supone una clara contradicción, pues el preámbulo de esta misma ley reconoce al monitorio como proceso declarativo especial, y por tanto «cauce para el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva e instrumento de la jurisdicción⁴¹».

BANACLOCHE PALAO⁴² recoge los dos argumentos que han utilizado los partidarios de la reforma para justificarlo. En el primero de ellos defienden su constitucionalidad puesto que en la Constitución la función jurisdiccional se atribuye a los *Juzgados y Tribunales* (art. 117.3) y no a los *Jueces y Magistrados* (art. 117.1), por lo que pueden ser perfectamente llevadas a cabo por los letrados de la Administración de Justicia. Es decir, están «desvinculando la potestad jurisdiccional a que se refiere el apartado 3 del art. 117 CE, del poder judicial aludido en el apartado 1». Ofrecen un segundo argumento para sostener que lo que se ha legislado es lo que en la práctica se estaba efectuando antes de la reforma, por lo que no se ha hecho sino trasladar a la ley la realidad. Sin embargo, estos dos argumentos son desechados por el mismo autor. En cuanto al primero, la potestad jurisdiccional solo pueden tenerla los jueces y Magistrados, puesto que son los que han recibido constitucionalmente un status específico. Esta posición ha sido además confirmada por el Tribunal Constitucional en su STC 108/1986 de 26 de julio en la que se recoge que «solo los jueces, individualmente o agregados en órganos colegiados, pueden ejercer jurisdicción juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado». En cuanto al segundo argumento, no es válido decir que hay que regular algo de una determinada manera porque se esté haciendo así en la práctica, sino que lo que hay preguntarse es quién debería hacerla, y regularla en ese sentido. En este caso, al estar hablando de la función jurisdiccional, los

⁴¹ HERRERO PEREZAGUA, JF, “Cinco preguntas sobre la transformación del monitorio” en *Revista General de Derecho Procesal* 45 (2018), pag 8

⁴² BANACLOCHE PALAO, J, “El proyecto de Nueva Oficina Judicial: ¿hacia un nuevo proceso administrativizado? En *Diario La Ley*, n°7252, Sección Doctrina, 29 de septiembre de 2009, Editorial La Ley, pag 6-7

que deberían llevarla a cabo no son otros que *los jueces*. También BONET NAVARRO⁴³ es crítico con esta posición doctrinal. Considera que, al defender el trasvase de competencias desde los jueces a los letrados de la Administración de Justicia, deben explicar «cómo, y por qué regla de tres, de un procedimiento no jurisdiccional pueda derivar un efecto de cosa juzgada y una ejecución como si de sentencia se tratase».

5.3. Encaje en un proceso que respete los límites constitucionales

HERRERO PEREZAGUA⁴⁴ recoge las distintas conclusiones a las que podemos llegar. Si admitimos que la resolución que emana del letrado de la Administración de Justicia posee eficacia de cosa juzgada se estaría alterando el propio concepto, ya que provendría de una autoridad distinta del juez, posibilidad que hemos negado desde el principio. Una opción sería, tal y como señala BONET NAVARRO⁴⁵, entender que el decreto que emana del letrado es solo una ficción y que lo que en realidad hay es una sentencia implícita por parte del juez. El decreto, será «una representación externa del verdadero acto judicial tácito o implícito que se esconde: la sentencia de condena que, en la técnica monitoria, se hace innecesaria hacer patente». Por otro lado, podemos negar la eficacia de cosa juzgada de la resolución emitida por el letrado, pero esto conllevaría los problemas de explicar cómo entonces puede producir los efectos que produce el art. 816.2 LEC y convertir en ineficaz un proceso que, hasta la fecha, ha demostrado ser rotundamente exitoso. La última posibilidad que se nos plantea es concebir que se debe producir el efecto de cosa juzgada y que debe emanar del juez, por lo que se le deberían devolver sus competencias, solución que, sin embargo, no soluciona los problemas que plantea la legislación actual.

