

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
UNIDAD DE POST GRADO
MAESTRIA EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL



**Tesis para optar el grado académico de Magister
en Derecho Civil y Procesal Civil**

**“INTERPRETACIÓN DE LA ESTRUCTURA MONITORIA BAJO
EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO
AL DEBIDO PROCESO”**

AUTOR: Abog.Lenny Roxana Cáceres Frías

TUTOR: Dr. Iván Sandro Tapia Pinto Ph. D.

La Paz – Bolivia

2016

RESUMEN

El presente trabajo titulado “Interpretación de la Estructura Monitoria bajo el Control Constitucional en el Derecho al Debido Proceso”, establece un escenario para el debate emergente de la incorporación del proceso denominado de estructura monitoria en la norma civil procesal vigente, considerando que el mismo, por sus características, seguramente será uno de los más invocados por la ciudadanía, al contar con un procedimiento que no reviste mayor complejidad. En ese sentido, se ha realizado un análisis de la naturaleza de este instituto, sus elementos, finalidad y características, contrastándolos con los presupuestos del debido proceso, para verificar la existencia o no de algún tipo de vulneración a dicha garantía.

Asimismo, el presente trabajo contiene propuestas que permiten reflexionar en torno a posibles límites que deberían ser incorporados en el procedimiento previsto en nuestro país para este instituto; todo ello rescatando determinados avances existentes en otras legislaciones procesales que ya aplican este procedimiento, así como las fuentes utilizadas por el legislador para la elaboración de nuestro Código Procesal Civil boliviano y la jurisprudencia emitida al respecto.

Por otra parte, en el presente trabajo se exponen alternativas concretas destinadas al fortalecimiento de la aplicación del proceso de estructura monitoria en el Estado Plurinacional de Bolivia, las cuales emergen del análisis del referido proceso y sus variantes, identificando las críticas más relevantes desde el punto de vista del control constitucional y desde la óptica del garantismo procesal. Estas propuestas se encuentran referidas a aquellos elementos necesarios para garantizar la igualdad de partes y el derecho a la defensa, entre ellos, los vinculados al régimen de la citación y las notificaciones, la aplicación de medidas cautelares y la complementación del procedimiento en cuanto a la oposición de excepciones. Estas propuestas permitirán solventar aspectos que podrían surgir durante la aplicación del proceso de estructura monitoria.



Í N D I C E

	Página
1. CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN Y FUNDAMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	5
1.1. Introducción.....	5
1.2. Descripción de Objetivos.....	10
1.2.1. Objetivo general.....	10
1.2.2. Objetivos específicos.....	11
1.3. Pregunta de Investigación.....	11
1.4. Hipótesis Descriptiva.....	12
2. CAPÍTULO II: ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURÍDICO DEL INSTITUTO MONITORIO.....	13
2.1. Análisis conceptual del Proceso Monitorio.....	13
2.2. Características del Proceso Monitorio.....	14
2.3. Clasificación del Proceso Monitorio (Puro y Documental).....	19
2.3.1. Monitorio Puro.....	19
2.3.2. Monitorio Documental.....	21
2.3.3. Proceso Monitorio Limitado.....	24
2.3.4. Proceso Monitorio Ilimitado.....	25
2.4. Análisis de la finalidad del Proceso Monitorio.....	25
2.5. Análisis de la Naturaleza del Proceso Monitorio.....	27
2.6. Descripción y Análisis del Proceso de Estructura Monitoria en el Código Procesal Civil Boliviano.....	36
2.6.1. Aspectos relevantes del proceso de estructura monitoria.....	38
2.6.2. Requisitos generales de admisibilidad.....	48
2.6.2.1. Competencia.....	48
2.6.2.2. Capacidad Procesal en el Proceso Monitorio.....	52
2.6.3. Análisis de otras condiciones de admisibilidad del monitorio.....	54
2.6.3.1. Prueba escrita.....	54
2.6.3.2. Valor del crédito.....	56

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRES

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil
Abog. Lenny Roxana Cáceres Frías

2.6.3.3. Condición subjetiva del acreedor.....	56
2.6.3.4. Cumplimiento previo de la contraprestación en obligaciones bilaterales.....	57
2.6.4. Reglas aplicables a procesos monitorios específicos.....	58
2.6.4.1. Cumplimiento de obligaciones de dar.....	58
2.6.4.2. Entrega de la herencia.....	59
2.6.4.3. Resolución de contrato por falta de pago.....	61
2.6.4.4. Cese de la copropiedad.....	63
2.6.4.5. Desalojo en régimen de libre contratación.....	64
2.7. Variantes del Proceso de Estructura Monitoria.....	65
2.7.1. Proceso Ejecutivo.....	66
2.7.2. Ejecución coactiva de sumas de dinero.....	69
2.7.3. Procedimiento Coactivo Fiscal.....	72
2.8. Significado de la expresión “crédito líquido y exigible”	76
2.9. Mecanismos de impugnación en el Proceso Monitorio.....	79
2.10. Aplicabilidad de las Medidas Precautorias.....	80
2.11. Excepciones Extintivas.....	89
2.12. Proceso ordinario posterior.....	93
3. CAPÍTULO III: ANÁLISIS HISTÓRICO DEL INSTITUTO MONITORIO Y SUS ORÍGENES EN BOLIVIA.....	96
3.1. Antecedentes Históricos del Proceso Monitorio en diferentes países.....	96
3.1.1. Roma.....	96
3.1.2. Austria.....	97
3.1.3. Alemania.....	98
3.1.4. Francia.....	101
3.1.5. Italia.....	102
3.2. Antecedentes del Proceso Monitorio en Bolivia.....	105
3.2.1. El Proceso Coactivo Civil.....	107
4. CAPÍTULO IV: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y DE LEGISLACIÓN COMPARADA EN RELACIÓN AL INSTITUTO MONITORIO.....	109
4.1. Revisión de Jurisprudencia Constitucional.....	109

4.1.1. En relación a la constitucionalidad del anteriormente vigente Procedimiento de Ejecución Coactiva de créditos hipotecarios y prendarios.....	109
4.1.2. En relación al debido proceso y sus elementos.....	115
4.2. Revisión de Legislación Comparada.....	118
4.2.1. Proceso Monitorio Español.....	118
4.2.2. Proceso Monitorio Italiano.....	122
4.2.3. Proceso Monitorio en la Argentina.....	125
4.2.4. Proceso Monitorio en Uruguay.....	129
4.2.5. Proceso Monitorio en Colombia.....	133
4.2.6. Proceso Monitorio en el Ecuador.....	135
5. CAPÍTULO V: ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DEL DEBIDO PROCESO Y SUS ELEMENTOS.....	138
5.1. Antecedentes y Conceptualización del Debido Proceso.....	138
5.2. Descripción de los elementos del debido Proceso.....	146
5.3. El Debido Proceso en el bloque de constitucionalidad.....	152
5.4. Reflexiones sobre el Instituto del Monitorio en el marco del Debido Proceso.....	155
5.4.1. Diferencia entre Proceso y Procedimiento.....	155
5.4.2. Análisis respecto a la aparente carencia de bilateralidad y la inversión de Controversia.....	160
6. CAPÍTULO VI: PROPUESTAS PARA FORTALECER EL PROCESO DE ESTRUCTURA MONITORIA.....	163
6.1. Análisis normativo y prospectivo de la aplicación del proceso de estructura monitoria.....	163
6.2. Críticas al proceso de estructura monitoria en el marco del debido proceso.....	166
6.2.1. Ausencia de mecanismos que aseguren la certeza de la notificación de la sentencia..	166
6.2.2. Respecto a la aplicación de las medidas cautelares.....	167
6.2.3. Complementación del procedimiento en cuanto a la oposición de excepciones.....	169
6.2.4. El proceso ejecutivo, como proceso diferente al proceso de estructura monitoria.....	170
6.2.5. Categorización de documentos que respaldan la procedencia del proceso.....	170
6.3. Justificación Jurídica respecto a la necesidad de incorporar límites en la aplicación.....	171
6.4. Propuesta de modificaciones normativas en relación al proceso de estructura monitoria.....	173
6.4.1. En cuanto a la eventual notificación por edictos.....	173

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRES

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil
Abog. Lenny Roxana Cáceres Frías

6.4.2. En cuanto a las medidas cautelares.....	173
6.4.3. En cuanto a la complementación del procedimiento previsto para la oposición de excepciones.....	174
7. CAPÍTULO VII: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	175
7.1. Conclusiones.....	175
7.2. Recomendaciones.....	178
BIBLIOGRAFÍA.....	179
PÁGINAS WEB CONSULTADAS.....	182

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN Y FUNDAMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Introducción

Con la promulgación de la Ley N° 439 de 19 de noviembre de 2013, Código Procesal Civil boliviano, se ha puesto en relieve la discusión emergente de la incorporación del proceso denominado de estructura monitoria; el cual por sus características con seguridad será uno de los más invocados, más aun considerando que por su naturaleza cuenta con un procedimiento que no reviste mayor complejidad. En ese sentido, es necesario llevar adelante el análisis de la naturaleza de este instituto, sus elementos, finalidad y características en función de los presupuestos del debido proceso, todo ello con la finalidad de verificar la existencia o no de algún tipo de vulneración a dicha garantía.

El análisis efectuado en el presente trabajo contiene diferentes elementos, por una parte, encontramos aquellos elementos identificados desde la perspectiva del derecho de defensa del demandado, es decir, la inversión de la carga del contradictorio, a través del cual se le otorga la iniciativa al demandado de promover o no el contradictorio, oponiendo excepciones y tomando en cuenta que si no formula la oposición a tiempo, la determinación del juez adquiere fuerza ejecutiva y autoridad de cosa juzgada.

De igual manera, encontramos otra característica importante que radica en la función realizada por la autoridad judicial, probablemente, limitada al análisis de los documentos

presentados como prueba, sin que ello impida garantizar la necesaria congruencia que debe existir entre la petición del actor y la sentencia monitoria.

Por otra parte, también desde el punto de vista del acreedor, observamos diferentes características del proceso de estructura monitoria, considerando que el mismo se constituye en un mecanismo que tiene la finalidad de alcanzar la tutela judicial efectiva en un plazo razonable, en virtud de lo cual, por su naturaleza el procedimiento se encuentra basado, necesariamente, en el principio de la protección del derecho de crédito.

En ese contexto, se hace necesario buscar el equilibrio entre la protección al demandante - acreedor, a través de una vía expedita y menos dilatoria que le permita alcanzar la satisfacción de una prestación pendiente de cumplimiento, y la prevalencia del derecho al debido proceso que tiene el demandado y cuyos elementos deben estar necesariamente presentes en cada etapa del proceso.

Asimismo, en el marco del presente trabajo podremos encontrar propuestas que permitan reflexionar en torno a posibles límites que deberían ser incorporados en el procedimiento previsto en nuestro país para este instituto; todo ello rescatando algunos avances de otras legislaciones procesales, así como las fuentes utilizadas por el legislador para la elaboración de nuestro Código Procesal Civil boliviano y la jurisprudencia emitida al respecto.

En virtud a ello, la finalidad principal del presente trabajo está orientada a proponer alternativas concretas destinadas al fortalecimiento de la aplicación del proceso de estructura monitoria en el Estado Plurinacional de Bolivia, las cuales emergen del análisis del referido proceso y sus variantes, en diferentes facetas, identificando las críticas más relevantes a su contenido desde el punto de vista del control constitucional y desde la óptica del garantismo procesal. Estas propuestas se encuentran descritas de manera concreta a través de sugerencias y modificaciones puntuales al ordenamiento jurídico procesal vigente.

A tal efecto, corresponde señalar que el presente trabajo tiene un contenido jurídico - descriptivo, en virtud de lo cual, los métodos utilizados son: i) El método descriptivo: a través del análisis de las diferentes instituciones procesales involucradas, así como la revisión de la normativa interna e internacional, asimismo, se revisaron los principios doctrinales como medio necesario para interpretar el sentido de la norma jurídica, sus orígenes y su finalidad, cuidando los parámetros de objetividad, exactitud, imparcialidad y orden, ii) El método dogmático jurídico, a través del análisis de la jurisprudencia nacional y la revisión de legislación comparada.

La metodología utilizada se encuentra contenida en el desarrollo del trabajo y la misma ha permitido llevar adelante la propuesta cuyo objetivo es fortalecer nuestra legislación, siempre bajo la premisa de la construcción del estado de derecho, con igualdad de oportunidades.

En función a lo señalado precedentemente, el presente trabajo se encuentra estructurado en siete capítulos los cuales son descritos a continuación de una manera breve en lo referido a su contenido, importancia y aporte a la investigación:

El primer capítulo referido a la fundamentación de la investigación, éste comprende los objetivos general y específicos que se pretende alcanzar con la investigación, así como el desarrollo de la pregunta de investigación y la descripción de la hipótesis formulada.

El segundo capítulo contiene un análisis doctrinal y jurídico del proceso de estructura monitoria, sus características principales, clasificaciones efectuadas por las diferentes escuelas, etapas del proceso, formas de impugnación y todos los aspectos relevantes que son relativos a ese instituto y sus variantes; el análisis de cada uno de estos aspectos permite realizar un análisis descriptivo de la finalidad del instituto de estructura monitoria; por otra parte.

El tercer capítulo está referido al análisis histórico del instituto monitorio y sus orígenes, en ese sentido, se ha tomado como referencia las legislaciones romana, austriaca, germana, francesa e italiana, a fin de encontrar los elementos históricos relevantes de este instituto a lo largo de la historia, tomando en cuenta su evolución en función a la ideología predominante en cada momento histórico, de igual forma se ha realizado un análisis específico de la evolución del instituto en la legislación nacional, que si bien no cuenta con precedentes directos, tiene una larga trayectoria de avance normativo en lo referido a sus diferentes variantes.

El cuarto capítulo se encuentra relacionado con el análisis de la legislación comparada y jurisprudencia actual en relación al instituto monitorio y sus variantes, este aspecto es realmente relevante al considerar que el proceso de estructura monitoria recientemente incorporado en nuestro país, ya cuenta con varios años de aplicación en otros países, por lo cual la experiencia adquirida por los mismos, si bien no puede ser aplicada de forma directa considerando las particularidades de nuestro país, pueden servir como base para un análisis prospectivo de los posibles aspectos a ser reforzados en cuanto al procedimiento.

El quinto capítulo está referido al análisis doctrinal y jurisprudencial del debido proceso, describiendo cada uno de sus elementos, su importancia, finalidades y características históricas como un logro alcanzado por la democracia y el Estado de derecho, a fin de velar por el valor supremo de la justicia. En el referido capítulo contiene, a su vez, las reflexiones sobre el instituto monitorio en el marco del debido proceso. Dicho análisis es un elemento fundamental de la investigación toda vez que permite identificar los aspectos críticos del instituto.

El sexto capítulo contiene las propuestas orientadas a fortalecer el proceso de estructura monitoria, a través de sugerencias concretas y puntuales de modificaciones e incorporaciones al procedimiento. El capítulo contiene una esquematización de los puntos relevantes del análisis normativo del instituto monitorio, así como el análisis prospectivo de la aplicación del mismo en nuestro país, obteniéndose como resultado algunas críticas específicas emergentes de la investigación realizada.

Finalmente, en el séptimo capítulo se exponen las conclusiones y recomendaciones obtenidas como producto del presente trabajo, las mismas contienen aspectos específicos que pueden ser aplicados en la parte subjetiva referida a la función del juez que tenga a su cargo el conocimiento de los procesos de estructura monitoria, así como las recomendaciones jurídica – normativas orientadas a servir de base para el debate emergente de la aplicación del instituto monitorio en nuestro país.

El camino a ser recorrido aún es bastante amplio considerando la reciente entrada en vigencia plena del Código Procesal Civil boliviano, sin embargo, en el presente trabajo se busca iniciar este debate desde el punto de vista doctrinal, jurisprudencial y normativo, con el propósito de fortalecer el acceso a la justicia y velar por la presencia del debido proceso en todos los actos y decisiones de la autoridad jurisdiccional.

1.2. Descripción de Objetivos

El presente trabajo ha sido realizado bajo los siguientes objetivos:

1.2.1. Objetivo general

- Realizar un análisis crítico y reflexivo en torno al alcance, procedimiento, naturaleza y contenido del proceso de estructura monitoria, en el marco del derecho al debido proceso, formulando críticas concretas y propuestas de solución a ser aplicadas.

1.2.2 Objetivos específicos

- Analizar desde el punto de vista histórico los orígenes del proceso monitorio y sus implicaciones.
- Examinar los antecedentes del proceso de estructura monitoria en el ordenamiento jurídico nacional.
- Revisar detalladamente los componentes y requisitos de admisión previstos para el proceso de estructura monitoria y compararlos con la legislación de otros países.
- Efectuar un análisis profundo en relación a la naturaleza del proceso monitorio en el marco de la doctrina del derecho civil.
- Revisar los principios procesales y las posiciones doctrinales existentes en relación al debido proceso y sus elementos.
- Realizar una comparación entre el proceso de estructura monitoria y el procedimiento de ejecución coactiva civil como su antecedente cercano.
- Analizar brevemente la naturaleza y contenido del procedimiento coactivo fiscal en el marco del debido proceso.
- Proponer alternativas de posibles modificaciones puntuales y específicas al Código Procesal Civil, orientadas a fortalecer el debido proceso.

1.3. Pregunta de Investigación

¿El proceso de estructura monitoria implica, de alguna manera, vulneración al debido proceso, desde el punto de vista del control constitucional?

1.4. Hipótesis Descriptiva

El proceso de estructura monitoria es considerado como un proceso de conocimiento y contiene los elementos del debido proceso en el marco del control constitucional, en ese sentido, por las características de su naturaleza se hace necesario incorporar determinados aspectos orientados a fortalecer su aplicación en el marco de lo desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia.

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURÍDICO DEL INSTITUTO MONITORIO

2.1. Análisis conceptual del Proceso Monitorio

El desarrollo normal y completo de la actuación judicial pasa por dos fases: i) la fase de la cognición, y ii) la fase de la ejecución. Estas fases se encuentran coordinadas y son complementarias entre sí. En ese sentido, la primera de ellas sirve de preparación y premisa de la segunda. Corresponde señalar que, en el caso de un proceso monitorio, si bien no se puede proceder a la ejecución forzada sin haber previamente llevado la fase de la cognición, en dicho procedimiento, la ejecución forzada procede en virtud a un título que contenga determinadas características.

El maestro Eduardo Couture define el monitorio como aquel que no comienza con una demanda en sentido formal, sino con la intimación o interpelación al demandado para que realice determinada cosa u oponga las objeciones que contra tal mandato tenga, bajo apercibimiento de que en caso de no proceder de tal manera se dictará sentencia en su contra¹.

Para Piero Calamandrei el proceso monitorio es aquel en virtud del cual de la simple petición escrita u oral del acreedor el juez competente libra, sin oír al deudor, una orden condicionada de pago dirigida al mismo deudor, con advertencia que el mismo pueda hacer oposición dentro del término de un plazo establecido por ley, a contar desde la notificación.

¹ COUTURE, EDUARDO, J. *Vocabulario Jurídico Español y Latín*, Buenos Aires, Argentina 2004, Pág. 201.

Si el deudor no hace oposición dentro de ese término la orden de pago adquiere fuerza de título ejecutivo contra el cual no está admitido otro remedio que la *restitutio in integrum* cuando el deudor pruebe no haber podido hacer oposición dentro del término a causa de un suceso imprevisto o inevitable².

Francesco Carnelutti, hace referencia a la condena con reserva, señalando que la misma está referida al caso en que una o más cuestiones que el juez de la cognición debiera resolver al objeto de la declarar la existencia de la obligación son dejadas de lado con la finalidad de no retrasar la decisión de la fuerza ejecutiva. En ese contexto, dentro de las condenas con reserva el autor señala el denominado procedimiento de inyunción que permite la rápida formación de un título ejecutivo, a cuyo contenido la legislación italiana le ha dado el nombre de inyunción en lugar de condena porque el juez sobre la base de un examen superficial de las pruebas ofrecidas por el actor, y sin contradictorio, no hace más que pronunciar una inyunción suficiente para constituir el título ejecutivo³. En función a lo señalado anteriormente podemos proponer el siguiente concepto: el proceso monitorio es una vía para resolver de manera expedita y sumaria un conflicto emergente del incumplimiento de una obligación, con la característica que la iniciativa del contradictorio es promovida por el demandado y no por el demandante, distinguiéndose de esa manera de un proceso tradicional, y cuya finalidad principal es la constitución de un título ejecutivo judicial para su efectivización.

² CALAMANDREI, Piero "El Procedimiento Monitorio" Buenos Aires, Argentina, Editorial El Foro, Pág. 26

³ CARNELUTI Francesco "Derecho y Proceso". Buenos Aires, Argentina, 1971 Pág. 412.

2.2. Características del Proceso Monitorio

En relación a este punto Francesco Carnelutti, enfatiza que el carácter fundamental del procedimiento monitorio consiste en la *eventualidad del contradictorio*⁴. Por su parte, Piero Calamandrei menciona que se aprecia mejor la naturaleza monitoria estableciendo su carácter típico no tanto en la eventualidad del contradictorio sino en el desplazamiento de la iniciativa del actor al demandado⁵.

En ese contexto, además de la eventualidad del contradictorio que es considerada como una de las características principales del proceso monitorio, a continuación pasamos a describir cuatro aspectos esenciales que distinguen al monitorio de los demás procesos:

- ***El carácter condicional de la orden de pago***, que se emite bajo una condición suspensiva negativa, *nisi se opponat*, como se diría en el derecho común de que el deudor no haga oposición dentro del término establecido. En ese sentido, la eficacia ejecutiva de la inyunción queda suspendida mientras no se verifique, con la expiración del tiempo, la falta de oposición en tiempo por parte del deudor. Esta orden de pago, denominada en nuestra legislación como sentencia inicial, adquiere la calidad de sentencia definitiva únicamente cuando por la pasividad del deudor, no se ha realizado la oposición, o cuando la misma no cuenta con el respaldo documental suficiente, adquiriendo la sentencia inicial calidad de definitiva.
- ***Especiales Condiciones de Admisibilidad***, Esta es la razón por la que el campo de aplicación del proceso monitorio se encuentra restringido a casos específicos.

⁴ CARNELUTTI Francesco "*Derecho y Proceso*". Buenos Aires, Argentina, 1971 Pág. 417.

⁵ CALAMANDREI, Piero "*El Procedimiento Monitorio*" Buenos Aires, Argentina, Editorial El Foro, Pág. 42

Debemos considerar que los presupuestos procesales generales que requiere un proceso de cognición para ser admisible consisten en la existencia de determinadas condiciones, frente a las cuales surgen las condiciones especiales del proceso monitorio, que, de acuerdo a cada legislación, pueden ser; la existencia de un crédito líquido y exigible, respaldo documental, etc.

- ***Simplificación del procedimiento***, La característica principal del monitorio consiste en que se logra llegar a la declaración jurisdiccional de certeza a través de un sistema probatorio más expedito que el aplicado en un proceso ordinario, basado sobre la preclusión y el principio dispositivo.
- ***Aplicabilidad restringida***, La característica referida a que el monitorio es un instrumento procesal esencialmente reservado para hacer valer derechos de crédito se ve reflejada en la denominación adoptada por varias legislaciones en cuanto a las partes de este procedimiento: acreedor y deudor.

Por otra parte, en criterio del maestro Gustavo Calvino, las características más sobresalientes del procedimiento monitorio son las siguientes:

- Un exiguo marco de conocimiento, limitado al análisis del escrito inaugural, que en su criterio no es una demanda porque no contiene una pretensión propiamente dicha, sino una petición, y los documentos, si es que corresponde presentarlos, que efectúa la autoridad.
- La congruencia que debe existir entre la petición del requirente y la sentencia monitoria.
- La inversión del contradictorio, a fin de permitir la defensa en juicio del presunto deudor⁶.

⁶ CALVINHO Gustavo "EL DEBIDO PROCESO Y PROCEDIMIENTO MONITORIO", Publicado en la Obra Colectiva "EL DEBIDO PROCESO", Colección de Derecho Procesal Contemporáneo, Buenos Aires, Argentina, 2016.

Al respecto, el mencionado autor puntualiza que el acto inicial del monitorio no es una demanda, toda vez que bajo su criterio, la pretensión procesal reviste un carácter bilateral en cuanto a su elemento subjetivo, es decir, la existencia de un actor pretendiente, requiere de un demandado respecto de quien se pretende. En ese sentido, las particularidades de la instancia del monitorio hacen que el acto inicial se asimile a una petición, porque su único objeto es que la autoridad intervenga para emitir un título ejecutorio. En otras palabras, en la pretensión procesal se relaciona al actor con el demandado, sin embargo, con la petición se conecta únicamente el requirente con la autoridad.

Asimismo, para William Herrera Añez el proceso monitorio es un proceso declarativo especial caracterizado por la inversión del contradictorio. i) Es un proceso declarativo porque su finalidad es la obtención de un título de ejecución, ii) Es un proceso plenario porque la resolución que le pone fin, en caso de incomparecencia del deudor, produce plenos efectos de cosa juzgada, iii) es especial por el ámbito material, pues sirve para la tutela del crédito ahora de cuantía ilimitada, iv) se caracteriza por la inversión del contradictorio pues éste existe solo en la medida que haya oposición del deudor, en cuyo caso obliga al actor a interponer una demanda.

Asimismo, el referido autor señala que el proceso monitorio cumple una triple finalidad: i) potenciar la efectividad de la tutela del crédito de medianos y pequeños empresarios, ii) crear con rapidez títulos ejecutivos, pues la incomparecencia del deudor genera automáticamente la obtención de un decreto que permite abrir la ejecución judicial y iii) reducir el número de juicios declarativos ordinarios de estructura más compleja por lo que

indirectamente también se logra incrementar la rapidez en la tramitación de esos juicios ordinarios⁷.

En ese contexto, podemos observar que el proceso monitorio tiene características particulares, que evidentemente lo diferencian de un proceso de cognición tradicional; en la misma línea, se debe considerar que, además de los aspectos citados precedentemente, existen otras características específicas, las cuales están desarrolladas en cada marco normativo, de acuerdo a la legislación de cada país.

Como podemos observar, existe una divergencia de criterios entre lo descrito por Francesco Carnelutti y el análisis realizado bajo el criterio del denominado garantismo procesal expuesto por uno de sus representantes como es el doctor Gustavo Calvino, considerando que para este último, en definitiva, el instituto del monitorio viene a ser únicamente un procedimiento y no un proceso. Sin embargo, sobre este punto, es necesario señalar que independientemente de la inversión del contradictorio, aspecto que distingue en primer término al monitorio de un proceso de conocimiento ordinario, en el proceso de estructura monitoria se encuentra presente la bilateralidad en función a que la relación jurídica del proceso emerge de un acto jurídico anterior al mismo y además la conducta del demandado, sea expresa o tácita, positiva o negativa, será el elemento fundamental para la determinación de la sentencia. En ese sentido, no existe posibilidad de emitir sentencia definitiva sin pronunciamiento del demandado.

⁷ HERRERA AÑEZ, William, *Derecho Procesal – El Proceso Civil por Audiencia*, Grupo Editorial Kipus, Cochabamba, Bolivia, 2014. Pág. 326.

2.3. Clasificación del Proceso Monitorio (Puro y Documental)

La doctrina ha clasificado al proceso monitorio por su procedimiento en i) el procedimiento monitorio puro y ii) el procedimiento monitorio documental. Es conveniente examinar de cerca los caracteres específicos de estas dos formas de procedimiento monitorio y sus derivaciones:

2.3.1. Monitorio Puro

Es conocido en la legislación alemana como *Mahnverabren*. Es la forma más simple de aplicación y se encuentra limitado al ejercicio de créditos del valor mínimo. El maestro Calamandrei nos describe su procedimiento:

Este procedimiento se inicia a partir de una simple petición escrita u oral del acreedor, posteriormente el juez competente, sin oír al deudor, libra una orden condicionada de pago dirigida al deudor, con la advertencia de que el mismo puede hacer una oposición en un término a contar desde la notificación. Si el deudor no hace oposición dentro de ese término la orden de pago adquiere fuerza de título ejecutivo, con el cual no está admitido otro remedio que la restitución. Si el deudor hace oposición dentro del término, bastando para tal fin que declare el juez, oralmente o por escrito, que hace oposición a la orden de pago, sin necesidad de aducir los motivos de ello, la orden pierde por el solo efecto de tal

declaración toda fuerza. A tal efecto, es necesaria una nueva petición del acreedor presentada de forma documental⁸.

Encontramos otro antecedente de este procedimiento en la legislación de la República Checa, donde se puso como límite de su aplicabilidad el valor de 5.000 coronas.

Es necesario señalar que en la legislación Alemana no existe limitación a los créditos de valor mínimo para la aplicación del monitorio simple. En ese sentido, se extiende este procedimiento a los créditos de cualquier valor siempre que se tenga como objeto una suma de dinero o determinada cantidad de cosas fungibles. Sin embargo, en el campo de la aplicación, la estructura en la legislación alemana es mucho más complicada que en la legislación austriaca, toda vez que también inicia con una petición escrita u oral dirigida por el acreedor al juez competente, el cual inmediatamente, inaudita altera parte, libra una orden condicionada de pago, conteniendo la invitación al deudor de pagar o de hacer oposición dentro de una semana a contar desde la notificación. Si el deudor hace oposición en tiempo, la cual puede ser hecha también oralmente y sin motivación, la orden de pago no adquiere por el solo transcurso del tiempo la eficacia de título ejecutivo, pero es necesario, que en virtud de nueva petición del acreedor, el mismo sea declarado ejecutable mediante una orden de ejecución, librada por el tribunal. La orden de ejecución equivale a una sentencia contumacial declarada provisoriamente ejecutiva y contra ella el deudor puede hacer oposición dentro de los mismos límites en que la oposición está admitida contra las sentencia contumaciales. En caso de que se proponga oposición contra la orden de pago u

⁸ CALAMANDREI, Piero "El Procedimiento Monitorio" Buenos Aires, Argentina, Editorial El Foro, Pág. 26

oposición contra la orden de ejecución, el juicio en contradictorio se desarrolla, a petición de una de las partes, según las reglas de competencia por valor.

En virtud a todo lo señalado precedentemente, podríamos decir que, en las legislaciones mencionadas, una característica principal del monitorio simple es que: i) la orden condicionada de pago se emite por el juez en base de la sola afirmación unilateral y no probada del acreedor y ii) que la simple oposición no motivada del deudor puede hacer caer en la nada la orden de pago de manera que el juicio en contradictorio puede eventualmente desarrollarse en mérito a tal oposición, como si la orden de pago no hubiera existido nunca.

2.3.2. Monitorio Documental

El procedimiento monitorio documental es una forma híbrida que la legislación austriaca bajo el nombre de *Mandatsverabren* (*proceso de reclamación*) ha derivado de la combinación de dos procedimientos profundamente diversos, la denominación del procedimiento monitorio documental trata en efecto de recordar que esta forma de procedimiento se puede considerar como una fusión del procedimiento monitorio puro y el documental del derecho común alemán.

Al respecto, Piero Calamandrei menciona lo siguiente:

Este procedimiento tiene como finalidad dar mayor celeridad que el proceso ordinario, a un título ejecutivo, sin embargo su principal característica no consisten en la inversión de la iniciativa del contradictorio, sino en el carácter incompleto de la cognición, la cual si se inicia en las formas ordinarias mediante contradictorio provocado por el actor, está limitada,

en una primera fase a las excepciones de rápida solución, con reserva de las otras de más amplia investigación en una fase ulterior, de manera que mientras se está desarrollando la segunda fase del juicio el acreedor ya tiene un título ejecutivo provisorio, del cual puede valerse sin esperar el resultado de la cognición incompleta. Esta forma de procedimiento descansa en el alto grado de probabilidad de que la determinación provisional coincida con la determinación definitiva. En ese sentido, las pruebas en las cuales el demandante apoya su demanda deben tener cierto grado de verosimilitud⁹.

En virtud de ello, podemos resaltar como una característica principal del monitorio documental que contra la acción fundada sobre documentos el demandado no puede oponer otras excepciones que aquellas igualmente basadas sobre pruebas documentales.

En la legislación Austriaca el procedimiento monitorio documental es utilizable para los créditos de dinero o de otras cosas fungibles, cuando la demanda se base sobre actos públicos o sobre documentos privados autenticados. El acreedor que quiere valerse de esta forma de procedimiento, en la demanda principal debe pedir se libere contra el deudor un mandato de pago de conformidad con la demanda, entonces, el juez si considera que los hechos constitutivos de la acción resultan probados por los documentos producidos, libra, sin oír a la otra parte, el mandato de pago pedido, dirigido al deudor, el cual, dentro de un plazo otorgado a contar desde la notificación del mandato, puede hacer valer sus excepciones ante el mismo tribunal que lo ha librado. Si el deudor no hace valer oportunamente sus excepciones, el mandato, con el transcurso del término, adquiere

⁹ CALAMANDREI, Piero "El Procedimiento Monitorio" Buenos Aires, Argentina, Editorial El Foro, Pág. 26

eficacia de título ejecutivo; si el acreedor se opone dentro del término, su oposición da lugar, sin ulterior instancia del actor, al debate en contradictorio, después el tribunal define en sentencia, si el mandato de pago debe ser confirmado o no, convirtiéndose en caso positivo en título ejecutivo, o por el contrario, es declarado ineficaz.

En ese contexto, el procedimiento documental difiere notablemente del procedimiento puro en dos aspectos: i) en cuanto a la actuación del juez de librar el mandamiento de pago por la simple afirmación del acreedor o con prueba documental y ii) en cuanto a la eficacia, toda vez que en el monitorio simple la orden de pago pierde su eficacia por la simple oposición no motivada del deudor, en cambio, en el monitorio documental la oposición del deudor no hace caer sin más el mandato de pago, pero tiene, en cambio, el efecto de abrir un juicio de cognición contradictorio, en el cual el tribunal, valorando en sus elementos de derechos y de hecho las excepciones del demandado, debe decidir si éstas son tales que demuestran la falta de documento del mandato de pago o si por el contrario, éste merece a base de las pruebas escritas ya proporcionada por el actor, ser, sin embargo, mantenido y ejecutado.

Piero Calamandrei nos hace mención a una posición intermedia entre el procedimiento monitorio puro y el procedimiento monitorio documental, es decir, el procedimiento de inyunción. Al respecto, el referido autor señala textualmente:

Este procedimiento es aceptado como una institución general y sin limitación por el valor, participando del procedimiento documental en cuanto a que no es utilizable más que en obligaciones resultantes de prueba escrita, mientras que se aproxima al procedimiento monitorio puro en lo que

concierno a los efectos de la oposición, considerando que con la presentación de la misma la inyunción suspende su eficacia, salvo los efectos de la litispendencia¹⁰.

Por otra parte, Piero Calamandrei también hace referencia a la existencia de otros procedimientos privilegiados, denominados “coactivos” o de coacción instituidos en diferentes legislaciones a favor de la administración pública para el cobro de créditos del Estado.

Estos procedimientos entran en la categoría de los procedimientos con inversión del contradictorio y se aproximan al procedimiento monitorio puro, en cuanto son utilizables en base a la simple afirmación del crédito hecha por la administración pública, sin que esto resulte prueba escrita, mientras se acercan al procedimiento monitorio documental, en cuanto la oposición formulada en tiempo por el deudor no suspende el procedimiento coactivo. En estos procedimientos la estructura originaria del monitorio ha sido modificada en función a los elementos del derecho público.

2.3.3. Proceso Monitorio Limitado

Otra clasificación efectuada por la doctrina en relación al proceso monitorio es entre: limitada e ilimitada. En ese sentido, el proceso monitorio es limitado cuando solo permite la reclamación judicial de una determinada cantidad de dinero y es generalmente recomendado en aquellos Estados en los que se instaura por primera vez. Al respecto Piero

¹⁰ CALAMANDREI, Piero “*El Procedimiento Monitorio*” Buenos Aires, Argentina, Editorial El Foro, Pág. 46

Calamandrei hace referencia a la legislación italiana en la cual, hasta 1914 existía un límite para la aplicación del monitorio de hasta 500 Liras.

En relación a la legislación actual, podemos señalar que la norma colombiana establece un límite máximo para la procedencia del monitorio.

2.3.4. Proceso Monitorio Ilimitado

Es proceso monitorio ilimitado cuando puede ser su objeto cualquier tipo de pretensión dineraria sin límite económico alguno y se viene utilizando en aquellos países en los que existe una amplia tradición de procesos monitorios como son, Alemania, Francia e Italia.

Al respecto, corresponde señalar que el precedente del monitorio ilimitado lo tenemos en la legislación italiana, en relación al caso específico del cobro de créditos de los profesionales jurídicos respecto a sus clientes, para lo cual se estableció para procedencia del mismo sin límite de monto.

Posteriormente la mayoría de las legislaciones ha optado por incorporar el monitorio ilimitado, principalmente con el objeto de descongestionar la alta cantidad de procesos en tribunales.

2.4. Análisis de la finalidad del Proceso Monitorio

La finalidad del proceso monitorio es proveer al acreedor de un título ejecutorio de manera rápida y económica para tutelar su crédito insatisfecho. Este proceso presenta las notas

típicas de los procesos de conocimiento abreviados y que se estructura de manera particular sobre tres principios: el dispositivo, derivado de la naturaleza del derecho, el de la contradicción, invirtiendo su orden habitual, y el de preclusión, impidiendo regresar a la etapa consumada o convalidada por la inactividad o la contumacia¹¹.

En ese sentido, podemos señalar que el proceso monitorio, lo que se busca es una sustitución al obligado que no cumple su prestación, por parte del órgano jurisdiccional, el cual, mediante la orden de pago, trata de producir el mismo efecto jurídico que el deudor debió determinar con la actitud propia de disponerse a realizar el pago.

El profesor Piero Calamandrei manifiesta su acuerdo a lo señalado por Carnelutti en lo referido a considerar al procedimiento monitorio como un instrumento para sustraer las dilaciones del procedimiento en contradictorio, aquellas Litis en las cuales el contradictorio, a juicio del demandado, sea inútil; por lo que el proceso monitorio es el mecanismo con el que se trata de alcanzar tal fin, a través de la inversión de la iniciativa del contradictorio del actor al demandado; asimismo, se destaca, que como consecuencia de esta inversión, el contradictorio puede existir o puede no existir, según que el demandado haga o no haga oposición. Este último aspecto fue denominado como *la eventualidad del contradictorio*¹².

¹¹ GARROTE, Ángel Fermín LOS PROCESOS EJECUTIVO Y MONITORIO

¹² CALAMANDREI, Piero "El Procedimiento Monitorio" Buenos Aires, Argentina, Editorial El Foro, Pág. 146

Asimismo, el referido autor señala que si se considera la eventualidad del contradictorio como un carácter distintivo del procedimiento monitorio, venimos, en sustancia, a definirlo no por aquello que es, sino por el éxito que puede tener, por lo que, se elevaría como nota principal de su distinción la falta de certeza de su resultado, esto es la posibilidad de que el mismo no logre alcanzar la finalidad inicial, es decir, evitar el contradictorio. En ese sentido, el definir el procedimiento monitorio, únicamente, mediante el carácter de la eventualidad del contradictorio, puede engendrar alguna confusión con el procedimiento ordinario, respecto del cual se puede decir también que el contradictorio, aun cuando provocado siempre por el actor con la citación es un cierto sentido eventual, en cuanto si el demandado permanece en contumacia, el contradictorio no se efectúa y la sentencia es pronunciada por el juez después de haber oído a una sola parte. La diferencia está en la diversa naturaleza de la actividad que en los dos casos debe cumplir el demandado a fin de que el contradictorio se efectúe, toda vez que en el procedimiento ordinario basta que el demandado se adhiera a la invitación de comparecer dirigida por el actor, en cambio en el monitorio el demandado, con la oposición, provoca el contradictorio que el actor, por su cuenta, no ha provocado; por lo que la diferencia está en el desplazamiento de la iniciativa del actor al demandado.

2.5. Análisis de la Naturaleza del Proceso Monitorio

La naturaleza del proceso monitorio es discutida en la doctrina desde el punto de vista terminológico “monitorio”, procede de la raíz latina “*monitorius*” cuyo significado es advertencia.

En el desarrollo normal y completo de la actuación jurisdiccional, el derecho pasa a través de dos fases, la cognición y la ejecución, coordinadas y complementarias entre sí, en el sentido de que la primera de ellas sirve de preparación y de premisa a la segunda. En ese contexto, lo que el proceso monitorio busca es construir un título ejecutivo prescindiendo de la fase de la cognición o reduciéndola al mínimo. Podemos decir que lo que diferencia al proceso monitorio frente al proceso de conocimiento ordinario, es que en éste no existe controversia, más al contrario, el derecho del actor no se encuentra en duda y tiene un grado de razonabilidad que tiende equipararlo a una sentencia judicial, correspondiendo únicamente su ejecución. El documento es la base del proceso.

El artículo 375 del Código Procesal Civil establece lo siguiente:

El proceso monitorio es el régimen conforme al cual, presentado el documento o documentos constitutivos que demuestren la fundabilidad de la pretensión, la autoridad judicial, previa verificación de los presupuestos generales de competencia, capacidad y legitimación, así como los específicos del proceso que pretende, acoge la demanda mediante una sentencia inicial. Con la demanda y la sentencia será citada la parte demandada para que pueda oponer excepciones en el plazo de 10 días. Si no se opusieren excepciones en el plazo señalado, la sentencia pasará en autoridad de cosa juzgada y el proceso quedará terminado entrando en fase de ejecución.

Podemos observar que mientras el proceso ordinario de cognición se inicia según el principio del contradictorio, con la citación con la demanda, donde el juez no dicta

sentencia sino después de haber oído también al demandado que responde a la demanda, en el monitorio, el juez sin necesidad de la existencia de un previo contradictorio dicta una conminatoria de pago dirigida al demandado, que técnicamente tiene valor de sentencia, señalándole al mismo tiempo un plazo dentro del cual, el demandado, si acaso le interesa, puede probar el contradictorio mediante oposición, con la consecuencia de que a falta de oposición formulada en tiempo hábil y oportuno, la orden de pago adquiere la eficacia de título ejecutivo.

En ese contexto, en el proceso monitorio intervienen dos partes, una de las cuales pretende de la otra una prestación, hay también aquí, un derecho no satisfecho por la prestación voluntaria del obligado. El fin esencial del proceso de cognición es la justa composición de litis, en ese sentido, podríamos decir que en el procedimiento monitorio no hay propiamente un proceso, sino cuando haya también una litis, por lo qué, estos serían considerados procesos impropios, toda vez que mediante ellos el juez ejercita, con formas procesales, una función sustancialmente no jurisdiccional, es decir, procesos sin litis, entre los cuales tendría cabida, precisamente, el proceso monitorio, que Carnelutti define como un mecanismo útil para separar automáticamente de los procesos de condena, verdaderamente contenciosos de los *procesos sin litis*.

De forma contraria este criterio, se encuentra la mayoría de los procesalistas alemanes, los cuales, si bien consideran el procedimiento monitorio como perteneciente a la ejecución, están de acuerdo en reconocer su naturaleza jurisdiccional. En ese contexto, los argumentos de defensa de la opinión de los autores alemanes parten de definir la esencia de la función

jurisdiccional. En virtud de ello, partiendo del criterio de que la distinción entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria consiste en que la primera se dirige a reprimir la instancia ya ocurrida, mientras la segunda trata de prevenir la injusticia futura, se demostraría fácilmente que el procedimiento monitorio no pertenece a la jurisdicción voluntaria, ya que la injusticia que el mismo trata de remover ya existe en el hecho de que el deudor no haya cumplido oportunamente su obligación adquirida con el acreedor.

Piero Calamandrei criticaba la posición de los autores alemanes como Goldenring, señalando que su concepción haría entrar en la jurisdicción contenciosa también a la conciliación¹³.

Por otra parte, Adolfo Wach, otro autor Alemán, señala que la jurisdicción contenciosa tiene la finalidad de actuar sobre relaciones jurídicas ya existentes, mientras la finalidad de la jurisdicción voluntaria sería la de constituir estados jurídicos nuevos. A pesar de ello, este autor entiende que la acción tiene un elemento bidireccional, en la medida que la dirige el demandante al Estado (exigiendo tutela jurídica) y, a la vez, contra el demandado (para que cumpla o satisfaga su derecho)¹⁴.

En ese sentido, partiendo de dicha premisa, es evidente que el proceso monitorio pertenecería a la jurisdicción contenciosa, porque el mismo no trata de constituir una nueva

¹³ CALAMANDREI, Piero, *El Procedimiento Monitorio*, Editorial El Foro, Buenos Aires, Argentina, 1996.

¹⁴ TOMASINNI, Cristian Angeludis, *Evolución del Derecho de Acción*, Artículo de postgrado, Perú, 2012.

relación jurídica, sino que trata solamente, lo mismo que el proceso ordinario, de actuar con una relación de obligación ya existente.

Piero Calamandrei propone la siguiente pregunta para el análisis: *Si el procedimiento monitorio, en el caso de que se considere que el mismo tiene naturaleza propiamente jurisdiccional, debe clasificarse entre los procedimientos ejecutivos.*

Si partimos admitiendo que el procedimiento monitorio, aún en su forma más simple, es decir el monitorio puro, tenga un carácter jurisdiccional, queda definir si el mismo es una forma especial del proceso de cognición o si se halla comprendido en el procedimiento ejecutivo.

Al respecto, por una parte tenemos el criterio del Alemán Plosz quien señala que la naturaleza ejecutiva del procedimiento monitorio, se derivaría principalmente de su finalidad a la cual corresponde el comportamiento pasivo del deudor, a semejanza de lo que típicamente ocurre en el proceso de ejecución. En ese sentido, la orden de pago debería considerarse ya como un inicio de ejecución, porque el juez, al emitirla, no trata de declarar, como lo haría en un verdadero proceso de cognición, si existe el derecho a realizar, sino que da como ya declarada su existencia y ordena su realización forzada. La eventual oposición del deudor a la orden de pago, llegaría a ser una oposición a la ejecución, limitada dentro de un especial término preclusivo, transcurrido el cual, la orden de ejecución se convertiría en irrevocable, no porque el juez esté convencido de la

existencia del crédito alegada por el demandante, sino porque el deudor ha decaído ya de su derecho a oponerse a la ejecución iniciada¹⁵.

En criterio del autor Artur Skedl, la orden de pago del moderno procedimiento monitorio debe ser asimilada a la orden de ejecutar la sentencia que en el derecho alemán constituía el primer acto del proceso ejecutivo. El acreedor que habría obtenido a su favor una sentencia irrevocable de condena, no podría a base de la misma proceder sin más a la ejecución, sino que debía dirigir al juez una demanda de ejecución, en virtud de la cual el juez emitía una orden especial dirigida al deudor, de cumplir dentro de cierto término la sentencia, bajo apercibimiento de proceder a la ejecución forzada. A esta ejecución del derecho, Skedl definía como la providencia del juez que inicia la ejecución sin previo estadio de cognición.

En criterio de Calamandrei, la naturaleza del procedimiento monitorio tiene como finalidad proveer un título ejecutivo rápido. En ese sentido, el referido procedimiento no permite hacer valer contra el deudor un título ejecutivo ya existente, pero sirve para crear de un modo rápido contra el deudor un título no existente todavía. Por consiguiente llegaríamos a concluir que no es un procedimiento de ejecución. El referido autor señala que *decir que la inyunción ya forma parte de la ejecución es como decir que ya ha entrado en la casa aquel que va todavía en busca de la llave para abrir la puerta.*

Por otra parte, continuando con el análisis del procedimiento monitorio, llegamos al punto de analizar si el mismo constituye una forma especial de proceso de cognición abreviado.

¹⁵ GONZALES, ALVAREZ Roberto *El Principio Fundamental de la Acción*, Artículo de Postgrado, Santiago de Chile, 1998.

Al respecto, corresponde poner en relieve el carácter típico de este instituto, que es la alta de cognición sobre el fundamento de la demanda, lo que en la doctrina se hacía mención al “*praeceptum executivum sine cause cognitione*”. En ese contexto, es necesario considerar que el procedimiento que se ha iniciado sin conocimiento del deudor, en virtud de la demanda del acreedor, puede dar lugar siempre a un proceso ordinario de cognición en virtud a la oposición que este interponga.

A tal efecto, la posterior y eventual inserción de una fase de cognición en el proceso monitorio no derivaría de la necesidad lógica de reconocer al procedimiento monitorio el carácter de proceso de cognición desde el principio, de la misma manera que no pierde su carácter inicial el proceso ejecutivo común, solo porque también en el curso del mismo pueda desarrollarse un verdadero contradictorio en virtud a la oposición del deudor. El punto que debe ser analizado pasa por identificar si un proceso monitorio en el cual no llega a existir oposición del deudor y se origina un título ejecutivo sin previo contradictorio, llegaría a ser o no un proceso de cognición.

Para resolver esta cuestión partimos de analizar, en primer término, que el juez no puede pronunciar la orden de pago sin estar convencido, en función de las pruebas escritas, de la verdad de los hechos constitutivos de la acción. Aún en el procedimiento monitorio puro, el juez deberá verificar las condiciones formales necesarias de forma previa a la emisión de la providencia solicitada y además se debe considerar que es el transcurso del término sin oposición lo que convierte a un título en ejecutivo. En ese sentido, la validez de la orden de pago no se sustenta solamente en la declaración unilateral realizada al momento de ser

emitida, sino también en la falta de contradicción por parte del deudor, y es precisamente la inercia del deudor, combinada con la actividad del acreedor, lo que constituye la base lógica y jurídica de la declaración de certeza para el juez.

En ese contexto, el mecanismo del procedimiento monitorio no se puede entender claramente sino poniéndolo en relación con el principio dispositivo del derecho civil, en virtud al cual, el silencio o la inercia de una parte hará considerar como verdaderos los hechos afirmados por la parte contraria. Asimismo, se debe tomar en cuenta que la simple afirmación de la verdad de un hecho por una de las partes, no bastaría si no está apoyada en pruebas que le den al juez la certeza de que este hecho es verdadero y si la parte contraria, que tendría interés en negar la existencia de hechos desfavorables a ella, no se vale de su derecho de contradecir y no hace surgir así la necesidad de una investigación probatoria destinada a esclarecer la verdad. Entonces si bien, en muchos casos, el Estado a través del órgano jurisdiccional considera, como comprobados los hechos no contradictorios, esto no se funda solo porque la simple afirmación unilateral como motivo suficiente de certeza, sino porque es un argumento indirecto de certeza a falta de reacción contra la afirmación. Es entonces que si el adversario de aquel que afirma la verdad de un hecho no se vale, dentro del término establecido por la ley, de su derecho a contradecir, se verifica una preclusión a consecuencia de la cual los hechos se tendrían por admitidos, es decir, las consecuencias de la inactividad.

En este punto, corresponde hacer referencia al artículo 460 del Código Civil boliviano, que dispone, que *el silencio constituye manifestación de voluntad sólo cuando los usos o las*

circunstancias lo autorizan como tal y no resulta necesaria una declaración expresa salvo lo que disponga el contrato o la Ley. En ese sentido, nuestro ordenamiento jurídico admite el silencio como manifestación de la voluntad.

En virtud a todo lo expuesto precedentemente, es posible concluir preliminarmente que del análisis de la naturaleza del procedimiento monitorio, el mismo entraría, aún sin contradictorio, dentro del ámbito de los procesos de cognición, en sentido, de que el juez al momento de librar la orden de pago, supone anticipadamente como ya verificada aquella preclusión del derecho de contradecir, que la ley considera como un medio forma indirecto para fijar la verdad de los hechos no contradichos, en ese contexto, es sabido, en efecto que juicio de cognición en la terminología procesal no es solamente aquel en el juez decide a base de sus libre convencimiento, sino también aquel en el que la declaración de certeza se llegue a través de pruebas legales o a través de preclusiones como sería la *ficta confessio* (*confesión ficticia*).

En ese contexto, una verdadera cognición se tiene cuando la declaración de certeza se basa no solamente sobre el elemento negativo de la falta de contradicción por parte del demandado, sino también sobre el elemento positivo de la prueba escrita proporcionada por el actor; en ese momento no opera sólo el principio de preclusión, sino también el principio fundamental de la distribución de la carga de la prueba, de manera que se comprende la razón de que mientras en el procedimiento monitorio puro, la simple oposición del deudor es suficiente para impedir que se opere la preclusión y por consiguiente para quitar toda eficacia al proceso, en el procedimiento monitorio documental la eficacia de la inyunción se

fundamenta desde el inicio sobre la prueba dada por el actor y no puede desaparecer si es que en oposición el demandado no haya a su vez dado la prueba de sus excepciones.

2.6. Descripción y Análisis del Proceso de Estructura Monitoria en el Código Procesal Civil boliviano

El denominado proceso de estructura monitoria ha sido incorporado como una novedad en el actual Código Procesal Civil, que lo ha ubicado en el Capítulo Tercero dentro del Título IV, referido al proceso de conocimiento, es decir, junto a los procesos ordinario y extraordinario, respectivamente. En ese contexto, vemos que se lo ha considerado como un proceso de cognición, superando la tendencia doctrinal de incorporarlo como un procedimiento de ejecución o como un procedimiento especial.

Al respecto, el profesor William Herrera Añez en su libro “Derecho Procesal – El Proceso por Audiencia II” señala lo siguiente:

(...) el legislador puso de relieve que el actor no pide que se declare el derecho de crédito, sino que el juez ordene directamente el pago sin ninguna declaración judicial previa; se trata por supuesto de un proceso rápido en el que el juez no declara el derecho, sino ejecuta el pago de una obligación plasmada en un documento o documentos constitutivos que demuestren la fundabilidad de la prestación. En realidad está diseñado para ser un proceso altamente simplificado y abreviado que se dirige a alcanzar la misma finalidad que el proceso ordinario de

condena, es decir, la declaración de la certeza y simultáneamente la creación del título ejecutivo¹⁶.

En ese contexto, el párrafo I del artículo 375 del Código Procesal civil, dispone que el proceso monitorio es el régimen conforme al cual, presentado el documento o documentos constitutivos que demuestren la fundabilidad de la pretensión, la autoridad judicial, previa verificación de los presupuestos generales de competencia, capacidad y legitimación, así como los específicos del proceso que pretende, acoge la demanda mediante una sentencia inicial.

Asimismo, los párrafos II y III del referido artículo establecen que con la demanda y la sentencia será citada la parte demandada para que pueda oponer excepciones en el plazo de diez días. Si no se opusieren excepciones en el plazo señalado, la sentencia pasará en autoridad de cosa juzgada y el proceso quedará terminado, entrando en fase de ejecución.

En relación al proceso de estructura monitoria, Jorge Omar Mostajo señala lo siguiente:

El proceso de estructura monitoria es una de las novedades más importantes de los últimos años en materia procesal, toda vez que si se cumplen las expectativas esperadas con su incorporación, se lograría descongestionar en gran parte la masiva cantidad de procesos en materia civil. Por otra parte, el mencionado autor señala que el proceso monitorio

¹⁶ Herrera Añez William "DERECHO PROCESAL – EL PROCESO POR AUDENCIA II", Pág. 324

constituye una modificación de la estructura procesal clásica, sea por la inclusión de una sentencia inicial o por la existencia de la oposición misma que inicia el contradictorio¹⁷.

2.6.1. Aspectos relevantes del proceso de estructura monitoria

A continuación, podemos realizar el análisis de los puntos más sobresalientes de nuestro marco normativo, en función a los antecedentes doctrinales citados anteriormente:

Si bien el Capítulo Tercero del Título Cuarto del Código Procesal Civil boliviano hace referencia al proceso de estructura monitoria, el párrafo I del artículo 375 del referido cuerpo normativo nos hace mención al *proceso monitorio*, estableciendo los siguientes presupuestos para su inicio:

- Presentación del documento o documentos constitutivos que demuestren la **fundabilidad** de la pretensión.
- Presupuestos generales de competencia, capacidad y legitimación, así como los específicos del proceso que pretende.

Por tanto, inicialmente corresponde hacer referencia al término *fundabilidad* que por su concepción llegaría a incluir la concurrencia de los requisitos de procedencia de exigibilidad y verosimilitud de la obligación cuyo cumplimiento se pretende. Vale la pena hacer referencia a este punto, que la incorporación realizada por el legislador, tiene base en los parámetros del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, considerando que el mismo en su parte dogmática, señala que el proceso de estructura monitoria, fue propuesto

¹⁷ MOSTAJO BARRIOS, Jorge Omar *CURSO SOBRE EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL*, Editorial Hebdo, La Paz, Bolivia, 2016, Pág. 278.

no sólo para la ejecución de los títulos extrajudiciales (títulos ejecutivos) sino también para los judiciales (sentencias). Así como para varios otros que pueden adoptar, con ventajas, esa estructura, tales como el desalojo. En ese sentido, se diferencia lo que tradicionalmente se refería únicamente a la verificación de presupuestos generales y especiales, de la revisión de los elementos de fundabilidad.

En ese sentido, además de verificar la concurrencia de los requisitos de admisibilidad, la autoridad jurisdiccional se encontrará en condiciones de pronunciarse sobre el mérito de la pretensión, es decir, si esta tiene o no el debido fundamento, toda vez que se considerará fundada cuando la pretensión procesal, en razón de su contenido, resulte apropiada para obtener una decisión favorable. De ese modo, el juez, en caso de no contar con los elementos suficientes de fundabilidad de la pretensión, al ser esta improponible, no podrá iniciar el proceso de estructura monitoria.

El término fundabilidad incorpora el concepto que en la doctrina se denomina la verosimilitud expresada en la frase *fumus boni iuris* (*apariencia de buen derecho*), que incluye la apariencia y credibilidad de la pretensión que debe estar respaldada en el documento que fundamenta la pretensión.

Al respecto, el Auto Supremo 71/2014 de 14 de marzo de 2014 menciona que:

“En el que desarrolló la teoría sobre la admisibilidad, proponibilidad y rechazo in límine de las demandas, la jurisprudencia ha reconocido de manera concordante que la facultad del Juez puede ir más allá de ese análisis de cumplimiento de presupuestos de admisibilidad

extrínsecos o formales y, extenderse a los requisitos de admisibilidad intrínsecos, e incluso a los de fundabilidad o procedencia de la pretensión. En ese sentido, para lograr desentrañar adecuadamente el poder que ejerce el Juez frente a la interposición de una demanda, resulta relevante distinguir, entre el control formal de la demanda y el control material o de fondo; o lo que el Autor Carlo Carli denomina condiciones de *procedibilidad* y *de fundabilidad*. En el primer caso, una vez deducida una determinada pretensión el Juez no queda automáticamente conminado a admitirla y promover en consecuencia el proceso, debe en principio analizar la concurrencia de los presupuestos procesales y el cumplimiento de las formas necesarias de las que debe estar revestido al acto de demanda. Constituye pues un juicio netamente formal que se realiza es ante a cualquier análisis sobre el fondo de la pretensión y está relacionado con el poder reconocido al Juez de sanear el proceso lo más pronto posible, para librarlo de impedimentos y óbices formales y facilitar el rápido y ordenado pasaje a las etapas vinculadas al mérito. Ahora bien, una vez comprobada por el Juez la concurrencia de los presupuestos procesales y el cumplimiento de los requisitos formales, le corresponde efectuar un control de la proponibilidad o fundamento intrínseco de la acción tal como ha sido propuesta. A diferencia del control formal, el juicio de fundabilidad opera con elementos que corresponden al derecho material, con los preceptos sustanciales llamados a *zanjar la litis* en la sentencia definitiva. Respecto de las condiciones de fundabilidad, el autor argentino Peyrano señala que presentada la demanda ante el Juez, este deberá analizar (entre otras cosas) la proponibilidad objetiva de la pretensión y para ello deberá consultar el ordenamiento y comprobar, en abstracto, si la ley le concede la facultad de juzgar el caso. El mencionado autor refiere el rechazo *in limine* por improponibilidad objetiva de la demanda, es decir, no ya por carencia de condiciones de procedibilidad, sino por evidente infundabilidad”.

Por lo señalado, podemos observar que la verificación de la fundabilidad de la pretensión es un aspecto relevante para el inicio del proceso monitorio, toda vez que este presupuesto se encuentra referido al ámbito material del derecho y la proponibilidad de la pretensión. Su importancia adquiere especial atención al considerar que en el proceso de estructura monitoria la primera parte del proceso se realiza *inaudita altera parte*, toda vez que el demandado será notificado ya con la sentencia inicial.

Respecto a *los requisitos de admisibilidad*, podemos ver que de acuerdo a lo previsto por el legislador boliviano se han diferenciado los requisitos generales y los especiales del proceso. En ese sentido, los generales son la competencia, la capacidad y la legitimación, por otra parte, los específicos serán diferenciados de acuerdo al proceso que se pretende. En este punto, debemos considerar, que de acuerdo al artículo 376 del Código Procesal Civil el proceso de estructura monitorio puede ser aplicado en los: *ejecutivos, entrega del bien, entrega de la herencia, resolución de contrato por incumplimiento de la obligación de pago, cese de la copropiedad, destajo en régimen de libre contratación y otros casos expresamente señalados por ley*. En ese sentido, cada proceso en particular tendrá sus requisitos de admisibilidad específicos.

Prueba documental pre constituida, Como anteriormente vimos en el presente trabajo, doctrinalmente se desarrolló el denominado proceso monitorio puro que no requería prueba documental y bastaba la declaración del demandante, es decir, la simple petición monitoria sin base documental. Al respecto, nuestra legislación ha cerrado la puerta a dicha

posibilidad, al exigir, de manera expresa en el artículo 375 del Código Procesal Civil, la presentación del documento o documentos constitutivos que justifiquen la pretensión.

Sin embargo, es pertinente hacer notar que esta regla tiene su excepción, conforme a lo previsto en el párrafo I del artículo 377 del Código Procesal Civil que dispone que en todos los casos, juntamente con la demanda, se deberá acompañar documento auténtico o legalizado por autoridad competente, excepto cuando se trate de desalojo en régimen de libre contratación o de entrega del bien derivada de contrato verbal. En este último supuesto, en etapa preliminar que se seguirá por la vía incidental, podrá establecerse la prueba de la existencia del contrato y de su cumplimiento por la parte actora.

En ese sentido, si bien se prevé expresamente la excepción ante la existencia de un contrato verbal de arrendamiento, ello no implica que la demanda pueda ser efectuada de forma verbal, como en el caso del monitorio simple. Asimismo, la existencia del referido contrato, deberá establecerse en la vía incidental.

Por otra parte, es necesario poner énfasis en la exigencia prevista por el legislador, en referencia a que el documento debe ser, necesariamente, el auténtico o el legalizado por autoridad competente.

Sentencia Inicial. Una vez verificados los aspectos formales de la acción y de la prueba documental el juez emitirá la sentencia denominada inicial. Respecto a ello, el párrafo II del artículo 375 del Código Procesal Civil prevé que con la demanda y la sentencia será

citada la parte demandada para que pueda oponer excepciones en el plazo de diez días. En ese sentido, en caso de oponerse excepciones la autoridad judicial convocará a una audiencia para resolverlas. Por otra parte, en caso de que el demandando no oponga excepciones en el plazo de diez días, la sentencia pasará en autoridad de cosa juzgada y el proceso quedará terminado entrando en fase de ejecución, conforme al parágrafo III del referido artículo.

Profesor Pérez Ragone, manifiesta que el proceso monitorio está estructurado como un proceso de conocimiento, ya que se caracteriza por la posibilidad de obtener una sentencia condenatoria con atributo de cosa juzgada¹⁸.

En la doctrina, encontramos que se le otorga a esta sentencia un carácter provisional e incluso en otras legislaciones es conocida como sentencia provisional.