En línea con lo expuesto, BONET NAVARRO⁴⁶ considera que lo que separa al monitorio de la inconstitucionalidad es la posición subsidiaria que tiene el letrado de la Administración de Justicia respecto al juez. Aunque sea el primero el que dirige e impulsa el procedimiento, es el juez el que se encuentra siempre detrás de él y aparece en determinados momentos. Por ejemplo, en el supuesto del art. 813 para poner fin al

⁴³ BONET NAVARRO, J, “El monitorio notarial y otras carcomas de la potestad jurisdiccional” en *Diario La Ley, nº9167, Sección Doctrina, 27 de marzo de 2018, pag 7*

⁴⁴ HERRERO PEREZAGUA, JF, “Cinco preguntas sobre la transformación del monitorio” en *Revista General de Derecho Procesal 45 (2018), pag 9*

⁴⁵ BONET NAVARRO, J, *Los procedimientos monitorios civiles en el Derecho español*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2014.

⁴⁶ BONET NAVARRO, J, “El monitorio notarial y otras carcomas de la potestad jurisdiccional” en *Diario La Ley, nº9167, Sección Doctrina, 27 de marzo de 2018, pag 7*

proceso cuando no haya sido posible localizar al deudor, cuando la petición inicial no cumpla los requisitos, la cantidad reclamada no sea correcta, o cuando el contrato objeto de la reclamación se celebre entre consumidores y usuarios y empresarios, para el examen de las cláusulas abusivas. Además, hay que tener en cuenta el art. 454 bis LEC, por el que se establece el recurso de revisión directo del juez para los decretos del letrado de la Administración de Justicia que pongan fin al procedimiento o impidan su continuación y para los que expresamente se prevea. De este modo, se puede entender que el letrado de la Administración de Justicia lleva a cabo una función más relacionada con el impulso del proceso y con la realización de tareas sencillas, siempre «supervisado» por el juez, que es quien interviene en los momentos de mayor complejidad.

Es este último aspecto el que hace nacer las principales diferencias con el coloquialmente conocido como *monitorio notarial* y el que impide considerar al monitorio como un proceso de carácter extrajudicial. La Ley de Jurisdicción Voluntaria (Ley 11105/2015) incorporó dos artículos (70 y 71) a la Ley del Notariado que crean un procedimiento de técnica monitoria, similar al judicial, pero en este caso ante notario. Es ahora posible reclamar ante notario deudas dinerarias de cualquier cuantía, líquidas, determinadas, vencidas y exigibles, que se encuentren acreditadas documentadamente. Aceptada la solicitud, requerirá el Notario al deudor para que pague en el plazo de veinte días hábiles. Si el deudor paga, el Notario lo hará constar y si se opone se pone fin a la actuación notarial, quedando reservada al acreedor la vía judicial. Sin embargo, si este no paga ni se opone, el acreedor obtendrá un título ejecutivo. La ejecución de este título seguirá, no obstante, los trámites para los títulos extrajudiciales, pudiendo oponer el deudor en ella motivos de fondo. La otra diferencia principal con el monitorio «judicial» reside en que el Notario no podrá conocer de las deudas que provengan de un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario. La razón de esto reside en la especial protección del consumidor que se pretendió con la reforma llevada a cabo por la Ley 42/2015, y que carecería de sentido si se dejase abierta la vía para obtener un título ejecutivo de forma extrajudicial.

Este nuevo proceso aparece en el marco ya comentado de descarga de trabajo de los jueces. Aunque en el apartado IX de la Ley de Jurisdicción Voluntaria se señale que el procedimiento creado «*no es un procedimiento monitorio o de pequeña cuantía, sino que se sigue la técnica del Reglamento (CE) n.º 805/2004 del Parlamento Europeo y del*

Consejo, de 21 de abril, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados», vemos que tiene muchas similitudes con el monitorio, especialmente en su tramitación y en las consecuencias que tiene la incomparecencia del deudor.

6. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto, podemos concluir que la naturaleza del proceso monitorio como proceso jurisdiccional está puesta en duda. Por ello, deben llevarse a cabo cambios que, o bien permitan que siga siendo concebido como un proceso jurisdiccional, o bien lo transformen definitivamente en uno de jurisdicción voluntaria.