En ese sentido, para cumplir con los presupuestos del debido proceso, la sentencia inicial quedará condicionada a la actitud que asuma el demandado. En virtud de ello, existen dos posibilidades:

- Si es que el demandado no opone las excepciones, en el tiempo y forma previstas en la norma, la sentencia quedará firme y el actor tendrá un título de ejecución, equiparable al constituido a través de una sentencia definitiva y podrá comenzar con el proceso de ejecución.

¹⁸ PEREZ, Ragone Alvaro, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Santiago de Chile, 2013, Pág. 150

- Si el demandado opone, en tiempo y forma, las excepciones contra la sentencia inicial, el juez deberá trasladar las mismas a conocimiento del actor, y posteriormente se convocará a una audiencia, en el marco del artículo 382 del Código Procesal Civil bajo el trámite previsto para el proceso extraordinario, en la cual se dictaría una nueva sentencia definitiva, que podrá modificar o ratificar la anterior.

En el primer caso debe considerarse que la sentencia inicial no puede ejecutarse hasta que se cumpla el plazo que tiene el demandado para oponer sus excepciones (defensas), aspecto que permitirá precautelar el debido proceso, ya que si bien se dicta sentencia sin escuchar al demandado, la misma quedará en suspenso hasta verificar si el demandado ejercerá o no su derecho de defensa.

El proceso de estructura monitoria encuentra su fundamento en que en la mayoría de los casos no habrá oposición del demandado, en ese sentido, con base a la verosimilitud de la pretensión del actor, se pasará a la fase de la ejecución.

Al respecto, el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, cuyo contenido no tiene por objeto regir en ningún país y constituye un Código tipo para servir de base a las reformas que encaran todos los países de Iberoamérica, señala como parámetros que de concluir el Tribunal en que se cumplen con los presupuestos exigibles, dicta inaudita altera parte, sentencia despachando ejecución, *mandando trabar embargo y citar de excepciones al deudor*. La eficacia del mandato de ejecución queda librada a la actitud que asuma el

deudor: firmeza y consecuente ejecución, si no se oponen excepciones admisibles; y no adquisición de esa firmeza y apertura de una etapa de cognición, si se oponen tales excepciones, debiéndose, entonces, estar a lo que se resuelva en la sentencia sobre el excepcionamiento, luego de la sustanciación del caso. Se ha establecido la limitación de la cognición, al preceptuarse que sólo podrán oponerse las excepciones taxativamente enumeradas por las leyes especiales propias de cada tipo de título ejecutivo y el rechazo de plano de las inadmisibles; por lo que el proceso es verdaderamente sumario¹⁹.

Por otra parte, respecto a la calidad de cosa juzgada que, de acuerdo a lo previsto en el párrafo II del artículo 375, adquiere la sentencia inicial en caso de no oponerse las excepciones en el plazo previsto, corresponde señalar que de acuerdo al artículo 398 del Código Procesal Civil, las sentencias recibirán autoridad de cosa juzgada cuando: i) La Ley no reconociere en el pleito otra instancia ni recurso y ii) Las partes consintieren expresa o tácitamente en su ejecutoria. Al respecto, el autor Lino Enrique Palacio, señala que la cosa juzgada significa, en general, la irrevocabilidad que adquieren los efectos de la sentencia cuando contra ella no procede ningún recurso que permita modificarla. No constituye, pues, un efecto de la sentencia, sino una cualidad que se agrega a ella para aumentar su estabilidad y que igualmente vale para todos los posibles efectos que produzca²⁰.

En ese sentido, la sentencia judicial para ser acatada debe quedar firme y adquirir inmutabilidad, toda vez que el carácter de cosa juzgada impedirá que ella pueda ser

¹⁹ INSTITUTO IBEROAMERICANO DEL DERECHO PROCESAL, *CODIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMERICA*.

²⁰ PALACIO LINO, Enrique *MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL*, Pág. 30

revocada o modificada. La cosa juzgada es el resultado inmediato de la firmeza de los pronunciamientos jurisdiccionales sobre el fondo y en nuestro sistema jurídico tiene jerarquía constitucional en cuanto a la garantía de seguridad basada en la imposibilidad de que, por otro proceso posterior se altere el contenido de lo resuelto, unido a ello, la imposibilidad de tramitar un proceso igual en las personas, en el objeto y en la causa a otro ya iniciado. De lo anterior podemos definir la cosa juzgada como el atributo que la ley asigna a la sentencia firme para que el caso concreto juzgado y resuelto por ella se mantenga inmutable para el futuro como garantía de seguridad jurídica²¹.

Por otra parte, de acuerdo al profesor Pérez Ragone, la calidad de cosa juzgada de la sentencia inicial, emitida por el silencio del demandado, se asemeja a una sentencia en rebeldía, toda vez que el elemento esencial es la inactividad del requerido.

En ese contexto, es importante hacer notar las siguientes observaciones:

- En el marco de las reglas de técnica legislativa, aplicables a la elaboración de normas adjetivas como es el caso del Código Procesal Civil, se requiere que al hacer referencia a un procedimiento se regulen cada una de las alternativas posibles, sean estas positivas o negativas. En ese sentido, el artículo 375 del Código Procesal Civil en su párrafo II, hace mención a las posibilidades que tiene el demandado de oponer o no sus excepciones, sin embargo, en el párrafo III observamos que el legislador se circunscribe únicamente a la posibilidad de que el demandado no oponga las excepciones, es decir, a la posibilidad negativa, y no se ha previsto de

²¹ CASTELLANOS Trigo Gonzalo, *ANÁLISIS DEL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL* Pág. 365

manera expresa y en el mismo artículo, cual es el procedimiento aplicable, en caso de que el demandando si oponga las excepciones.

- Una vez notificado el demandado con la sentencia inicial y ante la oposición de las excepciones en el plazo previsto, se emitirá una nueva sentencia, con los resultados de la audiencia instalada con el objeto de resolver estas. En ese contexto, encontraríamos un caso en el cual, se contará con dos sentencia pronunciadas sobre el fondo un mismo asunto y en una misma instancia.
- Es necesario, considerar que de acuerdo al parágrafo I del artículo 213 del Código Procesal Civil boliviano, la sentencia pondrá fin al litigio en primera instancia y recaerá sobre las cosas litigadas en la manera en que hubieren sido demandadas, sabida que fuere la verdad material por las pruebas del proceso. En ese sentido, la existencia de dos sentencias emitidas en una misma instancia implica una peculiaridad única del proceso de estructura monitoria.
- El carácter de cosa juzgada otorgada a la sentencia inicial emitida ante la inactividad del deudor, es decir, la no oposición de excepciones en el plazo previsto, debería ser reemplazada por la ejecutoriedad, toda vez que podría promoverse un proceso ordinario posterior, que llegaría a modificar los alcances de la sentencia, siempre y cuando el objeto del proceso posterior sea el derecho material.

Finalmente, es importante hacer notar, que una de las características esenciales del proceso monitorio radica en que se traslada al demandado la carga de generar o no el debate procesal con su oposición y en caso de dar inicio al contradictorio, en el marco del debido proceso, se deberá garantizar la aplicación de los principios de inmediación, congruencia y publicidad.

2.6.2. Requisitos generales de admisibilidad

A continuación se describen dos elementos fundamentales que hacen a la admisibilidad del proceso de estructura monitoria.

2.6.2.1. Competencia

Un aspecto importante para analizar dentro de la estructura de un proceso monitorio es el referido a la competencia. En este punto las diferentes legislaciones han adoptado variados lineamientos para determinar la competencia. En ese sentido, podemos señalar que la competencia se clasifica en: i) competencia en razón del valor del crédito, ii) materia y iii) territorial. A continuación pasamos a describir los aspectos relevantes de cada caso:

- **Competencia por razón del valor del crédito:** Bajo este contexto, se aplicarían al procedimiento las reglas generales de competencia por razón del valor contenidas en el ordenamiento jurídico. Podemos citar como ejemplo que en la legislación Austriaca aparecen tres tipos de jueces ordinarios, clasificados de acuerdo al monto de la demanda: Conciliador, Pretor y Tribunal.

En este punto, es necesario señalar que podría presentarse la eventualidad de que, en el desarrollo de un proceso monitorio, la competencia por razón de valor, afirmada por el juez en la primera fase con base en la suma determinada en el recurso, pueda después ser negada en virtud de la oposición del deudor, el cual impugnando el valor declarado por el demandante consiga demostrar que el valor de la demanda no entra dentro de los límites de la competencia por razón del valor propia del juez que ha emitido la orden de pago, de una manera análoga, el juez que se ha considerado competente por razón del valor para emitir la orden de pago o *inyunción*, podrá después declararse incompetente cuando el deudor, al hacer la oposición niegue la obligación entera de la que la suma pedida por el acreedor. En estos casos, se tratará siempre de incompetencia originaria, no de una incompetencia sobrevenida.

Al respecto, podemos citar como antecedente que en la legislación alemana, el juez competente para conocer un monitorio es el mismo que se halla facultado para conocer un proceso ordinario sobre un caso de la misma cuantía. En ese contexto, se ve un caso de competencia funcional, es decir, que la voluntad concreta que se hace valer mediante el procedimiento monitorio es la misma que se podría hacer valer mediante el ordinario en contradictorio y la competencia especial no se basa sobre la diversidad cualitativa del objeto del proceso, sino sobre la diversa función que el órgano jurisdiccional ejerce, actuando con un procedimiento especial la misma voluntad de la ley que puede ser actuada también con el procedimiento contradictorio por juez competente en razón de valor. Por otra parte, si se admitiese contrariamente la existencia de una acción especial sumaria de la que el

procedimiento monitorio sería el instrumento, la competencia se debe considerar como un caso de competencia por razón de materia.

- **Competencia en razón de materia:** En este punto es necesario hacer referencia a la existencia de órganos jurisdiccionales especiales, en los cuales los procesos monitorios podrían ser resueltos por jueces ordinarios competentes por razón de valor, porque les faltaría en el caso concreto la competencia por razón de materia. En ese sentido, se excluirían del alcance del proceso monitorio acciones que nacen de relaciones de trabajo, toda vez que el conocimiento de las mismas corresponde a una competencia especial.
- **Competencia Territorial:** Parte de la regla fundamental de que en el procedimiento monitorio, los hechos concernientes a la competencia por razón del territorio tienen base en las afirmaciones del acreedor para considerarlos como verdaderos mientras el deudor no los niega al formular la oposición. Asimismo, por otra parte, los hechos en que se funda la competencia en razón de territorio no están incluidos de manera expresa dentro de la prueba documental que respalda la pretensión. En relación a la competencia territorial es pertinente hacer notar que de acuerdo a la legislación boliviana, contenida en el artículo 13 de la Ley N° 025, la competencia en razón del territorio se ampliará únicamente por consentimiento expreso o tácito de las partes. Es expreso cuando convienen en someterse a un juez, que para una o ambas partes no es competente. Es tácito cuando el demandado

contesta ante un juez incompetente, sin oponer esta excepción, exceptuándose lo dispuesto en leyes especiales²².

Asimismo, las reglas de competencia determinadas en nuestra legislación se encuentran previstas en el artículo 12 del Código Procesal Civil determinándose lo siguiente:

- En las demandas con pretensiones reales o mixtas sobre bienes en general, será competente: a) La autoridad judicial del lugar donde estuviere situado el bien litigioso o del domicilio de la parte demandada, a elección de la parte demandante, b) Si los bienes fueren varios y estuvieren situados en lugares diferentes, el de aquel donde se encontrare cualquiera de ellos. c) Si un inmueble abarcare dos o más jurisdicciones, el que eligiere la parte demandante.
- En las demandas con pretensiones personales, será competente: a) La autoridad judicial del domicilio real de la parte demandada, b) El del lugar donde deba cumplirse la obligación, o el de donde fue suscrito el contrato, a elección del demandante, c) En caso de contratos por medio electrónico, será competente la autoridad judicial pactada en el contrato, y a falta de éste, la autoridad judicial del domicilio real de la parte demandada, salvo que la Ley especializada disponga lo contrario.

²² HERRERA AÑEZ, William, *Derecho Procesal – El Proceso Civil por Audiencia*, Grupo Editorial Kipus, Cochabamba, Bolivia, 2014, Págs. 25 y 26.

En ese contexto, podemos observar en nuestra legislación predomina la competencia territorial y material. En el caso del proceso de estructura monitoria, tendrá un carácter preponderante el domicilio del demandado.

2.6.2.2. Capacidad Procesal en el Proceso Monitorio

Por lo que se refiere a los presupuestos procesales concernientes a la partes, corresponde iniciar señalando que las reglas aplicables a los procesos de cognición en general, son también aplicables en el monitorio, es decir, las referidas a la capacidad para ser parte o capacidad de obrar, *jus postulandi*. Asimismo, está permitida la representación por mandato, de acuerdo a las reglas procesales de cada legislación.

Al respecto, con carácter previo al análisis de este punto, es pertinente definir la capacidad determinando que se encuentra referida a la aptitud para ser titular de los derechos, cargas y obligaciones que se derivan de la realidad jurídica que es el proceso y hay que aclarar que esta aptitud es diferente respecto de las personas físicas y jurídicas. En ese sentido, el derecho no atribuye capacidad a las personas, sino que únicamente las reconoce.

La capacidad de obrar presupone la aptitud del sujeto para decidir la conducta procesal a seguir o asumir o nombre propio de a nombre ajeno, la responsabilidad de la gestión del proceso y los actos procesales de parte, así como sus consecuencias jurídico materiales -

volitivas, permite la válida comparecencia en el proceso y la continuidad de la actuación procesal en concepto de parte²³.

Respecto a la capacidad procesal podemos citar el parágrafo I del artículo 29 del Código Procesal Civil que prevé que toda persona natural o colectiva que tenga capacidad de obrar, podrá intervenir en el proceso en calidad de parte actora, demandada o tercero, ya sea directamente o por representación.

Por otra parte, respecto a la legitimación, la Enciclopedia Jurídica Básica, señala que la misma es el derecho a conducir un proceso concreto – realizando eficazmente actos en el mismo – que, si bien tiene estrictamente trascendencia procesal, en términos absolutos no es independiente de la titularidad, pues deriva de afirmarse titular de un derecho frente a otro sujeto, al que se le afirma titular del deber u obligación correlativos²⁴.

En ese contexto, el parágrafo I del artículo 375 del Código Procesal Civil dispone que el proceso monitorio es el régimen conforme al cual, presentado el documento o documentos constitutivos que demuestren la fundabilidad de la pretensión, la autoridad judicial, previa verificación de los presupuestos generales de competencia, capacidad y legitimación, así como los específicos del proceso que pretende, acoge la demanda mediante una sentencia inicial.

²³ HERRERA AÑEZ, William, *Derecho Procesal – El Proceso Civil por Audiencia*, Grupo Editorial Kipus, Cochabamba, Bolivia, 2014.

²⁴ ENCICLOPEDIA JURÍDICA BÁSICA, Civititas Ediciones, España, 1995.

Como podemos observar, uno de los elementos a ser verificados por la autoridad jurisdiccional es el de la legitimación activa, que en el proceso de estructura monitoria recaerá únicamente sobre el titular de la prestación debida o su representante. Asimismo, corresponde señalar que la legitimación pasiva recae en la persona del sujeto que tiene pendiente de cumplimiento la obligación, este último se constituirá en el demandado.

2.6.3. Análisis de otras condiciones de admisibilidad del monitorio previstas en la doctrina y otras legislaciones

Las características mencionadas a continuación son comunes en diferentes legislaciones, toda vez que tienen su base en criterios doctrinales:

2.6.3.1. Prueba escrita. Si bien en la doctrina y en antecedentes legislativos antiguos se hacía referencia a un procedimiento monitorio puro, que se caracterizaba por tener como suficiente la declaración verbal del acreedor, la mayoría de las legislaciones, incluida la nuestra han optado por condicionar el inicio del procedimiento monitorio a la prueba documental. Es decir, deberá probarse el fundamento del crédito, y los hechos sobre los cuales se ha originado el derecho del actor. Asimismo, en la prueba documental estará contenida la prueba del carácter líquido y exigible del objeto de la pretensión, es decir, además de probar la existencia la obligación del deudor, deberá probar que ésta no se encuentra sujeta a término ni a alguna condición suspensiva.

En este caso la carga de la prueba la tiene el demandante a quien le incumbe probar los hechos constitutivos específicos de su derecho. Por otra parte, se deberán probar las

condiciones de la *legitimiatio ad causam* (*legitimación en el proceso*) y del interés, es decir de la legitimación activa para invocar el procedimiento monitorio.

Nuestra legislación civil ha dispuesto, que el denominado proceso de estructura monitoria requiere la presentación de documentos constitutivos que demuestren la fundabilidad de la pretensión.

Al respecto, el marco jurídico vigente prevé que el denominado proceso de estructura monitoria se inicia con la presentación del documento o documentos constitutivos que demuestren la *fundabilidad* de la pretensión. Asimismo, se prevé que en todos los casos, juntamente con la demanda, se deberá acompañar documento auténtico o legalizado por autoridad competente. En ese sentido, se entiende que en el término fundabilidad llegaría a incluirse la concurrencia de los requisitos de procedencia de exigibilidad y verosimilitud de la obligación.

Por tanto, es necesario analizar si al referirnos a prueba documental, definitivamente quedarían excluidos todos aquellos medios de prueba que, sin ser documentos, podrían proporcionar cierta certeza que respalde la pretensión. Al respecto, si bien, conforme a lo previsto en el artículo 375 del Código Procesal Civil, el proceso de estructura monitoria procede siempre con base en un documento constitutivo, sin embargo, es pertinente hacer notar que conforme a lo previsto en el numeral 7 del artículo 379 del Código Procesal Civil referido al proceso ejecutivo se ha reconocido a la confesión de deuda líquida y exigible

ante la autoridad judicial competente para conocer en la ejecución, como un título ejecutivo, dándole el mismo valor a la confesión que el de otras pruebas documentales.

2.6.3.2. Valor del crédito: Si bien, nuestra legislación no ha establecido un límite para la aplicación del proceso de estructura monitoria, en la doctrina encontramos al proceso monitorio limitado, contando como referencia inicial con la doctrina italiana donde se hace mención al límite de valor de crédito, es decir, se limita la procedencia del monitorio a los créditos de valor mínimo. Asimismo, en el ordenamiento legal de Libia se reserva el procedimiento monitorio a los créditos que no superen las 500 libras. En la legislación moderna, tenemos el caso del ordenamiento jurídico colombiano que como vimos anteriormente tiene límites máximos para su procedencia.

2.6.3.3. Condición subjetiva del acreedor: Tampoco está comprendido, por lo general, entre los presupuestos procesales del procedimiento la afirmación por parte del acreedor de una condición subjetiva especial que dé a su crédito carácter privilegiado. Es decir, tiene un carácter subjetivamente general, en el sentido de que sus condiciones de admisibilidad se derivan exclusivamente de la naturaleza objetiva del crédito. En este punto es importante hacer notar que en las legislaciones antiguas el procedimiento monitorio estaba reservado solamente como un privilegio a favor de determinada clase de acreedores como los profesionales o a favor de la administración pública, casos en los cuales la especial condición subjetiva del acreedor figuraba entre los presupuestos del procedimiento privilegiado. Es necesario mencionar que en la legislación boliviana existe una variante del procedimiento monitorio reservada para la recuperación de créditos a favor del Estado,

como es el denominado procedimiento coactivo fiscal, cuyas características serán desarrolladas posteriormente en el presente trabajo.

2.6.3.4. Cumplimiento previo de la contraprestación en obligaciones bilaterales: En cuanto a las obligaciones cuyo cumplimiento puede ser objeto del procedimiento monitorio, corresponde efectuar el análisis respecto a los créditos dependientes de una contraprestación, en los cuales deberá demostrarse documentalmente que la misma fue efectivamente realizada, es decir, no bastará que el acreedor se declare dispuesto a cumplir la contraprestación, sino que es necesario que la misma ya haya sido regularmente realizada, toda vez que en las obligaciones recíprocas es viable la excepción denominada en la doctrina como *exceptio non adimpleti contractus*, que daría lugar a una controversia con la desaparición de todas las ventajas de celeridad y simplicidad propias del procedimiento monitorio. En ese contexto, en varias legislaciones se ha previsto el rechazo de oficio cuando la pretensión descansa en una contraprestación no cumplida aún, toda vez que no se contaría con el requisito de exigibilidad. Al respecto, considerando que en nuestra legislación el procedimiento de estructura monitoria es aplicable a la pretensión de desalojo, se ha previsto para el mismo que en etapa preliminar que se seguirá por la vía incidental, donde podrá establecerse la prueba de la existencia del contrato y de su cumplimiento por la parte actora. Es decir, con carácter previo a la admisión se verificará el cumplimiento de la contraprestación.

2.6.4. Reglas aplicables a procesos monitorios específicos

A continuación se realiza un análisis de los casos previstos por los artículos 388 al 393 del Código Procesal Civil boliviano, con sus características y particularidades:

2.6.4.1. Cumplimiento de obligaciones de dar: El párrafo I del artículo 388 del Código Procesal Civil boliviano dispone que para el caso de obligaciones de dar, la parte actora podrá pedir la entrega de un bien mueble o inmueble que no fuere una suma de dinero, adeudada por mandato de la Ley, testamento, contrato, acto administrativo o declaración unilateral de voluntad en los casos en que ésta pueda imponerse con carácter obligatorio, siempre que la parte actora acredite la obligación de entregar y, en su caso, el cumplimiento por su parte de la prestación que le es correspondiente, mediante documento público o privado reconocido o dado por reconocido ante la autoridad judicial o reconocido voluntariamente ante notario de fe pública, o con la justificación que prevé el artículo 377 del referido Código. Asimismo, el párrafo II del referido artículo establece que desde el momento de su citación con la intimación, *la parte demandada quedará en calidad de depositario*, bajo las responsabilidades civiles y penales inherentes al caso; salvo que la autoridad judicial según las circunstancias determine el secuestro.

Al respecto, es importante puntualizar que en este caso el objeto de la demanda será la entrega de un bien. Asimismo, es importante hacer notar que entre los documentos con fuerza para promover el proceso monitorio, se encuentran los actos administrativos, entendidos estos como aquella manifestación de voluntad expresa o presunta unilateral por parte de la administración pública que a partir de un caso particular, causa específicos

efectos jurídicos en relación con determinadas personas, bajo circunstancias singulares, con el objeto crear una situación jurídica.

Por otra parte, el legislador, ha condicionado el inicio del proceso monitorio a la acreditación de la obligación de entrega y el cumplimiento de la contraprestación, aspecto importante en obligaciones bilaterales a fin de evitar la denominada *exceptio non adimpleti contractus*.

En ese contexto, en este caso la sentencia inicial del monitorio dispondrá el cumplimiento de obligación, la entrega del bien o bienes individualizados, bajo conminatoria de expedirse mandamiento de desapoderamiento.

Otro aspecto relevante de la aplicación del monitorio en este caso específico, es que con la citación al demandado este adquiere la calidad de depositario. Al respecto, el artículo 848 del Código Civil dispone que el depositario está obligado a devolver la misma cosa recibida, en el estado en que se halla en el momento de la restitución, con más las accesiones y frutos que hubiese percibido; asimismo a pagar los intereses por el dinero depositado, desde que incurrió en mora para su restitución, todo independientemente del resarcimiento del daño, si ha lugar.

2.6.4.2. Entrega de la herencia: El artículo 389 del Código Procesal Civil prevé que cuando un tercero obstaculice a los herederos la toma de posesión de los bienes sucesorios,

sin acreditar ningún derecho sobre ellos, será citado en la vía del proceso monitorio para que haga efectiva la entrega de los bienes a los causahabientes.

Esta es una situación muy particular referida al caso que un tercero ajeno a los herederos, que sin acreditar derecho alguno se opone a que entren en posesión efectiva de los bienes sucesorios. Caso particularmente complejo porque es de suponer que no existe documento que demuestre la negativa u oposición del tercero a que los herederos entren en posesión, salvo que los herederos hubieren tomado la previsión de reclamar de manera documentada la entrega de los bienes sucesorios, de cuya consecuencia el tercero comunique por escrito el porqué de su renuencia²⁵.

Con relación al tercero que obstaculice sin derecho o fundamento a los herederos legales o testamentarios la toma de posesión de los bienes sucesorios, sin acreditar ningún derecho sobre ellos será citado en la vía del proceso monitorio para que haga efectiva la entrega de los bienes a los causahabientes. El concepto de tercero aludido por la norma, debe entenderse en forma amplia, involucrando a cualquier persona que sin tener derecho a la sucesión en forma total o parcial, como podría ser un albacea, administrador, depositarios, coherederos, personas particulares o colectivas²⁶.

En ese contexto, podemos observar que la finalidad del proceso monitorio en el caso específico es agilizar el procedimiento de entrega de la herencia, considerando que el

²⁵ CORDERO, Miranda Mario EL PROCESO MONITORIO EN BOLIVIA

²⁶ Castellanos Trigo, Gonzalo "ANÁLISIS DOCTRINAL DEL NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL", TOMO IV, Págs. 332, 333.

heredero o legatario no cuenta con una acción específica para la entrega de bienes de la sucesión.

De acuerdo a lo previsto en el párrafo II del artículo 395, en estos casos la sentencia inicial dispondrá la entrega de herencia, la posesión de los bienes a los herederos, bajo conminatoria de expedirse mandamiento de desapoderamiento.

2.6.4.3. Resolución de contrato por falta de pago: El artículo 309 del Código Procesal Civil prevé que cuando se demande, previa la intimación, la resolución de contrato por falta de cumplimiento de la obligación de pago, la parte actora acreditará, mediante documento reconocido ante autoridad competente, o dado por reconocido, o voluntariamente reconocido ante notario de fe pública, el contrato cuya resolución se demanda por incumplimiento, así como, en su caso, el cumplimiento de la obligación que le es propia.

El párrafo II del artículo 377 del Código Procesal Civil boliviano señala que en los casos de resolución de contrato o desalojo por falta de pago de alquileres, corresponderá una intimación previa a pedido de la parte actora, que se practicará por el plazo de diez días.

Este es el caso donde los beneficios del proceso monitorio se manifiestan de manera altamente positiva, porque se obvian las formalidades del actual proceso ordinario y sus recursos con los que el demandado puede prolongar sin límites de tiempo la duración del proceso.

La procedencia de la demanda está condicionada a los casos de contratos con prestaciones recíprocas, conforme a lo dispuesto en el Código Civil, la resolución del contrato, más el resarcimiento del daño causado por el incumplimiento.

En ese sentido, el párrafo I del artículo 568 del Código Civil establece que en los contratos con prestaciones recíprocas cuando una de las partes incumple por su voluntad la obligación, la parte que ha cumplido puede pedir judicialmente el cumplimiento o la resolución del contrato, más el resarcimiento del daño; o también puede pedir sólo el cumplimiento dentro de un plazo razonable que fijará el Juez, y no haciéndose efectiva la prestación dentro de ese plazo quedará resuelto el contrato, sin perjuicio, en todo caso, de resarcir el daño. El párrafo II del referido artículo señala que si se hubiera demandado solamente la resolución, no podrá ya pedirse el cumplimiento del contrato; y el demandado, a su vez, ya no podrá cumplir su obligación desde el día de su notificación con la demanda.

La resolución del contrato es la facultad que tiene la parte que ha cumplido con sus deberes contractuales, de dejar sin efecto el contrato, cuando la contraparte voluntariamente ha incumplido sus obligaciones contractuales. En otras palabras ya no le interesa el cumplimiento del contrato, más al contrario pretende desvincularse de este²⁷.

Una particularidad del proceso monitorio aplicable a este caso específico, junto al procedimiento previsto para el desalojo, es la exigencia legal de una intimación judicial

²⁷ Castellanos Trigo, Gonzalo "ANÁLISIS DOCTRINAL DEL NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL", TOMO IV, Pág. 338

previa hecha por la parte que ha cumplido reclamando a quién ha incumplido para que asuma la obligación que le es propia de proceder al pago de lo debido, Además, conforme dispone el Código Civil, se deberá acreditar el cumplimiento de la contraprestación, al tratarse de obligaciones recíprocas.

De acuerdo a lo previsto en el parágrafo II del artículo 395, en estos casos la sentencia inicial dispondrá la resolución de contrato; la extinción del contrato, más pago de daños y perjuicios.

2.6.4.4. Cese de la copropiedad: El artículo 391 del Código Procesal Civil establece que podrá demandarse el cese del estado de copropiedad común o sin indivisión forzosa que haya tenido origen contractual, cuando exista imposibilidad de la cómoda división del bien, para su venta en pública subasta.

Este caso se refiere a la particular situación de la copropiedad común o sin indivisión forzosa de origen contractual, en el que no existe la posibilidad de la cómoda división del bien afectado a éste régimen. Cualesquiera que fueren las causas de la imposibilidad de la división, el copropietario interesado está legitimado para pedir la división del órgano judicial, conforme a la facultad conferida por el artículo 167 del Código Civil que señala que nadie está obligado a permanecer en la comunidad y cada copropietario puede pedir en cualquier tiempo la división de la cosa común, lo que se acogerá por el juez cuando el copropietario demandante acredite en forma previa el origen contractual del estado de

indivisión del bien afectado al régimen así como demuestre la posibilidad de la cómoda división²⁸.

Esta norma prevé el caso de que materialmente no pueda dividirse el bien común, sin causar daño irreparable al bien, convirtiéndolo en inútil; es decir, cuando los copropietarios no pueden pedir la división de la cosa común si una vez dividida resulta inservible para el uso que está destinada; esto no significa que el bien se quede materialmente indivisible, debiendo quedarse dicho bien con alguno de los copropietarios (compensado a los otros) o en su caso someterlo a venta judicial para dividirse el dinero producto del remate²⁹.

En estos casos, conforme al párrafo II del artículo 395 del adjetivo civil, en estos casos la sentencia inicial dispondrá el cese de copropiedad y la subasta del bien o bienes.

2.6.4.5. Desalojo en régimen de libre contratación: El párrafo I del artículo 392 del Código Procesal Civil boliviano, dispone que este proceso tiene por finalidad el desalojo de inmuebles, sometidos al régimen de la libre contratación, que no constituyen vivienda, cuya tenencia se concedió en virtud de contrato de arrendamiento celebrado por escrito o verbalmente. Asimismo, el párrafo II del referido artículo establece que se acompañará a la demanda los documentos que prueben la relación contractual y en caso de ser verbal, se procederá conforme al artículo 377, es decir, se probará el vínculo jurídico por la vía incidental.

²⁸ El Proceso Monitorio de Mario Cordero Miranda. <http://www.abec.org.bo/index.php/publicaciones/item/17-dr-mario-cordero-miranda>

²⁹ Castellanos Trigo, Gonzalo "ANÁLISIS DOCTRINAL DEL NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL", TOMO IV, Pág. 342

Por su parte, el parágrafo III del artículo 392 del Código Procesal Civil boliviano, excluye del ámbito de aplicación del proceso monitorio, el desalojo de vivienda, cuya tramitación se realizará en el marco de un proceso extraordinario.

En ese sentido, la legislación nacional diferencia el procedimiento para el desalojo de vivienda del procedimiento para el desalojo de locales comerciales, industriales, oficinas y otros análogos, conforme al régimen de la libre contratación. Este aspecto se considera plausible, desde el punto de vista de la protección del derecho a una vivienda digna, establecido en nuestra Constitución Política del Estado.

Un aspecto relevante de este proceso monitorio es la exigencia de la intimación previa, al igual que en la resolución de contrato, este aspecto, considerando que ambos casos están referidos a obligaciones recíprocas.

De acuerdo a lo previsto en el parágrafo II del artículo 395, en estos casos la sentencia inicial dispondrá el desalojo, la devolución del bien, bajo alternativa de lanzamiento o desapoderamiento, según corresponda.

2.7. Variantes del Proceso de Estructura Monitoria

En este punto, corresponde señalar que en el marco normativo vigente existen otras variantes del proceso de estructura monitoria, en tal sentido, tenemos al proceso ejecutivo.

Por otra parte es necesario hacer mención de instituciones previstas en otros cuerpos

normativos, así como el anterior Código de Procedimiento Civil boliviano. A continuación pasamos a describir cada una de las variantes:

2.7.1. Proceso Ejecutivo

Conforme a lo previsto en el artículo 378 del Código Procesal Civil boliviano, el proceso ejecutivo se promueve en virtud de alguno de los títulos referidos en el artículo siguiente, siempre que de ellos surja la obligación de pagar cantidad líquida y exigible.

Al respecto, la doctrina es concluyente al sostener que la causa de la obligación instrumentada en un título resulta ajeno al proceso ejecutivo, es decir, que la acción ejecutiva es independiente de la relación jurídica sustancial, y respalda al poseedor de un título ejecutivo con prescindencia de toda consideración la legitimidad del derecho que se pretende hacer valer; o que no puede discutirse la validez de la relación sustancial. En ese sentido, las únicas excepciones admisibles son las que se fundan en el título mismo. Lo contrario importaría permitir se discutiera la causa de la obligación desnaturalizándose así los fines del juicio ejecutivo.

En ese sentido, de acuerdo al artículo 379 del referido Código, los títulos ejecutivos son los siguientes:

- ✓ Los documentos públicos.
- ✓ Los documentos privados suscritos por la obligada u obligado o su representante voluntariamente reconocidos o dados por reconocidos por ante

autoridad competente, o reconocidos voluntariamente ante notario de fe pública.

- ✓ Los títulos, valores y documentos mercantiles que de acuerdo al Código de Comercio tuvieren fuerza ejecutiva. Las cuentas aprobadas y reconocidas por resolución judicial ejecutoriada.
- ✓ Los documentos de crédito por expensas comunes en edificios afectados al régimen de la propiedad horizontal.
- ✓ Los documentos de crédito por arrendamiento de bienes.
- ✓ La confesión de deuda líquida y exigible ante la autoridad judicial competente para conocer en la ejecución.
- ✓ La transacción no aprobada judicialmente, que conste en escritura pública o documento privado reconocido.
- ✓ En todos los casos en que la Ley confiera al acreedor, el derecho de promover proceso ejecutivo.

Como podemos observar la admisibilidad del procedimiento ejecutivo se encuentra centrada en la calidad y eficacia del título ejecutivo, entendido como un presupuesto inicial. Aspecto que difiere del proceso monitorio cuya finalidad última es el rápido establecimiento de la certeza de créditos u otras obligaciones pendientes de cumplimiento a través de una declaración judicial, es decir, en el monitorio se buscará la constitución del título ejecutivo, a través de un procedimiento sumario. En ese sentido, es la declaración judicial emitida en el marco del monitorio, la que otorga el carácter exigible de una obligación, permitiendo su posterior ejecución forzada, partiendo de que sin exigibilidad no

hay ejecución, toda vez que se constituye en un presupuesto procesal, *nulla executio sine titulo* (no procede la ejecución sin título).

Al respecto, Jorge Mostajo señala que el proceso ejecutivo es un proceso declarativo, especial y sumerio, que tiende a la formación rápida de un título puro de ejecución, con base en la presentación de una serie de documento que, por la forma de su producción, tienen un carácter privilegiado al estar revestidos de las solemnidades y formalidades que *prima facie* (*a primera vista*), hacen pensar en la existencia de una obligación válida y perfecta³⁰.

Entonces es necesario considerar las finalidades de ambas instituciones, es decir, el proceso ejecutivo y el proceso monitorio, partiendo de que para iniciar un procedimiento ejecutivo es necesario que el derecho del acreedor sea cierto y se encuentre consagrado en una declaración de certeza autoritativa o contractual, que la ley consigna como *título ejecutivo*, es decir, que la existencia de un título es indispensable para el inicio del proceso ejecutivo.

Otro aspecto que diferencia al monitorio del ejecutivo es el referido a sus requisitos de procedencia, que además de la existencia de un título ejecutivo, exigen la liquidez y plazo vencido, conceptos que serán desarrollados de forma más amplia posteriormente.

Asimismo, de acuerdo a lo dispuesto en el parágrafo I del artículo 380 del Código Procesal Civil boliviano, la autoridad judicial, reconociendo su competencia, capacidad,

³⁰ MOSTAJO BARRIOS, Jorge Omar *CURSO SOBRE EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL*, Editorial Hebdo, La Paz, Bolivia, 2016, Pág. 288.

legitimación de las partes, liquidez y plazo vencido dictará sentencia inicial disponiendo el embargo y mandando llevar adelante la ejecución hasta hacerse efectiva la cantidad reclamada, intereses, costas y costos.

En ese sentido, la sentencia inicial ya dispone la ejecución para hacer efectiva la cantidad reclamada y, el embargo sin noticia del deudor, a diferencia de la sentencia inicial del monitorio que es notificada junto a la demanda para que el demandado oponga sus excepciones y en ningún caso es ejecutada antes de vencido el plazo previsto para presentar la oposición.

Un aspecto que llama la atención es el contenido en el artículo 376 del Código Procesal Civil boliviano que incluye dentro del ámbito de aplicación del proceso de estructura monitoria a los ejecutivos. Al respecto, corresponde señalar que, si bien existe similitud entre ambos procedimientos, se debe considerar que sus finalidades, requisitos y características son diferentes, lo que llevaría a concluir que el proceso ejecutivo es un proceso independiente del monitorio, que además por su finalidad y estructura, doctrinalmente, correspondería más a los procesos de ejecución que a los de conocimiento.

2.7.2. Ejecución coactiva de sumas de dinero

El artículo 404 del Código Procesal Civil prevé, dentro del capítulo referido a los procesos de ejecución, a la denominada ejecución coactiva de sumas de dinero la cual procede siempre que se trate de una obligación de pagar suma líquida y exigible, sustentada en los siguientes títulos: i) sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, ii) crédito prendario o

hipotecario inscrito, en cuya escritura el deudor hubiere renunciado a los trámites del proceso ejecutivo, iii) crédito hipotecario o prendario, agrario o industrial inscrito, en el que el deudor hubiere formulado renuncia al proceso ejecutivo, iv) Transacción aprobada judicialmente, v) Conciliación aprobada, vi) Laudo arbitral ejecutoriado.

En relación al requisito de la liquidez, el artículo 405 ha previsto que si la sentencia que condenare el pago de frutos, daños y perjuicios no determinó la suma líquida adeudada, ésta será establecida por la vía incidental en forma previa a la vía de ejecución coactiva. Igual solución se aplicará cuando en otro acto jurídico se establezca deuda ilíquida exigible.

De acuerdo al artículo 408 del Código Procesal Civil boliviano, la parte acreedora, al plantear la demanda de ejecución, acompañará el título coactivo que la justifique y solicitará el embargo de los bienes de la parte coactivada. La autoridad judicial examinará cuidadosamente el título presentado por el acreedor y si considerare que tiene suficiente fuerza coactiva, *dictará sentencia, ordenando el embargo y llevar adelante la ejecución coactiva hasta que se haga efectiva la suma reclamada, intereses, costas y costos, dentro del plazo de tres días*, bajo apercibimiento de procederse al remate del bien dado en garantía o embargado. Si el documento careciere de fuerza coactiva, la autoridad judicial declarará que no hay lugar a la ejecución. La resolución es apelable en el efecto devolutivo, sin recurso ulterior. En uno y otro supuesto, la autoridad judicial se pronunciará en el plazo de tres días computables a partir de la radicatoria del proceso, sin noticia de la parte coactivada.

En ese sentido, la decisión de admitir o no la demanda en la vía coactiva y la verificación de la fuerza coactiva del título, se la realiza por la autoridad judicial sin oír a la parte demandada. En ese sentido, la garantía del debido proceso dependerá únicamente del análisis cuidadoso que realice el juez, velando por el cumplimiento de los presupuestos procesales. El plazo entre la sentencia inicial y la ejecución forzosa es bastante breve, tres (3) días, computables desde la citación con la sentencia inicial.

Las excepciones posibles en este procedimiento son únicamente las siguientes: i) incompetencia, ii) falta de fuerza coactiva, iii) falsedad e inhabilidad del título, iv) prescripción, v) pago documento, vi) cosa juzgada, vii) transacción y viii) conciliación.

El plazo para la oposición de excepciones es de cinco días, con justificación mediante prueba documental u otros medios probatorios, siendo inadmisibles otras excepciones distintas a las enumeradas.

Respecto a este procedimiento, es necesario hacer notar el desfase entre los tres días previstos para la citación con la sentencia inicial y la ejecución coactiva, con los cinco días establecidos para oponer excepciones. En ese sentido, es posible que en algún momento de la aplicación de lo previsto en el marco normativo, se presente el caso de un deudor que logre probar la existencia de una excepción extintiva, como es el caso de la prescripción, pago, cosa juzgada y conciliación, dentro del plazo previsto cuando ya hubiera tenido lugar la ejecución coactiva. Dicho riesgo procesal debe ser evaluado y controlado por la autoridad jurisdiccional.

2.7.3. Procedimiento Coactivo Fiscal

El Decreto Ley No. 14993 de 29 de septiembre de 1997 elevado a rango de Ley por el artículo 52 de la Ley No. 1178 de 20 de julio de 1990, establece el procedimiento para el conocimiento de todas las demandas que se interpongan en ocasión de los actos de los servidores públicos, de los distintos entes del derecho público o de las personas naturales o jurídicas privadas que hayan suscrito contratos administrativos con el Estado, por los cuales se determinen responsabilidades civiles.

Respecto a esta clase de procedimiento Piero Calamandrei hace mención a los denominado procedimientos privilegiados, en razón del elemento subjetivo que recae en el Estado.

Un aspecto relevante del procedimiento Coactivo Fiscal es que este establece como principio rector la investigación de oficio y la obligación del juez coactivo impulsar el proceso en sus distintas fases y etapas de forma que éstas concluyan dentro de los plazos y términos establecidos, cuidando la estricta preclusión de los actos procesales.

Por otra parte, entre las particularidades del Procedimiento Coactivo Fiscal vigente debemos señalar que, el mismo es promovido a partir de instrumentos con fuerza coactiva que son: i) Los informes de auditoría emitidos por la Contraloría General de la República, hoy del Estado, aprobados por el Contralor General, emergentes del control financiero administrativo que establezcan cargos de sumas líquidas y exigibles; ii) los informes de auditoría interna, procesos o sumarios administrativos organizados de acuerdo a su régimen interno, igualmente aprobados y que establezcan sumas líquidas y exigibles.

Sin embargo, se debe considerar que la Ley No. 1178 al establecer el régimen de la responsabilidad civil por la función pública aplicable a los servidores públicos, señala claramente que la responsabilidad civil será determinada por el juez competente, es decir que el ente de control gubernamental encargado del control externo no determina la responsabilidad civil, sino los informes de auditoría concluyen con “indicios de responsabilidad civil”, en ese sentido la función de determinar la “responsabilidad civil” es eminentemente judicial, respecto a la decisión definitiva sobre la existencia o no de responsabilidad civil. Al respecto, corresponde señalar el artículo 50 del Decreto Supremo No. 23318 – A que dispone que la responsabilidad civil emerge del daño al Estado valuable en dinero. Será determinada por el Juez competente.

En ese sentido, corresponde señalar que los Informes de Auditoría constituyen una opinión técnico – jurídica emitida por el Controlador general del Estado, y es una prueba pre constituida en el Procedimiento Coactivo Fiscal, pero de ninguna manera constituyen instrumentos determinativos.

En virtud de ello, encontramos una debilidad del procedimiento coactivo fiscal en cuanto a que no se establece con claridad a partir de qué momento los “indicios” de responsabilidad civil pasan a constituirse en “responsabilidad civil”, es decir, la facultad de determinación judicial no es aplicada, dando la impresión de que la responsabilidad civil es determinada en el Informe Complementario de Auditoría y la emisión del Dictamen de Responsabilidad Civil, aspecto que no está acorde con la normativa gubernamental ni a la Constitución

Política del Estado, que en el parágrafo I de su artículo 213, prevé que la Contraloría está facultada para determinar indicios de responsabilidad administrativa, ejecutiva, civil y penal. La ausencia de una etapa en la cual la responsabilidad civil sea determinada por la autoridad judicial genera incertidumbre en los procesados.

Otro aspecto crítico del Procedimiento Coactivo Fiscal es el referido al tratamiento de las excepciones, que son las siguientes: i) Falta de jurisdicción o competencia del juez coactivo; ii) Falta de personería legítima en el demandado o en el demandante; iii) Litispendencia, iv) Pago, v) Cosa juzgada, vi) Compensación.

Al respecto, el procedimiento prevé que las excepciones deberán ser opuestas todas juntas dentro del término fatal de 5 días desde la citación legal con la Nota de Cargo. Asimismo, se prevé que las excepciones de pago y cosa juzgada podrán oponerse en cualquier momento hasta antes de la aprobación del remate.

Las excepciones de falta de jurisdicción o competencia del juez coactivo, la falta de personería legítima en el demandado o en el demandante y la litispendencia tiene carácter previo y especial pronunciamiento y que las demás excepciones se resolverán a tiempo de dictarse la resolución definitiva. En ese contexto, considerando que las excepciones de: pago, cosa juzgada y compensación tienen la característica de ser extintivas, dilatar su resolución al momento de la Resolución Definitiva consiste en una vulneración al principio de oportunidad, toda vez que podría darse el caso de que una persona que a pesar de haber realizado la extinción de la obligación, a través del pago o la compensación, o existiendo

cosa juzgada a su favor, tenga que aguardar a la emisión de la Resolución Definitiva para ser liberada de la obligación en el procedimiento coactivo fiscal. La situación se agrava considerando que aun quedarían vigentes las Medidas Precautorias en su contra. En virtud de ello, es necesario establecer un procedimiento diferenciado para la tramitación de excepciones extintivas de la pretensión, en sentido se debe proponer la emisión de una Resolución Definitiva Anticipada. Todo ello velando por el respeto a las garantías jurisdiccionales en el proceso.

Por otra parte, el mencionado procedimiento prevé entre las Medidas Precautorias aplicables, el arraigo, retención de fondos en cuentas bancarias y anotación preventiva de la Nota de Cargo en Derechos Reales. Sobre este punto, corresponde señalar que, de acuerdo a la línea jurisprudencial contenida en la Sentencia Constitucional 1346/2002 – R de 04 de noviembre de 2002, emitida por el Tribunal Constitucional, se permite aclarar que para el cobro de obligaciones patrimoniales no es posible el uso de medidas restrictivas de la libertad personal y el arraigo es una medida restrictiva de libertad de locomoción, por lo tanto incompatible con la persecución del cobro de obligaciones patrimoniales. En ese sentido, el marco normativo también debería ser modificado en función a dicha línea jurisprudencial.

Asimismo, respecto a la aplicación de las medidas precautorias, se debe establecer los criterios de verosimilitud del derecho y peligro en la mora que permitan al juez valorar en esa instancia provisional y urgente. En ese sentido, el procedimiento no contiene los requisitos que se deben cumplir para la imposición de medidas precautorias.

Finalmente, corresponde diferenciar la vía del procedimiento coactivo fiscal judicial, del cobro coactivo administrativo, que constituye un instrumento expedito para perseguir la satisfacción de los créditos del Estado en el marco de sus potestades exorbitantes, pudiendo realizar el cobro de las obligaciones directamente, sin tener que acudir a la instancia jurisdiccional.

2.8. Significado de la expresión “crédito líquido y exigible”

En muchas legislaciones el proceso monitorio está circunscrito únicamente a los derechos de crédito, entendidos éstos como la facultad de exigir de una persona determinada prestación. En ese sentido, corresponde puntualizar que no todos los derechos de crédito pueden ser objetos del procedimiento monitorio, sino sólo algunas categorías de ellos, que responden a ciertos requisitos. Asimismo, se debe puntualizar que la determinación de estos requisitos no se fundamente en el hecho jurídico que ha dado origen al crédito.

Del análisis de las palabras “líquido” y “exigible” que contienen diferentes elementos, y cuentan con diferentes finalidades del procedimiento, debemos entender que i) La certeza del carácter líquido se refiere a la determinación de su monto exacto y ii) la exigibilidad se encuentra referida al tiempo en que el acreedor puede pedir su pago, un crédito es cierto cuando ***no es controvertida su existencia***, es líquido cuando se determina la medida de la prestación, es exigible cuando su pago no está diferido por término ni suspendido por condiciones ni sujeto a otras limitaciones.

La existencia de un crédito no puede considerarse, prácticamente cierta, sino en cuanto esté fuera de controversia. El requisito de exigibilidad está por el contrario en sí mismo ya que se puede pensar que un crédito es cierto y líquido, sin embargo, podría estar todavía no vencido y por consiguiente todavía no es exigible. Establecidas estas premisas es fácil comprender que no se puede proceder a la realización forzada de un crédito sino cuando el mismo esté provisto de los requisitos indicados.

En ese contexto, para iniciar la ejecución forzosa es necesario, en efecto que el acreedor esté provisto de un título es decir una declaración de certeza autoritativa o contractual que la que respalde fuera de controversia, no solo la existencia y la entidad del crédito, sino también el derecho del acreedor a obtener sin dilación la satisfacción del mismo³¹.

El carácter líquido y la exigibilidad del crédito son requisitos indispensables para el procedimiento monitorio también según las legislaciones alemana y austriaca, se debe tratar de crédito consistente en una determinada suma de dinero o en una determinada cantidad de cosas.

El Proceso Monitorio está dirigido en principio a la protección del derecho de crédito y tiene la particularidad de que el título que acredita la deuda no tiene que provenir necesariamente del deudor, pudiendo provenir del propio acreedor o de terceras personas, por lo que, las exigencias formales y de contenido del título son mínimas. Este proceso se caracteriza porque el juez no comienza con una mera providencia de admisión, salvo que el

³¹ CALAMANDREI, Piero *El Procedimiento Monitorio* Pág. 58.

documento carezca de fuerza ejecutiva y tenga que rechazarse la demanda, ni se limita al examen de los requisitos o presupuestos procesales, sino que analiza el fondo de la pretensión y resuelve lo principal en una sentencia inicial.

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos este proceso ha sido establecido para aquellos casos en los que la pretensión es el cobro de una suma de dinero que consta en un título ejecutivo (cheque, pagaré, entre otros) o que fue reconocida mediante resolución judicial. En ese sentido, el juez, al aceptar la demanda dicta sentencia en la que ordena el pago y solo espera a que el demandado no se oponga cuando le sea notificada.

En virtud, a todo lo señalado precedentemente corresponde señalar que en nuestra legislación, las características de exigibilidad y liquidez, están reservadas para la admisión de un proceso ejecutivo y no para el denominado proceso de estructura monitoria. Al respecto, el artículo 378 señala que el proceso ejecutivo se promueve en virtud de un título del cual surge la obligación de pagar cantidad *líquida y exigible*, en ese sentido, podemos observar que, si bien en nuestra legislación, para iniciar el procedimiento ejecutivo es necesario que el derecho del acreedor, sea cierto, líquido y exigible, es pertinente hacer notar que el carácter de liquidez y exigibilidad son requisitos indispensables también para el procedimiento monitorio en las legislaciones alemana y austriaca, en las cuales el objeto del procedimiento recae sobre créditos consistentes en determinadas sumas de dinero o determinada cantidad de cosas fungibles.

2.9. Mecanismos de impugnación en el Proceso Monitorio

De acuerdo a lo previsto en el artículo 385 del Código Procesal Civil contra la sentencia definitiva que resuelva las excepciones la parte agraviada podrá plantear recurso de apelación que se concederá en el efecto devolutivo conforme a los Artículos 261, 263, 264 Parágrafo II, del referido Código, en todo lo que fuere pertinente.

El artículo 261 del Código Procesal Civil establece que el recurso de apelación contra sentencias o autos definitivos, se interpondrá por escrito fundado en el plazo de diez días y se sustanciará con traslado a la parte contraria. En el escrito de contestación, que deberá ser presentado en el mismo plazo fijado en el parágrafo anterior, la parte contraria podrá adherirse al recurso y fundar a la vez sus agravios, que se sustanciarán con traslado al primer recurrente en el plazo de diez días.

Respecto al recurso de apelación Adolfo Armando Rivas señala que el recurso de apelación genera la intervención de un tribunal de instancia distinta del que dictó el pronunciamiento impugnado, dotado de facultades revisoras sobre tal decisorio cuando este sea imputado de contener vicios *in iudicando*. Asimismo, el referido autor señala que en la normativa boliviana, la apelación se diferencia según el tipo de resolución que se impugne, es decir, cuando se trate de, por un lado, sentencia o autos definitivos en proceso ordinario, y por otro lado, cuando se trate de interlocutorios u otras resoluciones contra las que la ley admita apelación³².

³² RIVAS, Adolfo Armando *MEDIO DE IMPUGNACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES, CURSO SOBRE EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL*, obra dirigida por MOSTAJO, Jorge, Editorial Hebdo, La Paz, Bolivia, 2016, Pág. 298.

En ese sentido, el efecto devolutivo de la tramitación de la apelación implica que la sentencia definitiva del proceso de estructura monitoria, podrá aplicarse aun cuando se haya interpuesto y concedido la apelación.

2.10. Aplicabilidad de las Medidas Precautorias

Respecto a las denominadas medidas precautorias o cautelares podríamos decir, que tanto la doctrina como la jurisprudencia utilizan como noción general del instituto, la finalidad aseguradora de una futura ejecución forzosa. En tal sentido, no existe un criterio uniforme respecto a su naturaleza jurídica, sin embargo, entendemos que se debe precisar, si se trata de pretensiones procesales dentro de un proceso, o si estamos en presencia de un proceso judicial autónomo, aunque accesorio de un proceso principal y definitivo.

La primera de las corrientes entiende que no se debe hablar de proceso cautelar sino de providencias cautelares, dado que el instituto cautelar no tiene una estructura exterior constante que permita considerarlo formalmente como un tipo separado.

En cambio, quienes sostienen la autonomía del proceso cautelar, al postular que mientras los procesos ejecutivos y de conocimiento persiguen la composición definitiva de la litis, el proceso cautelar, en cambio, tiene por finalidad la composición provisional.

En ese contexto, podría definirse el proceso cautelar como el conjunto de actos originados en una pretensión de igual naturaleza (cautelar, provisional o precautoria) que tienden en

forma coordinada y progresiva hacia el dictado de una resolución judicial que garantice la tutela judicial efectiva, posibilitando el ulterior cumplimiento de la sentencia de mérito a recaer en otro proceso, de conocimiento o ejecución.

Entre las características de las medidas cautelares encontramos las siguientes:

- **Instrumentalidad o accesoriedad:** Son instrumentales o accesorias del proceso principal, buscando únicamente la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria.
- **Provisionalidad:** Las medidas se levantarán una vez el aseguramiento aparezca como inútil.
- **Temporalidad:** Su duración está limitada en el tiempo, si bien la misma no es determinable *a priori*, ya que van a depender del proceso principal.
- **Variabilidad:** Son medidas susceptibles de modificación y alzamiento según el estado de las cosas en el proceso. Sería una regulación legal del principio *rebus sic stantibus* (*estando así las cosas*). Al respecto corresponde, señalar que el referido principio de derecho hace referencia a que las estipulaciones establecidas en los contratos lo son habida cuenta de las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, esto es, que cualquier alteración sustancial de las mismas puede dar lugar a la modificación de aquellas estipulaciones.
- **Proporcionalidad:** La medida debe adecuarse a los fines pretendidos y deben ser proporcionalmente acordes a los mismos. Para ello se realiza un juicio de

razonabilidad a cerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, potenciándose con ello una menor onerosidad para el demandado³³.

Asimismo, podemos mencionar que además de las características anteriormente citadas, las medidas cautelares son generalmente decretadas inaudita parte, son revocables y son acumulables.

Algunos aspectos importantes de las medidas cautelares radican en que su adopción se rige por el principio de instancia de parte, llegando a establecerse, en la mayoría de las legislaciones, la imposibilidad del que el tribunal pueda “acordar medidas más gravosas que las solicitadas”.

Por otra parte, la aplicación de medidas cautelares, necesariamente debe exigir el cumplimiento de determinados presupuestos previstos en la mayoría de las legislaciones, se describen a continuación:

Periculum in Mora (Peligro por la Mora): Es decir, la justificación de que si no se adopta la medida precautoria va a ocurrir un perjuicio grave para el demandante y para la efectividad de la sentencia. En ese contexto, la medida cautelar ayuda a que las sentencias puedan traducirse en la realidad. Estas no se aplican sino cuando hay un riesgo de perderse algo. Si no existe peligro en la demora de la ejecución no se justifica la medida cautelar.

³³ BARONA VILAR, Silvia, *EL PROCESO CAUTELAR EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL* – Revista Boliviana de Derecho, 2015

Apariencia de buen derecho o Verosimilitud: Para que el juez pueda aplicar una cautelar, la solicitud de parte debe estar respaldada de prueba, denominada en la doctrina como semiplena. Es decir, una prueba que demuestre la existencia de un derecho material que tiene alta probabilidad de merecer tutela.

Caución: La ejecución de una medida cautelar siempre estará bajo la responsabilidad del que la pide. La caución no ha de ser necesariamente equivalente al monto del bien en litigio sino del perjuicio que ocasionaría una medida cautelar aplicada injustamente. La caución permite la aplicación de la medida cautelar toda vez que permitiría cubrir al demandado en relación no al valor del bien cautelado sino en relación a los perjuicios de la cautelar puedan resultar.

Es una regla que la medida cautelar sea otorgada bajo una caución, en ese sentido, la idea de la caución se debe dividir en dos conceptos: otorgación a cuenta y riesgo del solicitante y el afianzamiento real de la responsabilidad del peticionante.

Sobre este tema, corresponde señalar que nuestra legislación ha identificado al instituto cautelar como un proceso independiente, denominado proceso cautelar, en ese sentido, en el artículo 310 del Código Procesal Civil, dispone que las medidas cautelares podrán solicitarse antes de la demanda o durante la sustanciación del proceso.

Asimismo, el referido artículo dispone que cuando se planteen como medida preparatoria de demanda, caducarán de pleno derecho si no se presentare la demanda principal dentro de

los treinta días siguientes de habérselas ejecutado. La autoridad judicial de oficio dispondrá el levantamiento de las medidas cautelares, condenándose a la parte demandante, si hubiere lugar, al pago de daños, perjuicios y costas. Finalmente, se prevé que las medidas se decretarán únicamente a instancia de parte, bajo responsabilidad de quien las pidiere, salvo que la Ley disponga lo contrario.

Al respecto, la maestra Silvia Barona menciona lo siguiente:

(...) la aprobación del Código Procesal Civil boliviano supone una auténtica revolución en la conformación de la tutela cautelar. Atrás quedó el modelo proceso para transformarse en un verdadero “proceso cautelar”. Su estudio deberá conectarse por ende con la función jurisdiccional e integrándose con el proceso debido a que se refiere el artículo 115 de la Constitución boliviana y art. 4 del Código Procesal Civil. Si se habla de proceso, se habla de tutela, y si hay tutela, hay órganos jurisdiccionales y, por tanto, función jurisdiccional. No en vano los tribunales de justicia son los órganos a quienes se atribuye la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Estas dos manifestaciones (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado) se cumplen por medio del instrumento, que es el proceso (de declaración y el de ejecución). El proceso cautelar surge como la tercera manifestación de la función jurisdiccional, y precisamente como consecuencia de la duración del proceso, declarativo y de ejecución, siendo su garantía. No resulta baladí esta transformación, dado que existe un objeto diverso del proceso principal que garantiza (es la pretensión cautelar), aun cuando se van a tramitar en el mismo procedimiento los dos procesos produciéndose una acumulación de ambos. En consecuencia, el legislador ofrece un tratamiento específico, diverso del de declaración, en lo que a reglas de competencia se refiere, a la regulación de la necesidad, o

no, de audiencia con carácter previo como regla general, al desarrollo de la vista, la resolución que se dicta, el régimen de recursos, etc.³⁴

Por otra parte, corresponde señalar que las medidas cautelares, en nuestra legislación se encuentran clasificadas en genéricas y específicas. En ese sentido, las específicas son: la anotación preventiva, el embargo preventivo y secuestro, intervención judicial, inhibición de bienes, prohibición de innovar y contratar. Asimismo, respecto al poder cautelar genérico, el artículo 324 del Código Procesal Civil dispone que quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable, podrá solicitar las medidas urgentes que según las circunstancias, fueren las más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia. En ese contexto, con la descripción de las medidas cautelares específicas no estamos frente a un *numerus clausus* de medidas, sino que por el contrario, es posible adoptar otras medidas diversas a las expuestas.

En este contexto, es necesario hacer un énfasis respecto a la aplicación de medidas cautelares en el denominado proceso de estructura monitoria prevista en el artículo 375 del Código Procesal Civil. Al respecto, la primera cuestión radica en determinar si en el referido proceso se puede justificar o no la adopción de medidas cautelares, en ese sentido, de la revisión los artículos 324 y siguientes del mencionado marco normativo, podemos establecer que la regulación contenida en los mismos tiene un carácter general, por lo que la contestación a la pregunta debería ser afirmativa. Por otra parte, si bien, algunos autores

³⁴ BARONA V. Silvia, EL PROCESO CAUTELAR EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL – Revista Boliviana de Derecho, 2015

argumentan que las medidas cautelares no encajan con la naturaleza del monitorio, en especial con el carácter sumario que el legislador pretende, asimismo, que no se ha establecido un régimen de medidas cautelares específicas para el proceso de estructura monitoria, no parece que hayan razones legales expresas para excluir las medidas cautelares del ámbito del proceso de estructura monitoria, cuya finalidad esencial consiste en la constitución de un título ejecutable, a favor del demandante.

Sin embargo, en la práctica pueden surgir diversas dificultades para adoptar medidas cautelares en el proceso de estructura monitoria, toda vez que la justificación que el demandante debe acreditar para que se adopten las medidas, es mayor en el procedimiento que regula el denominado proceso cautelar que en las del propio proceso de estructura monitoria.

De un análisis rápido podemos ver que los presupuestos de procedencia de la demanda del proceso de estructura monitoria son: i) los documentos constitutivos que demuestren la fundabilidad de la pretensión, ii) presupuestos generales de competencia, capacidad y legitimación. En cambio, como vimos anteriormente, los requisitos para la procedencia de la petición de medidas cautelares son: i) el fundamento de hecho de la medida, ii) la determinación de la medida y sus alcances, iii) la justificación documental de la verosimilitud del derecho y el peligro de perjuicio, iv) la constitución eventual de una contra cautela. En ese sentido, podemos ver que los presupuestos para la procedencia de la medida cautelar son más amplios que los previstos para la admisión de la demanda principal, dicho aspecto requerirá por parte de la autoridad jurisdiccional un análisis mayor,

más aún, considerando que es una determinación que será tomada *inaudita altera parte* (*no oída la otra parte*).

Asimismo, desde el punto de vista doctrinal se exponen como argumentos que justificarían el no adoptar medidas cautelares en el proceso monitorio los siguientes: i) La brevedad del propio proceso monitorio que debilita el presupuesto del *periculum in mora* (*peligro en la mora*) sobre todo si se comparara con cualquiera de los procesos ordinarios; ii) La accesoriedad de toda medida cautelar que hace que esta deba levantarse cuando el proceso finaliza; y iii) La dificultad de proveer a la contradicción que debería existir antes de la adopción de una medida cautelar.

Por otra parte, existen también argumentos que posibilitarían su adopción, tales como: i) el tiempo en que el monitorio está pendiente de ejecución, esto es, el período que constituiría el *periculum in mora* tiempo que resultaría suficientes para frustrar la tutela solicitada por el actor, ii) el criterio amplio de instrumentalidad de las medidas cautelares orientadas a que estas permiten garantizar la actividad de ejecución que el actor busca, por lo que debe interpretarse su aplicación en relación con el fundamento que inspira la medida y la finalidad que persigue, de manera que puede removerse solo cuando desaparezca el peligro que la justifica, y iii) la posibilidad de adoptar medidas cautelares con anterioridad a la oposición del deudor por cuanto el propio requerimiento de pago puede convertirse en un aviso a este, permitirá evitará poner en riesgo la pretensión del actor.