Si optamos por la primera opción, el juez debe recuperar el protagonismo que tenía antes. Es importante que el control de la admisión de la petición inicial sea llevado a cabo por el juez, pues este acto condiciona el desarrollo posterior y el control que ha de ejercer. Ya se ha señalado a lo largo de este trabajo cómo en el trámite de admisión se lleva a cabo una verdadera labor enjuiciadora. Se está enjuiciando tanto a la hora de valorar la concurrencia de los requisitos que señala la ley para admitir la petición inicial, como a la hora de valorar si deudor y acreedor poseen la condición de consumidor o usuario y empresario. Por ello, si se quiere seguir defendiendo la concepción del monitorio como proceso judicial, estas competencias deben ser devueltas al juez. Esto no es óbice a que el letrado de la Administración de Justicia pueda seguir llevando a cabo algunas tareas y así descargar, de algún modo, de trabajo a los jueces, pero las funciones que lleven a cabo no pueden comprender aquellas que la Constitución entrega en exclusividad a los jueces.

La otra opción consiste en mantener las competencias del letrado de la Administración de Justicia. En este caso, habrá que asumir que el proceso ha mudado su naturaleza, convirtiéndose en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, lo que implicaría cambios sustanciales y lo asemejaría todavía más al *monitorio notarial*. Al no existir actividad jurisdiccional, no podría predicarse la eficacia de cosa juzgada de la resolución que ponga fin al procedimiento, pudiendo ser revisada la cuestión posteriormente en el declarativo que corresponda. Además, el título ejecutivo debería recibir el tratamiento de los títulos extrajudiciales, lo que incidiría en el control de oficio por el juez de las cláusulas abusivas y en las causas de oposición que puede formular el deudor. Carecería de sentido la introducción de un incidente contradictorio para discutir la abusividad de las cláusulas, ya que los procesos de jurisdicción voluntaria se caracterizan, precisamente, por la inexistencia de contradicción. Ese control se pospondría al momento del despacho de la ejecución. Además, en este supuesto, sí que cabría oponer motivos de fondo, tal y como se recoge en el art. 557 LEC.

7. BIBLIOGRAFÍA

- BANACLOCHE PALAO, J, “El proyecto de Nueva Oficina Judicial: ¿hacia un nuevo proceso administrativizado? En *Diario La Ley*, n°7252, *Sección Doctrina*, 29 de septiembre de 2009, Editorial La Ley.
- BONET NAVARRO, J, “El monitorio notarial y otras carcomas de la potestad jurisdiccional” en *Diario La Ley*, n°9167, *Sección Doctrina*, 27 de marzo de 2018.
- BONET NAVARRO, J, “La reclamación de créditos por el abogado y procurador frente a sus clientes tras la STJUE de 16 de febrero de 2017 (C-503/2015)” en *Justicia año 2017 n°1*, pp 211-262.
- BONET NAVARRO, J, *Los procedimientos monitorios civiles en el Derecho español*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2014.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “La Justicia dato a dato”, Madrid, 2017.
- GÓMEZ AMIGO, L, “La evolución del proceso monitorio. En particular, su reforma por la Ley 42/2015, de 5 de octubre” en *Práctica de Tribunales n°126*, *Casuística práctica del derecho de desistimiento*.
- GONZÁLEZ GARCÍA, JM, Comentario del Auto del TS de 5 de enero de 2010: “Consecuencias procesales de la imposibilidad de señalar en el proceso monitorio el fuero determinante de la competencia territorial en los supuestos de deudor volátil”
- HERRERO PEREZAGUA, JF, “Cinco preguntas sobre la transformación del monitorio” en *Revista General de Derecho Procesal 45 (2018)*
- LAFUENTE TORRALBA, AJ, “Los obstáculos para el examen de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución: puntos ciegos y zonas de desprotección en el régimen vigente” en *Revista de Derecho Civil vol. II, núm. 2 (abril – junio, 2015)*.
- LLOBREGAT GABRERÍ, J, *El proceso monitorio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, S.A. Bosch, 2011.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J, “Naturaleza jurídica de los procesos monitorio y cambiario” en *Estudios Jurídicos, Secretarios Judiciales, VII-2001*, Madrid, 2001.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J, *El proceso monitorio*, Editorial La Ley, Madrid, 2000.

- MORENO GARCÍA, L, “Cláusulas abusivas y proceso monitorio: tratamiento procesal en España e Italia” en *Práctica de Tribunales nº125, Las diligencias preliminares del art.256 LEC*.
- PILLADO GONZÁLEZ, E, “Problemática del juicio monitorio tras la Ley 42/2915, de 5 de noviembre de modificación de la LEC” en *Práctica de Tribunales nº127, Casuística práctica en materia de actos de comunicación*.