Asimismo, respecto a la adopción de medidas cautelares con anterioridad a la oposición del demandado en el proceso monitorio y sin audiencia de la otra parte, en concreto en el caso del embargo preventivo, algunos autores españoles coinciden al señalar que existe la posibilidad de solicitar medidas cautelares en el proceso monitorio, destacando la naturaleza jurídica del proceso monitorio, al que ellos califican de declarativo, sosteniendo que el proceso monitorio no parte de un título ejecutivo sino que tiende a crearlo, puesto que surge con la “no oposición del demandado”, y que, como tal proceso declarativo, no posee ningún privilegio especial lo que se ha representado con la típica frase “paga o da razones”.

Al respecto, Fernando Martínez Beltrán argumenta que existen razonamientos de naturaleza sistemática que apoyan la tesis favorable a la adopción de medidas cautelares en el proceso monitorio, destacando la finalidad de toda medida cautelar que es asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dicte³⁵.

Es importante hacer notar que, de acuerdo a lo previsto en el artículo 320 del Código Procesal Civil las medidas cautelares podrán ordenarse bajo responsabilidad de la parte solicitante, sin necesidad de dar caución. La autoridad judicial deberá fundar su decisión en consideración a la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora, la posibilidad jurídica y la proporcionalidad de la medida. Sin embargo, se requerirá contra cautela cuando se trate de intervención judicial y en los casos señalados por Ley.

³⁵ MARTÍNEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Francisco *EL PROCESO MONITORIO TEORÍA Y PRÁCTICA*, Editorial Difusión Jurídica, España, 2008, Pág. 57.

En ese sentido, el presupuesto doctrinal de la caución ha sido excepcionado en nuestra legislación. Dicho aspecto debiera ser analizado por el legislador, toda vez que al tratarse de una medida adoptada sin audiencia de parte, es posible que su aplicación, en caso de ser excesiva o innecesaria, cause un perjuicio a la parte demandada. En virtud a ello, la regla general debiera ser la exigencia de una caución, a efectos de garantizar la igualdad de partes.

2.11. Excepciones Extintivas

Respecto al tema de las excepciones, inicialmente corresponde señalar que la doctrina define a las excepciones como las cuestiones concretas que el demandado plantea frente a la pretensión del actor, con el objeto de oponerse a la continuación del proceso, alegando que no se han satisfecho los presupuestos procesales (excepciones procesales), o con el fin de oponerse al conocimiento por parte del juez, de la fundamentación de la pretensión por la parte actora, aduciendo la existencia de hechos extintivos, modificatorios o imperativos de la relación jurídica invocada por el demandante (excepciones sustanciales).

Al respecto, Adolfo Alvarado Velloso incluye a las excepciones dentro de los mecanismos de impugnación que tienen las partes, en el marco del debido proceso³⁶.

³⁶ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial La Ley de Uruguay, 2011, Pág. 203.

Por su parte, Lino Enrique Palacio, asimila las excepciones con la oposición y señala que contra el progreso de la pretensión se pueden plantear oposiciones *dilatorias* y *perentorias*. Las primeras tienen por objeto denunciar la ausencia de algún requisito extrínseco de admisibilidad de la pretensión, hallándose comprendidas en esta categoría las de incompetencia, falta de personería, litispendencia, espera y compromiso, aunque también funciona como dilatoria la de inhabilidad de título cuando se la funda en la inexigibilidad actual del crédito. Las oposiciones perentorias, en cambio, pueden referirse a cualquiera de los requisitos de la pretensión.

A los requisitos de admisibilidad extrínseca se vincula la de cosa juzgada; a los de admisibilidad intrínseca la de falsedad e inhabilidad de título cuando esta última encuentra apoyo en la inexistencia de título, suma líquida de dinero o legitimación procesal, y a los de fundabilidad las de prescripción, pago, compensación, remisión, novación, transacción y conciliación³⁷.

En ese contexto, el artículo 375 del Código Procesal Civil Boliviano dispone que el proceso monitorio es el régimen conforme al cual, presentado el documento o documentos constitutivos que demuestren la fundabilidad de la pretensión, la autoridad judicial, previa verificación de los presupuestos generales de competencia, capacidad y legitimación, así como los específicos del proceso que pretende, acoge la demanda mediante una sentencia inicial. Con la demanda y la sentencia será citada la parte demandada para que pueda

³⁷ PALACIO, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Editorial LexisNexis, República de Argentina, 2003, Pag.56

oponer excepciones en el plazo de diez días. Si no se opusieren excepciones en el plazo señalado, la sentencia pasará en autoridad de cosa juzgada y el proceso quedará terminado, entrando en fase de ejecución.

Asimismo, el artículo 394 dispone que citada la parte demandada, dispondrá de un plazo de diez días para oponer en un mismo acto todas las excepciones que tuviere contra la demanda, acompañando toda la prueba documental de que disponga y mencionando los medios de prueba de que intentare valerse. En ese contexto, de acuerdo a lo previsto en el mencionado artículo, las excepciones que puede oponerse son:

- Incompetencia.
- Falta de personería en el demandante o en el demandado o en sus representantes, por carecer de capacidad civil para estar en juicio o de representación suficiente.
- Falta de legitimación.
- Litispendencia.
- Demanda interpuesta antes del vencimiento del término o el cumplimiento de la condición.
- Falsedad del título con el que se sustentare la demanda. Esta excepción podrá fundarse únicamente en adulteración del documento. Si hubiere mediado reconocimiento expreso de la firma, no procederá la excepción de falsedad.
- La prescripción o caducidad.
- Cumplimiento o incumplimiento de la obligación.
- Compensación.
- Remisión, novación, transacción, conciliación y compromiso documentado.

- Cosa juzgada.

En ese sentido, en nuestro ordenamiento jurídico no se distingue el procedimiento a ser aplicado para resolver excepciones extintivas de la pretensión y para las suspensivas. Toda vez que bajo esta distinción entenderíamos que las excepciones originadas en: la incompetencia, la falta de personería en el demandando o en el demandado o en sus representantes, la falta de legitimación, la demanda interpuesta antes del vencimiento del término o el cumplimiento de la condición, tendrían un carácter suspensivo, en virtud a que una vez superados los aspectos formales o vencido el transcurso del tiempo pendiente, el demandante podrá volver a postular su pretensión; en cambio, las excepciones referidas a: la falsedad del título con el que se sustenta la demanda, la prescripción o caducidad, el cumplimiento o incumplimiento de la obligación, la compensación, la remisión, novación, transacción, conciliación y compromiso documentado y cosa juzgada, tienen el carácter extintivo, toda vez que de declararse probadas implicaría la extinción de la pretensión.

Respecto a su tratamiento el artículo 382 del Código Procesal Civil dispone que opuestas las excepciones, la autoridad judicial convocará a audiencia que se realizará observando el trámite previsto para el proceso extraordinario. En ese sentido, de acuerdo a nuestra legislación, la excepción es resuelta en audiencia.

Al respecto, corresponde señalar que la autoridad jurisdiccional, además de atender la procedencia o no de la excepción planteada, revisando las condiciones extrínsecamente formales de su interposición, debe velar sobre la admisibilidad de las mismas, es decir,

sobre sus condiciones intrínsecas y de fundabilidad. En ese sentido, diferenciando esas categorías, en el ámbito procesal se hace mención a un doble orden de categorías: la admisibilidad y la fundabilidad, de contenido material. Debe, además verificarse el tiempo y la forma de la presentación, como un examen de procedencia y en su caso declararlas improcedente *in limine*, verificarse la condiciones intrínsecas, como examen de admisibilidad, analizando que su calificación y admisión surja de los hechos en que se fundan, sin que ello implique la omisión de principios procesales.

2.12. Proceso ordinario posterior

De acuerdo a lo previsto en el párrafo I del artículo 386 del Código Procesal Civil boliviano, lo resuelto en el proceso ejecutivo podrá ser modificado en proceso ordinario posterior, siempre que la acción tenga por objeto el derecho material y de ninguna manera el procedimiento del proceso ejecutivo.

Los párrafos II y III del referido artículo establecen que este proceso podrá promoverse por cualquiera de las partes una vez ejecutoriada la sentencia, en el plazo de seis meses. Vencido este plazo, caducará el derecho a demandar la revisión del fallo dictado en el proceso ejecutivo. El proceso ordinario promovido se tramitará por separado y no podrá paralizar la ejecución de la sentencia dictada en este último.

El doctor Adolfo Alvarado Velloso señala que a raíz de la previsión en varias legislaciones de la posibilidad de llevar adelante un proceso ordinario posterior, muchos autores enseñan

que la sentencia ejecutiva o monitoria produce sólo el efecto de cosa juzgada formal, en tanto se acepta discusión posterior de la causa³⁸.

En criterio de Gustavo Calvino la posibilidad del acceso a un proceso plenario será muchas veces utilizada arteramente por los deudores a fin de retardar su ejecución. En definitiva, el proceso ulterior que permite la defensa real, tiene un carácter eminentemente correctivo de las falencias e imperfecciones que muestra el instituto monitorio³⁹.

Al respecto, el doctor Enrique Vescovi señala que en la redacción del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, mientras autorizadas opiniones sostuvieron lo innecesario de la previsión la vía impugnativa, otras, no menos va liosas, entendieron lo contrario; y aún mismo, dentro de estas últimas, existieron las que, por razones de economía procesal, admitieron la posibilidad de incoar el juicio ordinario revisivo durante el curso del proceso ejecutivo, sin necesidad de aguardar a su finalización. En ese sentido, la Comisión Redactora entendió conveniente regular la garantía que supone el juicio ordinario *posterior revisivo* del ejecutivo; especialmente justificado, en el caso, por haberse establecido una limitación a las excepciones admisibles y ser necesario acordar al deudor la debida oportunidad procesal para plantear, en otro proceso, las defensas que no le fueron admitidas en el ejecutivo. Igualmente y por entender conveniente esperar al resultado del proceso ejecutivo para habilitar el planteo del proceso ordinario posterior, se determinó el momento

³⁸ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial La Ley de Uruguay, 2011, Pág. 69.

³⁹ CALVINHO Gustavo *EL SISTEMA PROCESAL DE LA DEMOCRACIA*, Pág. 37.

preciso, a partir del cual se puede promover este último, estableciéndose, además, un plazo de caducidad para su proposición⁴⁰.

En ese contexto, corresponde señalar que el proceso ordinario posterior tiene siempre por objeto la revisión del derecho material, sin que ello implique la suspensión de la ejecución de la sentencia definitiva dictada.

⁴⁰ INSTITUTO IBEROAMERICANO DEL DERECHO PROCESAL, *CODIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMERICA*.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS HISTÓRICO DEL INSTITUTO MONITORIO Y SUS ORÍGENES EN BOLIVIA

3.1. Antecedentes Históricos del Proceso Monitorio en diferentes países

El derecho procesal de occidente tiene sus orígenes en el derecho romano, germánico y canónico, cuyas características dominantes prevalecen en las normas procesales actuales. Entre los primeros antecedentes tenemos al denominado *processus executivus* (*proceso ejecutivo*), presente en las diferentes legislaciones como pasaremos a describir a continuación:

3.1.1. Roma

En el procedimiento romano, vencido el plazo de treinta días *tempus iudicati* sin que el deudor condenado cumpliera con la obligación impuesta, el acreedor previa solicitud al magistrado estaba facultado para tomar posesión de la persona del deudor. En un periodo posterior, durante la vigencia del Proceso Formulario, una ley Poetelia, elimina la prisión por deudas, por lo que el procedimiento fue modificado estableciendo que transcurrido el *tempus iudicati*, el actor debía ejercitar el acto iudicati que consistía en una nueva acción que nacía de la sentencia misma y que consistía en un nuevo proceso de conocimiento tendiente a obtener el cumplimiento de la misma.

En criterio del maestro Adolfo Alvarado Velloso en el derecho romano, marginando los distintos matices cronológicos, ocurría una síntesis, que dictada una sentencia declarativa,

ello solo era susceptible de ser ejecutada a través de un nuevo proceso (también de cognición, que debía proceder inexorablemente a la ejecución propiamente dicha. En ese sentido, naturalmente, el único derecho ejecutable era el emanado de la sentencia dictada en un proceso declarativo. Sin embargo, la situación varió, y sustancialmente, con el derecho francés que tuvo diversas respuestas en las penínsulas itálica e ibérica⁴¹.

3.1.2. Austria

En Austria se ha desarrollado tres institutos procesales: el *mahnverfahren* (procedimiento recordatorio), el *mandatverfahren* (*procedimiento de reclamación*) y el proceso de ejecución. El *mahnverfahren* fue una forma de monitorio introducida por la ley de 27 de abril de 1873 y se caracteriza porque a sola afirmación del actor se dicta la orden de pago sin oír al deudor; es decir, sin notificar a éste, mandato que impone el cumplimiento de la obligación o alternativamente, de que se formule oposición en el plazo de 14 días. Si el deudor no hace valer oposición alguna la orden de pago adquiere la calidad de sentencia ejecutoriada; si contrariamente se opone, el mandato pierde toda eficacia y el actor debe presentar nuevamente su demanda en vía ordinaria. Estrictamente, constituye una forma de monitorio puro.

El *mandatverfahren* es una forma de proceso híbrido del proceso monitorio puro con el monitorio documental, y procede para demandar el pago de créditos de dinero que consten en documentos, sean éstos públicos o privados. El juez, previa calificación del documento, emite mandato de pago intimando al deudor el pago dentro de 14 días o a que se oponga

⁴¹ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial La Ley de Uruguay, 2011, Pág. 12.

dentro del mismo plazo. Si el deudor no se opone, el mandato queda firme, pero si se opone, inmediatamente se abren las ritualidades del proceso ordinario, cuyo objeto de conocimiento son las excepciones opuestas por el demandado

Entre los procesalistas austriacos hubo una notable tendencia a considerar el proceso monitorio como perteneciente a los procedimientos de jurisdicción voluntaria, por el motivo de que en esta forma de procedimiento no existiría ninguna huella de cognición, en cuanto el juez emite su orden de pago basándose en las simples afirmaciones del acreedor, sin comprobar, ni siquiera superficialmente, el fundamento de las mismas. Asimismo, señalaron que a este procedimiento le falta un carácter contencioso toda vez que la orden de pago se emite únicamente en el supuesto de que el deudor no se oponga, pero si la oposición oportuna del deudor se demuestra la orden de pago queda sin efecto y el procedimiento monitorio ha agotado su función. En ese contexto, el procedimiento monitorio serviría únicamente para crear un título ejecutivo basado sobre el acuerdo entre el acreedor y el deudor, la orden de pago no tendría otro fundamento que la constatación, emitida en la hipótesis de que el deudor no haga ejecución, de la falta de controversia, en torno a la existencia del crédito.

3.1.3. Alemania

Inicialmente en el derecho germano, se consideraba el incumplimiento de una sentencia como una injuria, por lo que el acreedor estaba facultado para ejecutarla en forma privada.

Un edicto de Teodorico y la legislación carolingia eliminan la ejecución directa, debiendo solicitarse al juez las medidas pertinentes, el que las ordenaría sin ninguna clase de conocimiento. El conocimiento, donde el deudor podría plantear sus defensas, tendría lugar con posterioridad a la ejecución.

Posteriormente nace el proceso ejecutivo, el cual tiene una etapa de conocimiento y la posibilidad de plantear oposiciones o defensas posteriores a la sentencia.

El proceso monitorio nace en el siglo XV bajo el nombre de *mandatum cum clausula* donde evolucionará teniendo dos etapas, la inicial de petición y emisión de la orden de pago, y una segunda eventual de oposición y contradicción. La *Zivilprozessordnung fur das Reich* (Código Procesal Civil) de 30 de enero de 1870 regulará este instituto como un proceso especial, siendo reformada en 1909 reconociéndose la posibilidad de solicitar el pago de una deuda sin base documental alguna⁴². En ese proceso la resolución del órgano jurisdiccional se dicta únicamente con base en la afirmación del acreedor, sin que sea necesario aportar ningún tipo de prueba inicial.

El procedimiento *mandatum cum clausula* es el precedente de lo que conocemos como monitorio puro, toda vez que no requiere para su admisión prueba documental y estaba reservado únicamente para acciones dirigidas al pago de cantidades líquidas en dinero o entrega de cantidades de determinadas cosas fungibles, considerando acción de pago la derivada de la hipoteca. El crédito debe estar vencido y no está sujeto a condición alguna, y

⁴² MOSTAJO BARRIOS, Jorge Omar, *Curso sobre el Código Procesal Civil*, Editorial Hebdo, La Paz, Bolivia, 2016, Pág. 281

tratándose de prestaciones contractuales estas deben depender de una contraprestación todavía no realizada. No existe ninguna formalidad para la presentación de la solicitud y, si del contenido de la misma se indujere que la acción carece en absoluto o temporalmente de fundamento, se rechazará, no siendo impugnado el decreto que rechace la solicitud.

Asimismo, se tenía previsto que el monitorio se lleve adelante, cualquiera que sea el valor del crédito ante el órgano judicial que tratándose de cognición ordinaria es competente. Es competente el *Amtsgericht (tribunal)* que sería competente para conocer la acción propuesta con el procedimiento ordinario.

Un aspecto muy importante es que la Ley de 8 de febrero de 1957 atribuirá al *Rechtsfleger* (cuidador del derecho), equivalente a un Secretario de Juzgado, la competencia para emitir mandato de pago y para dotarlos de fuerza ejecutiva en caso de que el deudor no pague el monto de dinero, ni se oponga al proceso.

Por otra parte, una crítica al sistema alemán tiene que ver con la posibilidad de que ante la oposición en el procedimiento monitorio, este se convierta en un procedimiento ordinario, en efecto, debiéndose desarrollar la fase en contradictorio ante el juez normalmente competente por razón del valor, se produce la necesidad de remitir la controversia al juez superior, en todos los casos en que el crédito supere los límites de la competencia ordinaria. Esto ha decantado en determinadas complicaciones al momento de la aplicación del procedimiento.

3.1.4. Francia

Francia siguiendo la influencia del sistema alemán adoptó mediante algunas *Coutumes* (Ordenanzas reales), así como en el *Code de Procedure* (Código de Procedimiento) de 1806, la llamada ejecución pura, que es llevada a cabo directamente por el acreedor secundado por un funcionario administrativo, primero los *sergentes du roi* y posteriormente los *huissiers* que son los encargados de intimar de pago y tomar las medidas pertinentes sobre el patrimonio del deudor.

En la ejecución francesa existe actuación pero no declaración de la ley, esta se producirá en la oposición que podrá ser efectuada ante un tribunal civil, y que suspende la ejecución solamente cuando el juez lo dispone por motivos sólidamente fundados.

Posteriormente, el Decreto de 25 de agosto de 1937 introdujo el proceso de estructura monitoria, el cual estaba limitado únicamente a la reclamación de créditos comerciales con cuantías menores. A partir de la Ley 30 de setiembre de 1957 se amplió el ámbito de aplicación del proceso monitorio a cuestiones civiles y posteriormente por el Decreto de 28 de agosto de 1972 se eliminó la cuantía. Su actual estructura está regulada por la Ley de 12 de mayo de 1981 bajo la denominación de *Procedure d'injonction de payer* (Procedimiento de Orden de Pago)⁴³.

En ese sentido, *el Procedure d'injonction de payer* es un procedimiento que permite a un acreedor obtener del juez una orden de mandamiento de pago, ejecutable, para cubrir la

⁴³ MOSTAJO BARRIOS, Jorge Omar, *Curso sobre el Código Procesal Civil*, Editorial Hebdo, La Paz, Bolivia, 2016, Pág. 280

deuda. Es un procedimiento legal y rápido y de bajo costo que permite al acreedor obligar al deudor al cumplimiento de sus obligaciones. La primera fase del procedimiento no está sujeta al principio de contradicción ya que el acreedor puede obtener el mandamiento de pago *ordennance d'injonction* mientras que el deudor no es notificado del procedimiento. Las condiciones exigidas son: i) que la deuda sea determinada y derive de un contrato u obligación legal o; ii) que el deudor hubiera sido condenado a pagar de antemano.

La decisión del juez puede incluir la orden de pago si se considera que las pruebas presentadas por el acreedor son suficientes para justificar el requerimiento de pago. El deudor podrá impugnar la decisión mediante la oposición, en virtud de la cual, el juez posteriormente convocara a una audiencia pública ante el mismo tribunal que dictó el auto recurrido. En ausencia de oposición el acreedor puede solicitar que la orden se ejecute y se lleve adelante medidas de aplicación forzadas con la ayuda de agente judicial⁴⁴.

Un aspecto importante es que en los casos civiles, el tribunal competente tiene jurisdicción cuando la cuantía de la reclamación sea inferior o igual a la suma de 4.000 euros.

3.1.5. Italia

En Italia, merced al derecho estatutario, comenzaron a perfilarse procedimientos sencillos y rápidos, inspirados en las necesidades que imponía la pujante práctica mercantil y que, en definitiva, implicaron una sumarización, es decir, simplificación sustancial y formal, del proceso común. Ello dio origen a los procesos sumarios determinados que se caracterizaban

⁴⁴ www.droit-finances.comentacamarche.net

por la reducción de la cognición por parte del juez. Paralelamente, por obra de derecho canónico surgieron los procesos sumarios indeterminados que obedecían a consideraciones distintas, toda vez que en ellos la cognición es plena, solo que abreviada en el tiempo. En ambos casos, estamos dentro del área de los procesos declarativos.

Jorge Mostajo por su parte, señala que el proceso monitorio surgió en Italia durante la edad media, como vía para evitar el largo y complicado *solemnis ordo iudiciarius* creándose en el Siglo XIII el *praeceptum o mandatum de solvendo* cum clausula iustificativa, antecedente del *Procedimento d'ingiunzione*. Dicho proceso estaba dirigido a la rápida obtención de un título ejecutivo que tenía como inicio del mismo el decreto de la autoridad judicial de pagar o hacer, sin que exista en un principio contradicción. Si no existía alguna manifestación de citado, la orden del Juez adquiría la calidad de cosa juzgada, sin embargo, si el deudor se oponía al proceso, lo transformaba en un juicio ordinario. El proceso monitorio desapareció del Derecho italiano, siendo reimplantado por el Real Decreto de 24 de julio de 1922 bajo la denominación de: *Procedimento d'ingiunzione (Procedimiento de la Orden)*, posteriormente fue modificado por el Real Decreto de 7 de agosto de 1936 e incorporado al *Codice di Procedura Civile (Código de Procedimiento Civil)* de 28 de octubre de 1940⁴⁵.

Por otra parte, corresponde señalar que Italia introdujo en su legislación el proceso monitorio en su Ley de Apremio de 1922 y luego en el Código de 1940, manteniendo el

⁴⁵ MOSTAJO BARRIOS, Jorge Omar, *Curso sobre el Código Procesal Civil*, Editorial Hebdo, La Paz, Bolivia, 2016, Pág. 276

requisito de que la prueba sea escrita o que se trate de un crédito por prestaciones de judiciales, asimismo, en su procedimiento el deudor puede manifestar una oposición, lo que implica que se le imprima a ese proceso el trámite del proceso ordinario, pudiendo disponerse la ejecución provisional.

En la doctrina Italiana del periodo intermedio se encuentran ejemplos de procedimiento de inyunción utilizado para obligaciones de hacer o no hacer *praeceptum ut aliquid faciat vel non faciat* o incluso controversias relativas a los derechos reales. Por otra parte, en las legislaciones de los antiguos estados italianos se encuentran ejemplos de procedimientos de inyunción empleados para la entrega de inmuebles locados.

La legislación procesal italiana no cuenta con una sola forma de procedimiento monitorio, en ese sentido, la aplicación del monitorio puro está sometida en esa legislación a notables restricciones no solo en razón de territorio, toda vez que no está regulados en todas partes del Estado Italiano, sino también en razón del valor del crédito o por razón de materia, en función a la naturaleza privilegiada del mismo. Los caracteres considerados como fundamentales del monitorio puro y como decisivos para distinguirlo del procedimiento documental se encuentran regulados con claras disposiciones, como por ejemplo en el ordenamiento de Libia, este establece, en efecto que la orden de pago se libra en virtud de simple petición oral o escrita del acreedor, sin ninguna exhibición de pruebas y que, en cuanto a la oposición, basta que el deudor, declare oralmente o por escrito ante el tribunal que el mismo hace oposición a la orden de pago No es necesario aducir motivos y hecha la oposición la orden de pago pierde eficacia.

Asimismo, en la legislación italiana se encuentra el procedimiento de “inyunción”, introducido como un instituto general a partir de 1922, cuya característica principal es que puede utilizarse solamente por un crédito líquido y exigible en dinero, o bien en mercancías u otras cosas fungibles, respaldada por prueba escrita. Un segundo carácter propio del procedimiento de inyunción es que la oposición en lugar hacer caer en nada la orden de pago como ocurre en un procedimiento monitorio puro, suspende la eficacia ejecutiva de la inyunción, en ese sentido, el contradictorio determinará si la fuerza ejecutiva se revoca o se mantiene. En ese sentido, la oposición no basta por sí misma para eliminar la posibilidad de que la inyunción se transforme en título ejecutivo, es decir, la misma no anula ipso jure la inyunción, pero suspende de derecho todos sus efectos hasta la decisión de la controversia, en virtud de la cual la inyunción perderá definitivamente su eficacia sólo cuando el juez se haya convencido de que los motivos y las pruebas sobre las cuales el demandado basa su oposición son tales que quitan todo valor a las pruebas escritas ya proporcionadas por el actor⁴⁶.

3.2. Antecedentes del Proceso Monitorio en Bolivia

De forma previa a ingresar al análisis de los antecedentes del proceso monitorio en nuestro país, corresponde hacer referencia a que dicha institución llega a Latinoamérica hace más de cien años, incorporado por primera vez en el Código de Procedimiento Civil de la

⁴⁶ CALAMANDREI, Piero, *El Procedimiento Monitorio*, Editorial El Foro, Buenos Aires, Argentina, 1996, Pág. 71

República Oriental del Uruguay en el año 1945, cuyo proyecto fue elaborado por el maestro uruguayo Eduardo Couture.

Asimismo, contamos con lo previsto en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica cuyo contenido, si bien no tiene carácter vinculante es un documento académico útil para las reformas procesales de los países iberoamericanos.

En ese contexto, corresponde señalar que el proceso Monitorio en Bolivia, no tiene antecedentes directos, sin embargo, contamos con antecedentes indirectos como el denominado proceso coactivo administrativo que aparece por primera vez en la Ley de 5 de mayo de 1928, y el Decreto Supremo de 24 de junio de 1954, el Juicio Coactivo Bancario establecido en la Ley General de Bancos de 11 de julio de 1928, actualmente abrogada por la Ley de Bancos y Entidades Financieras, 14 de abril de 1993, y el Juicio Coactivo Fiscal previsto en el Decreto Ley N° 14933 de 29 de septiembre de 1977. El juicio coactivo bancario es el que tiene mayor similitud con el proceso monitorio porque permite que el juez, presentada la demanda y a condición de que la documentación acompañada se encuentre en orden, dicte un auto intimatorio que tiene valor de sentencia, por la que se intima al deudor a pagar dentro del tercero día se libra mandamiento de embargo y al mismo tiempo se señala día y hora de remate de propiedad hipotecada sobre la base de la liquidación practicada por el banco acreedor. Al margen de la semejanza anotada, debemos puntualizar que en ninguno de los casos se trata de disposiciones que hubiera regulado de manera concreta el proceso monitorio, que hasta esas épocas era desconocido en el país.

3.2.1. El Proceso Coactivo Civil

Un antecedente cercano al proceso de estructura monitoria, es la denominada ejecución coactiva civil de garantías reales, créditos hipotecarios y prendarios, prevista en la Ley N° 1760 de 28 de febrero de 1997, con los siguientes títulos coactivos: i) los créditos hipotecarios inscritos, en cuyo título hubiere renunciado a los trámites del proceso ejecutivo, ii) crédito prendario de bienes inmuebles sujetos a registro, igualmente inscritos, respecto a cuya ejecución el deudor hubiere renunciado expresamente a los trámites del proceso ejecutivo.

El procedimiento previsto menciona que el juez, una vez verificada la eficacia del título coactivo, dictará la sentencia disponiendo el embargo y la ejecución del remate dentro del plazo de tres días.

Respecto a este procedimiento, el doctor José Decker Morales señala lo siguiente:

(...) si bien el proceso coactivo abrevia los trámites del proceso para conseguir rápidamente el remate del bien hipotecado o embargado, en cambio le priva al deudor de un amplio derecho a la defensa. Por ello no me adhiero a la incorporación de un capítulo nuevo como la ejecución coactiva civil de garantías, reales créditos hipotecarios y prendarios, considerando que el deudor no puede ni debe renunciar a las normas procesales, porque si así lo haría estaría renunciando su propia defensa amparada en la norma constitucional. Es innegable que no solamente en los títulos ejecutivos sino también en los coactivos, las entidades bancarias podrían llegar a obligar al deudor, a renunciar a los trámites del proceso ejecutivo, como condición para tener acceso al crédito. En ese sentido, estos préstamos ya

no son el resultado de una convención bilateral libremente pactada sino de contratos de adhesión⁴⁷.

En ese sentido, como podemos observar, la ejecución coactiva civil de garantías reales, créditos hipotecarios y prendarios, tiene un objeto inmediato como es la obtención expedita de la realización de los bienes que hubieren sido otorgados en calidad de garantía coactiva, para luego aplicar su producto en el pago de la obligación incumplida por el deudor, este último es su objeto mediato. En virtud de ello, el denominado proceso coactivo civil no persigue el cumplimiento de una obligación.

Asimismo, corresponde señalar que la estructura del procedimiento de la ejecución coactiva civil de créditos hipotecarios y prendarios ha sido rescatada en la legislación actual en la denominada ejecución coactiva de sumas de dinero.

⁴⁷ DECKER Morales José, CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL CONCORDADO Y ANOTADO, Cochabamba, Bolivia, 1995, Pág. 494.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y DE LEGISLACIÓN COMPARADA EN RELACIÓN AL INSTITUTO MONITORIO

4.1. Revisión de Jurisprudencia Constitucional

El Tribunal Constitucional denominado, tribunal de los diez años, y el Tribunal Constitucional Plurinacional se han pronunciado en relación al denominado procedimiento de ejecución coactiva de créditos hipotecarios y prendarios. En el presente capítulo se realizará el análisis al respecto.

4.1.1. En relación a la constitucionalidad del anteriormente vigente Procedimiento de Ejecución Coactiva de créditos hipotecarios y prendarios

A través de la Sentencia Constitucional Plurinacional 0266/2013 de 8 de marzo de 2013, el Tribunal Constitucional Plurinacional se ha pronunciado por la constitucionalidad de los artículos 48, 49, 50 y 51 de la Ley de Abreviación Procesal Civil y de Asistencia Familiar referidos a la denominada ejecución coactiva civil de garantías reales, créditos hipotecarios y prendarios, bajo el criterio de que no se restringe el derecho a la defensa, considerando que el procedimiento de ejecución coactiva tiene como base la renuncia expresa del deudor al procedimiento ejecutivo, no existiendo ninguna limitación a dicha decisión en el marco del principio dispositivo. Asimismo, la referida sentencia constitucional hace alusión a la posibilidad que tiene el deudor de ordinarizar el proceso en caso de no estar de acuerdo con la sentencia, misma que adquiere calidad de cosa juzgada de forma posterior al vencimiento del plazo para oponer excepciones.

A continuación pasamos a extraer las partes relevante de la mencionada Sentencia:

(...) corresponde en principio referirnos a los alcances de los arts. 48 y 51 de la Ley de Abreviación Procesal Civil y de Asistencia Familiar - LAPCAF; el primero, que establece los requisitos que hacen la procedencia del proceso coactivo civil, delimitando que procede en los casos de obligaciones de pago de suma líquida y exigible sustentada en títulos de crédito hipotecario inscrito, en cuyo título el deudor hubiere renunciado expresamente a los trámites del proceso ejecutivo y, de crédito prendario de bienes muebles sujetos a registro igualmente inscrito, a cuya ejecución el deudor, de la misma forma, hubiere renunciado expresamente a los trámites del proceso ejecutivo; y la segunda norma legal, relativo a la última etapa del proceso coactivo, por cuanto, establece el procedimiento del remate en el caso de que el deudor no hubiese pagado la obligación en el plazo otorgado por la autoridad jurisdiccional o después de haber sido rechazadas las excepciones; por lo mismo, no resulta contrario al derecho a la defensa y la impugnación, en razón a que dichas normas legales sólo tienen la finalidades primero, como se señaló precedentemente el de establecer los requisitos que hacen la procedencia del proceso coactivo civil y, segundo, que instituye el procedimiento del remate que se sujeta a las disposiciones establecidas por los artículos 32 al 46 de la LAPCAF, que reformó el Capítulo II, Título II del Libro III del CPC.

Con relación al art. 49 de la LAPCAF, que rige el procedimiento del proceso coactivo civil, que entre otras disposiciones faculta al Juez que sustancia este proceso, emitir sentencia en caso de evidenciar que el título presentado por el acreedor tenga suficiente fuerza coactiva, sin noticia del deudor -hecho que se denuncia en la presente acción-, del desarrollo del Fundamento Jurídico III.4., se concluye que el proceso coactivo, tiene un fundamento constitucional, que es la efectividad de la justicia o tutela judicial efectiva, por cuanto, dicho proceso no tiene otro propósito más que el de lograr mayor efectividad en el cobro de

la deuda y acelerar el trámite del mismo, partiendo del consentimiento libre y espontáneo del deudor constituido en su renuncia al proceso ejecutivo, sujetándose el mismo al procedimiento del proceso coactivo civil, autonomía privada que se trasluce en el documento suscrito entre partes que tiene fuerza de ley entre los intervinientes, con la misma fuerza y autoridad que cualquier norma, aunque con alcance limitado y único, donde las personas tienen la libertad de suscribir esta clase de documentos siempre y cuando no contravengan preceptos constitucionales y las leyes, conforme establece el art. 14.IV de la CPE, que señala: “En el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y la leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban”; por consiguiente, no resulta contrario al derecho a la defensa y al derecho a impugnar, por cuanto, existe consentimiento de la parte deudora someterse a las condiciones del proceso coactivo civil tras su renuncia al proceso ejecutivo, como en el caso de análisis ocurre; por otro lado, el procedimiento establecido en el art. 49 de LAPCAF, no reconoce restricción alguna al derecho a la defensa, debido a que una vez notificada con la demanda y sentencia en el plazo de cinco días, el coactivado puede oponer las excepciones previstas en el parágrafo III del art. 49 de la misma Ley, además que, la resolución que pueda rechazar las excepciones interpuestas es susceptible del recurso de apelación en el efecto devolutivo conforme establece el art. 50.I de la LAPCAF, quedando a salvo, para cualquiera de las partes la posibilidad de promover la demanda ordinaria en la forma prevista por el art. 490 del CPC que fue sustituido por el art. 28 de la LAPCAF, en el plazo de seis meses, tramitándose por separado y solo vencido este plazo la resolución pronunciada por el juez de la causa, recién adquiere la calidad de cosa juzgada.

En consecuencia, los arts. 48, 49, 50 y 51 de la LAPCAF, no vulneran los arts. 115.I, 117.I, 119.I y II, 178.I y 180.I y II de la CPE, invocados de manera general por quien promovió la

presente acción, no existiendo contradicción entre las normas aludidas y las normas constitucionales; por cuanto, el art. 115.I de la CPE, que reconoce el derecho al debido proceso al igual que el art. 180.I de la misma Norma Suprema que establece al debido proceso como principio procesal de la jurisdicción ordinaria, son reconocidos por dichas normas legales al establecer de manera sucinta los requisitos que hacen la procedencia del proceso coactivo civil sometido a un procedimiento específico que concluye con la orden de remate, donde la autoridad jurisdiccional se halla sujeto al cumplimiento de los alcances de cada una de aquellas normas legales, que al resquebrajamiento de la misma corresponden ser reparadas por los recursos u acciones llamados por ley y no así por la presente acción de inconstitucionalidad; respecto al art. 117.I de la CPE que establece la garantía jurisdiccional, en sentido de que ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso, al igual que el art. 119.I y II de la Ley Fundamental que garantiza a las partes en conflicto durante el proceso gozar de igualdad de oportunidades y del derecho a la defensa, que vincula con el art. 180 de la CPE que garantiza el principio de impugnación en los procesos judiciales, que se hallan reconocidos por el art. 178.I de la Norma Suprema que instituye que la potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en principios y del respeto a los derechos fundamentales, normas constitucionales que fueron invocadas al momento de acusar su constitucionalidad de los arts. 48, 49, 50 y 51 de la LAPCAF, porque facultaría al órgano jurisdiccional sustanciar la misma y emitir sentencia sin conocimiento de la parte deudora hecho por el que sería contrario a las normas constitucionales antes citadas; sin embargo, como se señaló precedentemente existe consentimiento de la parte que solicitó promover la presente acción, someterse a las condiciones del proceso coactivo civil tras su renuncia al proceso ejecutivo, sujetándose la misma al procedimiento del proceso coactivo civil, que no reconoce restricción alguna al derecho a la defensa y al derecho a impugnar debido a que

las resoluciones que emergen de dicho proceso son susceptibles de los recursos previstos por los arts. 49. III y 50.I de la LAPCAF

Por otra parte, el entonces Tribunal Constitucional mediante la SC 0035/2000 de 9 de junio, resolvió el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad, ahora acción de inconstitucionalidad concreta, en el que se efectuó control de constitucionalidad de los párrafos II y III del art. 49 de la Ley de Abreviación Procesal Civil y de Asistencia Familiar, acusados de contravenir a los artículos 16 de la CPE abrogada, relativo al derecho a la defensa así como a la garantía de no recibir pena alguna sin haberse oído y juzgado previamente; sin embargo, se declaró la constitucionalidad de dichas normas, con el siguiente fundamento:

(...) habiendo el incidentista citado como vulnerados el numeral II y IV del art. 16 de la Constitución Política del Estado, por los numerales II y III del art. 49 de la Ley N° 1760 (Ley de Abreviación Procesal Civil y de Asistencia Familiar), se establece que las normas impugnadas no son inconstitucionales y por consiguiente no contravienen los preceptos constitucionales señalados, dado que como se ha referido precedentemente el coactivado no sólo hace renuncia libre y expresa de ser ejecutado en otra vía, si no que cuenta con medios de defensa expeditos para neutralizar la acción toda vez que la condena a que éste se refiere, en el caso presente no se aplica ni se ejecuta en forma anticipada; es decir que no se concreta, hasta después que se han vencido los términos para que el coactivado haga uso de los medios de defensa que tiene a su alcance. En consecuencia no se ha probado conforme a Ley que los numerales II y III del art. 49 de la Ley N° 1760 sean inconstitucionales y menos que infrinjan lo prescrito en los apartados II y IV del art. 16 de la Constitución Política del Estado.

Por su parte la Sentencia Constitucional 0077/2000 de 19 de octubre, que resolvió el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad, en el que se acusó la presunta inconstitucionalidad de los artículos 48, 49.I, IV, V y VI, 50 y 51 de la Ley de Abreviación Procesal Civil y de Asistencia Familiar por contravenir el art. 16.II de la CPE abrogada, porque vulneraría el derecho a la defensa al condenarse al cumplimiento coercitivo de una obligación sin haberse escuchado en un debido proceso; declaró la constitucionalidad de las mismas, con el siguiente fundamento:

(...) el procedimiento no reconoce restricción alguna al derecho a defensa, ya que el trámite establecido por Ley establece la obligación de citar al demandado después de cumplidas las medidas cautelares, quien puede oponer las excepciones previstas por Ley procediendo en caso de rechazo el Recurso de Apelación en efecto devolutivo conforme lo establece el art. 50-I de la Ley N° 1760; quedando a salvo, para cualquiera de las partes la posibilidad de promover la demanda ordinaria conforme lo señala el art. 50-III del mismo cuerpo legal, dentro del plazo señalado por el art. 490 del Código de Procedimiento Civil modificado por el art. 28 de la Ley de Abreviación Procesal Civil y de Asistencia Familiar; vencido este plazo la resolución pronunciada recién adquiere el sello de cosa juzgada sustancial o material.

En ese contexto, como se puede observar los argumentos esgrimidos en el control de constitucionalidad tienen base en el principio dispositivo en virtud del cual el deudor habría voluntariamente renunciado al proceso ejecutivo, quedando aplicable un procedimiento más expedito para la ejecución de garantías ofrecidas por créditos contraídos.

Al respecto, corresponde señalar que, independientemente de la importancia del referido principio, no se puede pasar por alto la situación de vulnerabilidad que enfrenta una persona al momento de suscribir un contrato de préstamo. En ese sentido, es necesario tomar en cuenta que, ideológicamente, la incorporación del proceso de ejecución coactiva civil de garantías reales, créditos hipotecarios y prendarios ha tenido su origen en función a beneficiar al sector bancario.

4.1.2. En relación al debido proceso y sus elementos

Respecto al debido proceso podemos citar la Sentencia Constitucional Plurinacional 0661/2012 de 02 de agosto de 2012 que señala lo siguiente:

(...) el derecho al debido proceso y a la defensa fueron reconocidos constitucionalmente, el primero también catalogado como derecho humano por los artículos 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, desarrollado y entendido por este Tribunal como el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar; es decir, comprende el conjunto de requisitos que deben observar en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar esos derechos reconocidos por la Constitución Política del Estado.

Asimismo, a través de la Sentencia Constitucional 293/2011- R de 29 de marzo de 2011 el Tribunal Constitucional expresó que la trascendencia del debido proceso se encuentra en íntima vinculación con la realización del valor justicia en el procedimiento.

En ese sentido, podemos señalar que el debido proceso no es solamente poner en movimiento mecánico las reglas del procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de la publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba, los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, entre otra; estos derechos, por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en el ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran la justicia entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes.

Al respecto, podemos citar la Sentencia Constitucional Plurinacional 0661/2012 de 02 de agosto de 2012 lo siguiente:

(...) el derecho al debido proceso y a la defensa fueron reconocidos constitucionalmente, el primero también catalogado como derecho humano por los artículos 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, desarrollado y entendido por ese Tribunal como el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar; es decir, comprende el conjunto de requisitos que deben observar en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de

acto emanado del Estado que pueda afectar esos derechos reconocidos por la Constitución Política del Estado.

Asimismo, corresponde citar que ya anteriormente el Tribunal Constitucional a través de la Sentencia Constitucional 00886/2010 – R de 10 de agosto de 2010 se pronunció en los siguientes términos:

(...) el ámbito normativo el debido proceso se manifiesta en una triple dimensión, pues por una parte, se encuentra reconocido como un derecho humano por instrumentos internacionales que conforme al artículo 410 Parágrafo II del Texto Constitucional forman parte del bloque de constitucionalidad y a la vez es considerado como un principio y una garantía. En ese contexto, en consonancia con los Tratados Internacionales citados, a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son: i) el derecho a un proceso público; ii) el derecho al juez natural, iii) el derecho a la igualdad procesal de las partes, iv) el derecho a no declarar contra sí mismo, v) la garantía de presunción de inocencia, vi) el derecho a la comunicación previa de la acusación, vii) derecho a la defensa material y técnica, viii) concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa, ix) derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, x) derecho a la congruencia entre acusación y condena, xi) la garantía del non bis idem, xii) el derecho a la valoración razonable de la prueba, xiii) derecho a la motivación y congruencia de las decisiones. Sin embargo, esta lista en el marco del principio de progresividad no es limitativa, sino mas bien enunciativa, pues a ella se agregan otros elementos que hacen al debido proceso como garantía general que derivan del desarrollo doctrinal y jurisprudencia para asegurar la realización del valor justicia.

En ese contexto, el debido proceso es consagrado de forma expresa en nuestro texto constitucional y ampliamente desarrollado en la jurisprudencia, en lo referido a sus elementos y extensión de su aplicación.

4.2. Revisión de Legislación Comparada

El monitorio como instituto procesal, se encuentra previsto en varios ordenamientos jurídicos. A continuación pasamos a describir los aspectos relevantes de sus características en diferentes países con una legislación similar a la nuestra.

4.2.1. Proceso Monitorio Español

El denominado juicio monitorio fue incorporado en la legislación española por la Ley 1/2000, de 7 de enero de año, Ley de Enjuiciamiento Civil. En ese sentido, dicho procedimiento, en sus años de vigencia se ha convertido en uno de los más utilizados en el ámbito civil por los operadores jurídicos, el 61% de los asuntos civiles tramitados fueron juicios monitorios⁴⁸. La razón de esta utilización masiva se debió a su propia configuración procedimental, en cuanto ofrece una protección ágil y rápida del derecho de crédito del acreedor.

De este modo, presentada la petición monitoria junto con una mínima base documental y una vez que el deudor es requerido de pago, el acreedor podrá demandar la satisfacción de la cantidad reclamada o bien el despacho de ejecución, y sólo cuando el deudor alegue una causa de oposición podrá ponerse término al juicio monitorio y se transformará en un juicio declarativo ordinario por la cuantía.

⁴⁸ GONZALES Pillado, Esther, *Juicio Monitorio y las Últimas Reformas Procesales*, Revista Estudios de Justicia Nº 17, España, 2012.

El juicio monitorio español, permite al acreedor de una deuda dineraria, líquida, vencida, exigible, y que esté documentada, solicitar ante el órgano jurisdiccional que requiera de pago al deudor para que éste, en el plazo legalmente establecido (20 días), o bien pague la cantidad reclamada, lo que dará lugar al archivo de las actuaciones; o bien se oponga alegando razones, lo que provocará la transformación del juicio monitorio en el declarativo ordinario que corresponda por razón de la cuantía, juicio ordinario o juicio verbal; finalmente, si el deudor se mantiene inactivo, se procede a la ejecución por la cantidad reclamada; en tal sentido, la propia configuración del juicio monitorio español, es la que permite evitar el proceso declarativo ordinario, mucho más largo y costoso.

El procedimiento fue modificado mediante la Ley 13/2009 de 3 de noviembre; el eje central de esta reforma es la atribución de nuevas competencias al Secretario judicial y las relaciones que éste tiene con el juez en la nueva configuración del proceso. En efecto, como destaca la propia Exposición de Motivos de la Ley 13/2009, uno de los medios esenciales para conseguir que los ciudadanos dispongan de una Justicia, ágil, transparente, responsable y respetuosa con los valores constitucionales, es la implantación de la Oficina judicial, cuyo objetivo es la racionalización y optimización de los recursos dedicados a la administración de justicia.

En este contexto, se trata de que los Jueces y Magistrados dediquen todos sus esfuerzos a las funciones que les vienen encomendadas es decir, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Para ello es preciso descargarles de todas aquellas tareas no vinculadas estrictamente a las

funciones constitucionales que se acaban de señalar, y a ello tiende el modelo de la Oficina judicial implantada en España. En ella, se atribuirán a otros funcionarios aquellas responsabilidades y funciones que no tienen carácter jurisdiccional y, por otra parte, se establecerán sistemas de organización del trabajo de todo el personal al servicio de la Administración de Justicia, de forma que su actividad profesional se desempeñe con la máxima eficacia y responsabilidad. Corresponde señalar que en el juicio monitorio español es el Secretario Judicial el que tiene la competencia para admitir el escrito inicial del procedimiento, dando cuenta al juez cuando entienda que no concurren los requisitos para su admisión.

Por otra parte, entre las reformas incorporadas en la legislación española, se ha establecido la terminación del procedimiento por decreto del Secretario judicial cuando se acuerde el archivo por pago; la inactividad del deudor también dará lugar a la finalización del juicio por decreto y su notificación al acreedor para que inste la ejecución; ante la oposición del deudor, cuando la cuantía de la reclamación es inferior a 6.000 euros, el Secretario dictará auto dando por terminado el monitorio y acordando seguir la tramitación de acuerdo con las normas del juicio verbal; y, cuando la cuantía de la deuda supera los 6.000, se dará traslado del escrito de oposición al acreedor para que presente demanda de juicio ordinario dentro del plazo de un mes desde el traslado del citado escrito.

Otro aspecto sobresaliente del procedimiento español es el referido a la forma de notificar al deudor el requerimiento de pago y, más concretamente, si es posible realizarlo a través de edictos. Toda vez que la mayoría de la doctrina se mostró en contra de la utilización de

la comunicación edictal en el juicio monitorio por una razón fundamental centrada en el papel esencial que tiene el requerimiento de pago en este proceso en cuanto de su efectivo conocimiento por el deudor depende la posibilidad de que el mismo pueda actuar ante un despacho de ejecución que se va a dirigir contra él. Es decir, presumir que el deudor reconoce el crédito por su incomparecencia, exige tener la certeza de que esa inactividad es voluntaria y eso sólo se logra si la notificación del requerimiento de pago se ha realizado de forma personal. Por el contrario, esa certeza no se consigue con la comunicación edictal que parte de la ficción de que el deudor ha conocido el requerimiento por su exposición en el tablón de anuncios de la Oficina judicial o, en su caso, su publicación en un diario de difusión nacional. Bajo ese contexto, la legislación española establece expresamente que “sólo se admitirá el requerimiento al demandado por medio de edictos en el supuesto regulado de deudas derivadas de gastos comunes de la Comunidad de propietarios”.

Por otra parte, en la legislación española el juicio monitorio está sujeto a una cuantía, es decir hasta 250.000 euros. En este punto, corresponde señalar que el mantenimiento de un límite máximo hizo que sigan produciéndose los problemas derivados del fraccionamiento por parte de los acreedores de las deudas que superen el límite fijado.

Finalmente, otro aspecto relevante del denominado juicio monitorio español consiste en la exigencia de la liquidez como un requisito de procedencia de la demanda. Con la reforma operada por la Ley 37/2011 se ha añadido a los requisitos ya previstos referidos a que la deuda sea vencida, exigible y de cantidad determinada, que también sea líquida. La necesidad de que el acreedor fije en su petición la cantidad concreta y precisa que reclama

al demandado es esencial para garantizar la agilidad propia del juicio monitorio, puesto que el Secretario judicial podrá de forma inmediata requerir de pago al deudor. Ahora bien, la referencia a que la deuda sea líquida no excluye, como estaba ocurriendo antes de su modificación operada por la Ley 37/2011, a aquellos supuestos en que la cantidad no viene fijada de forma concreta en la petición inicial pero basta con una simple operación aritmética para su concreción.

4.2.2. Proceso Monitorio Italiano

En la legislación italiana el proceso monitorio consiste, en un procedimiento acelerado que puede ser contradictorio y diferido, tiene como requisitos de procedencia: i) que la deuda reclamada debe ser una suma concreta y determinada, ii) debe presentarse prueba escrita del derecho reclamado, que puede consistir en cualquier documento.

El juez de paz o tribunal ordinario, según la cuantía de la obligación, admite el trámite y a continuación procede al requerimiento de pago al deudor otorgándole el plazo de cuarenta días a partir de la notificación, con la indicación expresa de que el deudor podrá oponerse a la petición en el mismo plazo y que si no presenta oposición el requerimiento de pago será definitivo y podrá ser ejecutado. En ese sentido, si el deudor presenta su oposición por escrito, el procedimiento discurre como un procedimiento ordinario, dando lugar a un juicio declarativo dirigido a esclarecer la existencia de la deuda reclamada por el acreedor mediante el procedimiento de requerimiento, reduciendo los plazos de comparecencia de un ordinario normal a la mitad.

Está reservado para el cobro de sumas de dinero, cosas fungibles o entrega de cosas muebles determinadas. En este sentido, ese régimen trae una recepción interesante cuando el crédito reclamado tiene por objeto la entrega de una determinada cantidad de cosas fungibles ya que el acreedor debe declarar en su demanda cuánto dinero está dispuesto a aceptar en caso que no resulte posible cumplir con la obligación, también tiene como una característica la posibilidad de habilitar al deudor a librarse abonando la suma indicada por el acreedor.

Un aspecto relevante a tenerse presente es que en Italia una orden de pago similar a la prevista en el proceso sumario de tipo monitorio que analicé en este trabajo también puede ser peticionada en el marco del proceso de conocimiento ordinario. En ese sentido, el art. 186 ter del CPC Italiano, establece que ello resulta posible cuando concurren los presupuestos previstos en el artículo 633, apartado I, inciso 1 de la referida norma, esto es, exclusivamente cuando se presenta “prueba escrita” del crédito.

Asimismo, hay algunas diferencias de forma y de tipo sustancial entre una y otra. La más relevante de todas, además del límite en cuanto a los supuestos de procedencia, que excluye los créditos por honorarios profesionales, del Estado y de los entes públicos; art. 633, apartado I, incisos 2 y 3; se encuentra en que la orden de pago dictada en el marco del proceso de conocimiento ordinario está destinada a ser siempre absorbida por la sentencia de mérito, y cuenta con un régimen propio de impugnación (no es susceptible de ser atacada por medio del juicio de oposición, ya que esto implicaría introducir un proceso de conocimiento pleno dentro de otro.

La incorporación del referido artículo 186, operada por medio de la ley N° 353 de 1990, que incluyó también otros tipos de providencias anticipatorias e interinas de condena) generó una importante discusión de interés práctico en torno al siguiente interrogante: *¿puede solicitarse una orden de pago en el marco del proceso ordinario de conocimiento que nace por la oposición a una orden de pago emanada con motivo de una pretensión sumaria de ingiunzione?*

Al respecto, varios autores en la doctrina italiana afirman que no existen obstáculos de carácter lógico ni sistémico para impedir la admisibilidad de un pedido del género, siempre que se cuide de no duplicar títulos ejecutivos. En otras palabras; la condena anticipada en el proceso de conocimiento ordinario será admisible siempre que la suma sobre la cual se pretende obtener no fuera ya objeto de un procedimiento *di ingiunzione*.

Además del artículo 186, la mencionada ley de reforma incorporó al CPC el art. 186 bis; esta norma habilita al actor a peticionar el pago de las sumas de dinero que no hubieran sido contestadas por el demandado, lo cual se concede con una sentencia que configura título ejecutivo y mantiene su vigencia aun terminado el proceso, previsión similar ya se encontraba establecida en el marco del proceso laboral, art. 423, apartado I del CPC⁴⁹.

⁴⁹ VERBIC, Francisco *El procedimiento di ingiunzione como especie de tutela monitoria*, artículo publicado en www.academia.edu

4.2.3. Proceso Monitorio en la Argentina

La legislación argentina no tiene un proceso monitorio en sí, sin embargo, cuenta con un instituto paralelo denominado el juicio ejecutivo. El artículo 520 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de la República de Argentina, establece que se procederá ejecutivamente siempre que en virtud de un (1) título que traiga aparejada ejecución, se demandare por obligación exigible de dar cantidades líquidas de dinero, o fácilmente liquidables. Si la obligación estuviere subordinada a condición o prestación, la vía ejecutiva procederá si del título o de otro instrumento público o privado reconocido que se presente junto con aquél, resultare haberse cumplido la condición o prestación. Si la obligación fuere en moneda extranjera, la ejecución deberá promoverse por el equivalente en moneda nacional, según la cotización del banco oficial que corresponda al día de la iniciación o la que las partes hubiesen convenido, sin perjuicio del reajuste que pudiere corresponder al día del pago.

Lo importante entonces es tener un título ejecutivo. En ese sentido, los documentos que tienen esa calidad, de acuerdo a la legislación argentina son: Los instrumentos públicos, los instrumentos privados que cuenten con la firma del deudor con certificación de escribano y registrada en su protocolo, o reconocida ante el juez, la confesión ante el Juez de la deuda líquida y exigible, la factura de crédito, la letra de cambio, vale o pagaré, el cheque, la cobranza bancaria de factura de crédito y la constancia de la cuenta corriente bancaria donde aparezca saldo deudor, si el Código de comercio u otra ley le otorgaran fuerza ejecutiva. También dan lugar a juicios ejecutivos los cobros por alquileres

o arrendamientos, y por expensas comunes en los inmuebles bajo el régimen de propiedad horizontal.

Cuando por sí mismos los títulos no tengan fuerza ejecutiva, debiendo por ejemplo, hacerse el reconocimiento de firmas, podrá realizarse previamente la preparación de la vía ejecutiva. Una vez presentada la demanda ejecutiva, el Juez examinará el título para ver si corresponde este trámite, y de ser así, mandará a disponer el embargo de los bienes denunciados del deudor, para asegurar el resultado del litigio, si el demandado no pagare al ser requerido por el oficial de justicia. El demandado será notificado de la demanda, intimándolo al pago, y se procederá al embargo de bienes muebles si no se efectiviza el pago o al registro del embargo de los inmuebles, citándolo de remate, e invitándolo a oponer excepciones, que se presentarán junto con las pruebas, en el plazo de cinco días. La ejecución puede ampliarse si vencieran nuevas cuotas durante el desarrollo del juicio.

En virtud a ello, los tres pasos que deben indefectiblemente cumplirse en el juicio ejecutivo, de acuerdo a la legislación argentina son: i) la intimación de pago y ii) la citación al demandado para que oponga excepciones y la sentencia. Si el demandado no contesta la demanda se prosigue el juicio en rebeldía.

En lo que respecta a la restricción de defensas, ya se sabe que el demandado no puede negar hecho alguno en razón de que el derecho del ejecutante viene pre declara o por la ley en el propio título que el juez debe aceptar como válido en modo Similar a lo que ocurre en la ejecución del título executorio sentencia. Esa es la razón por la cual la legislación argentina

limita el número de excepciones admisibles. Estas se encuentran previstas en el artículo 475 de su Código Procesal Civil y Comercial:

- Excepción de falsedad material.
- Excepción de inhabilidad de título.
- Excepción de prescripción.
- Excepciones de pago, espera, remisión, novación, transacción y compromiso, documentados.
- Excepción de compensación de crédito líquido que resulte de documento que traiga aparejada ejecución.
- Excepción de nulidad de la ejecución.

Otro aspecto relevante de la legislación argentina, es el previsto en el artículo 533 del Código Procesal Civil y Comercial que dispone que cualquiera fuere la sentencia que recaiga en el juicio ejecutivo, el ejecutante o el ejecutado podrán promover juicio declarativo posterior. En éste, no estará permitido discutir las excepciones procesales relativas al anterior y tampoco cualquiera defensa o excepción admisible en el mismo sin limitación de pruebas, cuando hubiesen sido ventiladas y resueltas en él.

En relación a las características del título ejecutivo, la legislación procesal civil específica de la Provincia de Buenos Aires hace una distinción importante en su artículo 520, señalando que si del título ejecutivo resultare una deuda de cantidad líquida y otra que fuese ilíquida, podrá procederse ejecutivamente respecto de la primera. Asimismo, el

artículo 521 prevé que para perseguir el cobro de la cantidad ilíquida el acreedor no tiene otra vía que no sea el juicio de conocimiento, el cual no podrá iniciar y tramitar juntamente con el ejecutivo, pues son procesos con trámites diferentes y, en consecuencia, no susceptibles de acumulación⁵⁰.

Respecto a todo lo señalado precedentemente, los doctores Eduardo B. Carlos y Miguel Ángel Rosas Lichtschein justifican la importancia de incorporar en su legislación el instituto del Monitorio, señalando que se debe adecuar el juicio ejecutivo a la causa que le dio origen y a la evaluación posterior registrada en la legislación más progresista, y de esa manera instituir un proceso de ejecución que responda a su finalidad esencial, es decir, el cumplimiento de la obligación.

Finalmente, es necesario mencionar que en la legislación argentina la causa de ejecución debe ser solo un título fehaciente. Sin embargo, legalmente, son ejecutables títulos ejecutivos. De allí que, se debe realizar la distinción entre los dos conceptos: Fehaciencia, es una cualidad intrínseca del título que hace que este, en mayor o menor grado, deba gozar de fe en juicio. La ejecutividad, es simplemente un atributo legal, que se otorga indiscriminadamente a títulos disímiles en su esencia⁵¹.

En ese sentido, toda vez que la legislación argentina es heredera directa del sistema español lo cual supone ya partir de un régimen sumarizado y no ejecutivo. Pero ese carácter se fue

⁵⁰ FENOCHIETO, Carlos Eduardo *CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, COMENTADO Y ANOTADO*, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2014, Pág. 171

⁵¹ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial La Ley de Uruguay, 2011, Pág. 120

acentuando con el tiempo, por la sencilla razón de haberse otorgado legislativamente fuerza ejecutiva a títulos no necesariamente fehacientes.

4.2.4. Proceso Monitorio en Uruguay

Uruguay ha sido el primer país de Hispano América, en incorporar el proceso de estructura monitoria en su derecho positivo, con la característica además, de que dicha estructura procesal presenta sus propias peculiaridades en relación a la utilizada en los países europeos en donde se originó el mismo.

Por ello, el modelo de proceso monitorio uruguayo ha sido tomado como referencia en casi todos los procesos de reforma procesal de Latinoamérica; en ese sentido, el origen del proceso de estructura monitoria en Uruguay se encuentra con diversidad de fines y objetos en el Código de Procedimiento Civil, vigente desde 1878 hasta 1989, el cual ya indicaba dicha estructura en los siguientes casos: a) el juicio de entrega de la cosa, b) el juicio de entrega efectiva de la herencia; c) la fase del concurso necesario destinada a despejar si el deudor se opondrá a la declaración de falencia; d) el procedimiento previsto para las providencias dictadas con citación. De forma posterior, la estructura monitoria fue consagrada por distintas leyes especiales, como por ejemplo, en la Ley No. 8.153 de fecha de 16 de diciembre de 1927, donde se preveía dicha estructura procesal para el desalojo de la finca urbana y del predio rural.

Actualmente, el Código General del Proceso, destina el Capítulo IV, denominado Proceso de Estructura Monitoria, a las disposiciones generales que rigen dicha estructura

procesal así como a definirlos asuntos que tramitan por la misma. Dicho Capítulo se ubica dentro del Título IV, denominado: Proceso de conocimiento.

La regulación del proceso monitorio en el Código General del Proceso adopta casi en su integralidad las soluciones del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

Posteriormente, en el año 2013, la Ley 19.090 incorporó varias reformas al Código General del Proceso, modificando también algunas de las normas del proceso monitorio.

En ese contexto, de acuerdo a lo señalado por Santiago Pereira Campos, los asuntos que tramitan por la estructura del proceso monitorio, son los siguientes:

- ✓ Proceso ejecutivo común, cambiario y tributario
- ✓ Proceso de entrega de la cosa
- ✓ Proceso de entrega efectiva de la herencia
- ✓ Proceso en que se demanda la resolución de un contrato en cumplimiento del pacto comisorio convenido
- ✓ Proceso de escrituración forzada de promesas de enajenación de inmuebles a plazos o equivalentes, o de casas de comercio, inscritas en los registros respectivos u otorgamiento de reglamentos de copropiedad de inmuebles en régimen de propiedad horizontal
- ✓ Proceso en que se demanda la resolución de contratos de promesas de enajenación de inmuebles o casas de comercio, inscritas
- ✓ Procesos de desalojo

- ✓ Proceso en que se demanda la separación de cuerpos o el divorcio por determinadas causales excepcionales)
- ✓ Proceso de cesación de condominio de origen contractual en caso de imposibilidad de cómoda división y sin menoscabo de la cosa común⁵².

Presentada la demanda, el Juez realiza un doble control: efectúa un control inicial de admisibilidad de dicho acto de proposición inicial, requisitos de forma, y asimismo, efectúa un control inicial de la fundabilidad de la pretensión deducida en la demanda. De modo que, si a juicio del tribunal la demanda no pasa el control inicial de admisibilidad, se dispondrá que se subsanen los defectos de forma que puedan haberse advertido, dentro del plazo que se señale, bajo apercibimiento de tener la demanda por no presentada.

Por otra parte, si en el control de fundabilidad, el tribunal no considerare bastante el documento, desestimaré la demanda *ab initio*, sin noticia al demandado, siendo dicha sentencia interlocutoria con fuerza definitiva y apelable con efecto suspensivo.

Si la demanda pasa el control de admisibilidad y fundabilidad, de forma preliminar se dicta una sentencia inicial que se pronunciará sobre el fondo del asunto, sin escuchar previamente al demandado, y tomará medidas tendientes a asegurar que el actor pueda hacer efectivo su derecho. El contenido de dicha sentencia estimatoria dependerá del proceso monitorio de que se trate y a su vez del contenido de la pretensión.

⁵² PEREIRA CAMPOS, Santiago, *El Proceso Monitorio en Uruguay*, artículo publicado en <http://www.academia.edu/>

Para cumplir con el debido proceso, dicha sentencia quedará condicionada a la actitud que asuma el demandado, toda vez que si el demandado opone, en tiempo y forma, excepciones, si el demandado no opone, en tiempo y forma, excepciones contra las sentencia inicial, esta quedará firme, y el actor tendrá un título de ejecución y la sentencia definitiva, para comenzar el proceso de ejecución; sin embargo, si el demandado opone, en tiempo y forma, excepciones contra la sentencia inicial, se conferirá un traslado de dichas excepciones al actor, para que las evacúe dentro del plazo legal y se convocará a una audiencia y finalmente se dictará una nueva sentencia definitiva confirmatoria o modificativa de la anterior.

El mecanismo de impugnación de las sentencia inicial que hace lugar a la pretensión de actores la oposición de excepciones por parte del demandado, la cual cumple una doble función, en tanto es la vía idónea que tiene el demandado para oponerse a la pretensión deducida por el actor en la demanda; y simultáneamente, para impugnar la providencia inicial que, de lo contrario, quedará ejecutoriada pudiéndose iniciar el proceso de ejecución. En el proceso monitorio, el demandado no tiene limitadas sus excepciones.

Finalmente, podemos señalar que gran parte de la legislación uruguaya ha sido base de nuestra actual legislación procesal civil, toda vez que la estructura es ampliamente similar a la nuestra.

4.2.5. Proceso Monitorio en Colombia

El artículo 419 del Código General Procesal de Colombia respecto al proceso monitorio, restringe su ámbito de aplicación al pago de una obligación en dinero, de naturaleza contractual, determinada y exigible que sea de mínima cuantía; en ese sentido, podemos encontrar las siguientes condiciones: i) que la obligación provenga de un contrato, esto no quiere decir que el contrato tengo que estar por escrito, tomando en cuenta la posibilidad de reconocer la existencia de contratos verbales, ii) que la obligación sea determinada, es decir, debe existir claridad a lo que el supuesto deudor se comprometió, iii) que sea exigible, es decir, física y jurídicamente posible, iv) que sea de mínima cuantía.

Por su parte, el artículo 420 del referido cuerpo legal, señala que el proceso monitorio se promoverá por medio de la demanda que contendrá: la designación del juez al que se dirige, el nombre y domicilio del demandante y del demandado, la pretensión de pago expresada con precisión y claridad, los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados con la información sobre su origen contractual, su monto exacto y sus componente, la manifestación clara y precisa de que el pago de la suma adeudada no depende del cumplimiento de una contraprestación a cargo del acreedor, las pruebas que pretenda hacer valer, incluidas las solicitadas para el evento de que el demandado se oponga.

En caso de no comparecer el deudor, el juez dictará sentencia por la totalidad de la pretensión de la demanda, la cual no tendrá recurso y prestará mérito ejecutivo, con todo lo que ello implica. Esta sentencia será título para el demandante. Si el deudor se opone al

requerimiento, este deberá justificar su negativa de manera fundamentada con base en los hechos y las pruebas que aportó dentro de los 10 días que tiene para hacerlo, es decir, el demandado debe aportar pruebas coherentes. Si no logra demostrar la negativa, o si lo hace de manera infundada se le impondrá una multa correspondiente al 10 por ciento del valor de la pretensión del demandante. En caso de que el demandado logre justificar su negativa el multado será el demandante⁵³.

Entre las modificaciones efectuadas en la legislación colombiana, encontramos el Decreto Nacional 1736 de 2012 por el que se incorpora la obligación de señalar las direcciones electrónicas del demandado y demandante a efectos de realizar notificaciones.

Otra de las particularidades de la legislación colombiana radica en la previsión de la entrega de dineros sin juicio de sucesión. En ese sentido, la Ley 1395 de 2010 prevé que:

(...) si muriere una persona titular de una cuenta en la sección de ahorros, o de una cuenta corriente, o de dineros representados en certificados de depósito a término o cheques de gerencia, cuyo valor total a favor de aquella no exceda el límite que se determine de conformidad con el reajuste anual ordenado y no hubiera albacea nombrado o administrador de los bienes en sucesión, el establecimiento bancario puede, a su juicio, pagar el saldo de dichas cuentas o valores, previa exhibición y entrega de documentos, al cónyuge sobreviviente, al compañero o compañera permanente, o a los herederos o a uno u otros conjuntamente, según el caso sin necesidad de juicio de sucesión. Como condición de este pago el establecimiento bancario puede requerir declaraciones juradas respecto a las partes interesadas, la presentación

⁵³ <https://www.munozmontoya.com>

de las debidas renunciaciones, la expedición de un documento de garantía que la persona a quien el pago se haga y el recibido del caso.

4.2.6. Proceso Monitorio en el Ecuador

El procedimiento monitorio ecuatoriano establece que la persona que pretenda cobrar una deuda determinada de dinero, líquida, exigible y de plazo vencido cuyo monto no exceda de cincuenta salarios básicos unificados del trabajador general, que no conste en título ejecutivo.

En ese sentido, el artículo 356 del Código Orgánico General de Procesos de la República de Ecuador dispone, que podrá iniciar un procedimiento monitorio, cuando se pruebe la deuda de alguna de las siguientes formas:

Mediante documentos, cualquiera que sea su forma y que aparezca firmado por el deudor o con su sello.

Mediante facturas o documentos, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en el que se encuentren, que aparezcan firmados por el deudor o comprobante de entrega.

Cuando el documento haya sido creado unilateralmente por el acreedor, para acudir a este proceso deberá acompañar prueba que haga creíble la existencia de una relación previa entre el acreedor y el deudor.

Mediante certificación expedida por el administrador de un condominio, club, asociación, establecimiento educativo, u otras organizaciones similares.

Mediante contrato o una declaración jurada del arrendador de que el arrendatarios se encuentra en mora por el término que señala la ley.

El trabajador cuyas remuneraciones mensuales o adicionales no hayan sido pagadas oportunamente.

Una vez admitida la demanda, el juez concederá el término de quince días para el pago y mandará se cite al deudor. La citación con el petitorio y el mandamiento de pago interrumpe la prescripción.

Si el deudor no comparece dentro del término concedido para el efecto o si lo hace sin manifestar oposición, el auto interlocutorio quedará firme, tendrá efecto de cosa juzgada y se procederá con la ejecución, comenzando por el embargo de los bienes.

Si la parte demandada comparece y formula excepciones, el juez convocará a audiencia única, con dos fases, la primera de saneamiento, fijación de puntos de debate y conciliación y la segunda de prueba y alegatos. Si no hay acuerdos o este es parcial, en la misma audiencia dispondrá se practiquen las pruebas anunciadas, luego de lo cual, oirá los alegatos de las partes y en la misma diligencia dictará sentencia, contra la cual solo caben la ampliación, aclaración y el recurso de apelación.

Un aspecto relevante de la legislación ecuatoriana es que desde el momento en que se cita con el reclamo, la deuda devengará el máximo interés convencional y de mora legalmente permitido.

La legislación Ecuatoriana también nos hace mención un juicio ejecutivo, definido como aquel juicio donde, sin entrar en la cuestión de fondo de las relaciones jurídicas, se trata de hacer efectivo lo que consta en un título al cual la ley da la misma fuerza que a una ejecutoria. El autor José Ricardo Villagrán señala que este procedimiento sumario no constituye en rigor un juicio, sino un medio expeditivo para efectividad de sentencias y documentos que hacen fe y tienen fuerza compulsiva especial⁵⁴.

Otro aspecto relevante es que el proceso monitorio en Ecuador cabe únicamente para el cobro de deudas dinerarias determinadas, liquidas, exigibles y de plazo vencido para un obligación que no exceda de 50 salarios básicos unificados, que no necesita el patrocinio de un abogado cuando el monto es inferior a 3 salarios básicos unificados.

⁵⁴ VILLAGRÁN CEPEDA, José Ricardo – *El Juicio Ejecutivo, Ecuador, 2001, Pág. 78*

CAPÍTULO V

ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DEL DEBIDO PROCESO Y SUS ELEMENTOS

5.1. Antecedentes y Conceptualización del Debido Proceso

El debido proceso comprende un concepto normativo que se ha integrado históricamente a través del proceso de evolución del Estado de Derecho. En su formación han confluído factores de tipo cultural, social y político. La fórmula denominada debido proceso legal nos obliga a remitirse a la expresión que utilizan la Carta Magna Inglesa y Constitución de los Estados Unidos de América *due process of law* (*debido proceso legal*), que puede traducirse como “debidamente legales”⁵⁵.

En el capítulo 39 de la Carta Magna Inglesa de 1215 se desarrolló este derecho de los barones normandos frente al Rey, Juan Sin Tierra, a no sufrir arresto o prisión arbitrarios, y a no ser molestados ni despojados de su propiedad sin el juicio legal de sus pares y mediante el debido proceso legal. Su contenido fue un signo claro de alivio ante los excesos de este Rey y de sus predecesores, con su antecedente inmediato en la Carta de Coronación de Enrique I o Carta de las Libertades, primera Carta concedida por un monarca inglés, otorgada en el momento de su acceso al trono.

⁵⁵ CONSTENLA Arguedas, Adolfo Felipe *EL DESARROLLO DEL DEBIDO PROCESO COMO GARANTÍA PROCESAL*, artículo publicado en la Revista Judicial de Costa Rica, 2014.

A continuación pasamos a citar textualmente el contenido de la parte pertinente de la Carta Magna Inglesa de 1215 que sirvió de antecedente del denominado debido proceso:

39) Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él, ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares o por el reino.

40) No venderemos, denegaremos ni retrasaremos a nadie su derecho ni la justicia⁵⁶.

En ese contexto, a partir del concepto del Capítulo 39 de la Carta Magna, transcrito del latín original *per legem terrae* (*por la ley de la tierra*) y traducido al inglés como *law of the land* (*derecho territorial*), se desarrolló el de debido proceso legal *due process of law*, en su acepción contemporánea.

Al respecto, el autor José Delgado Ocando menciona los siguientes aspectos:

El capítulo 39 de la Carta Magna de 1215 fue una protesta contra el castigo arbitrario y las ilegales violaciones a la libertad personal y de los derechos de propiedad, y garantizaba el derecho a un juicio justo y a una justicia honesta. Creaba y protegía inmunidades de que las personas nunca habían disfrutado hasta entonces, así como los derechos propios, atinentes a la persona o a sus bienes, y también significa que su disfrute no podía ser alterado por el Rey por su propia voluntad y, por ende, no podía arrebatarlas.

El contenido original de la Carta era mucho más específico y restringido, como salvaguarda para asegurar un juzgamiento por árbitros apropiados, compuestos por los propios

⁵⁶ VIDAL, José Miguel *Texto Completo de la Carta Magna de Juan sin Tierra de 1215*, La Paz, Bolivia, 2010.

poseedores, por los barones mismos o por los jueces reales competentes. La cláusula no pretendía acentuar una forma particular de juicio, sino más bien la necesidad de protección ante actos arbitrarios de encarcelamiento, desposesión e ilegalidad que el Rey Juan había cometido o tolerado. Pero con el tiempo las apelaciones a otras libertades fueron, o sustantivas, o procesalmente orientadas hacia fines sustantivos, motivo por el que la Carta Magna inglesa se convirtió en uno de los documentos constitucionales más importantes de la historia. No en vano recibió más de 30 confirmaciones de otros monarcas ingleses; las más importantes, de Enrique III, en 1225; de Eduardo I, en 1297, y de Eduardo III, en 1354⁵⁷.

En virtud a los antecedentes mencionados, con debido proceso legal (lato sensu) nos referimos a ese conjunto no sólo de procedimientos legislativos, judiciales y administrativos que deben jurídicamente cumplirse para que la libertad individual sea formalmente válida (aspecto adjetivo del debido proceso), sino también para que se consagre una debida justicia en cuanto no lesione indebidamente cierta dosis de libertad jurídica presupuesta como intangible para el individuo en el Estado de que se trate (aspecto subjetivo).

Corresponde hacer referencia al criterio de Alvarado Velloso, quien señala lo siguiente:

(...) el debido proceso es aquel que se adecua plenamente con el simple concepto de proceso, es decir, que se puede instrumentar a partir de la acepción del sistema dispositivo o acusatorio con los principios esenciales que se han de tener en cuenta como puntos de

⁵⁷DELGADO OCANDO, José M, *El Debido Proceso y la Tutela Efectiva*, Universidad de Zulia, Maracaibo, Venezuela, artículo publicado en <http://www.scielo.org.ve>. 2013.

partida para lograr la coherencia interna que todo sistema requiere para su existencia como tal. En ese sentido, el debido proceso, no es más ni menos que el proceso (lógicamente concebido) que respeta los principios que van ínsitos en el sistema establecido desde la legislación constitucional⁵⁸.

Por otra parte, Reynaldo Bustamante Alarcón, en relación al concepto de debido proceso, sostiene que:

La dimensión material del debido proceso exige que todos los actos de poder, sean normas jurídicas, actos administrativos o resoluciones judiciales, inclusive, sean justos, es decir, que sean razonables y respetuosos de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, a tal punto que su inobservancia debe ser sancionada con la inaplicación de aquel acto o con su invalidez. De ese modo, un acto será considerado arbitrario, y por tanto lesivo del derecho fundamental a un debido proceso sustantivo, si no se sujeta a parámetros de razonabilidad; es decir, si su fin no es lícito –en tanto vulnera un derecho o un bien jurídico de mayor jerarquía que el que pretenden protegerse– y los medios para alcanzarlo no son proporcionales –en tanto respetan los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en estricto⁵⁹.

Por su parte, la Corte interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-16/99 de 01 de octubre de 1999, solicitada por los estados mexicanos, en relación a las garantías del debido proceso, ha manifestado, en sus párrafos 117 y 118, lo siguiente⁶⁰:

⁵⁸ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *El Debido Proceso*, Editorial Casa del Libro, Buenos Aires, Argentina, 2006, Pág. 28

⁵⁹ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Estado de Derecho, Constitución y Debido Proceso, artículo publicado en la Revista: Justicia Viva, N° 14, Perú, 2002.

⁶⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-16/99 DE 1 DE OCTUBRE DE 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, "EL DERECHO A LA INFORMACIÓN SOBRE LA ASISTENCIA CONSULAR EN EL MARCO DE LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO LEGAL".

En opinión de esta Corte, para que exista “debido proceso legal” es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no auto incriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados. Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional.

En este orden de consideraciones, la Corte ha dicho que los requisitos que deben ser observados en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales, “sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho” y son “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”.

En este punto es necesario hacer mención a lo señalado por el Tribunal Constitucional que a través de la Sentencia Constitucional 1429/2011-R de 10 de octubre de 2011, refiere lo siguiente:

(...) la importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes.

Asimismo, podemos citar lo señalado en la Sentencia Constitucional 0086/2010-R:

En el ámbito normativo, el debido proceso se manifiesta en una triple dimensión, pues por una parte, se encuentra reconocido como un derecho humano por instrumentos internacionales en la materia como el Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que conforme al art. 410.II de la CPE forman parte del bloque de constitucionalidad, y también se establece como un derecho en el art. 115.II de la misma norma; al mismo tiempo, a nivel constitucional, se le reconoce como derecho fundamental y como garantía jurisdiccional, configuración jurídica contemplada ya por el art. 16 de la CPE abrogada, que se ha mantenido y precisado en el art. 117.I de la CPE que dispone: Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso.

En ese contexto, con relación a lo señalado precedentemente, corresponde señalar que de acuerdo al párrafo II del artículo 115 de la Constitución Política del Estado se prevé que el Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones. En tal virtud, el debido proceso es reconocido constitucionalmente, de forma expresa como un derecho.

Al respecto, corresponde señalar lo referido por el maestro Gustavo Calvino en relación a que el debido proceso no es algo diferente que el proceso respetuoso de las garantías constitucionales, expresado a través de salvaguardias que están presentes en los postulados que emanan de la Ley Fundamental y, solo si se abrevan en ésta, en los preceptos que surgen de las normas y principios y reglas procesales que elabora nuestra disciplina y eventualmente, en casos específicos las partes y los jueces.

El mencionado autor señala en relación al debido proceso lo siguiente:

(...) esta es la única manera de tener un proceso acorde a las garantías constitucionales cuando: i) las reglas del juego son conocidas con anterioridad, ii) las partes actúan con igualdad de condiciones, iii) las partes disponen del proceso por imperio del sistema dispositivo y iv) se desarrolla ante un tercero equidistante independiente e imparcial que únicamente tiene facultades para conducirlo formalmente y sólo con atribuciones de elegir y aplicar el derecho en la faz de dirección material o sustantiva y la obligación, si llega a corresponder de dictar sentencia para poner fin al litigio habiendo conferido la oportunidad de ser oído a cada uno de los contendientes. El concepto de proceso debe respetar los lineamientos fijados por la Constitución a través de las garantías que confiere. De allí que

entendemos que el proceso es un método de debate dialéctico y pacífico que sigue reglas preestablecidas y se desarrolla entre dos partes que actúan en condición de perfecta igualdad ante un tercero imparcial e independiente con el objeto de resolver hetercompositivamente un litigio⁶¹.

En virtud de todo lo señalado precedentemente es necesario mencionar que el Debido Proceso, como derecho fundamental, no se satisface solamente con el cumplimiento mecánico de las reglas formales de un determinado proceso judicial o administrativo, sino que tiene una naturaleza protectora de fondo, cuyo propósito es velar por la justicia material, evitando, de esta manera, cualquier forma de arbitrariedad que restrinja derechos de los sujetos procesales.

El concepto del debido proceso contiene esencialmente el desarrollo progresivo de prácticamente todos los derechos fundamentales de carácter procesal o instrumental, como ese conjunto de garantías de los derechos orientados a asegurar su vigencia y eficacia.

En consecuencia, el debido proceso es el mecanismo que permite que toda persona pueda tener derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, y a permitirle tener, oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones ante el juez.

⁶¹ Calvino Gustavo, *EL SISTEMA PROCESAL DE LA DEMOCRACIA*, La Paz, Bolivia, 2013, Pág. 37.

5.2. Descripción de los elementos del debido Proceso

Como vimos anteriormente, de acuerdo al concepto de debido proceso, este no se limita a la existencia de un proceso tramitado de acuerdo con ciertas formalidades, toda vez que requiere del concurso de ciertos principios que le den un carácter de seguridad y justicia.

Estos principios conforman los presupuestos indispensables para la presencia de un debido proceso y son, en esencia, los requisitos fundamentales para el proceso dirigidos a protegerlo, no sólo en su aspecto formal o adjetivo, sino que también atienden a la realización y aplicación de un derecho justo, aspecto sustantivo de un debido proceso.

En criterio de Alvarado Velloso, existen cinco principios procesales que permitirán alcanzar la aplicación de un debido proceso:

- La igualdad de las partes litigantes
- La imparcialidad del juzgador
- La transitoriedad de la serie consecuencia
- La eficacia del procedimiento
- La moralidad del debate

La igualdad de partes, implica que todo proceso supone la presencia de dos sujetos, carácter dual de concepción de parte, que mantienen posiciones antagónicas respecto de una misma cuestión (pretensión y resistencia); en ese sentido, si la razón de ser del proceso es erradicar la fuerza ilegítima de una sociedad y con ello las diferencias naturales que

irremediablemente separan a los hombres, es consecencial la idea lógica de que el proceso se efectúe en pie de una perfecta igualdad.

En el campo del proceso, igualdad significa paridad de oportunidad y de audiencia; de tal modo, las normas que regulan la actividad de una de las partes antagónicas no pueden constituir, respecto de la otra una situación de ventaja o privilegio, ni el juez puede dejar de dar un tratamiento similar a ambas partes.

La imparcialidad del juzgador, implica que el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar ese carácter; para ello, no ha de estar colocado en la posición de parte (imparcialidad) ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes.

La transitoriedad del proceso, nadie puede dudar que el proceso es un remedio para solucionar los conflictos que ponen en peligro la convivencia armónica de quienes integran una sociedad dada. Pero ello no significa que constituya un bien en sí mismo. En ese sentido, su duración como medio de debate debe estar adecuadamente equilibrada para lograr que actúe como remedio sin ocasionar un nuevo conflicto. De ahí que todo proceso deba ser necesariamente transitorio, significando ello que alguna vez debe terminar sin posibilidad de reabrir la discusión. La serie procedimental puede ser más o menos dilatada en el tiempo y puede existir varios grados de conocimiento. Pero es imprescindible que en algún momento se le ponga un punto final que sea definitivo para las partes y el juzgador.

El principio de eficacia de la serie procedimental, para que el proceso pueda funcionar como adecuado medio de debate es imprescindible que la serie consecucional que lo instrumenta sea apta para que en ella se desarrolle armónicamente el diálogo esperado por el legislador. En ese sentido, la serie procedimental debe estar constituida por los pasos elementales que han sido aceptados

El principio de la moralidad procesal, si la razón de ser del proceso es erradicar toda fuerza ilegítima de una sociedad, no puede concebirse que el legislador norme un medio de debate en el que pueda ser utilizada la fuerza bajo la forma de arteria o el fraude. De ahí que la regla moral debe presidir el desarrollo del proceso, al igual que debe hacerlo en todos los demás actos de la vida jurídica⁶².

Por otra parte, corresponde hacer mención a lo señalado por el Tribunal Constitucional que a través de la Sentencia Constitucional 1429/2011- R de 10 de octubre de 2011, refiere lo siguiente:

(...) En consonancia con los tratados internacionales citados, a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del non bis in idem; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones. Sin embargo, esta lista en el marco del principio de progresividad no es limitativa, sino más bien enunciativa, pues a ella se agregan otros

⁶² ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *El Debido Proceso*, Editorial Casa del Libro, Buenos Aires, Argentina, 2006, Págs. 65, 66.

elementos que hacen al debido proceso como garantía general y que derivan del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de este como medio para asegurar la realización del valor justicia.

En virtud de la cita jurisprudencial precedente, podemos extraer a continuación algunos de los elementos principales del debido proceso con la finalidad de conceptualizarlos:

- **El derecho a la defensa:** Es la posibilidad de emplear todos los instrumentos legítimos y adecuados para oír las propias razones y obtener una decisión favorable. Implica tener la asistencia de un abogado, y disponer del tiempo suficiente y de los medios adecuados para la preparación de la defensa bajo condiciones de igualdad ante la ley procesal y de buena fe y lealtad entre todas las personas que intervienen en el proceso. A través del párrafo II del artículo 115 de la Constitución Política del Estado, se garantiza el derecho a la defensa. Sobre el particular la Sentencia Constitucional 1670/2004 de 14 de octubre, emitida por el Tribunal Constitucional, expresó que (...) el derecho a la defensa alcanza a los siguientes ámbitos: i) el derecho a ser escuchado en el proceso; ii) el derecho a presentar prueba; iii) el derecho a hacer uso de los recursos; y iv) el derecho a la observancia de los requisitos de cada instancia procesal.
- **Igualdad procesal de las partes,** Al respecto, es pertinente iniciar citando el párrafo I del artículo 119 del Texto Constitucional, donde se establece que las partes en conflicto gozarán de igualdad de oportunidades para ejercer durante el proceso las facultades y los derechos que les asistan, sea por la vía ordinaria o por la indígena originaria campesina.

Piero Calamandrei, respecto al principio de igualdad procesal señala que las partes en cuanto piden justicia, deben ser puestas en el proceso en absoluta paridad de condiciones⁶³.

En ese sentido, podemos señalar que el principio de igualdad procesal de las partes significa que los derechos, las cargas y las responsabilidades que nacen de un proceso se conceden, recaen o se imponen, respectivamente, sobre las partes, de tal modo que ninguna de ellas pueda resultar favorecida por privilegios ni ser sujeto de perjuicios.

- **El principio de contradicción**, o de bilateralidad de la audiencia, es una manifestación del principio de igualdad. Al principio de contradicción o bilateralidad de la audiencia se lo representa a través del aforismo *latino audiatur et altera pars (dejar que la otra parte)*, o del menos conocido *nemo debet inaudito damnari (nadie puede ser condenado sin ser oído)*.

En criterio de Eduardo Couture, el principio bilateralidad de la audiencia consiste en que, salvo situaciones excepcionales establecidas en la ley, toda petición o pretensión formulada por una de las partes en el proceso, debe ser comunicada a la parte contraria para que pueda ésta prestar a ella su consentimiento o formular su oposición⁶⁴.

⁶³ CALAMANDREI, Piero, *Instituciones del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Argentina, 1986, Editorial Ejea, Pág. 79

⁶⁴ COUTURE, Eduardo J.: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Argentina, Depalma, 1993, pág. 183.

Respecto al principio de contradicción Enrique Palacio señala que dicho principio es aquél que prohíbe a los jueces dictar alguna resolución sin que previamente hayan tenido oportunidad de ser oídos quienes pudieran verse directamente afectados por ella⁶⁵. En ese sentido, la decisión judicial es el resultado del debate entre las partes, y el juez reviste la situación de un tercero ajeno que independiente e imparcialmente resolverá el conflicto planteado.

Asimismo, en relación a la aplicación del principio de bilateralidad, Eduardo Couture señala lo siguiente:

Las aplicaciones más importantes de este principio son las siguientes: a) la demanda debe ser necesariamente comunicada al demandado; b) la comunicación debe hacerse con las formas requeridas en la ley bajo pena de nulidad; todo quebrantamiento en las formas del emplazamiento entraña el riesgo de que el demandado no haya sido efectivamente enterado de la demanda; c) comunicada la demanda se otorga al demandado un plazo razonable para comparecer y defenderse; la doctrina denomina a esta circunstancia, la garantía de "su día ante el tribunal"; d) las pruebas deben ser comunicadas al adversario para que tenga conocimiento de - ellas antes de su producción; e) toda prueba puede ser fiscalizada por el adversario durante la producción e impugnada después de su producción; f) toda petición incidental que se formule, ya sea durante el debate, ya sea durante la prueba, debe sustentarse con audiencia del adversario, salvo disposición en contrario; g) ambas partes tienen iguales posibilidades de presentar sus exposiciones de conclusión o alegatos y de impugnar mediante recursos las resoluciones que les sean adversas⁶⁶.

⁶⁵ PALACIO, Lino E.: *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Buenos Aires, Argentina, 1975, pág. 263.

⁶⁶ COUTURE, Eduardo J.: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Argentina, Depalma, 1993, pág. 184.

En ese contexto, es necesario hacer mención al artículo 4 del Código Procesal Civil Boliviano que dispone de forma expresa que toda persona tiene derecho a un proceso judicial justo y equitativo, en el que sus derechos se acomoden a lo establecido a disposiciones jurídicas generales aplicables a los que se hallen en una situación similar; comprende el conjunto de requisitos que debe observar toda servidora o servidor judicial en las instancias procesales, conforme a la Constitución Política del Estado, los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos y la Ley.

En tal virtud, como podemos observar nuestra legislación procesal civil le otorga un carácter relevante al debido proceso y sus elementos para lograr un proceso judicial justo y equitativo.

De todo lo señalado precedentemente, corresponde enfatizar la necesidad de que los elementos del debido proceso se encuentren presentes en cada etapa del proceso civil, a fin de garantizar el derecho a la justicia efectiva y la defensa de las partes procesales.

5.3. El Debido Proceso en el bloque de constitucionalidad

El párrafo II del artículo 410 de nuestro Texto Constitucional dispone, que la Constitución Política del Estado es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país.

En ese contexto, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha dispuesto que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Asimismo, el referido artículo prevé que durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. De igual manera el mencionado artículo

establece que la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

Por su parte, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone, que todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

Asimismo, el referido artículo prevé que durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas; d) A hallarse presente en el proceso y a

defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo; e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal; g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

En ese contexto, podemos identificar que el debido proceso se encuentra ampliamente desarrollado en el marco del bloque de constitucionalidad, correspondiendo puntualizar la importancia de la imparcialidad e independencia del tribunal y la existencia de igualdad entre las partes.

5.4. Reflexiones sobre el Instituto del Monitorio en el marco del Debido Proceso

En función a la concepción doctrinal, jurisprudencial y normativa del debido proceso, cuya naturaleza nos permite verlo como un derecho y como una garantía jurisdiccional, a continuación pasamos a realizar un análisis del proceso de estructura monitoria desde la óptica del debido proceso y sus elementos.

5.4.1. Diferencia entre Proceso y Procedimiento

En este punto el profesor Gustavo Calvinho señala que el proceso jurisdiccional es un método de debate pacífico que sigue reglas preestablecidas, desarrollado entre partes

antagónicas, que actúan en condición de igualdad jurídica ante un tercero imparcial con el objetivo de resolver un conflicto⁶⁷.

Según Dante Barrios el proceso es la sucesión de actos interdependientes coordinados a la obtención de la satisfacción jurídica de actos interdependientes coordinados a la obtención de la satisfacción jurídica mediante el ejercicio de la jurisdicción⁶⁸.

En ese contexto, de forma general, el término proceso se entiende como la ejecución de un conjunto ordenado de actos debidamente reglados, en virtud de los cuales los órganos jurisdiccionales aplican la ley al caso concreto.

El autor Hermógenes Acosta hace una interesante distinción del proceso desde diferentes ópticas, conforme detallamos a continuación:

- a) El Proceso como instrumento. Se considera que el proceso es un instrumento porque no constituye un fin en sí mismo, sino más bien un medio para lograr un objetivo, una pretensión que se entiende fundada en derecho. En efecto, los procesos que se prevén en el ordenamiento jurídico de una sociedad determinada, existen para que cualquier persona física o moral lo utilice cuando lo juzgue necesario para lograr el respeto y la materialización de sus derechos. En este mismo orden de ideas, se sostiene que el proceso puede concebirse como el instrumento por medio del cual el Poder Judicial cumple las funciones que les son atribuidas a través de la Constitución, y, como el

⁶⁷ Gustavo Calvino, *EL SISTEMA PROCESAL DE DEMOCRACIA*, 2013, Pág. 50.

⁶⁸ BARRIOS DE ANGELIS, Dante, *TEORIA DEL PROCESO*, Editorial B de F, 205, Pág. 120.

instrumento puesto a disposición de todas las personas, para el logro de la tutela judicial efectiva a la cual se refiere la Constitución.

- b) El Proceso como creación artificial. El proceso es una creación artificial, un instrumento que nace con una ley, es decir, que antes de la ley carecía de existencia en el seno de la sociedad. Claro que la ley que crea el proceso no se concibe en el vacío, toda lo contrario, surge como consecuencia de una necesidad real de la sociedad. Cabe recordar, que el proceso es un medio que tiene como finalidad hacer realidad la concretización de un derecho material. Por otra parte, a diferencia del proceso, el derecho material existe con anterioridad a la ley, ésta no lo crea sino que lo regula. De manera que antes de que la ley sea integrada al ordenamiento jurídico, ya la institución que ella regula tiene existencia en la sociedad.
- c) El proceso como técnica. Los procesos constituyen materia que sólo pueden ser regulados mediante ley. En tal sentido, corresponde al legislador elaborar la mejor técnica procesal para asegurar la debida protección de las libertades y los derechos fundamentales. De ahí que el legislador está facultado para determinar la forma y la modalidad del proceso⁶⁹.

En criterio del referido autor, el proceso es la actividad que debe ser agotada para poder obtener una decisión de un tribunal o para realizar una ejecución forzada, toda vez que el órgano judicial no se mueve por si, si no hay alguno que lo requiera y estimule, y el pronunciamiento de la sentencia o la puesta en práctica de la ejecución forzada no sigue

⁶⁹ ACOSTA, Hermógenes y otros, La Constitucionalización del Proceso Civil, Editorial Búho, Costa Rica, 2006, Pág. 19

inmediatamente a la petición, sino que, antes de que aquel fin sea alcanzado, es necesario que se cumplan numerosos actos que se suceden en un lapso más o menos largo, el conjunto de los cuales, considerado como una unidad en vista del fin que los reúne, constituyen empíricamente el proceso en el sentido judicial.

Por otra parte, Jaime Guasp señala que el procedimiento es parte del proceso, en tanto que constituye una serie o sucesión de actos que se desarrolla en el tiempo de manera ordenada de acuerdo a las normas que lo regulan, sin que ello constituya el núcleo exclusivo, ni siquiera predominante, del concepto de proceso⁷⁰.

En criterio de Adolfo Alvarado Velloso, el procedimiento es puramente jurídico y común a todas las instancias que pueden ejercitarse ante cualquier funcionario (administrativo o judicial), y siempre constituye una serie de actos predeterminados por el legislador que sirven como modelo patrón para que sean reproducidos invariablemente por los interesados⁷¹.

En virtud a lo señalado precedentemente, podemos decir que el procedimiento en su enunciación más simple es el conjunto de formalidades a que deben someterse el Juez y las partes en la tramitación del proceso. Dichas formalidades varían según sea la clase de procedimientos y la materia correspondiente. En ese sentido, dentro de un mismo tipo de proceso, podemos encontrar varios procedimientos.

⁷⁰ GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil Tomo I*, Editorial, Herón S.L. Madrid, 1968, Pág. 27.

⁷¹ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *El Debido Proceso*, Editorial Casa del Libro, Buenos Aires, Argentina, 2006, Pág. 74

El proceso monitorio por sus características, se aparta discretamente de la estructura tradicional del proceso de conocimiento, en el marco de su finalidad que es la rápida creación de un título ejecutivo. En ese sentido, mientras en el proceso de conocimiento ordinario se inicia, según el principio contradictorio, con la citación al demandado de manera que el juez no emite su pronunciamiento sino después de haber oído o haber declarado contumaz en forma regular a la otra parte, en el proceso de estructura monitoria el actor con su pretensión acude directamente al juez, el cual emite sin previo contradictorio, *inaudita altera parte*, una sentencia inicial, señalándole al mismo tiempo un término dentro del cual este puede, si le interesa, provocar el contradictorio, mediante la oposición, con la consecuencia de que la falta de oposición formulada en el tiempo previsto implicará que la sentencia adquiera eficacia de título ejecutivo.

En criterio del maestro Piero Calamandrei, el concepto lógico y económico, en que se inspiran estos procedimientos (monitorios) es, pues, el siguiente: que el juicio sobre la oportunidad de abrir el contradictorio y, por consiguiente, la iniciativa de provocarlo debe dejarse a la parte en cuyo interés el principio de contradictorio tiene inicialmente vigor, esto es al demandado⁷².

Por su parte, Gustavo Calvino señala que el trámite monitorio no es otra cosa que un procedimiento, una particular modalidad procedimental, sin que pueda ser jamás

⁷² Piero Calamandrei *EL PROCEDIMIENTO MONITORIO*, Editorial El Foro, Pág. 26.

considerado un proceso pues no se ajusta a su esquema ni completa sus requisitos. Sin embargo, el mero hecho de que una figura procesal no sea proceso no implica directamente y sin más su inconstitucionalidad, si se deja abierta la posibilidad de recurrir a una vía que respete plenamente las salvaguardias de la Ley, a fin de ejercitar adecuadamente el derecho a la defensa de las partes. Esta alternativa es el proceso⁷³.

Al respecto, es pertinente puntualizar que en criterio nuestro, el proceso de estructura monitoria no se encuentra fuera del concepto general de proceso, toda vez que cumple con los presupuestos conceptuales, considerando que se cuenta con dos partes antagónicas (demandante, demandado), y el proceso se inicia, necesariamente, mediante una demanda respaldada con prueba documental y cumpliendo otros requisitos de admisión generales, en el marco de las reglas procesales pre establecidas. Asimismo, corresponde enfatizar que la denominada sentencia inicial no se ejecutará antes de cumplirse el plazo previsto para la oposición y la sentencia definitiva será el resultado del debate con el pronunciamiento del demandado, efectuado de forma expresa o tácita.

5.4.2. Análisis respecto a la aparente carencia de bilateralidad y la inversión de controversia en el Proceso de Estructura Monitorio

Al respecto, es necesario señalar que la bilateralidad es una consecuencia del principio de igualdad de partes. Sobre este punto Gustavo Calvino señala lo siguiente:

⁷³ CALVINHO Gustavo "EL DEBIDO PROCESO Y PROCEDIMIENTO MONITORIO", Publicado en la Obra Colectiva "EL DEBIDO PROCESO", Colección de Derecho Procesal Contemporáneo, Buenos Aires, Argentina, 2016.

(...) en todos los casos el trámite monitorio, carece de bilateralidad dentro de su estructura, toda vez que la autoridad dicta un pronunciamiento que puede constituir cosa juzgada sin oír a la requerida. En ese sentido, para salvar esa anomalía no existe otra posibilidad más que discurrir sobre la inversión del contradictorio. Sin embargo, dicha inversión se desarrolla fuera de la herramienta sub examine pues ya ha finalizado como tal. Y si a esto se adiciona que su objeto no es resolver heterocompositivamente un litigio sino crear un título que posibilite la ejecución, la conclusión es nítida: el trámite monitorio no es otra cosa que procedimiento, una particular modalidad procedimental, sin que pueda ser jamás considerado un proceso pues no se ajusta a su esquema ni completa sus requisitos⁷⁴.

Como vimos anteriormente, el principio de bilateralidad o contradictorio se lo puede visualizar en dos óptimas: la primera desde un punto de vista instrumental como un método contradictorio conveniente para descubrir la verdad; y también desde el punto de vista sustancial como una garantía jurisdiccional de los ciudadanos incluida en el concepto de debido proceso con la finalidad de alcanzar justicia.

Al respecto, corresponde señalar que en criterio nuestro, el proceso de estructura monitoria mantiene un carácter bilateral originado en una relación jurídica anterior al inicio del proceso y se encuentra reforzado por el hecho de que la sentencia inicial no se ejecuta entre tanto no exista un pronunciamiento, expreso o tácito del demandado, por lo cual los efectos de la sentencia no implica una vulneración al principio de contradicción, cuya iniciativa

⁷⁴ CALVINHO Gustavo *“EL DEBIDO PROCESO Y PROCEDIMIENTO MONITORIO”*, Publicado en la Obra Colectiva *“EL DEBIDO PROCESO”*, Colección de Derecho Procesal Contemporáneo, Buenos Aires, Argentina, 2016.

queda a cargo del demandado, considerando que dependerá de su decisión el promoverlo o no.

Sin embargo, es necesario hacer notar que el principio de bilateralidad incluye los criterios orientados a que la comunicación procesal deba hacerse con las formas requeridas en la ley bajo pena de nulidad. En ese sentido, todo riesgo de que el demandado no haya sido efectivamente citado con la demanda y la sentencia inicial, podría llegar a vulnerar el principio de bilateralidad y derecho a la defensa. Dicho aspecto debe ser reforzado.

CAPÍTULO VI

PROPUESTAS PARA FORTALECER EL PROCESO DE ESTRUCTURA

MONITORIA

6.1. Análisis normativo y prospectivo de la aplicación del proceso de estructura monitoria

En virtud de todo lo analizado precedentemente, corresponde señalar que el denominado proceso de estructura monitoria, al contar con un carácter sumamente abreviado, requiere la participación activa de la autoridad jurisdiccional, en su condición de director del proceso; toda vez que durante la primera etapa del monitorio, es decir, la verificación de los presupuestos de procedencia, autenticidad de los documentos, fundabilidad de la pretensión y requisitos de admisibilidad, estará únicamente bajo responsabilidad de la autoridad jurisdiccional, quien emitirá una sentencia inicial *inaudita altera parte (sin oír a la parte contraria)*. En ese sentido, la idoneidad profesional e integridad personal del juez son elementos imprescindibles para garantizar el desarrollo procesal bajo los estándares constitucionales del debido proceso.

Por otra parte, en relación a la posición garantista que fundamenta el cuestionamiento sobre si, el monitorio se constituye o no en un proceso, corresponde señalar que la característica principal del proceso de estructura monitoria es la inversión de la regla del contradictorio, el cual aparece como eventual y condicionado a la comparecencia del demandado y a la oposición de sus excepciones.

En ese sentido, bajo el análisis doctrinal de los elementos de un proceso civil como tal podemos citar a los siguientes: i) seguridad jurídica, ii) igualdad de partes, iii) aplicación del principio dispositivo, iv) juez independiente e imparcial. A continuación pasamos a realizar el análisis respecto al cumplimiento de los mismos:

En relación al primer elemento referido a la seguridad jurídica, expresado en palabras del maestro Gustavo Calvino como *el conocimiento con anterioridad de las reglas del juego*, podemos señalar que este se cumple, toda vez que la norma es obligatoria desde su publicación. Asimismo, un aspecto relevante del proceso de estructura monitoria es que este deviene de una relación jurídica pre existente al inicio del proceso, es decir, la obligación pendiente de cumplimiento fue generada por un acto bilateral. En ese sentido, el demandado tendría conocimiento de las reglas aplicables de forma previa al inicio del proceso.

Respecto a la igualdad de partes, es necesario mencionar que, aunque no se lo diga expresamente, en el proceso de estructura monitoria está de por medio la presunción de autenticidad de los documentos que respaldan la demanda. En ese contexto, aparentemente se le otorga una ventaja al demandante; sin embargo, este aspecto es salvado con la posibilidad que tiene el demandado de acudir a los mecanismos de defensa previstos a través de las excepciones.

Asimismo, es pertinente señalar que la denominada sentencia inicial tiene un carácter provisional y no podrá ser ejecutada mientras no se haya vencido el plazo previsto para la

oposición de excepciones. En ese contexto, la ejecución estará condicionada a la fundabilidad de la pretensión respaldada en la prueba documental y a la actitud pasiva del demandado, con lo que no se vulneraría el principio de igualdad de partes, siempre y cuando se garantice la correcta citación al demandado.

Es necesario considerar que la bilateralidad es un elemento primordial de la igualdad de partes; en ese contexto, se deben garantizar todos los mecanismos que permitan asegurar que el demandado tome un conocimiento real de la demanda en su contra para asumir defensa.

En relación a la aplicación del principio dispositivo, corresponde decir que este se encuentra previsto en el artículo 1 del Código Procesal Civil, mismo que señala que el proceso se construye en función al poder de disposición de la pretensión de los sujetos implicados en la tutela jurisdiccional. En ese sentido, podemos observar el carácter predominantemente dispositivo del proceso de estructura monitoria, siendo este principio la base de su tramitación, junto al principio de preclusión.

El carácter del juez independiente e imparcial, es un aspecto primordial en el desarrollo del proceso de estructura monitoria, toda vez que, se le otorga la dirección del proceso y la facultad de verificar la fundabilidad de la pretensión. El artículo 8 del Código Procesal Civil prevé que las autoridades judiciales son independientes en el ejercicio de sus funciones y están sometidas solo a la Constitución y las leyes. En ese contexto, reiteramos

la importante del papel del juez es de vital importancia a efectos de llevar adelante el proceso sin desconocer las esenciales garantías de la defensa en juicio.

6.2. Críticas al proceso de estructura monitoria en el marco del debido proceso

Con base en el análisis realizado presentemente, a continuación pasamos a exponer, algunas de las críticas puntuales al proceso de estructura monitoria, previsto en el Código Procesal Civil boliviano:

6.2.1 Ausencia de mecanismos que aseguren la certeza de la notificación de la sentencia inicial al demandado

Como vimos anteriormente, la igualdad de partes estará condicionada a la eficacia de la citación al demandado con la sentencia inicial. En ese sentido, se debe considerar que la llave que permite acceder al proceso de estructura monitoria y, en su caso, al proceso de ejecución, no se encuentra fundamentalmente reflejada en el soporte documental del demandante, sino en la postura que el demandado adopta; postura que es exigida e interpretada rígidamente por el legislador. En virtud de ello, es imprescindible llevar delante de forma precisa todas las previsiones legales y, en particular, las relativas a la comunicación personal al demandado con la sentencia inicial, a fin de que esta comunicación sea realizada con pleno respeto a las garantías constitucionales.

Conforme a lo previsto en el párrafo III del artículo 375 del Código Procesal Civil, si no se oponen excepciones en el plazo de diez días, la sentencia inicial pasará en autoridad de cosa juzgada y el proceso quedará terminado, entrando en fase de ejecución. Al respecto,

es necesario señalar que la opción procesal prevista, referida a obviar el contradictorio por la inactividad del deudor, exige una ineludible certeza y un mínimo de garantías procesales en el acto de la comunicación judicial que tanta trascendencia puede llegar a tener, pues no sólo abre la vía a la ejecución sino que impide que con posterioridad el demandado haga cuestión de lo que se le exigió en el monitorio, al otorgarle calidad de cosa juzgada a la sentencia inicial.

En ese contexto, las garantías de que la sentencia inicial llegue a conocimiento del demandante que no quedan atendidas por una comunicación ficticia como la edictal. En ese sentido, un aspecto relevante previsto en la legislación española es la exclusión de la citación por edictos en el proceso monitorio, bajo el fundamento de que se requiere garantizar que la inactividad del demandado sea realmente un acto voluntario y no una consecuencia del desconocimiento real de la demanda en su contra.

Consideramos que la mencionada previsión debería ser rescatada en nuestra legislación, considerando la importancia esencial de la comunicación al demandado con la sentencia inicial, a fin de garantizar la igualdad de partes y el derecho a la defensa en el proceso de estructura monitoria.

6.2.2. Respecto a la aplicación de las medidas cautelares

Es sabido que de manera general en la doctrina, la aplicación de medidas cautelares requiere la concurrencia de tres presupuestos: *i) justificación del peligro en la demora, ii) verosimilitud del derecho, iii) la caución.* Este último, probablemente de incorporación

discutible en el ámbito doctrinal, sin embargo, velando por la preminencia del concepto de proporcionalidad, consideramos que el elemento de caución si debe ser considerado un presupuesto.

Nuestra legislación hace referencia de forma expresa a los dos primeros presupuestos, sin embargo, de acuerdo al artículo 308 del Código Procesal Civil, el tercer presupuesto está reservado únicamente para la medida cautelar de intervención judicial, otorgándole la posibilidad al juez de disponer otras medidas precautorias sin la caución.

Al respecto, se debe considerar que la caución tiene por finalidad cubrir al demandado en relación a los perjuicios que la aplicación indebida, desproporcional o injusta que puedan resultar. Doctrinalmente, este elemento fortalece la igualdad de partes, considerando que la aplicación de las medidas cautelares se la realiza *inaudita altera parte (sin oír a la parte contraria)*. En ese contexto, se considera que, a fin de resguardar los derechos del demandado a una eventual restitución de daños por concepto de una inadecuada aplicación de medidas cautelares, es necesario incluir la obligatoriedad de la caución en el artículo 308 del Código Procesal Civil.

En este punto es necesario considerar que muchos autores, principalmente los garantistas, han criticado el proceso de estructura monitoria por su aparente carencia de bilateralidad, toda vez que se emitiría una sentencia sin contradictorio previo. El elemento principal para refutar tal criterio es que la referida sentencia inicial no se ejecutará mientras no se haya vencido el plazo previsto para la oposición de excepciones, en ese sentido, no se genera

ninguna consecuencia directa contra el demandado sin antes haberle dado el derecho a ser oído por la autoridad jurisdiccional, ya sea de forma expresa, a través de la oposición, o de forma tácita con la inactividad y ausencia de oposición. Sin embargo, es necesario señalar que este criterio podría perder consistencia, al abrir la posibilidad de la procedencia de medidas cautelares dentro de un proceso de estructura monitoria, situación que se agravaría con la omisión de exigir la caución previa a la solicitud de la aplicación de las mismas.

6.2.3. Complementación del procedimiento en cuanto a la oposición de excepciones

El artículo 375 del Código Procesal Civil, en su párrafo II, hace mención a las posibilidades que el demandado tiene al momento de ser citado con la sentencia inicial. En ese sentido, el demandado puede oponer o no sus excepciones, sin embargo, en el párrafo III del referido artículo observamos que el legislador se circunscribe únicamente a la posibilidad de que el demandado no oponga las excepciones, es decir, a la alternativa negativa, y no se ha previsto de manera expresa cual es el procedimiento aplicable en caso de que el demandado si oponga las excepciones.

En el marco de las reglas de técnica legislativa aplicables a la elaboración de normas adjetivas como es el caso del Código Procesal Civil, se requiere que al hacer referencia a un procedimiento, se regulen cada una de las alternativas posibles, sean estas positivas o negativas. En virtud de ello, corresponde la complementación del referido artículo con el objeto de clarificar las reglas pre establecidas para el demandado, velando siempre por el principio de seguridad jurídica.

6.2.4. El proceso ejecutivo, como proceso diferente al proceso de estructura monitoria

El artículo 376 del Código Procesal Civil incluye dentro del ámbito de aplicación del proceso de estructura monitoria a los procesos ejecutivos. Dicho aspecto debe ser clarificado en el adjetivo procesal, toda vez que, si bien existe similitud entre ambos institutos, se debe considerar que sus finalidades, requisitos y características son diferentes, lo que llevaría a concluir que el proceso ejecutivo es un proceso independiente y posterior al procesos de estructura monitoria. Además es necesario hacer mención a la discusión doctrinal en relación a la posibilidad de incorporar al proceso monitorio dentro de los procesos de ejecución, frente a lo cual se ha dejado establecido que existe la necesidad de la declaración judicial antes de la ejecución.

Asimismo, como se expuso anteriormente, se debe considerar que por su finalidad y estructura, el proceso ejecutivo doctrinalmente correspondería más a los procesos de ejecución que a los de conocimiento. Dicho aspecto debe ser revisado en la estructura de nuestro Código Procesal Civil.

6.2.5. Categorización de documentos que respaldan la procedencia del proceso de estructura monitoria

Al respecto, corresponde señalar que doctrinalmente existe la posibilidad de diferenciar las categorías de prueba documental que respalden el inicio de un proceso monitorio, por su formación, bajo las siguientes posibilidades: i) un derecho instrumental + un derecho material judicialmente declarado; que implica que a través de un proceso jurisdiccional se haya declarado la existencia de un derecho material, en consecuencia la resolución judicial,

posibilitará acceder directamente a la ejecución ii) solo un derecho instrumental; que lleva implícita una instrumentación extrajudicial revestida de cierta legalidad o formalidad; iii) solo una afirmación de derecho material, que puede ser justificado por razones legislativa, como el caso de las expensas comunes en el régimen de propiedad horizontal.

Al respecto, nuestra legislación ha incorporado en los casos específicos aplicables al proceso monitorio una gran diversidad de casos como ser: *ejecutivos, entrega del bien, entrega de la herencia, resolución de contrato por incumplimiento de la obligación de pago, cese de la copropiedad, destajo en régimen de libre contratación y otros casos expresamente señalados por ley*. En ese sentido, considerando que el soporte principal de la procedencia del monitorio, en todos los casos, radica en la fundabilidad de la pretensión, traducida en certidumbre del derecho, se debe diferenciar las categorías de los documentos, distinguiendo, en consecuencia, su procedimiento y posterior ejecución.

6.3. Justificación Jurídica respecto a la necesidad de incorporar límites en la aplicación el proceso de estructura monitoria

Como vimos anteriormente uno de los elementos principales del debido proceso es la igualdad de partes con su consecuencia natural que es la bilateralidad. En ese sentido, el proceso de estructura monitoria debe ser fortalecido en lo que respecta a las garantías procesales, con la finalidad de evitar vulnerar el derecho constitucional y garantía jurisdiccional del debido proceso.

El derecho a la defensa, otro elemento principal del debido proceso, incluye varias facetas, entre las cuales podemos citar: el derecho a ser escuchado en el proceso, el derecho a presentar prueba, el derecho a hacer uso de los recursos y el derecho a la observancia de los requisitos de cada instancia procesal. En ese sentido, se requiere fortalecer en aspectos puntuales en cuanto al procedimiento de citación con la demanda inicial dentro del proceso de estructura monitoria.

Asimismo, es necesario considerar que la legislación pre - constitucional ya tenía previsiones similares al proceso de estructura monitoria, contando con un antecedente próximo en la ejecución coactiva de garantías hipotecarias y prendarias, sin embargo, este procedimiento constituyó una respuesta a una visión más individualista en el marco de la protección del derecho de crédito y fue, en su momento, un logro de las entidades financieras bancarias. En ese sentido, vale la pena reflexionar en torno a los nuevos principios constitucionales de solidaridad, igualdad y reciprocidad con el propósito de fortalecer nuestra legislación procesal.

Las sugerencias propuestas, responden a determinados aspectos prácticos identificados en el análisis de la estructura del proceso monitorio y sus elementos, esperando que las mismas constituyan un aporte para fortalecer la aplicación de este instituto en nuestra legislación procesal.

Las propuestas expuestas a continuación tienen como fuente el análisis doctrinal realizado y los elementos previstos en la legislación comparada.

6.4. Propuesta de modificaciones normativas en relación al proceso de estructura monitoria.

En virtud de todo lo expuesto precedentemente se propone las siguientes modificaciones a la Ley N° 439 de 19 de noviembre de 2013, Código Procesal Civil Boliviano:

6.4.1. En cuanto a la eventual notificación por edictos

Artículo 375 (PRINCIPIO).- I. El proceso monitorio es el régimen conforme al cual, presentado el documento o documentos constitutivos que demuestren la fundabilidad de la pretensión, la autoridad judicial, previa verificación de los presupuestos generales de competencia, capacidad y legitimación, así como los específicos del proceso que pretende, acoge la demanda mediante una sentencia inicial.

*II. Con la demanda y la sentencia será citada la parte demandada para que pueda oponer excepciones en el plazo de diez días. **No procederá la citación por edictos.***

6.4.2. En cuanto a las medidas cautelares

*Artículo 320 (MEDIDAS DE CONTRACAUTELA).- Las medidas cautelares podrán ordenarse bajo responsabilidad de la parte solicitante. La autoridad judicial deberá fundar su decisión en consideración a la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora, la posibilidad jurídica y la proporcionalidad de la medida, **previo depósito del monto de la caución determinada por el juez.***

6.4.3. En cuanto a la complementación del procedimiento previsto para la oposición de excepciones

Artículo 375 (PRINCIPIO).- I. El proceso monitorio es el régimen conforme al cual, presentado el documento o documentos constitutivos que demuestren la fundabilidad de la pretensión, la autoridad judicial, previa verificación de los presupuestos generales de competencia, capacidad y legitimación, así como los específicos del proceso que pretende, acoge la demanda mediante una sentencia inicial.

*II. Con la demanda y la sentencia será citada la parte demandada para que pueda oponer excepciones en el plazo de diez días. **No procederá la citación por edictos.***

III. En caso de oponerse excepciones, el juez en el plazo de tres días convocará a una audiencia para resolverlas todas juntas, bajo el procedimiento para el proceso extraordinario.

IV. Si no se opusieren excepciones en el plazo señalado, la sentencia pasará en autoridad de cosa juzgada y el proceso quedará terminado, entrando en fase de ejecución.

CAPÍTULO VII

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

7.1. Conclusiones

Una vez realizado el análisis del proceso de estructura monitoria bajo el control constitucional del debido proceso, a continuación pasamos a exponer las siguientes conclusiones:

- El proceso de estructura monitoria cuenta con los presupuestos suficientes para garantizar la igualdad de partes, independencia del juez y bilateralidad en su desarrollo, toda vez que, en todos los casos el proceso emerge de una relación jurídica anterior al inicio del proceso; asimismo, es necesario puntualizar que la sentencia definitiva es emitida siempre previo pronunciamiento expreso o tácito del demandado.
- No obstante el numeral anterior, es necesario puntualizar que gran parte de la correcta aplicación del proceso monitorio dependerá de la idoneidad del juez director del proceso, a quien la legislación le otorgó amplias facultades para determinar *inaudita altera parte* la procedencia de la demanda y la fundabilidad de la pretensión.
- Por otra parte, se han encontrado aspectos frágiles que podrían llegar a debilitar la estructura del proceso monitorio, por lo que, con el objeto de garantizar la igualdad de las partes, se requiere fortalecer en aspectos puntuales el actual proceso. En ese

sentido, se deberán realizar incorporaciones al Código Procesal Civil, rescatando la experiencia de la aplicación del instituto en otras legislaciones y velando por garantizar la concurrencia de los elementos del debido proceso.

- Se debe considerar que entre los antecedentes en Bolivia más próximos del proceso de estructura monitoria, encontramos a la entonces denominada ejecución coactiva civil de créditos hipotecarios o prendarios, cuyo origen tiene un trasfondo político ideológico, distinto al previsto en la actual Constitución Política del Estado, orientado a la protección del derecho de crédito y principalmente a precautelar los derechos de la banca privada. En ese contexto, se deberá considerar que la actual visión de Estado, contenida en los principios de nuestro Texto Constitucional encuentran su base en la equidad social, la justicia social y la solidaridad, lo que se encuentra, de cierta forma, en contraste, con la finalidad del actual proceso de estructura monitoria.
- Sin perjuicio de lo señalado en el numeral anterior, de la revisión doctrinal y la legislación comparada respecto de la institución del proceso monitorio, se ha podido identificar que su incorporación en el Código Procesal Civil, constituye un avance, con el propósito de garantizar una justicia pronta y descongestionar el sistema judicial. Sin embargo, de ello, corresponde señalar que las legislaciones uruguaya y española se han adoptado mecanismos orientados a fortalecer la igualdad de partes, los cuales también deberían ser considerados y adoptados por nuestro legislador;

más aún si consideramos que dichos ordenamientos jurídicos fueron fuente para el legislador de nuestro actual adjetivo civil.

- Finalmente, en cuanto a las variantes del proceso de estructura monitoria, se ha podido verificar la existencia de procedimientos preconstitucionales vigentes, como es el caso del denominado proceso coactivo fiscal. En ese entendido, en el presente trabajo se han identificado serias observaciones en cuanto a su aplicación, al existir una ausencia de declaración judicial que le otorgue fuerza coactiva a los títulos previstos, considerando su origen netamente administrativo y su denominación de “indicios de responsabilidad” careciendo de determinación judicial de la obligación civil. Estos aspectos deberán ser considerados en la elaboración de un proyecto de Ley que tenga por finalidad la recuperación de recursos a favor del Estado, a través de un procedimiento privilegiado, sin que ello implique el desconocimiento de los elementos que hacen al debido proceso.
- El proceso de estructura monitoria, si bien en su estructura cuenta con los elementos necesarios que garanticen la igualdad de partes y el derecho a la defensa, aspecto cuestionado por la escuela garantista, y tiene su base en el principio dispositivo y de preclusión, requiere ser fortalecido en aspectos puntuales contenidos en la propuesta del presente trabajo, con lo que se solventarían aspectos que podrían surgir durante la aplicación del proceso de estructura monitoria.

7.2. Recomendaciones

En virtud de todo lo expuesto precedentemente y con base en las conclusiones alcanzadas, como resultado del presente trabajo se recomienda lo siguiente:

- La modificación parcial de artículos específicos del Código Procesal Civil, con la finalidad de garantizar la igualdad de partes en el proceso de estructura monitoria, el derecho a la defensa y la bilateralidad. Sin que ello implique afectar la esencia y características actuales del proceso de estructura monitoria.
- Se recomienda el fortalecimiento en la capacitación judicial en cuanto a los mecanismos útiles para verificar la autenticidad de documentos, elementos de fundabilidad y fehaciencia de los documentos probatorios en el marco del proceso de estructura monitoria, considerando el papel principal que tiene el juez para llevar adelante los mismos.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA, Hermógenes y otros autores, *La Constitucionalización del Proceso Civil*, Editorial Buho, Costa Rica, 2006.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial La Ley de Uruguay, 2011.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Garantismo Procesal versus Prueba Judicial Oficiosa*, Editorial ADRUS, Uruguay, 2006.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *El Debido Proceso*, Editorial Casa del Libro, Buenos Aires Argentina, 2006.
- BARRIOS DE ANGELIS, Dante, *Teoría del Proceso*, Editorial B de F, 205, Pag. 120
- CALAMANDREI, Piero, *El Procedimiento Monitorio*, Editorial El Foro, Buenos Aires, Argentina, 1996.
- HERRERA AÑEZ, William, *Derecho Procesal – El Proceso Civil por Audiencia*, Grupo Editorial Kipus, Cochabamba, Bolivia, 2014.
- CASTELLANOS TRIGO, Gonzalo, *Análisis Doctrinal del Nuevo Código Procesal Civil*, Editorial Rayo del Sur, Tarija Bolivia, 2015.
- CASTELLANOS TRIGO, Gonzalo, *El Proceso Ejecutivo, Proceso Coactivo Civil y Proceso Coactivo Fiscal*, Cochabamba, Bolivia 2014.
- CALVINHO, Gustavo, *El Sistema Procesal de la Democracia*, Bolivia, 2013.
- CALVINHO, Gustavo, *El Proceso con Derechos Humanos: Método de Debate y Garantía, frente al Poder*, Editorial U. del Rosario, Argentina, 2012.

- CALVINHO, Gustavo *El Debido Proceso y el Procedimiento Monitorio*, Publicado en la obra colectiva: *El debido Proceso*, Buenos Aires, Argentina, 2006.
- COUTURE, Eduardo J, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Argentina, Depalma, 1993.
- DECKER MORALES, José, *Código de Procedimiento Civil Concordado y Anotado*, Cochabamba Bolivia, 1995.
- GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil Tomo I*, Editorial, Herón S.L. Madrid, 1968.
- VESCOVI, Enrique, *Código General del Proceso*, Editorial Abaco, Uruguay, 2004.
- ROCCO, Alfredo, *La Interpretación de las Leyes Procesales*, Valleta Ediciones, Buenos Aires, Argentina, 2005.
- COLMER, Juan Luis, *La Tutela Privilegiada del Crédito*, Valencia, 2004.
- FENOCHIETO, Carlos Eduardo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires Comentado, Anotado y Concordado*, Editorial Astrea, Buenos Aires República de Argentina, 2014.
- MARTÍNEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Francisco, *El Proceso Monitorio Teoría y Práctica*, Editorial Difusión Jurídica, España, 2008.
- MOSTAJO BARRIOS, Jorge Omar, *Curso sobre el Código Procesal Civil*, Editorial Hebdo, La Paz Bolivia, 2016.
- PALACIO, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Editorial Lexis Nexis, República de Argentina, 2003.
- PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil Tomo I*, Buenos Aires, Argentina, 1975

- PEREZ, Ragone Alvaro, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Editorial Libromar Ltda, Santiago de Chile 2013.
- QUINTERO, Beatriz, *Teoría General del Proceso Tomo I*, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1995.

PÁGINAS WEB CONSULTADAS

<http://www.revistasbolivianas.org.bo/scielo.ph>

<http://www.legalitas.com>

<http://www.academia.edu/>

<http://www.bibliohistorico.juridicas.unam>

<https://munozmontoya.com>

<https://porticolegal.expansion.com>

<http://civil.udg.es/>

<https://dialnet.unirioja.es>

<https://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/>

www.tcpbolivia.bo